

Förhandlingarna vid
Det 34:e nordiska
juristmötet

i Stockholm
21–23 augusti 1996

DEL I

UTGIVNA AV DEN SVENSKA STYRELSEN

Innehållsförteckning

Del I

Inledning	7
Mötets program	12

Onsdagen den 21 augusti 1996

Öppningsmöte	23
--------------------	----

Gruppdiskussion

Kodifiering av koncernrätten - reglerna om minoritetsdelägares och borgenärers ställning i dotterbolag	
Uppsats av kanslichef Kirsti Rissanen och Jyrki Jauhiainen	43
Referat av diskussionen	73

Sektionsmöte

Idrottens normsystem - etik och juridik	
Uppsats av förvaltningsrådet Lauri Tarasti	83
Referat av diskussionen	93

Juristutbildningen i en föränderlig värld

Uppsats av professor Björn P. Guðmundsson	105
Referat av diskussionen	125

Unionens och medlemsstaternas kompetens inom EU

Uppsats av rättschef Göran Schäder	137
Referat av diskussionen	167

Nya finansiella instrument - normer och aktörer

Uppsats av chefsjurist Hans Berggren	185
Referat av diskussionen	225

Generationsskiftets rättsliga problem i det moderna samhället

Uppsats av professor Frederik Zimmer	241
Referat av diskussionen	263

Torsdagen den 22 augusti 1996

Gruppdiskussioner

Bekämpandet av den organiserade brottsligheten

Uppsats av advokat Thomas Rørdam	279
Uppsats av afdelingschef Lars Bay Larsen och vicepolitidirektør HenningThiesen	295
Referat av diskussionen	315

Parallellimport

Uppsats av cand. jur. Ole-Andreas Rognstad	321
Referat av diskussionen	367

*Sektionsmöten*Undersökningskommissioner och andra metoder för
granskning av händelser som väckt offentligt intresse

Uppsats av advokat Per Magid	385
Referat av diskussionen	413

Plikt att i förvaltningsförfarandet yttra sig om egna
och närståendes straffbara förhållanden

Uppsats av førstestatsadvokat Morten Eriksen	429
Referat av diskussionen	447

Förfarandet i skiljetvister (voldgiftssager)

Uppsats av advokat Kaj Hobér	467
Referat av diskussionen	493

Del II

Bör reglerna om laglott (tvangsarv) och formkrav vid dödsrättshandlingar bevaras?	
Uppsats av professor dr. jur. Peter Lødrup	519
Referat av diskussion	541
Icke-ekonomisk tredjemansskada vid brott - Utvecklingen av ersättningen för chockskador	
Uppsats av docent Håkan Andersson	555
Referat av diskussion	587
Kumulation av sanktioner på skatteområdet	
Uppsats av biträdande professor, jur. dr. Asko Lehtonen	601
Referat av diskussionen	613
Rättssäkerhet i mål om övergrepp mot barn	
Uppsats av fil. dr. Sirpa Taskinen	629
Uppsats av hovrättsrådet Robert Liljenfeldt	643
Referat av diskussionen	659
Entreprenörens ersättningskrav och andra anspråk på grund av förhållanden på beställarens sida	
Uppsats av professor, dr. jur. Halfdan Krag Jespersen	677
Referat av diskussionen	699
Avtalsrättsliga frågor vid elektronisk kommunikation	
Uppsats av generaldirektör Hans Jacobson	713
Referat av diskussionen	733
Senildementas och liknande svaga gruppers rättsställning	
Uppsats av landsdommer, dr. jur. Svend Danielsen	745
Referat av diskussionen	767
Arbetsrättsliga problem kring tillfälliga arbetsavtal	
Uppsats av byrettsjustitiarius dr. juris Arne Fanebust	787
Referat av diskussionen	801

Fredagen den 23 augusti 1996

Plenarmöte

Miljökrav och ekonomisk effektivitet

Uppsats av riksdagsman, hovrättsråd Paavo Nikula 813

Uppsats av generaldirektør Egil Myklebust 825

Referat av diskussionen 837

Avslutning 855

Bilaga 1

Stadgar för de nordiska juristmötena 861

Bilaga 2

Reglemente för Gunnar Swensons fond
för de nordiska juristmötena 867

Bilaga 3

Förvaltnings- och revisionsberättelse för Gunnar Swensons
fond för de nordiska juristmötena 871

Bilaga 4

Medlemsförteckning 881

Det trettiofjärde nordiska juristmötet

Den svenska lokalstyrelsen för den nordiska juristmötena får härmed avlämna berättelse för det trettiofjärde nordiska juristmötet, som ägde rum i Stockholm den 21—23 augusti 1996.

På det trettiotredje nordiska juristmötet i Köpenhamn valdes följande till medlemmar av lokalstyrelserna.

Danmark: Professor, dr.jur. Ellen Margrethe Basse, advokat Niels Fisch-Thomsen, professor, dr.jur. Bernard Gomard, advokat Jesper Lett, departementschef Michael Lunn, landsretssagfører Kristian Mogensen, statsamtmand Bodil Norup Panild, landsretssagfører, dr.jur. Allan Philip, højesteretspræsident Niels Pontoppidan och landsdommer Ulla Rubinstein.

Finland: Jur.lic. Heikki Halila, professor Mikael Hidén, extra ordinarie förvaltningsrådet Leena Kartio, lagstiftningsrådet Pauline Koskelo, justitierådet Per Lindholm, förvaltningsrådet Olof Olsson, direktör Pentti Rissanen, justitierådet Leif Sevón, advokat Pekka Sirviö och justitierådet Anja Tulenheimo-Takki.

Island: Ríkislögmaður Gunnlaugur Claessen, hæstaréttardómari Guðrun Erlendsdóttir, ráðuneytisstjóri Þorsteinn Geirsson, hæstaréttardómari Garðar Gíslason, hæstaréttarlögmaður Þórunn Guðmundsdóttir, ráðuneytisstjóri Árni Kolbeinsson, bankalögfræðingur Reinhold Kristjánsson, deildarstjóri Þórhildur Líndal, prófessor Gunnar G. Schram och fyrrv. hæstaréttardómari Ármann Snaevarr.

Norge: Høyesterettsdommer Gunnar Aasland, ekspedisjonssjef Kirsti Coward, høyesterettsadvokat Jan Dahl, høyesterettsadvokat Else Bugge Fougner, prof. dr. juris Viggo Hagstrøm, sorenskriver, dr. juris Magnus Matningsdal, generaldirektør Egil Myklebust, lagdommer Eva Nygaard Ottesen, høyesterettsjustitiarius, dr. juris Carsten Smith, professor, dr. juris Frederik Zimmer

Sverige: Advokat Claes Beyer, hovrättspresidenten Birgitta Blom, bankdirektör Bertil G. Bylund, generaldirektör Sten Heckscher, justitierådet An-

ders Knutsson, prorektor, professor Madeleine Leijonhufvud, kammarrättspresidenten Henry Montgomery, ordföranden i Arbetsdomstolen Ove Sköllerholm, rektor, professor Stig Strömholm, advokat Magnus Ullman och departementsrådet Stefan Strömberg (adjungerad ledamot).

Antalet medlemmar i de nordiska juristmötena och antalet deltagare i det trettiofjärde mötet framgår av följande uppställning, se vidare medlemsförteckningen, bilaga 4.

	Medlemmar	Deltagare i mötet	Därav med ledsagare
Danmark	505	161	41
Finland	153	144	41
Island	125	38	7
Norge	513	272	78
Sverige	545	531	47
Totalt	1841	1146	214

Till ordförande för mötet valdes rektor, professor Stig Strömholm samt till vice ordförande landsretssagfører Kristian Mogensen för Danmark, justitierådet Anja Tulenheimo-Takki för Finland, hæstaréttardómari Guðrun Erlendsdóttir för Island och høyesterettsadvokat Else Bugge Fougner för Norge.

Till sekreterare utsågs advokat Tove Dahl för Danmark, advokat Mikael Aspelin för Finland, hæstaréttarritari Erla Jónsdóttir, høyesterettsadvokat Finn Arnesen för Norge och rådmannen Ingemar Persson för Sverige. Som generalsekreterare för mötet tjänstgjorde enligt den svenska lokalstyrelsens uppdrag departementsrådet Erik Brattgård.

Tisdagen den 20 augusti klockan 16.00 sammanträdde den samfällda styrelsen i Svea hovrätt (Wrangelska palatset). Rektor, professor Stig Strömholm öppnade sammanträdet och valdes till dess ordförande.

Advokat Magnus Ullman redogjorde för förvaltningen av Gunnar Swensons fond för de nordiska juristmötena under tiden den 1 januari 1993—31 december 1995 (reglemente för fonden, se bilaga 2). Revisionsberättelsen föredrogs (se bilaga 3), varefter styrelsen beviljade den svenska lokalstyrelsen ansvarsfrihet för fondens förvaltning under nämnda tid. Till

revisorer valdes advokat Birgitta Alexandersson (omval) och justitierådet Torkel Gregow (nyval) med justitierådet Göran Regner och hovrättslagmannen Dag Victor som suppleanter (båda nyval).

På kvällen samma dag var den svenska justitieministern Laila Freivalds värd vid en middag för ledamöterna i de nordiska juristmötenas styrelse på Ulriksdals värdshus.

Onsdagen den 21 augusti klockan 10.00 öppnades mötet i City Conference Center/Folkets hus i närvaro av H M Konungen. Rektor, professor Stig Strömholm hälsade mötesdeltagarna välkomna och hyllade minnet av de nordiska jurister som avlidit sedan det trettiofjärde juristmötet i Köpenhamn 1993. Därefter valdes ordförande, vice ordförande och sekreterare för mötet.

Efter valen utdelades Det nordiska juristpriset, Knut och Alice Wallenbergs stiftelses pris för rättsvetenskapliga insatser. Priset utgörs av ett diplom samt 250 000 svenska kronor och delas ut av Institutet för rättsvetenskaplig forskning. Priset tilldelades høyesterettsjustitiarius, dr. juris Carsten Smith som fick ta emot priset ur H M Konungens hand.

Öppningsmötet avslutades med ett föredrag av professor emeritus Olof Ruin över ämnet *Den ifrågasatta staten*.

Mötet fortsatte på eftermiddagen med en gruppdiskussion med rubriken *Kodifiering av koncernrätten* och fem sektionmöten som behandlade följande ämnen: *Idrottens normsystem — etik och juridik*, *Juristutbildningen i en föränderlig värld*, *Unionens och medlemsstaternas kompetens inom EU*, *Nya finansiella instrument — normer och aktörer* och *Generationsskiftets rättsliga problem i det moderna samhället*.

På kvällen gav Stockholms stad en mottagning i Stockholms stadshus.

Torsdagen den 22 augusti behandlades vid elva sektionmöten följande ämnen: *Undersökningskommissioner och andra metoder för granskning av händelser som väckt offentligt intresse*, *Plikt att i förvaltningsförfarandet yttra sig om egna och närståendes straffbara förhållanden*, *Förfarandet i skiljetvister (voldgiftsager)*, *Bör reglerna om laglott (tvangsarv) och formkrav vid dödsrättshandlingar bevaras?*, *Icke-ekonomisk tredjemansskada vid brott — Utvecklingen av ersättningen för chockskador*, *Kumulation av sanktioner på skatteområdet*, *Rättssäkerhet i mål om övergrepp mot barn*, *Entreprenörens ersättningskrav och andra anspråk på grund av förhållanden på beställarens sida*, *Avtalsrättsliga frågor vid elektronisk kommuni-*

kation, Senildementas och liknande svaga gruppers rättsställning samt Arbetsrättsliga problem kring tillfälliga arbetsavtal.

Under torsdagen hölls även två gruppdiskussioner som tog upp ämnena *Bekämpandet av den organiserade brottsligheten* och *Parallellimport*.

På kvällen var deltagarna från Danmark, Finland, Island och Norge inbjudna till svenska jurister eller till middag med dans på Nationalmuseum eller Svea hovrätt.

Fredagen den 23 augusti klockan 10.00 hölls det avslutande plenarmötet för deltagare och ledsagare. Vid mötet behandlades, i form av en paneldebatt med inlägg även från åhörarna, ämnet *Miljökrav och ekonomisk effektivitet*. Referenter och inledare var generaldirektør Egil Myklebust, Norge och riksdagsmannen, hovrättsrådet Paavo Nikula, Finland. I panelen ingick även professor Bertil Bengtsson, Sverige, lektor Peter Pagh, Danmark och hæstaréttardómari Hjörtur Torfason, Island. Debatten leddes av rektor, professor Stig Strömholm.

På fredagens eftermiddag erbjöds deltagarna program anordnade av de juridiska fakulteterna i Uppsala, Lund och Stockholm. Programpunkternas rubriker var *Sekundär eller ogiltig panträtt*, *Normativa grundmönster i den sociala dimensionen* respektive *Svensk rätts europeisering*.

Vid särskilda sammanträden på fredagen valdes följande lokalstyrelser för tiden fram till nästa juristmöte.

Danmark: Professor dr.jur. Mads Bryde Andersen (nyval), advokat Niels Fisch-Thomsen, professor dr.jur. Bernhard Gomard, advokat Jesper Lett, departementschef Michael Lunn, landsretssagfører Kristian Mogensen, landsretssagfører dr. jur. Allan Philip, højesteretspræsident Niels Pontopidan, landsdommer Ulla Rubinstein (samtliga omval) och direktør Karen Westerbye-Juhl (nyval).

Finland: Jur. dr. Heikki Halila (omval), professor Mikael Hidén (omval), avdelningschefen, regeringsrådet Risto Jalli (nyval), professor Leena Kartio, justitierådet Per Lindholm, förvaltningsrådet Olof Olsson, vicehäradshövding Pentti Rissanen, presidenten Leif Sevón, advokat Pekka Sirviö och justitierådet Anja Tulenheimo-Takki (samtliga omval).

Island: Hæstaréttardómari Gunnlaugur Claessen, hæstaréttardómari Guðrun Erlendsdóttir, ráðuneytisstjóri Þorsteinn Geirsson, hæstaréttardómari Garðar Gíslason, hæstaréttarlögmaður Þórunn Guðmundsdóttir, ráðuneytisstjóri Árni Kolbeinsson, bankalögfræðingur Reinhold Kristjánsson, umboðsmaður

barna Þórhildur Líndal, prófessor Gunnar G. Schram och fyrrv. hæstaréttar-dómari Ármann Snaevarr (samtliga omval).

Norge: Høyesterettsadvokat Else Bugge Fougner, høyesterettsdommer Kirsti Coward, prof. dr. juris Viggo Hagstrøm (samtliga omval), ekspedisjonssjef dr. juris Inge Lorange Backer (nyval), førstelagmann Magnus Matningsdal, generaldirektør Egil Myklebust, førstebyfogd Eva Nygaard Ottesen, høyesterettsjustitiarius, dr. juris Carsten Smith (samtliga omval), advokat Elisabeth Stenwig (nyval) och professor, dr. juris Frederik Zimmer (omval).

Sverige: Advokat Claes Beyer (omval), f.d. hovrättspresidenten Birgitta Blom (omval), professor Michael Bogdan (nyval), bankdirektör Bertil G. Bylund (omval), rikspolischefen Sten Heckscher (omval), kammarrättspresidenten Elisabeth Palm (nyval), expeditionschefen Stefan Strömberg (nyval), rektor, professor Stig Strömholm (omval), justitierådet Leif Thorsson (nyval) och advokat Magnus Ullman (omval).

Vid plenarmötet antogs en av høyesterettsadvokaten Else Bugge Fougner på den norska lokalstyrelsens vägnar framförd inbjudan till nästa nordiska juristmöte i Oslo 1999.

Juristmötet avslutades med en bankett i Stockholms stadshus.

Den tryckta berättelsen som härefter följer redovisar vad som tilldrog sig under juristmötet. Inledningsmötet, gruppdiskussioner och sektionmöten som hölls under juristmötet samt det plenarmötet och juristmötets avslutning refereras. Redovisningen inleds med referenternas uppsatser som låg till grund för diskussionen. Därefter följer ett referat av den diskussion som fördes under mötet. Liksom i berättelsen från det trettiofjärde nordiska juristmötet i Köpenhamn återges inte debattinläggen ordagrant utan referaten utgör sammandrag av de inlägg som gjordes. Referatskrivarna har med två undantag hämtas från Sverige. Detta innebär att referaten ofta återger vad en deltagare sagt på ett annat språk än deltagarens eget. De enskilda debattdeltagarna har inte heller i regel beretts tillfälle att lämna synpunkter på referaten. Detta tillvägagångssätt har valts emedan det av erfarenhet är känt att kontrollen av inlägg från en mängd deltagare blir så tidsödande att publiceringen av berättelsen skulle bli oskäligt fördröjd.

STIG STRÖMHOLM

Erik Brattgård

PROGRAM

Mötet hålls i City Conference Center, Norra Bantorget, Stockholm

Onsdagen den 21 augusti

Kl. 10.00 **Öppningsmöte** för deltagare och ledsagare i närvaro av HM precis Konungen

1. Mötet öppnas av ordföranden i den svenska lokal styrelsen rektor, professor *Stig Strömholm*
2. Föreningsangelägenheter
3. Utdelande av det nordiska juristpriset.
4. Föredrag: *Den ifrågasatta staten.*
Professor em. *Olof Ruin*, Sverige

Plats: Kongresshallen

Kl. 13.30 **Gruppdiskussion**

1. *Kodifiering av koncernrätten*
Referent: Kanslichef *Kirsti Rissanen*, Finland
Debattledare: Advokat *Gerhard af Schultén*, Finland
Referatskrivare: Tingsfiskal *Kajsa Jonsson*

Plats: rum 353 (inledning och avslutning), 354 och 355, samtliga Norra Latin

Kl. 14.00 **Sektionsmöten**

1. *Idrottens normsystem - etik och juridik*
Referent: Förvaltningsrådet *Lauri Tarasti*, Finland
Korreferent: Förbundsjurist *Krister Malmsten*, Sverige
Debattledare: Verkställande direktör *Carl-Olaf Homén*, Finland
Referatskrivare: Fiskalaspirant *Maria Hellberg*

Plats: Pelarsalen, Norra Latin

2. *Juristutbildningen i en föränderlig värld*
Referent: Professor *Björn Þ. Guðmundsson*, Island
Korreferent: Biträdande professor *Ari-Matti Nuutila*, Finland

Debattledare: Højesteretsdommer *Garðar Gíslason*, Island
 Referatskrivare: Fiskalaspirant *Katarina Grén*

Plats: rum 307

3. *Unionens och medlemsstaternas kompetens inom EU*
 Referent: Rättschef *Göran Schäder*, Sverige
 Korreferent: Advokat *Peter Gjørtler*, Danmark
 Debattledare: Kammarrättspresident *Reidunn Laurén*,
 Sverige
 Referatskrivare: Hovrättsassessor *Kristina Holmgren*

Plats: Kongresshallen, sektion C

4. *Nya finansiella instrument - normer och aktörer*
 Referent: Chefsjurist *Hans Berggren*, Sverige
 Korreferent: Advokat *Marius Ryel*, Norge
 Debattledare: Justitierådet *Leif Thorsson*, Sverige
 Referatskrivare: Jur. kand. *Thomas Wallinder*

Plats: Kongresshallen, sektion A

5. *Generationsskiftets rättsliga problem i det moderna samhället*
 Referent: Professor dr. jur. *Frederik Zimmer*, Norge
 Korreferent: Advokat *Magnus Kindstrand*, Sverige
 Debattledare: Skifterettsjustitiarius *Anne Cathrine Frøstrup*, Norge
 Referatskrivare: Tingsnotarie *Mathilda Berglin*

Plats: Kongresshallen, sektion B

Torsdagen den 22 augusti

Kl. 10.00 Gruppdiskussioner

1. *Bekämpandet av den organiserade brottsligheten*
 Arrangörer: Afdelningschef *Lars Bay Larsen*, vice politimester *Hans Henning Thiesen* och advokat *Thomas Rørdam*, samtliga Danmark
 Referatskrivare: T.f. hovrättsassessor *Ragnar Palmkvist*

Plats: Musiksalen (inledning och avslutning) rum 353, 356, 357 och 359, samtliga i Norra Latin

2. Parallellimport

Arrangörer: Professor, dr. juris *Hans Petter Graver*, universitetsstipendiat *Ole-Andreas Rognstad* och vitenskapelig assistent *Thomas Nordby*, Senter for Europarett, Norge
Referatskrivare: sakkunnige *Magnus Rydén*

Plats: rum 300 (inledning och avslutning), 201, 205 och 206

Kl. 10.00 Sektionsmöten

1. Undersökningskommissioner och andra metoder för granskning av händelser som väckt offentligt intresse

Referent: Advokat *Per Magid*, Danmark

Korreferent: Høyesterettsdommer *Ketil Lund*, Norge

Debattledare: Højesteretspræsident *Niels Pontoppidan*, Danmark

Referatskrivare: Tingsnotarie *Christer Filis*

Plats: Kongresshallen, sektion C

2. Plikt att i förvaltningsförfarandet yttra sig om egna och närståendes straffbara förhållanden

Referent: Førstestatsadvokat *Morten Eriksen*, Norge

Korreferent: Professor *Eiríkur Tómasson*, Island

Debattledare: Kst. lagdommer *Ellen Holager Andenæs*, Norge

Referatskrivare: Lagdommer *Karin Stang*

Plats: rum 307

3. Förfarandet i skiljetvister (voldgiftsager)

Referent: Advokat *Kaj Hobér*, Sverige

Korreferent: Landsretssagfører, dr.jur. *Allan Philip*, Danmark

Debattledare: F.d. hovrättspresident *Birgitta Blom*, Sverige

Referatskrivare: Hovrättsassessor *Ulf Wallentheim*

Plats: Pelarsalen

4. Bör reglerna om laglott (tvangsarv) och formkrav vid dödsrättshandlingar bevaras?

Referent: Professor dr. jur. *Peter Lødrup*, Norge

Korreferent: Advokat *Christian Bojsen-Møller*, Danmark

Debattledare: Lagmann *Arild O. Eidesen*, Norge

Referatskrivare: Fiskal aspirant *Thomas Johansson*
Plats: Kongresshallen, sektion A

5. *Icke-ekonomisk tredjemansskada vid brott – Utvecklingen av ersättningen för chockskador*

Referent: Docent *Håkan Andersson*, Sverige
Korreferent: Jur. dr. *Leena Sisula-Tulokas*, Finland
Debattledare: Justitierådet *Anders Knutsson*, Sverige
Referatskrivare: Kammarrättsfiskal *Kristina Wirdemark*

Plats: Kongresshallen, sektion B

Kl. 14.00 **Sektionsmöten**

1. *Kumulation av sanktioner på skatteområdet*

Referent: Jur. dr. *Asko Lehtonen*, Finland
Korreferent: Landsrettsagfører *Aage Spang-Hanssen*, Danmark
Debattledare: Förvaltningsrådet *Olof Olsson*, Finland
Referatskrivare: Kammarrättsfiskal *Nils Sköld*

Plats: Kongresshallen, sektion A

2. *Rättssäkerhet i mål om övergrepp mot barn*

Referenter: Fil. dr. *Sirpa Taskinen* och hovrättsrådet *Robert Liljenfeldt*, båda Finland
Korreferent: Advokat *Lotta Insulander-Lindh*, Sverige
Debattledare: Justitierådet *Per Lindholm*, Finland
Referatskrivare: Kammarrättsfiskal *Charlotta Lokrantz*

Plats: Pelarsalen, Norra Latin

3. *Entreprenörens ersättningskrav och andra anspråk på grund av förhållanden på beställarens sida*

Referent: Professor *H. Krag Jespersen*, Danmark
Korreferent: Professor *Torgny Håstad*, Sverige
Debattledare: Advokat *Jesper Lett*, Danmark
Referatskrivare: Hovrättsfiskal *Anders Reldén*

Plats: Kongresshallen, sektion B

4. *Avtalsrättsliga frågor vid elektronisk kommunikation*

Referent: Generaldirektör *Hans Jacobson*, Sverige
Korreferent: Professor dr. jur. *Erik Røsæg*, Norge

Debattledare: Professor *Peter Seipel*, Sverige

Referatskrivare: Tingsnotarie *Magnus Graner*

Plats: Kongresshallen, sektion C

5. *Senildementas och liknande svaga gruppers rättsställning*

Referent: Landsdommer *Svend Danielsen*, Danmark

Korreferent: Professor *Davið Björgvinsson*, Island

Debattledare: Advokat *Niels Fisch-Thomsen*, Danmark

Referatskrivare: Cand. jur. *Jeanette Melchior*

Plats: rum 307

6. *Arbetsrättsliga problem kring tillfälliga arbetsavtal*

Referent: Byrettsjustitiarius dr. jur. *Arne Fanebust*, Norge

Korreferent: Justitierådet *Riitta Suhonen*, Finland

Debattledare: Departementsråd *Rakel Surlien*, Norge

Referatskrivare: Hovrättsassessor *Charlotte Abrahamsson*

Plats: rum 203 och 204

Fredagen den 23 augusti

Kl. 09.30 Val av lokalstyrelser

Danska avdelningen, rum 203

Finska avdelningen, rum 300

Isländska avdelningen, rum 513

Norska avdelningen, rum 204

Svenska avdelningen, rum 307

Kl. 10.00 **Plenarmöte**

1. *Miljökrav och ekonomisk effektivitet*

Paneldeltagare och referenter: Riksdagsman, hovrättsråd *Paavo Nikula*, Finland och generaldirektör *Egil Myklebust*, Norge

Paneldeltagare: lektor *Peter Pagh*, Danmark, hästaréttardomari *Hjörtur Torfason*, Island och professor *Bertil Bengtsson*, Sverige

Debattledare: Den svenska lokalstyrelsens ordförande, rektor, professor *Stig Strömholm*

Referatskrivare: Hovrättsfiskal *Henrik Matz*

2. Föreningsangelägenheter

3. Mötet avslutas

Plats: Kongresshallen

Kl. 14.00 **Programpunkter anordnade av de juridiska fakulteterna vid Lunds, Stockholms och Uppsala universitet**

Lund: *Normativa grundmönster i den sociala dimensionen*

Plats: Kongresshallen, sektion A

Stockholm: *Svensk rätts europeisering*

Plats: Kongresshallen, sektion C

Uppsala: *Sekundär eller ogiltig panträtt?*

Plats: Kongresshallen, sektion B

KVÄLLSPROGRAM

för mötesdeltagare och ledsagare

Onsdagen den 21 augusti, kl. 18.00

Stockholms stad håller mottagning för mötesdeltagarna med ledsagare på Stockholms stadshus.

Torsdagen den 22 augusti

De utländska gästerna (deltagare och ledsagare) är i största möjliga utsträckning bjudna till svenska jurister. Övriga utländska gäster är bjudna av den svenska lokalstyrelsen till ett särskilt arrangemang på kvällen.

Fredagen den 23 augusti, kl. 19.30

Bankett med dans på Stockholms stadshus. Klädsel: Smoking eller mörk kostym.

PROGRAM FÖR LEDSAGARE

Onsdagen den 21 augusti 1996

Gamla Stan och Slottet

14:00 - 16:00

Gamla Stan är Stockholms hjärta och stadens äldsta historiska stadsdel. Välbevarade medeltida gator och gränder där tiden nästan stannar. Er guide levandegör stadens fascinerande historia och legender allteftersom ni promenerar genom vindlande gränder och prång och passerar gallerier och hantverksbutiker, antikaffärer och palats. Vi avslutar med ett besök på Kungliga Slottet.

Turen startar och slutar utanför Storkyrkan vid Obeliskan.

Torsdagen den 22 augusti 1996

Heldag i Uppsala

09:00 - 16:00

Uppsala, som ligger endast 70 km norr om Stockholm, har en historia som går 1000 år tillbaka i tiden. Här finner vi Skandinaviens äldsta universitet, grundat 1477, den unika Silverbibeln från 500-talet och en imponerande domkyrka. Vi äter lunch på hotell Linné, efter Carl von Linné, även kallad Blomsterkungen. Efter lunch gör vi ett kort besök vid de berömda "Uppsala Högar" i Gamla Uppsala - förr en av de främsta kultplatserna för den hedniska tron. Sedan till Linnés Hammarby, som var sommarhus och tillflyktsort för Linné och hans familj, där vi dricker kaffe innan vi återvänder till Stockholm.

Turen börjar och slutar vid Folkets Hus/Norra Latin. Minimum 25 personer.

Tur till Gustafsberg

10:00 - 14:00

Vi reser med buss från Norra Latin till Gustafsberg i skärgårdsmiljö strax utanför Stockholm och besöker Keramiskt Centrum, vackert beläget bredvid Gustafsbergs porslinsfabrik som grundades på 1820-talet. Här finns ett museum innehållande alla de klassiska Gustavsbergsserviserna, ett överflöd av olika konstverk samt dokumentation över Gustavsbergs varierande historia. Vi kommer dessutom att se Gustavsbergsfabriken och se dess unika produktion av benporlin.

På Keramiskt Centrum kan man också se hur man fortfarande målar allmogemotiv på porslin för hand. I ateljén finns en butik som exklusivt saluför olika konstnärers produkter. Vi tar därefter båt tillbaka till Stockholm genom vacker natur där vi passerar små gårdar och hus medan vi avnjuter lunch ombord. Turen slutar vid Nybroviken. Minimum 25 personer.

Mariefred och Gripsholms Slott

09:30 - 16:00

En utflykt med buss till den pittoreska och välbevarade lilla staden Mariefred vid sjön Mälaren. Namnet Mariefred kommer från Maria Pax vilket var namnet på klostret som en gång fanns här. Stadens historia är dock oftast sammanlänkad med Gripsholms Slott och kungarna som en gång bodde här. I Mariefred går vi på en guidad visning av slottet och den vackra slotts-teatern.

Lunch serveras på det charmiga Gripsholms Vårdshus som har anor från 1500-talet. Utsikten över slottet från matsalen är fantastisk och den gastronomiska standarden är välanpassad till dess omgivning. Efter lunch finns tid för att vandra omkring på egen hand i den lilla staden innan vi återvänder till Stockholm. Turen börjar och slutar vid Folkets Hus/Norra Latin. Minimum 25 personer.

Leufsta Bruk och Örbyhus Slott

09:00 - 17:15

Vi börjar dagen att med buss färdas till Uppland och till Leufsta Bruk, ett av landets bäst bevarade vallonbruk. Visningen börjar med en barockkonsert på den berömda Cahman-orgeln, en av världens bäst bevarade orglar i sitt slag och känd av orgelfantaster världen över. Vi fortsätter i den genuina 1700-tals miljön med en visning av herrgården och bruket och avslutar med lunch.

Efter lunch fortsätter färden till Örbyhus Slott från 1400-talet med visning av bl a Erik XIV:s fängelse och spannstallet allt beläget i den mycket vackra parken.

Retur med buss till Stockholm.

Turen börjar och slutar vid Folkets Hus/Norra Latin. Minimum 25 personer.

Millesgården

09:00 - 12:00

Vi börjar med ett besök i Millesgårdens vackra skulpturpark på Lidingö där vi kan beundra både utsikt, vackra terrassplanteringar och de berömda skulpturerna, monterade på pelare med himlen som enda bakgrund. Därefter fort-

sätter besöket in till konstnärshemmet där vi kan beskåda några av hans största och mest inspirerande verk. Såsom de flesta konstnärer var Carl Milles en samlare och här finns en för Sverige unik samling med verk som härstammar såväl från romersk och grekisk tid som från europeisk medeltid och renässans. Retur med buss till Stockholm. Turen börjar och slutar vid Folkets Hus/Norra Latin. Minimum 25 personer.

Gamla Stan och Slottet**10:00 - 12:00**

Gamla Stan är Stockholms hjärta och stadens äldsta historiska stadsdel. Välbevarade medeltida gator och gränder där tiden nästan stannat. Er guide levandegör stadens fascinerande historia och legender allteftersom ni promenerar genom vindlande gränder och prång och passerar gallerier och hantverksbutiker, antikaffärer och palats. Vi avslutar med ett besök på Kungliga Slottet.

Turen startar och slutar utanför Storkyrkan vid Obeliskan.

Hallwylska Palatset**13:45 - 15:45**

Mitt inne i det som idag uppfattas som Stockholms kärna ligger detta 1800-talspalats som vid Grevinnan von Hallwyls bortgång 1930 omvandlades till museum. Här finns samlingar av de mest skilda slag, allt från 1600-talsmåleri till kinesiskt och europeiskt porslin. Som avslutning på besöket kommer vi att dricka kaffe i palatsets kök. Samling på trappan till Kungliga Dramatiska Teatern. Minimum 25 personer.

Drottningholms Slott och Slottsteater**10:00 - 14:00**

Vi avreser med buss till Drottningholm, idag officiellt residens för den kungliga familjen. Slottet byggdes på 1600-talet med Versailles som förebild och ligger vackert beläget vid Mälarens strand nordväst om Stockholm. De spektakulära interiörerna daterar från 16-, 17- och 1800-talen med en utsökt blandning av rokoko och s.k. chinoiseriestil. Bredvid slottet ligger den berömda slottsteatern med scendekor och maskineri i original och som fortfarande används än idag. Runt slottet ligger de vackra franska trädgårdarna och den engelska parken där man kan ströva runt. Lunch intages ombord på den båt som i sakta mak transporterar oss tillbaka till Stockholm med vacker utsikt som bakgrund.

Turen börjar vid Folkets Hus/Norra Latin och slutar vid Stadshuskajen. Minimum 25 personer.

Fredagen den 23 augusti 1996**Millesgården & Bergianska Trädgården****09:00 - 13:00**

Vi börjar med ett besök i Millesgårdens vackra skulpturpark på Lidingö där vi kan beundra både utsikt, vackra terrasplanteringar och de berömda skulpturerna. Därefter fortsätter besöket in till konstnärshemmet där vi kan beskåda några av hans största och mest inspirerande verk. Såsom de flesta konstnärer var Milles en samlare och här finns en för Sverige unik samling med verk som härstammar såväl från romersk och grekisk tid som från europeisk medeltid och renässans.

Kaffe på Millesgården. Färden fortsätter med buss till en annan trädgård - Bergianska Trädgården. Här finns andra skatter i form av jättenäckrosen Victoria, det Tropiska växthuset med märkliga kaktusar och orkidéer samt det nya Edvard Anderssons medelhavs-växthus, ett helt nytt växthus i glas och med arkitektoniskt intressanta vinklar. Turen börjar och slutar vid Folkets Hus/Norra Latin. Minimum 25 personer.

Polismuseet**09:00 - 11:30**

Samling vid Stadshuset för en kort promenad till Polishuset på Kungsholmen. Först besöker vi Polismuseet och dess fascinerande samlingar ur den svenska kriminalhistorien. På museet finns även den uppmärksammande förfalskningsamlingen (konst, pengar, m.m.). Efter en kaffepaus besöker vi polisens nya tekniskt avancerade ledningscentral.

Onsdagen den 21 augusti 1996 klockan 10.00

Öppningsmöte

Mötet hölls i närvaro av Hans Majestät Kung *Carl XVI Gustaf* och öppnades av den svenska lokalstyrelsens ordförande rektor, professor *Stig Strömholm*:

Eders Majestät, ärade sändebud från de nordiska länderna, kära nordiska juristkolleger, mina damer och herrar. Sensommaren är den gyllene skördetiden, och sällan lyste den väl så gyllene som i år. För oss som varken sår eller skördar är det den årets tid då vi på konferenser och kongresser bärgar det andliga spannmål som skall hålla oss vid liv under den mörka årstiden. Den epok är fjärran, då juristerna — som fallet t.ex. var med ledamöterna i Tribonianus' lagkommitté i Konstantinopel i början av 530-talet — avbröt sina skarpsinniga mödor några veckor i början av hösten för att ge sig ut och leda vinskörd och veteskörd på sina gårdar. Allehanda sammankomster med en mer immateriell inriktning äger nu i stället rum varje år, och det är kanske inte alltid helt lätt att skilja mellan god säd och ogräs på konferensväsendets susande fält. Men vart tredje år, sedan 1872, med få avbrott, vet Nordens jurister att den intellektuella brödsäden gått i ax, mognat och står hög, välmatad och gyllen, färdig att bärgas i en av de fem ländernas huvudstäder.

När dessa juridiska skördegillen inleddes, var det i sanningens namn inte i festglädjens tecken. Snarare präglades Norden av besvikelsen över skandinavismens politiska skeppsbrott — brutalt och tydligt manifesterat när Danmark år 1864 lämnades att ensamt värja sig mot övermakten. Juristmötena var de praktiska och nyktra lagkarlarnas försök att rädda åtminstone några användbara kärvar från de fält som tycktes ligga tomma och förbrända sedan stortaliga publicister och blåögda akademiker hade lämnat scenen. Juridiken är nu en gång i huvudsak, om också långt ifrån uteslutande, en världslig konst, och juristerna är i fråga om större delen av sin gärning världens barn. Därför har de återkommande juristmötena alltid i någon mening stått i skuggan eller i skenet av politiska dagshändelser, som

direkt eller indirekt färgat det offentliga livet i de nordiska länderna. När vi senast möttes, i Köpenhamn år 1993, var det ännu i hög grad ovisst om något eller några av de deltagande länderna skulle ingå i den europeiska gemenskapen när nästa möte ägde rum. När vi nu återser varandra i Stockholm, har tidens tunga hjul rullat förbi det vägmärket, med olika utgång i de tre länder som det då gällde. Det är naturligt att den nya situationen har återverkningar på många, kanske de flesta rättsområden. Det framstår å andra sidan som minst lika naturligt att denna nya situation ger oss anledning att besinna de värden och de krafter som den nordiska gemenskapen står för. Det är min förvissning, att årets nordiska juristmöte skall bidra till att belysa detta gemensamma arv, och det är mångas förhoppning att mötet också skall befästa och förstärka det.

I den förvissningen och i den förhoppningen framför jag de svenska juristernas varma välkomsthälsningar till våra gäster från de övriga nordiska länderna.

I Eders Majestäts närvaro ser vi ett förnyat uttryck för den vikt som Sverige och den svenska riksledningen tillmäter vårt möte, och jag vill framföra ett vördsamt tack för att Eders Majestät har velat hedra vår sammankomst med Sitt deltagande.

Justitieministerns, statsrådet Laila Freivalds, närvaro är ett högt skattat vittnesbörd om mötets betydelse i svenska ögon.

Till återkommande högtidligheter i släktkretsar och vänkretsar hör sedvänjan att se tillbaka och att minnas dem som tidigare varit med. Sedan det trettio tredje nordiska juristmötet ägde rum i Köpenhamn för tre år sedan har många framstående jurister gått hädan, och det kan här endast bli tal om att i vördnad och tacksamhet erinra om några få av dem.

Det må tillåtas mig att först dröja vid minnet av højesteretssagfører dr.jur. Bernt Hjejle, som avled år 1994 vid 92 års ålder. Kring denna rikt begåvade, varma och i alla hänseenden generösa personlighet stod en särskild strålgans. Han intog genom sina kunskaper, sin formella briljans och sin kraft en unik position i det danska rättsväsendet. Det klingar närmast otroligt att han spelade en betydande roll redan vid juristmötet i Köpenhamn år 1928, för sextioåtta år sedan. Som praktiserande jurist och som författare och kulturpersonlighet präglades han av en i våra dagar ovanlig bredd.

En mycket långvarig och högst förtjänstfull gärning i rättens tjänst utförde professor dr. jur. Anders Vinding Kruse, högt ansedd rättsvetenskaplig författare på många civilrättsliga fält, särskilt inom skadeståndsrätten, aktiv lagstiftare och även en varm vän av det nordiska samarbetet. I mer än tjugo år hörde han till den danska lokalstyrelsen för de nordiska juristmötena.

Bland finska jurister må nämnas chefdirektören för Nordiska Föreningsbanken Mika Tiivola, som avled år 1994. Hans framgångsrika och högt ansedda verksamhet låg främst på det ekonomiska området, bland annat inom Finlands utrikeshandelsförbund, vars ordförande han var, och inom det finsk-svenska handelssamarbetet. Han gjorde inte minst en stor insats för det nordiska juristmötet i Helsingfors 1987.

Även jur.dr. Matti L. Aho, död vid endast 64 års ålder år 1994, gjorde sina främsta insatser på det ekonomiska fältet. Han var vid sin död verkställande direktör för Finska försäkringsbolagens centralförbund, men det är också anledning nämna hans betydelsefulla arbete inom Finlands juristförbund och på det finska och nordiska kulturlivets områden.

Inte heller professorn dr.juris Torkel Opsahl, död år 1993, nådde hög ålder. Han var vid sin bortgång endast 62 år. Han var företrädare för den offentliga rätten vid Oslouniversitetet och internationellt känd och högt ansedd för sitt författarskap och sina praktiska insatser för försvaret av de mänskliga rättigheterna. Han var norsk medlem av människorättskommissionen i Strasbourg, och The Opsahl Commission på Nordirland var också ett uttryck för det förtroende och anseende han åtnjöt inom Förenta Nationerna och i vida internationella kretsar.

Två framstående domare, båda ledamöter av Norges Høyesterett, har avlidit sedan Nordens jurister senast kom samman. Helge Røstad grundade sitt stora anseende särskilt på straffrättsliga insatser, såväl praktiska som teoretiska. De renderade honom bland annat ett hedersdoktorat vid Uppsala universitet. Han avled 1994. Innevarande år gick høysterettsdommer Knut Blom bort, åttio år gammal. Han kom till den norska areopagen från en advokatgärning, där han gjort sig känd för lysande skicklighet och stor formell talang.

Nestor bland de bortgångna som här nämns, och nestor bland Sveriges rättsvetenskapsmän, var professor Håkan Nial, som i fjol avled i en ålder av nära 96 år. Han arbetade in i det sista - hans "Svensk associationsrätt" utkom i sin femte upplaga då författaren var över 90. Nial var den svenska associationsrättens, särskilt aktiebolagsrättens grand old man, men han fann också tid att under en åttaårsperiod vara Stockholmsuniversitetets rektor. Han var en vänlig, vänsäll, klok och märkligt flitig människa.

En utpräglad internationell jurist var hovauditören och advokaten J. Gillis Wetter, som var född år 1931 och avled vid 64 års ålder. Efter lysande studier i Stockholm och vid engelska och amerikanska universitet ägnade han sig åt advokatbanan och förvärvade genom sin skicklighet som deltagare i betydelsefulla skiljenämnder liksom genom ett omfattande författar-

skap på den internationella skiljedomsrättens område ett synnerligen högt anseende. Han var en rastlös arbetare och en ovanligt kräsen juridisk stilist. I mer än tjugo år innehade han förtroendesysslan som hovauditör.

Deltagarna i det 29 nordiska juristmötet i Stockholm 1981 minns säkert med tacksam uppskattning mötets orubbligt lugne, vänlige och säkre generalsekreterare, dåvarande hovrättsassessorn Ove Sköllerholm. Den 1 mars i år tillträdde han ämbetet som ledamot av Sveriges högsta domstol, men redan några veckor därefter fick han besked om den svåra sjukdom som för några veckor sedan ledde till hans död. Det var genom civilrättsliga lagstiftningsinsatser och genom långvarig verksamhet som ordförande i arbetsdomstolen som Sköllerholm meriterade sig för det höga ämbete som han kom att utöva under alltför kort tid.

Vi lyser i tacksamhet och saknad frid över de bortgångnas minne. Jag ber de närvarande att ägna dem en kort stund av vördnad och tystnad.

Det 34 nordiska juristmötet övergick därefter till föreningsangelägenheter.

Ordföranden för den danska lokalstyrelsen landsretssagfører *Kristian Mogensen* begärde och fick ordet: Deres Majestæt! Mine damer og herrer! Jeg har bedt om ordet, fordi jeg vover at gøre mig til talsmand for 1.150 forventningsfulde deltagere i Det 34. nordiske Juristmøde og 276 lige så forventningsfulde ledsagere.

Først og fremmest retter vi en hjertelig tak til juristmødernes svenske lokalstyrelse for indbydelsen til dette juristmøde. Vi fik indbydelsen allerede ved afslutningen af Det 33. nordiske Juristmøde i 1993, og den er siden fulgt op af et stort skriftligt materiale, som vidner om det kæmpearbejde, den svenske lokalstyrelse og dens hjælpere har lagt i forberedelsen af mødet. Hele dette arbejde er udtryk for den gæstfrihed, som vort værtsland viser os, og som allerede er strømmet os i møde, efterhånden som vi er ankommet til Stockholm.

Jeg er overbevist om, at alle vi medlemmer og ledsagere vil gøre vort bedste for at bidrage til, at Det 34. nordiske Juristmøde bliver den succes, som værtsfolkenes forarbejde og gæstfrihed fortjener.

Foreløbig har vi ydet det bidrag at melde os i så stort tal, at deltagerantallet er en rekord i De nordiske Juristmøders historie. Ganske vist er der denne gang lidt færre ledsagere end ved nogle af de største juristmøder; det skyldes ikke, at der er færre par, end der før har været, men det skyldes den glædelige kendsgerning, at en hel del af vore medlemmer har giftet sig med hinanden, så nogle af de ægtefæller, der i gamle dage ville have været ledsagere, nu er egentlige deltagere.

Den store tilslutning til dette juristmøde viser, at tiden ikke er løbet fra den store idé, som var det gamle grundlag for juristmødernes indstiftelse i 1872. Der er stadig et levende behov for nordiske juristmøder, også efter den voksende internationalisering, som vi har set i en årrække og stadig ser. Noget tyder på, at det stedse mere levende samkvem med lande uden for Norden gør De nordiske Juristmøders betydning endnu større end før.

Et fortsat nært samarbejde mellem Nordens jurister giver en voksende mulighed for, at nordiske retstanker og nordiske retstraditioner kan hævde sig, også i større internationale sammenhænge.

Også på anden måde ligger der en styrke i det samarbejde, De nordiske Juristmøder er udtryk for. Der findes ingen anden organisation eller institution, der samler jurister af alle slags, fra alle juridiske professioner og roller i samfundslivet. De nordiske Juristmøder er et forum for og et samlingssted for juriststanden som sådan.

Yderligere er der generationers tradition for, at De nordiske Juristmøder er præget af de gode viljer blandt jurister. Det er i vore dage naturligt og nødvendigt at forholde sig kritisk til alle mulige samfundsproblemer, men det er vigtigt at forene den kritiske indstilling med overbevisningen om, at den retlige regulering af livets forhold og menneskeligt samkvem er afgørende for positive konfliktløsninger og for de nødvendige reformers gennemførelse på en frugtbar måde. Det er i vore dage populært at påberåbe sig de noget vanskeligt definerbare og håndterlige begreber etik og moral, men undertiden overses det i debatten, at man ikke kan nøjes med disse lidt tågede begreber, som ikke kan erstatte egentlige retlige reguleringer.

Og navnlig må det aldrig overses, at retsideer og retstanker ikke må føre til, at man bruger loven til at slå hinanden i hovedet med.

I håb om, at Det 34. nordiske Juristmøde vil bekræfte levedygtigheden og værdien af de nordiske retstanker som en vigtig del af vor kultur, glæder vi os til forløbet af det møde, vi nu skal påbegynde.

De nordiske Juristmøders vedtægter indeholder i § 7 den regel, at forhandlingerne på et juristmøde ledes af en på mødet valgt præsident, der tillige bestemmer, i hvilken orden emnerne skal behandles. Videre foreskriver § 7, at præsidenten vælges ved forhandlingernes begyndelse af og blandt deltagerne i mødet. Må jeg stille forsamlingen det forslag, at vi til præsident for Det 34. nordiske Juristmøde vælger formanden for den svenske lokalstyrelse, universitetsrektor, professor Stig Strömholm, hvis ypperlige kvalifikationer til denne opgave vi alle er bekendt med.

Mötet godtog förslaget med acklamation.

Rektor, professor *Stig Strömholm*: Jag tackar för det förtroende som mötet har visat mig. Jag har först att meddela, att den svenska lokalstyrelsen har beslutat utse departementsrådet Erik Brattgård till generalsekreterare för mötet. Församlingen har så att utse en fyra vice ordförande och fem sekreterare för juristmötet. Jag föreslår att mötet till vice ordförande väljer ordförandena i övriga länders lokalstyrelser, från Danmark landsretssagfører Kristian Mogensen, från Finland justitierådet Anja Tulenheimo-Takki, från Island hæstaréttardómari Guðrun Erlendsdóttir och från Norge høyesterettsadvokat Else Bugge Fougner.

Som sekreterare förslår jag att mötet utser från Danmark advokaten Tove Dahl, från Finland advokaten Mikael Aspelin, från Island hæstaréttarritari Erla Jónsdóttir, från Norge høyesterettsadvokat Finn Arnesen och från Sverige rådmannen Ingemar Persson.

De föreslagna valdes med acklamation. Därefter lämnade mötets generalsekreterare viss praktisk information till deltagarna.

Stig Strömholm: Knut och Alice Wallenbergs stiftelses pris för rättsvetenskapliga insatser utdelades första gången vid juristmötet i Stockholm 1981 och har sedermera kunnat överlämnas vid öppnandet av varje juristmöte. Priset utdelas av styrelsen för Institutet för rättsvetenskaplig forskning efter att förslag har inhämtats från samtliga nordiska lokalstyrelser.

Som ordförande i Institutet för rättsvetenskaplig forskning har jag glädjen meddela att priset, som utgörs av ett diplom samt numera 250.000 svenska kronor, i år har tilldelats presidenten i Norges högsta domstol, høyesterettsjustitiarius dr.jur. Carsten Smith för — så lyder motiveringen — ”ett framstående och vittomspännande rättsvetenskapligt författarskap av stor praktisk betydelse för rättslivet i Norden”.

Jag hemställer nu att Hans Majestät Konungen behagade träda upp på podiet och jag anmodar høyesterettsjustitiarius Carsten Smith att ur Hans Majestäts hand mottaga belöningen.

Sedan pristagaren mottagit priset överlämnade ordföranden ordet till professor emeritus *Olof Ruin*, *Sverige*, som under rubriken *Den ifrågasatta staten* inledde mötet med följande föredrag.

Olof Ruin: Vi talar nu i slutet av 1900-talet, både i allmän debatt och i forskning, återigen mer än förr om stat och statsmakt. Innebörden i det vi vill kalla stat har alltid skiftat. Än har definitionerna varit vittomfamnande, än mer snäva; än har de i huvudsak varit beskrivande, än har de varit före-

skrivande. Många politiker och tänkare har sålunda över århundradena haft mycket bestämda åsikter, bottnade i bestämda värderingar, om vad en stat skall göra och inte bör göra. Dagens pånyttfödda uppmärksamhet har väl också sina normativa inslag. Framförallt bottnar den dock, tror jag, i att staten som en form av samhällelig organisation för närvarande i vår kulturkrets ter sig mera ifrågasatt än tidigare.

Denna ifrågasättning har två mycket olika dimensioner. En, som jag inte alls skall uppehålla mig vid, har sin grund i en pågående filosofiskt präglad diskussion. Det finns de som med utgångspunkt från den enskilde individens situation vädrar skepsis till det moraliskt berättigade i att överhuvudtaget ha en organisation sådan som staten. En annan dimension, som jag däremot skall koncentrera mig på, har sin grund i ett antal konkreta samhällliga tendenser i samtiden. De har som gemensamt drag att de fått konsekvenser för dagens nationalstater både i fråga om rörelsefrihet och auktoritet .

Dagens uppmärksamhet på tendenser av detta slag har också lett till ett större intresse, inte minst bland historiker, för kartläggning av nationalstatens rötter. Dessa brukar fixeras till senmedeltiden och den tidiga nya tiden. De processer under vilka nationalstaterna bildades var ofta likartade med någon härskare i centrum av ett landområde vilken inriktade sig på att skapa kontroll över sitt territorium. Centrala byråkratier etablerades, gemensamma rättsregler upprätthölls, penningväsen och uppbördsapparater skapades, bestämda religioner och språk premierades, vägar byggdes osv. I mycket drevs dessa processer fram av militära skäl; resurser behövdes för de krig som fördes. I vår region uppstod två nationalstater: den ena med centrum i Köpenhamn, den andra med centrum här i Stockholm. I en långt senare tid avsåndrades så det som blev Nordens tre andra stater: Norge, Finland och Island.

Våra nordiska stater kan mycket grovt sägas ha passerat tre utvecklingskedan i sin historia fram till för några decennier sedan: utvecklingen mot en konstitutionellt reglerad stat, mot en demokratisk stat samt slutligen mot vårt sekels välfärdsstat.

Utvecklingen mot vad som kan kallas en *konstitutionellt reglerad stat* under 1600-, 1700- och 1800-talen innebar att den centralmakt, som en gång bildats runt en härskare i centrum för ett territorium, successivt kom att inskränkas. Balanserande krafter av olika slag uppstod. Rättsregler infördes avsedda att binda den centrala maktutövningen och att slussa in den i bestämda former. Takt och inriktning i denna utveckling mot konstitutionalism kunde skifta. Inte minst Sverige har i detta avseende en tradition att

vara stolt över. Den form av absolut furstevälde som slog rot i andra stater vann aldrig till fullo insteg här även om det var mycket nära i slutet av den svenska stormaktstiden. I princip fanns alltid en balanserande riksdag där. Den i sin tur inrymde ju också ett folkligt element i och med att allmogen hade sin egen kammare i form av bondeståndet. Denna tradition av konstitutionalism kom för övrigt i sin tur att utgöra ett skydd och ett värde för Finland under dess dryga hundra år som storfurstendöme under den ryske tsaren.

Utvecklingen mot vad som kan kallas en *demokratisk stat* under det sena 1800-talet och tidiga 1900-talet hade som sitt gemensamma drag en utvidgning av rösträtten. Allt fler medborgare fick successivt rätt att välja representater till sina staters lagstiftande församlingar och dessa församlingar vann i sin tur successivt större inflytande över monarkerna och deras ämbetsmän. Dragkamper uppstod, flitigt belagda i forskningen, både i Danmark, Norge och Sverige just mellan kung och parlamentsföreträdare, framförallt i utseende av dem som skulle utgöra regering. Monarkerna drog sig efter hand tillbaka till ceremoniella och symboliska uppgifter medan de av medborgarna valda parlamentsledamöterna och regeringarna, baserade på parlamentets förtroende, kom att framstå som statsmaktens bärare och upprätthållare. Vid åren närmast efter det första världskrigets slut hade alla Nordens stater fullbordat sin omvandling till fullödiga parlamentariska demokratier.

Utvecklingen under detta sekel mot vad vi brukar kalla *välfärdsstat* har inneburit en kraftig utvidgning i staternas ansvarsområde. Självfallet hade våra stater dessförinnan inte bara fullgjort nattvaktaruppgifter, inte bara haft som ambition att upprätthålla inre lag och ordning och tillhandahålla försvar mot angrepp utifrån. De statliga engagemangen på olika områden accelererade emellertid under 1900-talet och kom generellt sett att nå sin höjdpunkt under decennierna närmast efter andra världskriget. Utgifterna för offentlig verksamhet tilläts på många håll öka dramatiskt; antalet offentligt anställda expanderade; författningar, utfärdade av riksdag och regering, mångdubblades osv. Staten såg det nu som sin uppgift, ofta i nära samarbete med kommunerna, att tillhandahålla landets medborgare en grundtrygghet. Man kan säga att den rättstrygghet och lika demokratiska rättigheter som statsutvecklingen under tidigare sekler och decennier garanterat medborgarna nu kompletterades med omfattande offentligt finansierade och reglerade stödsystem.

I detta våldsamma expansionsskede av offentlig verksamhet föreföll också själva den distinktion mellan stat och samhälle, som tidigare i regel iaktta-

gits, bli utsuddad. Man började i stället, kanske mest här i Sverige, tala om något som gavs beteckningen ”det starka samhället”. I detta tämligen vaga begrepp inräknades olika former av kollektivt handlande: inte bara insatser från riksdag, regering och centrala myndigheter samt kommuner utan även från stora organisationer av olika slag som samverkade med stat och kommun. De som i detta skede alltjämt hänvisade till och talade om staten tenderade också att ge denna företeelse en något annorlunda definition än som tidigare varit den vanliga. Staten uppfattades mindre som någon form av aktör, utrustad med ett specifikt maktmonopol inom ett bestämt territorium, och mer som en samhällelig arena där olika intressen och grupper möttes för att tillsammans komma fram till beslut.

I skuggan av detta expansionskede uppstod det också, särskilt från och med 1970-talet, en intensifierad diskussion om tillkortakommanden i själva det sätt på vilket välfärdstaterna fungerade. Kritiska kommentarer fälldes inte bara av sådana som utifrån sina politiska värderingar alltid varit skeptiskt inställda till den utveckling som ägt rum utan även av sådana som i princip anammat framväxten av den moderna välfärdsstaten. Man började tala om dessa staters svårstyrbarhet och fragmentering. Offentliga församlingar och myndigheter av olika slag ansågs ha blivit överansträngda av alltför många ärenden. En överbelastning – en ”over-load” som man sade på engelska – tycktes uppstå, inte minst för att medborgarnas egna förväntningar successivt steg och de begärde mer och mer av det allmänna. Den stora bredden i dessa åtaganden uppfattades vidare ha lett till uppkomsten av delsektorer av offentlig verksamhet – skola, sjukvård, transportväsen etc. – vilka alla i mycket tycktes leva sina egna liv och lätt komma i otakt med varandra. Dessa delsektorsers speciella intressen föreföll också ofta bli framgångsrikt försvarade av koalitioner – man talade om s.k. ”järntrianglar” – mellan sektorspecifika byråkrater, politiker och organisationsföreträdare. Överhuvud föreföll i välfärdsstatens beslutsprocesser byråkrater och företrädare för olika intresseorganisationer, väl integrerade i beslutsmaskineriet, vinna i inflytande på valda politikernas bekostnad. Man talade på sina håll om att de demokratiska processerna helt enkelt på ett olyckligt sätt började snurra baklänges.

De tre etapper i den moderna statens historia som jag här dröjt vid – alltså utvecklingen mot konstitutionalism, demokrati och offentligt finansierad välfärd – bildar bakgrund till de tendenser i samtiden som påverkar den ofta svårångade företeelse som är nationalstaten. Det som skett i detta hänseende kan naturligtvis systematiseras på olika sätt. Jag skall be att få framhålla tre tendenser. Det har skett 1) en internationalisering med kon-

sekvenser för den enskilda nationalstatens rörelsefrihet, 2) en avlastning av statliga arbetsuppgifter med konsekvenser för samspelet stat-samhälle samt 3) ett förminskat förtroende för staten som sådan med konsekvenser för själva dess legitimitet.

Internationalisering. Det enkla faktum att vår jord blivit ännu mindre än förr, att det som sker i en del av den ännu snabbare än förr påverkar andra delar, har under senare år ägnats intensiv uppmärksamhet. Mängder av exempel brukar ges på denna förkrympning, som samtidigt inneburit en globalisering. Företag och banker som tidigare varit bundna till vissa länder och regioner har lösgjort sig från sina tidigare bindningar och verkar nu helt transnationellt. Beslut om placering av kapital, köp och försäljning av valutor, höjning och sänkning av räntor etc, fattade i strategiskt viktiga styrelserum, påverkar snabbt hela länders ekonomiska situation. Miljöförstörelse på ett ställe i världen – en kärnkraftsolycka, utsläpp av kemikalier i luft och vatten, nerhuggning av regnskogar etc – får konsekvenser långt därifrån. Vedervärdiga förhållanden på en plats driver människor på flykt i jakt efter andra platser att slå sig ner på. Nyheter sprids omgående över klotet osv. All denna internationalisering har också påverkat den enskilda nationalstaten. Dess rörelsefrihet har inskränkts även om graden av inskränkning kan variera beroende på ifrågavarande stats situation, om den är stor eller liten, om den har en stark ekonomi eller en svag.

Dessa inskränkningar som följd av internationalisering har ibland också uttryckts i suveränitetstermer. Begreppet suveränitet är i och för sig, alldeles som det närbesläktade statsbegreppet, inte entydigt men brukar i regel sammankopplas med utövande av den högsta makten i ett territorium, som är oavhängigt av andra territorier. I ett internationaliseringsperspektiv har en distinktion ibland gjorts mellan formell suveränitet och faktisk. Formell suveränitet har sagts anknyta till och bli speglad i olika författningsbestämmelser medan faktisk suveränitet återigen anknyter till en stats faktiska rörelsefrihet. Den tes som utvecklats är att den faktiska suveräniteten minskat som följd av dagens internationalisering även om den formella förblivit ograverad. Inte minst drevs denna tes i anknytning till diskussionerna om medlemskap eller ej i EU. Talesmän för en EU-anlutning hävdade att denna reducerade faktiska suveränitet i någon mån kunde återerövas genom samarbete med andra stater och därigenom också kompensera den minskning av formell suveränitet som obestriddligen skulle följa av ett medlemskap. Motståndare till en EU-anlutning underkände resonemanget.

Nu är tre av Nordens stater medlemmar av den Europeiska Unionen. Utan att ytterligare dröja vid denna diskussion om formell och faktisk suve-

ränitet har detta medlemskap självfallet haft ett antal obestridliga konsekvenser för de enskilda staternas handlingsutrymme. Rätten att fatta de slutgiltiga besluten på ett antal politikområden har överflyttats från de nationella parlamenten till ett gemensamt beslutsfattande mellan företrädare för ett antal europeiska regeringar. Till en del förbereds dessa beslut genom förhandlingar av olika slag som sker i Bryssel. De rättsregler som utvecklats inom Unionens kompetenssfär äger vidare företräde framför nationell rätt och har som sin högsta instans en domstol i Luxemburg med uppgift att tolka och tillämpa EU:s fördrag och regelsystem. Det som härvidlag gäller länder som är medlemmar av EU berör naturligtvis i mycket också, genom tidigare ingångna avtal, de nordiska stater som valt att stå utanför. Det gemensamma för oss alla är att det uppstått en beslutsnivå ovanför den enskilda staten. Därmed är det inte heller längre centralmaktens företrädare i våra huvudstäder som utgör slutpunkten för alla våra länders olika politiska och rättsliga processer.

Det andra som under senare decennier skett när det gäller statens situation är en medveten *avlastning av arbetsuppgifter*. Parallellt med att ärenden lyfts upp från statlig nivå till mellanstatlig har det alltså skett en trafik i motsatt riktning. Ärenden har skjutits neråt; de har decentraliserats. Det som här skett har både varit statsfinansiellt motiverat men också i hög grad betingat av drag som uppfattats som olyckliga i välfärdsstaters sätt att fungera: att centralbyråkrater fick för mycket att säga till om, att sektorisering och korporativisering gick för långt, att de enskilda medborgarna inte tillräckligt kunde göra sina röster gällande osv. En avlastning förväntades i någon mån kunna råda bot på dessa missförhållanden. Den har under de senaste decennierna i huvudsak tagit sig tre olika former: kommunalisering, privatisering och ett ökat ansvarstagande av frivilliga sammanslutningar av olika slag.

Kommunalisering framstår som den viktigaste formen. En decentralisering till lägre offentliga nivåer blir självfallet beroende av hur de underordnade strukturerna ser ut. Ute i Europa talar man i dag mycket om vikten av regioner medan denna typ av enheter framstår som mindre betydelsefulla i Norden även om det finns de som pläderar för förstärkt regionalisering. Det är hos oss alltså den kommunala nivån som man i första hand tänker på när det gäller att flytta över uppgifter neråt i systemet. Mycket har hänt härvidlag, kanske alldeles särskilt i Sverige. Kommunerna har sålunda utsetts till huvudmän för skötseln av viktiga samhällsområden. Ett färskt exempel härpå är skolan, som länge varit starkt centralstyrd. De statsbidrag för finansiering av olika kommunala verksamheter som förut var special-

destinerade levereras numera som klumpsummor med rätt för kommunerna att själva detaljfördela pengarna. De lagar som antas av riksdagen och är avsedda att reglera olika sidor av kommunal verksamhet är i regel mycket allmänt hållna och lämnar stort utrymme för kommunal tillämpning och tolkning i sina ofta ambitiösa målformuleringar. Statens uppgift förefaller alltså mera ha blivit att utöva tillsyn över det som sker på lägre nivåer än att detaljreglera och garantera att samma regler gäller.

Det kan tilläggas att denna medvetna decentralisering till kommunal nivå i och för sig inte upphör där. Den har drivits ännu längre i en förhoppning att ännu mer kunna ge de enskilda medborgarna möjlighet att påverka den offentligt finansierade verksamheten. Det ironiska i Sverige är att det under de första efterkrigsdecennierna lades ner ett stort arbete på att tvärtom slå samman ursprungligen tämligen små kommuner för att därigenom uppnå enheter som skulle vara stora nog att kunna vara staten behjälplig i administrationen av omfattande välfärdsprogram. Antalet kommuner, som en gång legat över 2000, hade för ett kvartsekel sedan, när sammanslagningsprocesserna var fullbordade, krympt till knappt 300. Och nu är alltså många av dessa stora kommuner sysselsatta med att inrätta stadsdelsnämnder och liknande särdelar, allt i samklang med dagens decentraliseringsiver.

Privatisering som en form av avlastning av offentlig verksamhet kan ta sig olika former. Den kan innebära att statligt ägda företag helt och hållet säljs ut till det privata näringslivet, att statlig verksamhet ges bolagsform med staten kvar som huvudägare, att tidigare statligt omhändertagna verksamheter överläts åt privata företag liksom att staten köper tjänster och varor från företag i stället för att producera dem i egen regi. En privatiseringsiver har gått över hela västvärlden under de senaste decennierna. Bakom den har funnits föreställningar om att privata företag, i och med att de är konkurrensutsatta, med nödvändighet blir mer effektiva än statliga enheter. Också den beslutskultur som råder inom det privata näringslivet har ofta uppställts som modellbildande för offentlig verksamhet. Där finns, har man föreställt sig, mindre av byråkrati och stela former, mer av förmåga att fatta snabba och innovativa beslut.

En tredje form slutligen av avlastning av statliga uppgifter är att låta frivilliga sammanslutningar av olika slag träda in. Det kan vara fråga om landsomfattande organisationer eller mindre föreningar, av små klubbar eller informella nätverk, av frikyrkor eller kooperativ av olika typer etc. I dag är det mycket populärt, både i allmän debatt och i forskning, att tala om värdet av många sammanslutningar i ett samhälle. En sådan mängd, som upp bärs av de enskilda medborgarnas engagemang, uppfattas befördra stabilitet och

livskraft i ett samhälle. De nordiska länderna äger en lång tradition av ett sådant vitalt organisationsväsen även om det kan sägas att våra välfärdsstater under sin expansionstid hade en tendens att ta över uppgifter som olika sammanslutningar ursprungligen försökt ta hand om. Nu svänger pendeln i en annan och motsatt riktning. Frivilliga sammanslutningar av olika slag vidgar sina ansvarsområden. Det sker både av statsfinansiella skäl – det allmänna har helt enkelt inte längre råd att stå för så mycket som förr – men ibland också av ideologiska motiv. I samklang med dagens tidsanda uppfattas s.k. självförvaltning vara av värde för alla.

Den avlastning av statliga uppgifter som skett under de senaste decennierna – det må sedan vara fråga om kommunalisering, privatisering eller ökat ansvarstagande av enskilda sammanslutningar – har naturligtvis bedömts olika. Skillnaderna i bedömning har i sin tur ofta bottnat i olika politiska värderingar. De som tidigare varit benägna att misstro staten och se den som ett hot har uppskattat utvecklingen, de med en motsatt uppfattning har beklagat den.

Ett förhållningssätt förefaller ändå vara gemensamt. Det finns en oro i dag för att den rättstrygghet, de garantier för förutsägbara och korrekta processer, som staten av tradition haft ansvar för håller på att luckras upp genom många av dessa decentraliseringsåtgärder. Kommuner utrustade med stor beslutskompetens kan lockas ta alltför stor hänsyn till skiftande lokala förutsättningar alldeles särskilt som många av dem i sin tur ytterligare skjutit över ansvaret för olika verksamheter till resultatenheter av skiftande typ. Företag, som övertagit tidigare offentliga uppgifter, kan låta sitt handlande alltför mycket bestämmas av hänsyn till kostnader och vinster. Tendenser av detta slag befaras äventyra den lika behandling inför det allmänna som medborgarna – oavsett bostadsort och position – anser sig ha rätt till och som staten och dess rättsväsende varit garanter för.

Det tredje slutligen som skett när det gäller statens situation berör själva *förtroendet* för den som institution. På denna punkt är fakta visserligen inte lika klara som när det gäller internationalisering och avlänkning av uppgifter. Ändå framstår det som rimligt att hävda att detta förtroende generellt sett minskat även om det igen finns variationer härvidlag, också mellan våra egna länder. Förklaringarna till denna utveckling kan i sin tur sökas på många håll.

En kan helt enkelt ligga i medborgarnas egen förändrade situation och eget förändrade förhållningssätt. De begär ofta mer än förr av staters och kommuners företrädare och blir därför också mer besvikna när det begärda inte kan levereras. De är vidare ofta själva kunnigare och vaknare än förr

och kommer därför att betrakta det allmännas företrädare med större skepsis än tidigare. De känner slutligen mindre lojalitet än förr till något bestämt parti samtidigt som ändå de partiväsen som uppstått i våra länder förblir centrala i uppgiften att vara uppsamlare och sammanjämkare av de önskemål som medborgarna ställer staterna inför.

En annan förklaring till detta minskade förtroende kan finnas hos dem som företräder staten, framförallt hos valda politikerna men naturligtvis också hos statliga ämbetsmän. Just när det gäller politiker har mängder av siffror presenterats om nedgång i förtroende och anseende. Då är det självfallet inte bara fråga om politiker på statlig nivå utan i hög grad också tal om dem som verkar ute i kommunerna. Nedgången kan till en del bero på att det offentliga representanter skärskådas hårdare än förr. Massmedia har blivit mer effektiva och skoningslösa i sin blottläggning av centrala samhällsmedborgares skevheter; massmedia tycks därtill ofta, vilket också påverkar förtroendet för politiker negativt, finna en lust i att presentera politisk verksamhet som ett spel bara, som nästintill endast en form av hästkapplöpning. Nedgången i förtroende för statens företrädare kan emellertid också bero på – det är svårt att här uttala sig med bestämdhet – att de som engagerar sig i offentlig verksamhet, som förtroendevalda eller som tjänstemän, helt enkelt blivit sämre. Åtminstone har många gjort sig skyldiga till beteenden som är klart stötande. De härvidlag kanske förletts att överta mönster som odlas inom delar av det näringsliv man samarbetar med men som ter sig förkastliga när de upprepas av det offentliga företrädare.

Slutligen kan förklaringen till att staten som institution i dag förefaller åtnjuta mindre förtroende än tidigare helt enkelt sökas i att den har mindre förmåga än förr att lösa centrala samhällsproblem. En del av förklaringarna härtill har redan antytts: möjligheterna för den enskilda statens företrädare att agera har minskat som följd både av dagens internationalisering och av dagens benägenhet att länka över uppgifter till andra nivåer och aktörer. Andra förklaringar kan ligga i de politiska förhållanden som råder i landet eller i den art av frågor som skall lösas. De kan kännas förlamande i sin komplexitet. Olika decennier har ställt statsmakterna inför olika typer av samhällsproblem. Vi lever nu i ett decenium när uppmärksamheten i de flesta av Europas länder framförallt riktas på frågor om ekonomi och arbetslöshet och där svaren förefaller vara utomordentligt svåra att finna. En statsmakts möjlighet att åtnjuta förtroende beror i slutändan på vad den kan åstadkomma. Att kunna prestera det som medborgare begär blir därmed också en viktig förutsättning för fortsatt legitimitet.

Jag har nu kommit till slutet av detta föredrag om en nationalstat som framstår som mer ifrågasatt än tidigare. Om min beskrivning är riktig och om det därtill anses angeläget att förstärka våra staters auktoritet, ja, då bör man naturligen fråga sig: vad kan förväntas hända, vad kan uttryckligen göras?

Det är inte osannolikt att en del av de processer som präglade de senaste decennierna i någon mån kommer att förbytas i sin motsats. En motreaktion brukar uppstå när en reformverksamhet drivits i en enda bestämd riktning under en lång tid. Jag tänker i detta sammanhang framförallt på dagens decentraliseringsiver, den må sedan gälla kommunalisering eller privatisering. När det gäller benägenheten att låta företag av olika slag ta hand om tidigare offentliga åtaganden finns det redan klara tecken på en sådan motreaktion i många länder. Erfarenhetsmässigt har man kommit till insikt om att de motiv och rutiner som är naturliga för ett vinstmaximerande företag inte alltid låter sig förenas med de värden som det offentliga finner angelägna att förverkliga. När det gäller dagens kommunalisering är tecknen på en liknande motreaktion visserligen inte lika klart skönjbara. Det är ändå sannolikt att kraven kommer att öka på detaljerade regler, givna centralt, när skillnaderna i den verksamhet som ett lands olika kommuner svarar för tilltar och när en del av dessa kommuner kanske därtill hemfaller åt metoder i sin förvaltning som ter sig oacceptabla.

Det kan i detta sammanhang tilläggas att den centrala statsmakten i någon mån kommer att förstärkas i de av våra länder som är medlemmar i EU även om EU som organisation har ambition att stödja nivåer under den centrala statsmakten. Denna paradox kan förklaras med att samarbetet inom EU fortfarande i hög grad är av mellanstatlig karaktär och att det därigenom ankommer på medlemsländernas statliga företrädare att representera landet och formulera dess positioner. Ett helt annat problem, som jag här inte skall uppehålla mig vid men som tilldrar sig stigande uppmärksamhet nu i samband med EU:s regeringskonferens, är medlemskapets konsekvenser för själva inflytandefördelningen på central nationell nivå: den att exekutivernas makt förefaller ha ökat och legislaturens minskat.

Det är, för att fortsätta resonemanget om möjliga förstärkningar av statens ställning, inte heller orimligt att vänta sig att starkare krav framdeles kommer att växa fram och formuleras på hur statliga företrädare skall uppträda. Vi talar i dag mycket om behovet av mer etik i politik och förvaltning. Det är i och för sig svårt att formulera regler för hur politiker och ämbetsmän skall bete sig. En gammal och självfallen utgångspunkt har ändå varit att de inte skall sko sig i kraft av sina positioner och att de som rikt-

märke för sin verksamhet skall ha det allmännas bästa hur svårfångat och omtvistat detta bästa än kan te sig. Det är i denna gamla anda, trots allt modernt tal om effektivt, innovativt och flexibelt ledarskap, som en förbättring av många politikernas och ämbetsmäns moral måste nås.

Det är i detta sammanhang som juristerna kommer in. Tidigare har det funnits en viss misstro i Norden, igen med variationer mellan våra länder, inför traditionella föreställningar om att just jurister skulle ha speciell förmåga att i sin tjänstemannautövning distansera sig från olika intressen. I mycket har de uppfattats vara lika alla andra. I detta perspektiv har också många motsatt sig tankar på någon form av författningsdomstol. Det har sagts att bara för att någon ikläder sig domarkåpa blir vederbörande inte immun mot påverkan av egna politiska värderingar. Ett omslag är, tror jag, på väg. En författningsdomstol, i alla fall med den begränsade inriktning den fått i Norge, framstår som ett värde i en strävan att beivra regelövertramp i politiken. Ämbetsmän med juristutbildning uppfattas överhuvud ha särskilda förutsättningar att inte bara följa givna regler utan att också tolka och tillämpa dem på ett intressebundet sätt. Det skall tilläggas att jurister som skrå naturligtvis fått extra skjuts av dagens Europasamarbete och den vikt som i detta sammanhang tillmäts den judiciella dimensionen.

Till slut: en förstärkt statsauktoritet bottenar ändå framförallt i att dess politiker, inom de ramar som nu gäller, förmår mobilisera handlingskraft. Den bestäms i sin tur, förutom naturligtvis av kapaciteten hos dem själva, av andra ännu viktigare omständigheter: av gällande konstitutionella regler, av rådande politisk kultur och av ett partiväsen som inte är förlamat av stor fragmentering och stora motsättningar. Tidigare under detta sekel var det vanligt att som målsättning för en framgångsrik stat ange att dess politiska ledning, med förankring i gedigen parlamentarisk majoritet, skulle kunna stå emot särintressen, ha förmåga att vid behov fatta svåra och impopulära beslut samt slutligen också ha kraft att agera långsiktigt i föreställning om helhetens bästa. Denna målsättning gäller alltjämt.

Ordföranden rektor, professor *Stig Strömholm* tackade Olof Ruin för det intresseväckande föredraget. Mötet avslutades därefter med musik av *Omnibus kammarblåsare*.

Sektionsmöten och gruppdiskussioner

Gruppdiskussion

Kodifiering av koncernrätten - reglerna om minoritetsdelägares och borgenärers ställning i dotterbolag

Referent: Kanslichef *Kirsti Rissanen*, Finland

Jyrki Jauhiainen, Finland

Debattledare: Advokaten *Gerhard af Schultén*, Finland

Referatskrivare: t f hovrättsassessorn *Kajsa Jonsson*

KODIFIERING AV KONCERNRÄTTEN – REGLERNA OM MINORITETSDEL- ÄGARES OCH BORGENÄRERS STÄLLNING I DOTTERBOLAG

Av Kirsti Rissanen och Jyrki Jauhiainen, Finland

I vårt samhälle är det tillåtet att idka företagsverksamhet och åtminstone i festtal uppmuntras rentav sådan verksamhet. För att främja målsättningen tillåter samhället att företagarna genom olika arrangemang, t.ex. genom att använda sig av aktiebolagsformen, frivilligt begränsar det ansvar som är förknippat med företagsverksamhet. Inom företagslagstiftningen försöker man för att uppnå målen för regleringen också ta hänsyn till faktiska ekonomiska företagshelheter. Med ett företag och en företagshelhet avses här företagsverksamhet som idkas i en eller flera juridiska personers namn, men under gemensam ledning.

När det gäller detta ämne, är den viktigaste frågan: I vilken riktning borde regleringen av koncernbolagens ansvarsförhållanden utvecklas? Skall regleringen fortfarande utgå från att bolagen formellt är separata juridiska personer eller är det i stället skäl att i högre grad börja betona företagshelheter? Om man stannar för det senare alternativet, under vilka förutsättningar och hur skall moderbolagets ansvar i så fall ökas? Under temat ansvars identifikation/ansvarsgenombrott har frågan diskuterats livligt, också på detta forum.

På allmän nivå är målsättningen klar: Företagslagstiftningen skall ta större hänsyn till koncernpraxis och över huvud taget till det faktum att en avsevärd del av företagsverksamheten idkas i aktiebolagsform. Det är sannolikt att man inom koncernregleringen lika väl som inom den övriga aktiebolagslagstiftningen måste avstå från stora principiella framsteg och i stället får nöja sig med att utveckla lagstiftningen med hjälp av många olika metoder samt genom att lyfta fram de allmänna principerna i lagen. Mera omfattande principiella reformer kan försvaras först när innehållet i de ibland rentav slagordsmässigt använda begreppen ”ansvars identifikation” och ”ansvarsgenombrott”, samt regleringsbehovet har differentierats i behövlig omfattning. Begreppet ”ansvars identifikation” väcker föreställningar om ett obegränsat ansvar som inte kan jämkas och antyder att bevisbördan är omvänd

eller att motbevis eventuellt inte ens kan anföras. Ett tilläggsansvar kan emellertid inte regleras så att de allmänna principerna för rättsordningen schablonmässigt sätts ur spel. Det mera neutrala ordet "tilläggsansvar" används därför här för att beteckna situationer där ansvaret är större än vad lagen om aktiebolag utgår från. Referatet tar upp de omständigheter som skall beaktas i en reglering av moderbolagets ansvar. Avsikten är att lyfta fram den grund som rättsordningen vilar på samt fästa uppmärksamhet vid de bolagsrättsliga begrepp från vilka ansvarsregleringen fortfarande måste utgå, förutsatt att man inte först ändrar utgångspunkterna för aktiebolagslagstiftningen.

1. Reglering av minoritetsdelägarnas och borgenärernas ställning i dotterbolag

När det gäller att utveckla koncernregleringen, koncentreras uppmärksamheten å ena sidan till de verksamhetsmöjligheter som moderbolag har i sina dotterbolag och å andra sidan till minoritetsdelägarnas och borgenärernas ställning i dotterbolaget. Här behandlas främst moderbolagets ansvar i förhållande till dotterbolagets övriga delägare samt dotterbolagets borgenärer. Den ställning som dessa två grupper befinner sig i är på många sätt likartad.¹ Däremot skall ansvaret vara detsamma för ett moderbolag och en fysisk person med bestämmanderätt i bolaget, förutsatt att man inte genom lagstiftning vill begränsa koncernstrukturer som består av juridiska personer. Om ansvaret inte är detsamma, blir det ofördelaktigare att äga ett multibranschföretag via ett holdingbolag än att direkt äga flera (dotter)bolag med verksamhet i olika branscher. Ifall en delägare med bestämmanderätt i aktiebolaget har ett större ansvar än de övriga delägarna (placerarna), minskar intresset för majoritetsaktieposter i bolaget, förutsatt att vinsterna i prin-

¹ Detta innebär att skadeståndsgrunderna i princip är av samma typ vare sig skadeståndstalan förs för en enskild delägars eller en borgenärs räkning. En borgenär kan visserligen vid avtalsbrott yrka på förtida betalning av sin fordran, vilket en delägare inte har möjlighet till (jämför dock ABL 13:3). Å andra sidan kan endast en delägare åberopa likställhetsprincipen i ABL; om "likställdhet" för borgenärer stadgas i utmätnings-, skuldsanerings- och konkurslagstiftningen (återvinning och den ordning i vilken borgenärerna skall få betalning). Det är anmärkningsvärt att delägarnas ställning i ett aktiebolags konkurs först under de senaste åren har uppmärksamats i anslutning till de reformer som har gällt konkursförfarandet och konkursombudsmannen, detta trots att delägarna i ett aktiebolag står kvar i bolaget från det att bolaget grundas till dess att slutredovisning avges.

cip delas enligt ägarandelar, men endast majoritetsdelägaren svarar för förluster vilka överstiger bolagets eget kapital.² En ny ansvarsreglering borde därför också anpassas till rådande delägar- och gäldsförhållanden. Permanenta övergångsarrangemang är uppenbarligen inte möjliga.

Koncernstadgandena i lagen om aktiebolag handlar främst om bolagsledningens inflytande samt kringgående av stadgandena om utdelning av bolagets medel. I denna situation har man klarat sig med en definition av koncernbegreppet som kan tillämpas då begränsningarna angående utövning av rösträtt och utdelning av bolagets medel eller stadgandena om inlösning av minoritetsandelar annars kan kringgå.³ Man kan därför tala om en vertikal bolagsrättslig koncernreglering som bygger på absolut bestämmanderätt. De bolagsrättsliga ansvarsstadgandena har i huvudsak utformats med tanke på delägarna och bolagets kontraktborgenärer. Därför är det förståeligt att man i dessa stadganden inte har uppmärksammat koncernerna, andra faktiska strukturer som medför bestämmanderätt eller sådana horisontella företagsgrupperingar som enbart motiveras av försök att ekonomiskt integrera verksamheten. I fråga om produktansvar och miljöskador har skadeståndslagstiftningen dock på sistone utvecklats till den skadelidandes förmån så, att den skadelidande i sista hand skall ha rätt att få ersättning också av dem som har fått ekonomisk vinning av den skadevällande verksamheten eller produkten, såsom t.ex. underleverantörer. Moderbolagets ansvar är dessutom beroende av annan lagstiftning, såsom konkurrens-, arbets-, värdepappers-, konkurs- och strafflagstiftningen.

² Om moderbolaget har ett större ansvar, uppmuntrar detta å andra sidan företagen till att med hjälp av bulvaner sprida ägandet på flera händer.

³ I avsikt att förhindra att stadgandena om ledningens inflytande kringgås, har man i ett förslag till ändring av lagen om aktiebolag tänkt sig att förbudet att rösta med egna aktier kunde utsträckas till att också gälla aktier ägda av stiftelser i vilka har bolaget en sådan bestämmanderätt som motsvarar ett koncernförhållande. Ett utvidgat koncernbegrepp skulle också göra det svårare att kringgå stadgandena om förvärv av egna aktier. 1990 års aktiebolagskommission föreslog inte att stadgandena om försäljning av egna aktier skulle utsträckas till att gälla dotterbolag. Å andra sidan ansåg man att ledningen i moderbolaget är skyldig att se till att delägarna i det egna bolaget blir likvärdigt behandlade också när ett dotterbolag överlåter aktier i moderbolaget. För att hindra att stadgandena om betalning av aktiekapital kringgås har man för avsikt att föreslå att ett oregistrerat aktiebolag inte skall få låna ut medel eller ställa säkerhet ens till sitt moderbolag eller för dess räkning. Man har också för avsikt att föreslå en skärpning av stadgandena om skyldighet att lösa in

De multinationella koncernerna är ett problem när det gäller att skapa en nationell reglering som både är effektiv och neutral. Fri rörlighet för kapital och fri företagsetablering har ytterligare ökat frågans betydelse. I Västeuropa har man sökt svaret i en bolagsrättslig minimireglering på EG-nivå.⁴ Att trygga en effektiv reglering är en fråga som inte enbart gäller koncerner utan ett mycket vidare sammanhang, nämligen hela den nationella rättsordningen, i och med att de nationella barriärer som begränsar etableringen av företag och fri rörlighet för kapital, arbetskraft och tjänster rivs ner och en verksamhet därför kan ha konsekvenser som berör hela mänskligheten. Om en stat å andra sidan väljer en reglering som är avsevärt strängare än konkurrenternas, kan detta leda till att moder- och dotterbolag som är verkamma i nämnda stat låter registrera sig i andra stater där ansvaret är mera begränsat eller att äganderätten till företag med riskfylld verksamhet flyttas till stater där ansvaret i praktiken inte kan verkställas.

2. Om företagspraxis

2.1. Koncernstrukturernas utveckling

Koncernstrukturer är numera mycket vanliga i företagsverksamhet. Grundteserna i vår aktiebolagsrätt, såsom tesen att aktiebolaget är en självständig enhet och att delägarnas ansvar är begränsat, härstammar däremot från en tid då koncernstrukturer var sällsynta. Delägarnas begränsade ansvar beror i första hand på behov att effektivisera finansieringen av företag så, att också personer som vill placera medel i bolaget utan att själva höra till dess ledning skall ha möjlighet att finansiera bolaget med kapital som blir eget kapital för bolaget. I andra hand har man ansett att aktieägarnas begränsade ansvar också är en förutsättning för effektiv omsättning av aktier, dvs. sekundärmarknaden för eget kapital.

minoritetsandelar så, att inlösningsrätten och –skyldigheten skall gälla varje majoritetsdelägare som direkt eller genom ett bestämmanderättsförhållande som motsvarar koncernförhållande äger mera än 90 % av aktierna och rösterna i bolaget. Det nya koncernbegreppet skulle då också medföra att aktier för vilka rösträtt inte får utövas vid bolagsstämman inte beaktas vid beräkningen av det röst- och aktietal som berättigar och förpliktar till inlösen av aktier.

⁴ Konkurrensen om företagsfinansiering har dock lett till att fri rörlighet för kapital inte begränsas till stater med vilka man har avtal om effektiv verkställighet av finansiärens eventuella ansvar.

Företagsstrukturerna var länge enkla, företagsverksamheten bedrevs i allmänhet inom ett enda företag. Under dessa omständigheter kunde företagets samtliga tillgångar användas för betalning av de skulder som uppstod i verksamheten och å andra sidan skyddade det begränsade ansvaret placera- rarna från oväntade förluster på placerat kapital. Det system som skulle skydda minoritetsdelägarna och borgenärerna byggde (och bygger fortfarande) på tanken att företagsverksamhet bedrivs enligt principer som är affärsekonomiskt motiverade för företaget samt för att ge aktieägarna vinst. Numera har det blivit vanligare med strukturer som kombinerar flera juridi- ska personer på olika sätt, samtidigt som företagsstrukturen har blivit allt mera invecklad. Olika slag av juridiska personer kan bilda ett enda helhet. En sådan av flera företag skapad helhet kan både styras med röstmajoritet, vilket har ansetts känneteckna de koncerner som avses i lagen om aktiebo- lag, eller också kan styrningen baseras t.ex. på ekonomisk integration av flera olika rörelsedrivande enheter (t.ex. arbetsfördelning i produktionsked- jan) eller på finansiella beroendeförhållanden. I takt med den ökade in- ternationaliseringen av företagen har helheterna blivit allt mera invecklade. Internationaliseringen kan bottna i ett behov att finna de med hänsyn till enskilda funktioner ekonomiskt effektivaste rättsordningarna, vare sig det är frågan om kostnaderna för finansiering eller produktionsfaktorer eller om utdelning av företagets resultat. Å andra sidan kan koncernstrukturen också vara en sådan delfaktor i de finansiella arrangemangen för före- tagsverksamheten vilken kan motiveras med hänsyn till kontraktsborge- näreerna.

Koncernstrukturer kan vara mycket olika. En företagshelhet som består av av flera olika bolag och bedriver produktion av nyttigheter kännetecknas av att

- bestämmanderätten utövas aktivt och effektivt (verksamhets- och eko- nomiplaner, val av ledningen, löne- och andra belöningsystem eller andra gemensamma verksamhetsprinciper)
- verksamheten är ekonomiskt integrerad (anskaffningar, produktion, distri- bution, garantier och försäkringar),
- finansiellt beroende förekommer (finansiering, säkerheter och cash ma- nagement),
- administrativt beroende förekommer (forsknings- och utvecklingsarbete, kommunikationer och andra relationer till intressentgrupper, rekrytering och utbildning av personal, säkerhetsfrågor i företaget)

- personalförvaltningen är enhetlig (alternering mellan olika uppgifter i karriärsyfte, löne- och andra belöningssystem, pensions- och andra försäkringsarrangemang) samt
- enhetliga affärsemblem.

Å andra sidan är det också möjligt att idka företagsverksamhet inom ramen för en koncern som är verksam i flera olika branscher (konglomerat), men enligt en modell där moderbolaget i princip nästan har rollen av en aktieportföljplacering som förvärvar majoritetsandelar i företagen och där dotterbolagen inte är beroende av varandra över branschgränserna. I praktiken är det vanligt att finansiella beroendeförhållanden förekommer även mellan företagen i en sådan koncern, eftersom möjligheten att samordna företagsfinansieringen har ansetts vara en av de orsaker som har motiverat tillkomsten av dessa koncerner.

2.2. Koncernrelaterade problem som observerats i företagspraxis

Koncernintresset är starkare än bolagets intressen. Ändamålet med ett aktiebolags verksamhet är att bereda delägarna vinst och förutsatt att inte annat föreskrivs i bolagsordningen skall delägarna behandlas likvärdigt. Borgenärernas ställning i dotterbolaget är i sin tur beroende av skyddsstadgandena i lagen om aktiebolag samt av konkurslagstiftningen. I praktiken leds rörelsen i koncernbolag oftast ur moderbolagets synvinkel, för att förverkliga koncernens intressen. Minoritetsdelägarna och borgenärerna kan i princip alltid åberopa de bolagsrättsliga stadganden som är avsedda att skydda dem. För borgenärer med smärre fordringar och delägare med anspråkslöst aktieinnehav lönar det sig dock oftast inte att åberopa skyddsstadgandena, ifall de löper risk att själv få stå för kostnaderna. Bevisrisken vilar nämligen på den som yrkar ersättning.⁵ Hur effektivt skyddssystemet faktiskt är blir också beroende av det faktum att ansvaret i praktiken enbart drabbar bolagets i handelsregistret antecknade styrelse och verkställande direktör. Dessa svarar endast med sin personliga förmögenhet och ersättningsbeloppet fastställs utan hänsyn till moderbolagets ekonomiska ställning.

⁵ En förbättring av dessa borgenärers och delägares ställning skulle förutsätta att bevisrisken överförs på motparten, att en möjlighet till grupptalan införs och/eller att samhället bekostar bevakningen av dessa gruppers intressen – dvs. att ett "bolagsombudsmannaämbete" skapas vid sidan av konkursombudsmannaämbetet. En faktiskt förbättring av dessa borgenärers och delägares ställning förutsätter i

Koncernstrukturer används för att begränsa utomkontraktuellt ansvar. Koncernstrukturer kan i praktiken användas för att begränsa ansvar och risker i företagsverksamhet. I ytterlighetsfall kan koncernstrukturen ha valts för att man vill underlåta att betala skatter och motsvarande avgifter som är förknippade med företagsverksamhet. Detta är inte enbart ett problem som den offentliga sektorn kämpar med när den på ett rättvist sätt vill få in tillräckliga medel för finansiering av sin verksamhet, utan företeelsen uppfattas numera allt tydligare som en faktor vilken snedvrider konkurrensbetingelserna.

Den styrelse som har utsetts för dotterbolaget handlar eller tillåter moderbolaget att handla i strid med bolagets och borgenärernas intressen. Ett moderbolag som bedriver koncernpolitik kan till dotterbolagets styrelse utse personer som är ekonomiskt beroende av moderbolaget.⁶ Å andra sidan kan moderbolaget också utse utomstående insolventa personer till dotterbolagets styrelse, varvid ansvaret för bolagets rörelse i praktiken kommer att vila på moderbolagets ledning eller representanter för moderbolaget i deras egenskap av firmatecknare, prokurister, befullmäktigade eller de enda som har rätt att använda bolagets konto. Ansvarsstadgandena, vilka utgår från att vissa personer formellt har utsetts till styrelsemedlemmar, tar inte hänsyn till att moderbolaget i praktiken kan ta över styrelseuppgifterna i dotterbolaget.⁷ Personer som endast formellt är medlemmar av styrelsen kan dessutom i praktiken undgå ersättningsansvar, eftersom t.o.m. en person vars insolvens är känd kan utses till styrelsemedlem.⁸

allmänhet att risken för rättegångskostnaderna överförs på någon annan. Om bevisrisken å andra sidan t.ex. kategoriskt överförs på svaranden, kan detta avsevärt förändra majoritetsdelägarnas ställning samt tillgången på eget kapital för finansiering av företagsverksamhet.

⁶ Styrelseledamöternas ekonomiska beroende av moderbolaget kan bero på t.ex. personliga placeringar, ett gäldsförhållande eller hot om uppsägning av ett arbetsavtalsförhållande.

⁷ En ansvarsreglering som utgår från formella utnämningar medför också problemet att en juridisk person inte kan utses till ledamot av styrelsen. I en koncernsituation är det nödvändigt att formellt utse en styrelse främst av den anledningen att en utomstående på ett tillförlitligt sätt skall ha möjlighet att få reda på vem som har rätt att företräda dotterbolaget. I rättspraxis har en styrelsemedlem genom att visa att han inte i praktiken hade deltagit i styrelsens arbete friats från det ansvar som en speciallag föreskrev för styrelsemedlemmar (försummelse att redovisa av bolaget uppburna skatter).

⁸ Härvid förutsätts det dock att personen i fråga inte är försatt i konkurs vid ifråga-

Koncernbank samt annan finansiering och andra säkerheter till förmån för moderbolaget och bolag inom samma koncern. Behovet av cash management på koncernnivå (koncernbanker) nådde senast på 1980-talet en sådan omfattning att också de finländska bankerna började erbjuda sina koncernkunder särskilda koncernkonton för administrering av kassaflödet och betalningsrörelsen. En koncernbanksenhet kan svara för hela koncernens finansiering samt för utjämning och placering av koncernbolagens finansiella över- och underskott.⁹ Användningen av en koncernbank kan lätt leda till att ekonomiska problem i ett koncernbolag snabbt sprider sig till de andra.¹⁰

Enhetliga affärselement och likartade firmanamn kan ge avtalsparter uppfattningen att dotterbolaget bedriver sin verksamhet för moderbolagets räkning eller att moderbolaget annars svarar för avtalet. När det gäller användning av affärselement i vilseledande syfte hänvisar man i den finländska juridiska identifikationslitteraturen ofta till ett bestämt avgörande av högsta domstolen. I rättsfallet ålade högsta domstolen ett aktiebolag att betala köpeskillingen för varor som hade levererats till en på annan ort verksam näringsidkare med samma namn. Aktiebolaget hade i offentligheten på olika sätt skapat den uppfattningen att näringsidkaren var ett aktiebolag, varför borgenären hade haft rätt att lita på detta intryck (HFD 1954 II 43).

varande tidpunkt. Genom kreditupplysningsverksamhet har man i praktiken lyckats begränsa erkänt insolventa personers möjligheter att delta i ”styrelsearbete”. Detta har skett så, att tidigare betalningsstörningar hos ledningen har antecknats i bolagets kreditupplysningar och sannolikheten att bolaget försätts i konkurs har bedömts utgående från vilka personliga betalningsstörningar som har förekommit bland dem som står i ledningen för företaget.

⁹ Inbetalningar till ett dotterbolag går in på kontot i det koncernbolag som har hand om koncernbanken och dotterbolaget får inom ramen för en överenskommen limit använda medlen på kontot. Ett koncernkonto kan å andra sidan också vara ett sammandrag av kontouppgifter för konton som står i de enskilda dotterbolagens namn. Om detta alternativ anlitas, kan moderbolaget dessutom ha rätt att använda kontot.

¹⁰ Det har ansetts att om koncernkassa används blir inbetalningen av aktiekapitalet i ett dotterbolag endast är en formell post i bokföringen. De principiella frågor som gäller aktiekapitalet och dess betalning gäller i högre grad samtliga bolag, varför jag inte särskilt behandlar frågan i detta sammanhang.

3. Tidigare nordiska förslag till stadganden på området

Såväl i Sverige som i Norge har man under de senaste åren arbetat på stadganden som skulle minska de risker som ett otillräckligt eget kapital medför för borgenärerna. I Sverige föreslog Betalningsansvarskommittén att till aktiebolagslagen skulle fogas särskilda stadganden om ansvarsgenombrott (SOU 1987:59). Kommittén föreslog att identifikationsansvar skulle inträda om bolaget var försatt i konkurs, dess ekonomiska underlag hade varit uppenbart otillräckligt och en delägare hade begagnat sitt inflytande över bolaget på ett gentemot borgenärerna otillbörligt sätt. När det gäller förpliktelser på grund av avtal skulle delägaren dock ha möjlighet att undgå ansvar om han kunde visa att han gjort vad som på honom skäligen har ankommit för att upplysa borgenären om bolagets ekonomiska förhållanden. Enligt det norska förslaget skulle skadeståndsskyldighet uppstå om företagsverksamhet idkats i aktiebolagsform med ett eget kapital som varit alltför litet med hänsyn till den risk som var förknippad med verksamheten samt verksamhetens omfattning.¹¹ Hotet om skadeståndsansvar skall alltså sporra ledningen i ett bolag med ett alltför litet kapital att tillräckligt tidigt ansöka om att bolaget skall träda i likvidation. Ingetdera av dessa två förslag har lett till lagstiftningsåtgärder. I Sverige har dock aktiebolagskommittén i sin tur fått i uppdrag att utreda ansvarsgenombrottsfrågan.

Man frågar sig varför det svenska förslaget om ansvarsgenombrott inte ledde till lagstiftningsåtgärder.¹² I lagrådets yttrande över förslaget konstateras det att man endast i undantagsfall kan frångå principen att delägarnas ansvar inte sammanfaller med bolagets ansvar. Förslaget kunde å andra sidan inte heller motiveras med behovet att avhjälpa oklarheter i rättsläget, eftersom de rättsfall som gällde ansvarsgenombrottsfrågor främst handlade om dotterbolag som var del av en livskraftig koncernstruktur. Den föreslagna regleringen skulle därför snarare äventyra delägarnas rättsskydd. Tillämpningen av de föreslagna stadgandena skulle i alltför hög grad ha kommit att bli beroende av hur man tolkar ord som "otillbörligt" och "uppenbart". Tolkningen av ordet "otillbörligt" skulle i alltför hög grad knyta an till uttolkarens personliga åsikter. Också tolkningen av ordet "uppenbart"

¹¹ Ot prop. nr 36 (1993-94). NAL § 3-5 annet led: "Egenkapital skal til enhver tid vaere forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av den virksomhet som selskabet driver."

¹² I Norge förkastade stortinget det förslag till omfattande ändringar i aktiebolagslagen i vilket också det nya kapitalkravet ingick.

skulle alltid bli beroende av domstolens efterhandsbedömning sedan bolaget redan hade försatts i konkurs. Eftersom den som skall ta ställning till frågan redan känner till slutresultatet, alltså konkursen, är detta ägnat att hos honom skapa en förutfattad mening om att bolaget har varit underkapitaliserat.

Betalningsansvarskommitténs ansvarsgenombrottsförslag väcker också andra frågor. Man vill förutsätta att bolagets ekonomiska underlag skall vara tillräckligt i förhållande till verksamhetens art och omfattning samt riskerna. Men ur vilka borgenärs synvinkel skall tillräckligheten bedömas? Med hänsyn till stadgandena om utdelning av medel finner man också anledning att fråga sig hur det kan motiveras att ansvarsbeloppet kunde komma att överstiga det belopp som utgör skillnaden mellan det egna kapital som i efterskott bedöms tillräckligt och det egna kapital som har betalats in till bolaget.¹³ Man hade också kunnat vänta sig ett ställningstagande till hur de föreslagna stadgandena om ansvarsgenombrott förhåller sig till skadeståndsstadgandena.¹⁴ Likaså förutsätter en konsekvent aktiebolagslagstiftning att ansvarsgrunden ”begagnat sitt inflytande över bolaget på ett gentemot borgenäerna otillbörligt sätt” ställs i relation till stadgandena om bolagets ändamål, föremålet för bolagets verksamhet, bokslut, fördelning av medel och tvångslikvidation samt till generalklausulerna, vilka numera

¹³ Att ansvarsbeloppet på detta sätt kan bli större har bl.a. motiverats med att ansvarsgenombrottet kan bero på att de ansvariga har gjort sig skyldiga till ett förfarande som strider mot aktiebolagslagen, bolagsordningen eller stadgandena om bokslut och revision och att gärningen eller försummelsen i dessa fall kan ha berott på försök att dölja olaglig utdelning av medel. Det är emellertid inte nödvändigtvis så att försök att dölja olaglig utdelning av medel främst förekommer när kapitalet är litet. Tvärtom har man skäl att förmoda att delägarna i ett olönsamt bolag med stort aktiekapital skulle vara mera benägna att falla för frestelsen att dela ut medel olagligen. Enligt en undersökning publicerad av justitieministeriets rättspolitiska forskningsinstitut hade endast 14 % av 100 kring årsskiftet 1989-1990 slumpmässigt utvalda konkursbolag haft korrekt bokföring. Presumtionen att bolaget har velat dölja olaglig utdelning har redan beaktats i straffskalan för bokföringsbrott, så att denna tillräckligt väl skall täcka också sådana brott som annars inte kommer fram därför att bokföringen har försummats, bl.a. brott mot bolags-, skatte- och konkurslagarna.

¹⁴ Om grunderna för ansvarsgenombrott och skadeståndsansvar i hög grad sammanfaller (t.ex. när det gäller utövning av inflytande på ett gentemot borgenäerna otill-

ger uttryck för borgenärens motiverade förväntningar på bolaget.¹⁵ I praktiken kan det vara svårt för ett bolag att veta vilken information från bolagets sida som är tillräcklig för att bolaget skall undgå identifikationsansvar, även om åtminstone ordalydelsen kan ge anledning att förmoda att informationsskyldigheten till sitt innehåll t.o.m. avsevärt kan avvika från den information som skall ges i bokslutet.¹⁶ Förhållandet mellan bolagets skyldighet att lämna information och motpartens skyldighet att själv ta reda på olika omständigheter är över huvud taget en svår fråga och en förskjutning i någondera riktningen kan på ett väsentligt sätt påverka företagsverksamhetens totala effektivitet.

4. Omständigheter som påverkar deras ställning som drabbas av ökat ansvar

4.1. Förhållandet mellan ansvarsidentifikation och skadeståndsansvar

Förutsättningarna för ansvarsidentifikation eller ansvarsgenombrott har inte reglerats i den allmänna lagstiftningen eller i rättspraxis. Inte heller i den

börligt sätt), kommer borgenärerna i praktiken att i första hand åberopa identifikation och i andra hand, om identifikation inte kan styrkas, yrka på skadestånd.

¹⁵ Enligt motiveringen till lagförslaget ville man underlätta inkassering av fordringar i fall där det i praktiken var svårt att åberopa gällande stadganden (SOU 1987:59, s. 96).

¹⁶ Efter att utredningen publicerades har man också i Sverige i överensstämmelse med EG:s bokslutsdirektiv infört stadganden om att bokslutet och koncernbokslutet skall ge en rättvisande bild av resultatet av bolagets verksamhet och bolagets ekonomiska ställning ("true and fair view" var den ursprungliga formuleringen). I direktiven förutsätts det också att sannolika förluster och skyldigheter (losses and debts) samt utgifter (charges) skall framgå av bokslutet (provisions for liabilities and charges). Enligt nya 13 kap. 14 § (540/94) i den finska handelsbalken är en kreditgivare skyldig att informera en borgensman och pantsättare om gäldenärens ekonomiska ställning. Kreditgivaren skall också lämna borgensmannen och den som ingår en pantsättningsförbindelse för någon annans skuld en redogörelse för sådana omständigheter i anslutning till betalningsförmågan hos den som ansöker om kredit som kan vara av betydelse för borgensmannen eller pantsättaren. Informationsskyldigheten förstärks av ett stadgande om att förbindelsen kan jämkas om kreditgivaren har försummat sin informationsskyldighet och detta kan anses ha påverkat ingåendet av borgens- eller pantsättningsförbindelsen.

juridiska litteraturen har man lyckats nå enighet i denna fråga. I den nordiska litteraturen på området har såsom förutsättningar för ansvarsgenombrott i allmänhet nämnts följande omständigheter: det egna kapitalet är otillräckligt i förhållande till verksamhetens omfattning och risker, dotterbolaget har en osjälvständig ställning eller moderbolaget missbrukar sin majoritetsställning gentemot dotterbolagets borgenärer. Beträffande identifikationsansvarets konsekvenser har det förslagits att ansvaret skall vara oberoende av vållande och att jämkning av ansvarsbeloppet uppenbarligen inte heller skall vara möjlig. Identifikationen skulle följaktligen påverka ansvarets storlek och bevisbördan för moderbolaget i fråga om yrkanden framställda av dotterbolagets enskilda borgenärer.

4.2. Påverkar en ökning av moderbolagets ansvar dotterbolagets självständighet?

Ifall moderbolagets ansvar schematiskt ökas, borde uppenbarligen också koncernintresset och koncernledningens styrningsbefogenheter erkännas av hänsyn till minoriteten och borgenärerna i dotterbolaget.¹⁷ Om koncernintresset erkänns, blir det avsevärt svårare för minoritetsdelägarna och borgenärerna i ett dotterbolag att bedöma den avkastning och de risker som placeringen kan medföra.¹⁸ Om koncernintresset accepteras, kan detta därför i praktiken komma att begränsa en omsorgsfull placerares alternativ, eftersom det inte längre lönar sig för honom att placera medel i minoritetsstamaktier i ett dotterbolag.

4.3. Påverkar en ökning av moderbolagets ansvar moderbolagets delägare och borgenärer

Om ansvarsbilden för ett moderbolag eller huvuddelägarna i ett bolag förändras, påverkar detta intresset för majoritetsandelar i bolaget.¹⁹ Om de

¹⁷ I Tyskland är sådana avtal om bestämmanderätt vilka medför tillämpning av koncernstadganden möjliga men sällsynta.

¹⁸ I Tyskland förutsätts det att bestämmanderättsavtalen skall innehålla bestämmelser om minimividend och lagen innehåller stadganden om borgenärsskyddet under bestämmanderättsförhållandet samt när detta upphör.

¹⁹ Precisare uttryckt kan ansvarsökningen påverka marknaden för majoritetsandelar. Om ansvaret utformas så, att också de som äger andra andelar blir ansvariga, påverkas givetvis även marknaden för dessa. Vilka följder ansvarsökningen får blir å andra sidan naturligtvis också beroende av t.ex. vilka av dotterbolagets ansvarsför-

största delägarnas ansvar kategoriskt ökas endast i koncernförhållanden, kan detta å andra sidan föranleda huvuddelägarna i ett holdingbolag vilket är moderbolag i en flerbranchkoncern att i avsikt att undvika ansvar överföra moderbolagets ägarandelar på sig själva. En sådan reglering har kritiserats på grund av de negativa följder som detta anses ha för anskaffning av företagfinansiering. Ett större ansvar för moderbolaget påverkar också dess minoritetsdelägares och borgenärens ställning. Det blir t.ex. svårare för minoritetsdelägarna och borgenärerna i ett bolag som är moderbolag i en flerbranchkoncern att bedöma moderbolagets ekonomiska ställning och utveckling. För en minoritetsdelägare kan en placeringsfond i så fall vara ett bättre alternativ.

4.4. Vilka möjligheter till riskhantering har minoriteten och borgenärerna i dotterbolaget?

I en bedömning som gäller behovet att i lag reglera moderbolagets ansvar kan man inte förbigå frågan om vilka möjligheter borgenärerna och minoritetsdelägarna i dotterbolaget har att begränsa de risker som koncernförhållandet medför. Frågan är viktig därför att samhället i princip uppmuntar till risktagning och tillåter begränsning av ansvar. När man står inför ett förslag om vidgat ansvar för moderbolaget, måste man därför överväga huruvida det är skäl att skilja mellan avtalsförpliktelser i vid bemärkelse (bl.a. delägarskap och finansieringsavtal) och utomkontraktuell ansvar.

4.4.1. Dotterbolagets minoritetsdelägare och avtalsborgenärer kan hantera sin risk på många olika sätt

Minoritetsdelägarna och avtalsborgenärerna i dotterbolag kan hantera sina risker till följd av koncernförhållandet på många olika sätt, såsom t.ex. genom att fordra riskpremier, sprida placeringarna, kräva säkerheter av bolaget eller hela företagsgruppen eller fordra information om hur företagsgruppens ekonomiska situation utvecklas.²⁰ Bland dotterbolagets borgenä-

bindelser eller övriga skyldigheter ansvaret kommer att omfatta, hur ansvarsbeloppet bestäms samt hur effektivt ansvaret kan förverkligas (dom om betalningsskyldighet samt verkställighet av domen).

²⁰ Genom återvinningsstadgandena i konkurslagstiftningen kan lagstiftaren påverka de villkor som kan tas in i ett gäldsavtal för den händelse att gäldenären blir insolvent. I Finland kan återvinningsstadgandena sägas syfta till att förhindra kringgående av lagstiftningen om förmånsrätter (lagen om den ordning i vilken borgenärer

rer befinner sig moderbolaget i en speciell situation i det avseendet att moderbolaget ofta i praktiken självt bestämmer lånevillkoren och har bättre möjligheter än de andra borgenärerna att följa med hur dotterbolagets verksamhet utvecklas. Man kunde därför överväga att införa regeln att moderbolagets fordringar, om de saknar säkerhet, skall vara efterställda de övriga skulderna.²¹ Om ett systerbolag till dotterbolaget finansierar detta t.ex. genom en koncernkassa som förs av moderbolaget, talar hänsyn till minoriteten och borgenärerna i systerbolaget däremot inte för en sådan regel.

I affärsförhållanden måste huvudregeln med hänsyn till samhällets allmänna målsättningar vara att parterna själva skall bedöma hur deras ställning påverkas av bolagets ekonomiska ställning och ägarstruktur. Ett an-

skall få betalning 1578/92). Se 4–5 §§ samt 10 § lagen om återvinning till konkursbo samt följande avgörande av Högsta domstolen: HD 1995:87 A, som var anställd av bolaget och som ägde ca en femtedel av bolagets aktier hade 16.7.1992 givit bolaget en kortfristig kredit. Länskatteverket anhöll 25.9.1992 om att bolaget skulle försättas i konkurs, vilket skedde 14.10.1992. Bolaget hade 13.10.1992 betalt skulden till A, som var medveten om bolagets insolvens. Skulden hade förfallit till betalning nästan en månad tidigare och hade betalats med medel som bolaget hade fått dagen före betalningen genom att sälja egendom som hörde till dess anläggningstillgångar. Det ansågs att bolaget genom betalningen av skulden på ett otillbörligt sätt hade gynnat A på de övriga borgenärernas bekostnad, varför betalningen gick åter. (Omröstn.): HD 1994:139: Bolaget X hade med 300 000 mark avkortat ett banklån som redan hade förfallit till betalning. Styrelsemedlemmarna A och B hade samtidigt avkortat lånet med ett belopp som befriade A:s och B:s egendom från vidare säkerhetsansvar för bolagets skulder. Därefter överlät bolaget ännu samma dag sin egendom till konkurs. Enligt den boförteckning som gjordes upp vid konkursen hade bolaget tillgångar till ett värde av över 8,8 miljoner mark. Eftersom en del av bolagets egendom var pantsatt till säkerhet för skulderna, skulle värdet av den egendom som realiserades genom konkursboet komma att stanna under 400 000 mark. Med hänsyn till vad en sådan realisering av boets egendom skulle komma att avkasta och den inverkan som betalningen av skulden följaktligen hade på utdelningen till borgenärerna ur konkursboet, ansågs det betalda beloppet vara avsevärt med hänsyn till boets tillgångar. Eftersom beloppet under rådande förhållanden inte heller kunde betraktas såsom sedvanligt, skulle betalningen gå åter med stöd av 10 § lagen om återvinning till konkursbo.

²¹ Däremot är det inte skäl att föreskriva att fordringar av moderbolaget skall vara efterställda fordringar, eftersom minoriteten och borgenärerna i dotterbolaget i allmänhet inte har någon möjlighet att påverka beviljandet av lån och dotterbolagets fordran å andra sidan kan basera sig t.ex. på olaglig utdelning av medel genom användning av överföringspriser. Inte heller skall fordringar mellan systerbolag vara

svar som överstiger kapitalinsatsens belopp skall i princip tillåtas endast när en minoritetsdelägare eller en avtalsborgenär inte har haft tillgång till allmänt tillräcklig information om bolagets ekonomiska ställning eller när förlusten har vållats av att dotterbolaget med moderbolagets medverkan har gjort sig skyldig till ett illojalt förfarande som har riktat sig mot motparten i ett avtal.

Undantag: Personalen förfogar i allmänhet inte över några frivilliga metoder för riskhantering

Bland de avtalsparter som kan förekomma i ett dotterbolag har i synnerhet bolagets personal i praktiken mycket begränsade faktiska möjligheter att påverka sin risk. Risken kan främst hanteras med hjälp av specialstadganden om förmånsrätt för samarbets- och lönefordringar samt system för lönegarantier och arbetslöshetsersättningar.²² Lönegaranti kan å andra sidan medföra att också företag med vacklande ekonomi kan avlöna en bra personal.²³ Om kostnaderna för lönegaranti och arbetslöshetsersättningar delas av företagarna i en hel bransch eller av samhället, kan detta i princip t.ex. försämra konkurrensförhållandena i branschen. I lagen om lönegaranti har man försökt stävja en del möjligheter till missbruk, såsom att kortfristiga arbetsavtal ingås under förutsättning att lönen utbetalas i form av lönegaranti samt att lönefordringar som uppstår i samma företagens nya företag

efterställda, åtminstone inte i allmänhet. Även denna möjlighet kan dock behövas i enskilda fall, om det finns risk för att stadgandena om efterställda fordringar annars skulle kringgås med hjälp av systerbolag. Likaså skulle regeln om att moderbolagets fordringar skall vara efterställda sannolikt vara till hjälp när det vid en konkurs gäller att ta ställning till rättsförhållanden som berör koncernskassa.

²² I Finland upphävdes dock stadgandena om en sådan förmånsrätt 1.1.1993.

²³ Om det visar sig att arbetsgivaren var insolvent redan när arbetsavtalsförhållandet inleddes, kan betalning enligt lönegarantin vägras om det är uppenbart att arbetsavtalet har ingåtts under förutsättningen att staten genom lönegaranti skall stå för fordringarna i arbetsavtalsförhållandet. För att förhindra att lagen kringgås stadgas det också att en arbetstagares ansökan om lönegaranti kan avslås om fordran grundar sig på arbete som har utförts för samma arbetsgivare under tre år räknat från det föregående beslutet om betalning enligt lönegarantin. Såsom samma arbetsgivare anses även företag där den tidigare arbetsgivaren har bestämmanderätten. Den tidigare arbetsgivaren anses ha bestämmanderätten också ifall han har andel i vardera företaget och han, antingen ensam eller tillsammans med någon medlem av sin familj, har bestämmanderätten i dem båda (12 § lagen om lönegaranti).

igen blir ersätta.²⁴ Lönegarantisystemet uppvisar dock sådana särdrag att problem som berör detta i första hand skall lösas i lönegarantilagstiftningen.

4.4.2. Utomkontraktuella borgenärer förfogar inte över några frivilliga riskhanteringsmetoder

Utomkontraktuella borgenärer, dvs. främst skadeståndsborgenärerna, har inte i allmänhet möjligheter att begränsa sin risk. Den risk som en skadelidande löper kan i lagstiftningsväg begränsas genom särskilda stadganden om ansvarsgrunder, ansvariga och ansvarsbelopp samt genom förmånsstadganden och straffstadganden som är avsedda att vara allmänpreventiva.²⁵

Utomlands, främst i Förenta Staterna, har man i rättslitteraturen uppmärksammat den skadelidandes ställning också på ett allmännare plan. Flera alternativa förslag om tryggheten av den skadelidandes ställning har varit aktuella. Man har t.ex. velat införa kapitalkrav, ansvar för företagsledningen samt obligatoriska skadeförsäkringar. Likaså har det föreslagits att delägarna skall ha ett sekundärt personligt ansvar för skador vållade av bolaget, eftersom de annars profiterar på de skadelidandes bekostnad. Förslaget gäller också passiva placerare i börsbolag. Om delägarnas ansvar för skador vållade av aktiebolaget har begränsats, beaktar placerarna inte skaderisken i sina egna kalkyler, eftersom denna inte har någon väsentlig betydelse för dem.

På vissa delområden av företagsverksamheten, t.ex. i konkurrens-, miljö- och produktansvarsfrågor har man redan infört ett större ansvar för moderbolag samt andra som utövar bestämmanderätt eller drar nytta av den skadevällande verksamheten.²⁶ Fallen kännetecknas av att stadgandena om

²⁴ I lagen om lönegaranti saknas dock uttryckliga stadganden om rätt att återkräva lönegaranti som har betalats på korrekta grunder ifall det sedan visar sig att produktionsfaktorer och andra tillgångar, såsom värdet på det arbete som har ersatts genom lönegaranti, har överförts från det bolag som har försummat att betala lönen till ett nytt bolag som ägs av samma företagare. I dessa fall finns dock numera rättspraxis som hindrar kringgående av stadgandena om återkrav av lönegaranti (Se t.ex. Åbo hovrätts avgörande nr 974 (28.11.1986), i vilket HD inte meddelade besvärstillstånd, samt HD 1996:2).

²⁵ Även förmånsrätten för dessa fordringar upphävdes genom en lag som trädde i kraft 1.1.1993.

²⁶ Se 5 § 1 mom. produktansvarslagen: Skadeståndsskyldiga enligt lagen är 1) den som har tillverkat eller framställt den skadegörande produkten, 2) den som har im-

vidgat ansvar gäller vissa åtgärder som bolagets företar i sin affärsverksamhet eller åtgärdernas konsekvenser, främst för dem som inte är parter i något avtalsförhållande. Detta vidgade ansvar som har omfattats i nyare skadeståndslagstiftning kan uppfattas såsom en del av ett system för skyddande av utomkontraktuella borgenärer. Å andra sidan är det skäl att observera att den allmänna skadeståndslagstiftningen, alltså skadeståndslagen, inte ännu beaktar förändringarna i företagsstrukturerna. Den risk som allmänfarlig verksamhet medför för utomstående kan också begränsas med andra medel, såsom kapitalkrav eller obligatoriska försäkringar, strikt personligt ansvar för företagsledningen eller standardisering av produktionsmetoder och produkter.²⁷

Offentliga fordringar

I sin egenskap av borgenär med offentligrättsliga fordringar kan staten i praktiken inte välja sina gäldenärer. Trots detta löper staten inte motsvarande risk att lida kreditförluster som skadeståndsborgenärerna. Genom att höja skatterna kan staten i princip alltid skaffa tillräckligt med skattemedel och staten har också i praktiken genomfört en effektiv spridning av sina skattefordringar. Å andra sidan kan skattegraden inte höjas i oändlighet och underlåtelser av betala skatter leder även till att konkurrensförhållanden snedvrids. Lagstiftning och rättspraxis kan likaså anlitas för att påverka den borgenärsrisk som är förknippad med offentligrättsliga fordringar. Man

porterat produkten till Europeiska ekonomiska samarbetsområdet för att sätta den i omlopp där, 3) den som för att sätta produkten i omlopp har importerat den från en EFTA-stat till EG eller från EG till en EFTA-stat eller från en EFTA-stat till en annan EFTA-stat samt 4) den som har marknadsfört den skadegörande produkten som sin egen, om produkten är försedd med hans namn eller varumärke eller något annat särskiljande kännetecken.

Se 7 § lagen om ersättning för miljöskador (737/94): Ersättningsskyldiga är ... 1) den vars verksamhet har orsakat miljöskadan, 2) den som är jämförbar med en verksamhetsutövare som avses i 1 punkten, samt 3) den till vilken den skadevällande verksamheten har överlåtits, om mottagaren vid överlåtelsen kände eller borde ha känt till skadan eller en störning som avses i 1 § eller risk för dem. Den jämförelse som avses i 2 punkten skall ske med beaktande av personens bestämmanderätt, hans ekonomiska relation till verksamhetsutövaren och den ekonomiska nytta som han eftersträvar i verksamheten.

²⁷ Å andra sidan leder standardisering till att företagens ansvar i praktiken i enskilda fall lindras om de iakttar föreskriven standard.

använder sig då av samma metoder som kontraktsborgenärer använder för riskhantering; delägarna görs ansvariga för fordringarna och fordringarna får förmånsrätt till (dotter)bolagets medel.²⁸

5. Alternativ till en allmän reglering om ansvars identifikation/ansvarsgenombrott

5.1. Kravet på ”ett tillräckligt stort eget kapital” och begränsningarna i rätten att dela ut bolagets medel

En allmän utvidgning av delägaransvaret har motiverats med att bolagets eget kapital kan vara otillräckligt. Motiveringen är problematisk med hänsyn till moderbolagets delägare och borgenärer. Det är uppenbarligen omöjligt att entydigt definiera när bolagets eget kapital är tillräckligt stort, detta redan av den orsaken att varje borgenär och placerare bedömer frågan ur sin egen synvinkel. Kravet bottenar i ett antagande om att bolaget i första hand skall finansieras med eget kapital. Ett krav på tillräckligt stort eget kapital skulle ha konsekvenser för den finansiella struktur som fordras för att det skall vara tillåtet att idka företagsverksamhet. Ett bolags behov av eget kapital kan å andra sidan variera t.o.m. på kort sikt, t.ex. från räkenskapsperiod till annan. Om ett krav på ett tillräckligt stort eget kapital införs, innebär detta också att moderbolaget har en kontinuerlig skyldighet att se till att kapitalkravet uppfylls. För att hålla det egna kapitalet på föreskriven nivå blir delägarna i så fall skyldiga att sätta in ytterligare medel i bolaget eller att snabbt avsluta bolagets verksamhet, vilket dock i praktiken sällan minskar minoritetens eller borgenärens risker.

I olika länder har man försökt skapa olika regleringar för hur ett företag skall skapa eget kapital och bevara bundet egna kapital av betydelse för borgenärerna. Det kan finnas bestämmelser om aktiekapital och utdelningen av medel kan vara begränsad, men dessutom kan företagen genom allmän bolagslagstiftning eller speciallagstiftning för en viss form av rörelse ha ålagts en obligatorisk skyldighet att fondera vinstmedel. En obligatorisk

²⁸ Metoderna är också av intresse för dotterbolagets kontraktsborgenärer. Om utomkontraktuella borgenärer skyddas genom legala förmånsrätter, ökar kontraktsborgenärernas behov av säkerheter och/eller tillsyn. Om moderbolaget åläggs ett större ansvar för dotterbolagets utomkontraktuella skulder, leder detta i sin tur till att moderbolaget måste skärpa sin tillsyn.

skyldighet att fondera vinstmedel är i praktiken främst en lämplig metod att skydda aktiekapitalet gängse värde. När det gäller att skapa "ett tillräckligt stort eget kapital" uppstår ovan nämnda problem däremot också vid fonderingsskyldighet. De vinstmedel som ett aktiebolag kan dela ut bestäms av bokslutet, som skall göras upp enligt gällande bokförings- och bokslutsstadganden. Aktiebolagslagens stadganden om vinstutdelning tar emellertid inte, åtminstone inte uttryckligen, hänsyn till de presumtioner som finns i bakgrunden till ett bokslut, såsom going concern -principen och försiktighetsprincipen.²⁹ I stället för att fordra att det egna kapitalet skall vara tillräckligt, torde man på ett mindre problematiskt sätt kunna förbättra borge-närsskyddet om vinstutdelningsvillkoren på ett entydigare sätt kopplas till principerna för uppgörandet av bokslut.

Moderbolagets finansierings- och tillsynsansvar kan också betonas genom att man inför regeln om att dess fordringar är efterställda i konkurs. En nedan nämnd klarläggning av ändamålet för företagens verksamhet skulle medföra att koncernkassan inte längre får föras så att dotterbolagens hela inkomstfinansiering styrs till moderbolaget. Detta skulle dock inte på ett omotiverat sätt begränsa möjligheterna att hantera finansieringen av koncernen, eftersom det fortfarande vore möjligt att följa upp koncernens finansiella ställning med hjälp av ett för samtliga koncernbolag gemensamt informationssystem. En klarläggning av bolagets ändamål skulle också lyfta fram reglerna för dotterbolagslån till moderbolaget.³⁰

5.2. Ändamålet för bolagets verksamhet – en bolagsrättslig definition av illojalitet

Enligt lagen om aktiebolag får bolagsstämman inte fatta beslut eller styrelsen vidta åtgärder som är ägnade att bereda en aktieägare eller annan person otillbörlig fördel på bolagets eller en annan aktieägars bekostnad. Än-

²⁹ Utdelningsbara vinstmedel regleras bristfälligare i den finska lagen om aktiebolag än i de övriga nordiska aktiebolagslagarna, eftersom det endast föreskrivs att vinstutdelningen inte får överskrida bolagets fria egna kapital enligt balansräkningen. Förutsatt att bokslutsstadgandena tillräckligt väl motsvarar verkligheten och bolaget följer stadgandena utan att falla offer för skattelagstiftningens "locktoner", behöver vinstutdelningen å andra sidan uppenbarligen inte ytterligare begränsas, åtminstone inte i aktiebolagskoncerner.

³⁰ Kravet att delägare skall bemötas lika, generalklausulerna, ändamålet och föremålet för bolagets verksamhet, begränsningarna i rätten att göra donationer. Om

damålet för bolagets verksamhet är av betydelse för bedömningen av huruvida beslutet eller åtgärden är berättigad. Om inte annat föreskrivs i bolagsordningen, är bolagets ändamål enligt lagen att bereda aktieägarna vinst. I koncernsituationer kan koncernintresset i företagspraxis gå framom dotterbolagets intressen. När ansvarsstadganden utformas, är det skäl att reda ut i vilken mån redan existerande stadganden skulle bli effektivare ifall det presumerade ändamålet för bolagets verksamhet preciserades t.ex. så, att stadgandet om ändamålet för bolagets verksamhet skulle beakta samtliga de principer som kan ses i bakgrunden till donationsförbudet. I så fall måste man också ta ställning till huruvida delägarnas och borgenärernas intressen skall beaktas på olika sätt i olika situationer. Utgångspunkten för bolagets verksamhet skulle fortfarande vara att bereda aktieägarna vinst.³¹ Samtidigt kunde man dock ta ställning till huruvida borgenärsintresset borde ställas i främsta rummet ifall bolaget har förlorat hela sitt kapital eller en så stor del av kapitalet som bestäms i likvidationsstadgandena.

5.3. Ansvarssystem för ledningen – skall ett moderbolag som sköter styrelseuppgifterna i ett dotterbolag också bära dotterbolagets styrelseansvar?

Minoritetsdelägarnas och borgenärernas ställning i ett dotterbolag påverkas av huruvida bolagets ledning i praktiken utan följder eller med hänsyn till kostnader som är ringa med hänsyn till de vållade förlusterna kan åsidosätta bolagets intressen till förmån för huvuddelägarens intressen. För när-

t.ex. koncernens eller ett koncernbolags ekonomiska ställning försämras, skall dotterbolagets ledning med hänsyn till ovan nämnda principer ta ställning till huruvida den planerade koncernfinansieringen i den mån avviker från lån som på affärs-ekonomiska grunder beviljas utomstående att det vore skäl för dotterbolaget att vägra bevilja koncernen ytterligare lån, kräva säkerheter eller yrka på återbetalning av redan beviljad koncernfinansiering. I praktiken kan dotterbolagets ledning naturligtvis inte vidta t.ex. inkassoåtgärder beträffande sina koncernfordringar.

³¹ I den nordiska rättslitteraturen har det ansetts att man i regleringen av delägarnas och borgenärernas intressen kunde hämta ledning i principerna för god offentlig förvaltning. Den offentliga förvaltningen skiljer sig dock från kontakter mellan privata medborgare på den punkten, att vi alla av nödvång blir tvungna att ha att göra med staten och kommunen då dessa med stöd av sin monopolställning utövar offentlig makt, medan däremot ingen är tvungen att sluta avtal med en bestämd enskild näringsidkare.

varande är det endast styrelsemedlemmarna i dotterbolag som med sin personliga förmögenhet svarar för att bolagets intressen tillvaratas. Men kan personligt ansvar för dotterbolagets styrelsemedlemmar betraktas som en tillräcklig garanti för dotterbolagets minoritetsdelägare eller borgenärer, i synnerhet om dotterbolaget är stort? Ansvarsstadgandena, vilka utgår från ett formellt styrelsemedlemsbegrepp, tar inte hänsyn till att ett moderbolag i praktiken helt kan ta över styrelseuppgifterna i dotterbolaget. När ansvaret regleras, är det skäl att utreda huruvida styrelseansvaret borde gälla samtliga personer som de facto har en ställning som motsvarar styrelsemedlemmarnas och sköter de uppgifter som enligt lagen skall skötas av styrelsen, oberoende av om de formellt har utsetts till styrelsemedlemmar eller inte.³² Moderbolagets ansvar till följd av medlemskap i dotterbolagets styrelse skulle bestämmas enligt allmänna stadganden om styrelsemedlemmars ansvar. Ifall styrelsemedlemskapet definieras på detta sätt och också juridiska personer tillåts vara medlemmar av ett bolags styrelse,³³ leder detta till att ett moderbolag som aktivt styr verksamheten i ett dotterbolag får ett faktiskt motiv att ta hänsyn också till minoritetsdelägarnas intressen i dotterbolaget samt till de villkor som reglerar dotterbolagets avtalsförhållanden.³⁴

En person kan utses till medlem av ett bolags styrelse även om det är känt att han är insolvent.³⁵ Om man vill skapa ett effektivare ansvarssystem för ledningen, borde man också överväga huruvida det är skäl att ändra behörighetsvillkoren för styrelsemedlemmar så, att känd insolvens skulle

³² När det gäller att utreda vem som är behörig att företräda bolaget skall en utomstående fortfarande ha rätt att lita på handelsregisteruppgifterna.

³³ Enligt gällande lag kan bolaget redan såsom revisor ha en fysisk person eller ett revisionssamfund, som i sin tur skall utse en huvudansvarig revisor. För skador som revisorn vållar svarar såväl revisionssamfundet som den fysiska person som är huvudansvarig revisor.

³⁴ Det är skäl att ompröva de grunder på vilka ledningen kan bli ansvarig i förhållande till minoritetsdelägarna och borgenärerna: ledningens ansvar omfattar t.ex. inte brott mot optionsrätt eller villkoren för ett konvertibelt skuldebrev eller andra avtalsvillkor. Ansvaret gäller inte heller handelsregisterlagen, där bolagets informationsplikt är särskilt reglerad. I Finland har man också diskuterat huruvida ansvaret omfattar överträdelse av stadgandena i bokföringslagen (enligt ABL skall beträffande bokslut tillämpas vad som stadgas i ABL och bokföringslagen).

³⁵ Behovet att klarlägga styrelsemedlemmarnas ansvarsområden har på sistone resulterat i förslag till stadganden om styrelsemedlemmarnas ansvarsområden i aktiebolag (t.ex. SOU 1995:44). Förslaget är problematiskt för en borgenär som inte

hindra en person från att bli medlem av ett bolags styrelse. I ett färskt avgörande har Högsta domstolen i Finland tagit hänsyn till insolvens hos en styrelsemedlem när det gällde att avgöra hur behörigheten att företräda bolaget skulle fördelas mellan styrelsen och delägarna i ett aktiebolag.³⁶

I lagen om aktiebolag stadgas om jämkning av en styrelsemedlems eller delägaransvar. I jämkningsstadgandena har inte beaktats att skadeståndsansvaret också kan gälla ersättandet av en skada som bolaget vållas till följd av kontraktuellt skadeståndsansvar. Jämkningsutsikterna kan särskilt

känner till arbetsordningen, om han har litat på att de förmögnare styrelsemedlemmarna har tillräckligt intresse att utöva tillsyn över att skyddsstadgandena iakttas. När det gäller styrelsens ansvar kan läget enligt gällande lag beskrivas med hjälp av en liknelse om ett öppet bolag som under culpaansvar har åtagit sig ledningen av ett aktiebolag. Om en lagstadgad arbetsordning begränsar en enskild styrelsemedlems ansvar, är den också ägnad att ändra styrelsens kollektiva arbetsätt och tillsynsuppgift.

³⁶ *Rättegångsförfarande. Intervention. HD 1995:213*: En delägare i ett aktiebolag beviljades rätt till intervention i en rättegång som gällde aktiebolaget, eftersom delägaren hade gjort sannolikt att bolagets företrädare i avsikt att skada bolaget handlade i strid med dess intressen och att denna skada slutligt skulle komma att stanna bolaget till last. (Omröstn.)

Enligt bolagsordningen i ett fastighetsaktiebolag skulle i ärenden som gällde bolaget utöver bolagsordningen tillämpas gällande lag om aktiebolag. Enligt 8 kap. 12 och 13 §§ lagen om aktiebolag skall bolaget företrädas av styrelsen samt av verkställande direktören, ifall det är frågan om åtgärder som enligt 6 § i nämnda kapitel ankommer på honom. Bolagsordningen och lagen om aktiebolag utgår från att delägarskap i aktiebolag inte ger delägarna en sådan ställning som skulle medföra ett omedelbart juridiskt behov att föra talan i en rättegång som gäller bolaget.

De delägare i bolaget, nämligen aktiebolagen Rautakirja Oy och P.M. Drockila Oy, vilka hade yrkat att få intervensera, hade inte för avsikt att förena sig med någondera parten i tvistemålet, utan i motsats till vad fastighetsaktiebolagets företrädare ansåg önskade de bestrida den fordran som saken gällde. Det var följaktligen inte frågan om ett fall som berättigade till intervention enligt tillämpliga lagrum, nämligen 18 kap. 1 § (661/78) och 18 kap. 2 § (7/18) Rättegångsbalken.

En rätt för delägare att föra talan i en rättegång som gäller aktiebolaget kan följaktligen svårligen kombineras med det system som tillämpas beträffande rätten att företräda aktiebolag. Stadgandena om biintervention i tvistemål blir inte heller tillämpliga i ett fall som detta, då bolagets företrädare och delägare har olika uppfattningar om hur bolaget skall förhålla sig till motpartens yrkanden. Denna omständighet kan emellertid inte stå i vägen för att delägarna beviljas interventionsrätt och följaktligen rätt att föra talan, ifall nämnda stadganden och det bolagsrättsliga ansvars-

i enmansbolag eller koncernförhållanden göra det möjligt för företag att genom att välja aktiebolagsformen begränsa sitt kontraktuella skadeståndsansvar.

5.4. Bevisbördan vid överträdelse av skyddsstadgandena i koncernförhållanden

Identifikation och ansvarsgenombrott har i den juridiska litteraturen och i olika lagförslag försvarats med att en tillämpning av de bolagsrättsliga skyddsstadgandena i praktiken är problematisk i koncernförhållanden, eftersom det är svårt och dyrt att skaffa bevis i dessa frågor. Den kostnadsrisk som en tillämpning av skyddsstadgandena medför är särskilt svår att acceptera när koncernens företagsverksamhet i hög grad är integrerad, moderbolaget har svarat för styrelseuppgifterna i dotterbolaget och endast dotterbolaget går i konkurs. Rättsskyddskostnaderna kan dock påverkas också på många andra sätt, t.ex. genom ändring av bevisbördereglerna i vissa fall utan att ansvarsbeloppet samtidigt kategoriskt ökas.³⁷

systemet visar sig otillräckliga när det gäller att hindra en företrädare för bolaget att vidta handlingar som strider mot bolagets bästa och som kan vålla bolaget och följaktligen i sista hand delägarna irreparabel skada. Detta skall vara fallet om delägaren gör sannolikt att bolagets företrädare i avsikt att skada bolaget handlar i strid med bolagets intressen och att den skada som bolaget på detta sätt vållas slutligen kan stanna bolaget till last, ifall den som till följd av skadestånds- eller regressansvar är ersättningsskyldig gentemot bolaget visar sig vara insolvent.

³⁷ Exempel: Konkursboet skulle vara skyldigt att visa förekomsten av ett funktionellt bestämmanderättsförhållande (t.ex. koncernpolitik, gemensam ledning, finansiellt beroende) och affärsförhållanden som gör det möjligt att olagligt fördela medel mellan koncernbolagen eller försummelser av skyldigheter som gäller bolagets förvaltning (brister som gäller skyldigheten att hålla styrelsemöte och/eller bolagsstämma, brister i bokföringen och/eller bokslutet). Härefter skulle svarandena vara skyldiga att visa att bolaget dock har förfarit lagenligt under de fem år före konkursen som motsvarar den allmänna återvinningstiden (att bolaget t.ex. har tillämpat överföringspriser inom ramen för utdelningsbara vinstmedel). Exempel på bevisbörderegler som går i denna riktning finns redan t.ex. i produktansvars- och miljöskadelagstiftningen, se 4 a § (99/93) produktansvarslagen (694/90). Den skadelidande skall bevisa skadan, säkerhetsbristen och orsakssammanhanget mellan säkerhetsbristen och skadan, 7 §. Ersättningsskyldighet enligt 5 eller 6 § (för de ersättningsskyldiga) föreligger inte, om den av vilken ersättning krävs visar att 1) han inte har satt produkten i omlopp i näringsverksamhet, eller 2) säkerhetsbristen

5.5. Vilseledande och döljande – brister i bokföringen eller bokslutet

De förväntningar på bolaget vilka påverkar minoritetsdelägarnas och avtalsborgenärens riskhantering i ett dotterbolag förblir inte oförändrade från det att aktierna förvärvades eller krediten avtalades till dess att ägande- eller skuldförhållandet upphör. När en blivande delägare eller borgenär förvärvar andelar eller sluter kreditavtal, tar han utgående från tillgänglig information och egen erfarenhet ställning till villkoren för delägarskapet eller krediten. Även bristfälliga bokslutsuppgifter kan ge borgenären en felaktig uppfattning t.ex. om de tillgångar med vilka bolaget svarar för fordran.

Medan minoritetsdelägarskapet eller kreditförhållandet varar påverkas minoritetens och borgenärernas ställning förutom av hur bolagets affärsverksamhet utvecklas också av den lojalitet som dotterbolaget och dess ledning visar dem. Illojalitet kan visa sig i underlåtelse att iaktta bolagsordningen, kreditvillkoren och de bolagsrättsliga skyddsstadgandena, men också så, att bolaget medvetet eller av vårdslöshet t.ex. i bokslutet ger en felaktig bild av hur det ekonomiska läget i bolaget har utvecklats. Bokförings- och bokslutsstadgandena³⁸ och hur dessa iakttas är av avgörande betydelse för att de bolagsrättsliga skyddsstadgandena skall fungera på önskat sätt; aktiebolagslagstiftningen baserar sig i hög grad på den ekonomiska verkligheten i bolaget vilken skall verifieras och dokumenteras genom tillämpning av bokförings- och bokslutsstadgandena.³⁹ Att dessa stadganden iaktas är i allmänhet också nödvändigt för att det skall vara möjligt att skilja

beror på att produkten måste stämma överens med tvingande föreskrifter som har meddelats av en myndighet. Ersättningsskyldighet föreligger inte heller, om den av vilken ersättning krävs gör sannolikt att den säkerhetsbrist som har orsakat skadan inte fanns när han satte produkten i omlopp. Den som har tillverkat eller framställt en delprodukt är inte heller ersättningsskyldig, om han visar att säkerhetsbristen berodde på utformningen av den produkt i vilken delprodukten har införlivats eller i anvisningar av den tillverkare som har beställt delprodukten.

³⁸ När det gäller tillämpningen av skyddsstadgandena är överföringspriserna ett problem. I ett dotterbolag ligger det i minoritetens och borgenärernas intresse att få veta det sammanlagda beloppet av de rabatter och överpriser som moderbolaget har beviljats, om prissättningen avviker från de principer som tillämpas i förhållande till utomstående. Överföringsprisernas totala belopp kan uppges utan att man offentliggör produkternas prissättningsgrunder.

³⁹ I Förenta staterna har man t.ex. i sin "shareholders' liability"/"piercing the corporate veil"-praxis i praktiken fäst uppmärksamhet vid huruvida bolaget har iakttagit bolags-

delägarnas medel från bolagets, vilket har ansetts vara den andra sidan av delägarnas begränsade ansvar. När de bolagsrättsliga ansvarsstadgandena omarbetas borde man därför också bedöma vilken betydelse brott mot eller underlåtenhet att iaktta bokförings- och bokslutsstadgandena har för uppkomsten av ett tilläggsansvar i dessa frågor.⁴⁰

I koncernförhållanden är utgångspunkten den att dotterbolagets ledning svarar för att bokföringen och bokslutet är korrekt. Delägarna skall kunna lita på att en revisor som de i god tro har utsett i sin revisionsberättelse rapporterar om eventuella brister i bokföringen. Å andra sidan är det möjligt att moderbolaget i praktiken har tagit över styrelseuppgifterna i dotterbolaget, t.ex. i fråga om cash management, finansiering, bokföring och intern revision.

Ett av problemen med koncernstrukturer har ansetts vara att en borgenär har skäl att förmoda att moderbolaget svarar för dotterbolagets skulder. Dessa situationer borde dock i första hand bedömas utgående från avtalsrättsligt och straffrättsligt ansvar.⁴¹

rättsliga formaliteter, t.ex. hållit bolagsstämmor och styrelsemöten och fört protokoll på föreskrivet sätt. I den amerikanska litteraturen på området har man förklarat detta bero på att en underlåtenhet att iaktta föreskrivna formaliteter kan vara ett uttryck för att man vill dölja olaglig utdelning av medel eller fördunkla ansvarsförhållandena. I Finland har ett liknande tänkande omfattats i straffskalan för bokföringsbrott; också lagstiftaren har medgivit att ett bokföringsbrott kan vara ett effektivt sätt att dölja åtgärder som är skadliga för borgenärerna och strider mot bolags-, skatte- eller konkurslagstiftningen.

⁴⁰ Det påstås att den omständigheten att beskattningen är bunden till bokslutet minskar de bokföringsskyldigas benägenhet att iaktta bokförings- och bokslutsstadgandena. Benägenheten att försumma att iaktta dessa stadganden ökas bl.a. av att beskattaren tillåter överstora avskrivningar och vägrar godkänna sannolika kostnader, t.ex. obligatoriska reserveringar, såsom utgifter i beskattningen. En separering av beskattningen och bokslutet är motiverad också med hänsyn till önskan att utveckla det bolagsrättsliga skyddssystemet. En omarbetad koncernbeskattning kunde åtminstone minska antalet bokningar som enbart görs av skattehänsyn och följaktligen förbättra den information som bokslutet ger.

⁴¹ I den svenska litteraturen om ansvarsgenombrott har man hänvisat till ett avgörande av Högsta domstolen i vilket dotterbolagets varuleverantörer med stöd av flera olika omständigheter hade skäl att tro att moderbolaget svarade för betalningen av de levererade varorna. Eftersom detta måste ha stått klart också för moderbolaget, förpliktade högsta domstolen moderbolaget att betala varuleverantörerna (NJA 1982 s. 244). Högsta domstolen avgjorde frågan utgående från en avtals-

5.6. Förmedling av information som gäller risken i bolaget

I princip är det motiverat att anse att kontraktborgenärerna själva kan bedöma sin risk utgående från den information de får om bolagets ekonomiska ställning och äganderättsförhållandena i bolaget. Om bolaget däremot inte ger någon information om sin ställning, är läget ett annat. Stadganden om ett tilläggsansvar kan också syfta till att öka informationsbalansen i en förhandlingssituation, ifall den ena parten förfogar över information som motparten behöver, men som skulle minska den avkastning som den förstnämnde kan vänta av avtalet. I praktiken kan t.ex. varu- eller underleverantörerna ha ett så litet intresse av ett enskilt avtal att det inte lönar sig för dem att aktivt söka information. Å andra sidan kan en reglering som de facto ökar informationsskyldigheten leda till att motparten blir mindre motiverad att söka information än vad som är önskvärt med tanke på effektiviteten i hela vår ekonomi. Om en med tilläggsansvar sanktionerad informationsskyldighet införs, borde innehållet i skyldigheten därför regleras i detalj och så, att den inte vållar bolaget avsevärda kostnader.

Det är befogat att följderna av underlåtelse att fullgöra informationsskyldighet enbart drabbar dem som ansvarar för ledningen av bolaget, förutsatt att man inte vill införa en särskild skyldighet för moderbolaget att utöva tillsyn över denna del av dotterbolagets verksamhet. Om den lagstadgade informationsskyldigheten begränsas till bokslutsuppgifter, kan man genom att trygga möjligheterna att få kreditupplysningar om företag dock uppnå syftet med informationsskyldigheten. Samtidigt lyckas man undgå de problem som uppstår när det gäller att bestämma tilläggsansvaret för enskilda rättshandlingar som bolaget har företagit samt vem ansvaret skall gälla.

Å andra sidan kan bolagets ekonomiska ställning ändras avsevärt under tiden mellan boksluten, vilket kan vara av betydelse såväl när det gäller att ingå nya kreditavtal som med hänsyn till hanteringen av den risk som är förknippad med redan existerande gäldsförhållanden. Delägarna, också minoriteten, har möjlighet att få information om en avsevärd minskning av det

ansvarbedömning. Hovrätten hade behandlat målet såsom en fråga om ansvarsgenombrott. I en omfattande amerikansk undersökning hänvisades i 92 % av fallen i domstolens utslag till givande av falska uppgifter, och endast i 1,7 % av fallen konstaterade domstolen att saken inte gällde detta till någon del (Thompson gick igenom 1 600 rättsfall som publicerats före 1985 i sin undersökning "Piercing the Corporate Veil: an empirical study, 76 Cornell Law review 1036(1991)").

egna kapitalet under räkenskapsperioden genom att bolagets ledning är skyldig att sammankalla en bolagsstämma för att ta ställning till huruvida bolaget skall träda i (tvångs)likvidation. Däremot finns det inga stadganden om borgenärernas rätt att få information om förlust av eget kapital. Man kan säga att borgenärernas möjligheter att få information t.o.m. är beroende av hur offentlig kallelsen till bolagsstämma skall vara enligt bolagsordningen. Att borgenärernas ställning är oklar understryks av det faktum att lagen uttryckligen tillåter att bolaget fortsätter sin verksamhet en bestämd tid, förutsatt att en formell bolagsstämma sammankallas för att konstatera läget – lagen saknar ju stadganden om hur borgenärernas intressen skall tryggas när det egna kapitalet går förlorat, varvid frågan hur borgenärernas risk påverkas främst blir beroende av i vilken riktning bolaget fortsätter sin verksamhet. Å andra sidan kan en kontraktsborgenär i princip komma överens med bolaget om följderna av kapitalförlusten, med hänsyn till bl.a. de förändringar denna medför när det gäller bolagets skuldsättning, ställda säkerheter, ägare och ledning. En begränsning av avtalskostnaderna kräver dock att man vid omarbetning av stadgandena om tvångslikvidation tar hänsyn till vad ovan har sagts om bestämning av bolagets ändamål. Ifall det presumeras att borgenärsintresset står i främsta rummet när det egna kapitalet går förlorat,⁴² kan bolagets ställning beskrivas såsom en ”förkonkurs”, om vilken bolaget dock inte behöver informera borgenärerna, i vilkas intresse bolaget dock fortsätter sin verksamhet tills det igen har så mycket eget kapital att likvidationsstadgandena inte längre skall tillämpas. Alternativet är att bolaget vore skyldigt att också informera borgenärerna om förlust av eget kapital under räkenskapsperioden. Borgenärerna kunde då själva ta ställning till om informationen ger anledning att vidta åtgärder för att trygga fordringarna. Om delgivningen av informationen skulle leda till att borgenärer i stor skala säger upp sina krediter, kunde bolag som bedöms såsom livsdugliga söka skydd genom skuldsanering. Vid skuldsanering avgör i sista hand domstolen vilka bolag som är livsdugliga.

De som tillhandahåller offentliga kreditupplysningar om bolag vill förutom bokslutsuppgifterna även ha upplysningar om de personer som tillhör ledningen samt om huvuddelägarna i bolaget. För närvarande finns inte tvingande regler om registrering av äganderätt, men om bolaget tillhör en koncern, skall moderbolagets namn dock nämnas i bokslutet. Avtal som gäller anmälan om ägarbyte kan i princip ingås med dem som vid ifrågava-

⁴² Att borgenärsintresset står i främsta rummet är en presumtion från vilken undantag kunde göras t.ex. i villkoren för aktieägartillskott.

rande tidpunkt äger bolaget. Om de nya ägarna vållar skador, kunde en borgenär då vid avtalsbrott få yrka ersättning även av sin egen avtalspart. Eftersom äganderättsförhållandena i ett bolag dock utan undantag påverkar bedömningen av bolagets kreditvärdighet, kunde man också i Finland överväga att även för bolag som inte noteras införa ”flaggningsregler” om bestämmanderätten i bolaget. Stadgandena kunde sanktioneras med någon form av tilläggsansvar.

5.7. Det skadeståndsbaserade tilläggsansvarets belopp och fördelningen av ansvaret

I de ovan nämnda amerikanska lagförslagen om identifikationsansvar har man i motsats till vad som har varit fallet i den nordiska diskussionen på området även undersökt olika alternativ till fördelning av ansvaret mellan delägarna. Henry Hansmann och Reiner Kraakman har föreslagit att samtliga delägare i proportion till sina insatser skulle ha sekundärt ansvar för skador vållade av bolaget. Förslaget bygger alltså inte på solidariskt ansvar, utan varje delägare skulle svara för skadan i proportion till sin ägarandel. Det föreslagna ansvaret påminner om laga borgen med delat borgensansvar. De kostnader som uppstår när ersättning yrkas skulle leda till att de skadelidande skulle välja att endast yrka ersättningar av de största och mest förmögna delägarna, medan de delägare som endast har små andelar i bolaget till följd av risken för inkassoomkostnader i praktiken helt kunde undgå skadeståndsansvar.⁴³ Skadeståndsrättsligt har ett sådant sekundärt ansvar för delägarna å andra sidan drag som påminner om principalansvaret. I Finland har man ansett att principalansvaret befinner sig i regionen mellan culpaansvar och strikt ansvar. En tillämpning av principerna för principalansvar skulle innebära en betoning av det ansvar som vilar på moderbolaget och andra delägare med bestämmanderätt i bolaget, eftersom tilläggsansvaret endast skulle gälla risker som bolaget och dess delägare har haft möjlighet att förutse.⁴⁴

Hansman och Kraakman sätter ingen övre gräns för ersättningsbeloppet. Till de allmänna principerna i skadeståndslagstiftningen hör att beloppet av

⁴³ Det är kanske därför som förslaget har kritiserats såsom stridande mot likställhetsprincipen.

⁴⁴ I ovan nämnda undersökning i Förenta Staterna lyckades man inte finna ett enda fall i vilket tilläggsansvar hade uppstått i förhållande till ägarandelarna i ett noterat bolag. I den amerikanska rättslitteraturen har man ansett att rättspraxis ger uttryck

en utdömd ersättning kan jämkas bl.a. med hänsyn till skadevållarens personliga förhållanden. Om delägarnas tilläggsansvar begränsas till en viss andel, skulle jämkning av det totala skadeståndsbeloppet sannolikt inte bli aktuellt lika ofta i noterade bolag som i enskilda bolag. Detta beror på att en enskild delägars ansvarsbelopp i ett noterat bolag i allmänhet vore av mindre betydelse med hänsyn till delägars totala förmögenhet samt att en delägare i ett noterat bolag å andra sidan kan ha haft möjlighet att skydda sig också mot skadeståndsriskerna genom att t.ex. sprida sina placeringar på bolag som är verksamma i olika branscher.

Det har också föreslagits att skadeståndsskyldigheten skall begränsas så att den högst motsvarar delägens kapitalplacering flerdubblad på ett i förväg bestämt sätt. Förslaget är problematiskt för det första därför att aktiekapitalet inte i och för sig behöver stå i någon bestämd proportion till verksamhetens omfattning eller risker. Vill man bestämma vissa ansvars-koefficienter, blir man dessutom tvungen att än en gång ta ställning till problemen med att definiera vilket eget kapital som är tillräckligt i förhållande till verksamhetens art, omfattning och risker.

Stadganden om ett sekundärt skadeståndsansvar för delägarna i ett aktiebolag förutsätter också att man tar ställning till vilka delägare ansvaret skall gälla, alltså hur den ansvariga gruppen skall definieras. Det har föreslagits att tidpunkten när skadan uppstod skall vara avgörande, eller alternativt tidpunkten när skadeståndsyrkandet framfördes till bolaget eller domstolen avgjorde frågan om skadeståndsskyldighet. Tidpunkten är av betydelse såväl för den skadelidande som för delägarna samt med hänsyn till aktiernas omsättning även för likviditeten på aktiemarknaden. När en ansvarsreglering planeras borde man också ta hänsyn till möjligheterna att förverkliga ansvaret – i sista hand kan det nämligen gå så att utländska placerare som är oåtkomliga för våra verkställighetsåtgärder specialiserar sig på aktier i bolag som bedriver allmänfarlig verksamhet eller verksamhet där skadeståndsskyldighet annars lätt uppstår.⁴⁵

för uppfattningen att argumenten om spridning av placeringar och en fungerande sekundärmarknad tillmäts en mycket mindre betydelse i enskilda fåmansbolag (closely held companies) än i bolag som noteras. Å andra sidan konstateras det i litteraturen att avsaknaden av rättsfall som gäller delägare i noterade bolag också kan bero på andra omständigheter.

⁴⁵ Placerare i företags hemland kan i sin tur utan att själva riskera ett ökat skadeståndsansvar placera kapital i riskföretaget genom att t.ex. på den utländska derivativmarknaden köpa optionsrätter till bolagets aktier.

Kodifiering av koncernrätten

Gruppdiskussion

Referatskrivare: t f hovrättsassessorn *Kajsa Jonsson*, Sverige

Debattledaren, advokaten *Gerhard af Schultén*, Finland, hälsade deltagarna välkomna och gav en kort bakgrund till ämnet för gruppdiskussionen.

Referenten, kanslichefen *Kirsti Rissanen*, Finland, genomgick huvudpunkterna i den skriftliga uppsats författad av henne och *Jyrki Jauhiainen* som låg till grund för dagens gruppdiskussion.

Inledaren, sekreteraren i aktiebolagskommitten, *Rolf Skog*, Sverige, började med att kommentera referenternas uppsats och anförde följande: Jag ställer mig frågande till referenternas avgränsning av ämnet. De lämnar frågan om moderbolagets ledningsrätt därhän och riktar uppmärksamheten enbart mot ansvarssidan, d v s moderbolagets ansvar i förhållande till dotterbolagets borgenärer och, i förekommande fall, minoritetsägare. Referenterna förespråkar ett utvidgat ansvar inte bara för moderbolag utan också fysiska personer som har ett bestämmande inflytande i ett bolag. - Den materiella koncernrättens grundläggande problemställning är under vilka förutsättningar ett moderbolag skall kunna ge bindande instruktioner till ett dotterbolag att agera i koncernens övergripande intresse och dotterbolaget i sin tur, utan att riskera ansvar i förhållande till fordringsägare och minoritetsägare, lyda dessa instruktioner. Denna fråga lämnas därhän av referenterna. I själva verket tycks referatet handla om möjligheterna till något slags ansvarsgenombrott. - Referatet innehåller i kapitel två en lista på fem koncernrelaterade problem. Dessa problem kan sammanfattas under det första av dem, nämligen att ”koncernintresset är starkare än dotterbolagets intresse”, eller med andra ord, att moderbolaget kan komma att agera i strid med borgenärs- och minoritetsintressen i dotterbolaget. Det kan diskuteras om det är ett specifikt koncernrättslig problemställning. Principiellt handlar det om förekomsten av en stark ägare. För att förhindra att en sådan ägare kör över minoriteten och styr bolaget på ett sätt som är negativt för

dess borgenärer, finns redan skyddsstadganden inom aktiebolags- och konkursrätten. - I fjärde kapitlet diskuteras bl a vilka möjligheter borgenärer och minoritetsaktieägare i ett dotterbolag har att på egen hand begränsa de risker som följer med ett koncernförhållande. Referenterna konstaterar att dessa båda grupper har en rad olika möjligheter att hantera den risk som följer av ett koncernförhållande medan anställda och borgenärer, vars fordringar har uppstått i utomobligatoriska förhållanden har sämre möjligheter. Beträffande anställda anser jag att referenterna tar väl lätt på redan existerande skyddsnet, framför allt lönegarantisystemen. Jag ifrågasätter att ett utvidgat moderbolagsansvar skulle leda till större säkerhet för skadelidande i utomobligatoriska förhållanden. Det eventuella skyddet är helt beroende av moderbolagets betalningsförmåga. - I sista kapitlet diskuteras ett antal förslag som skulle kunna verka i samma riktning som en kodifiering av möjligheterna till ansvarsgenombrott - dock utan att det framgår vad referenterna har för uppfattning om förslagen.

Efter denna genomgång av referatet övergick *Rolf Skog* till en allmän diskussion om behovet av en kodifiering av koncernrätten. Han anförde därvid: Det kan konstateras att koncernbildningar är ett vanligt inslag i näringslivet världen över och att skiftande motiv ligger bakom skapandet av och förändringar av koncerner. Det finns ingenting som tyder på att det typiskt sett skulle handla om andra än ekonomiskt sunda motiv.

Referenterna, som inte intresserar sig för moderbolagets ledningsrätt, synes vilja uppnå någon form av kodifiering av möjligheterna till ansvarsgenombrott. Referatet, lika väl som andra juridiska framställningar i ämnet, berör inte frågan om det verkligen finns ett empiriskt underlag för en sådan kodifiering. Den svenska Betalningsansvarskommitten, som under 1980-talet utredde frågan om en lagreglering av möjligheterna till ansvarsgenombrott (SOU 1987:59) gjorde en genomgång av det faktiska behovet därav. Man ordnade en hearing med företrädare för bl a skatte-, polis- och åklagarmyndigheter. Deltagarna i hearingen var i stort sett ense om att behovet av lagregler om ansvarsgenombrott var litet och ansåg i stället att det existerande regelverket borde kunna förbättras och utnyttjas mer effektivt. De regler om ansvarsgenombrott som föreslogs syftade till att skapa en ökad rättssäkerhet. Lagrådet ansåg inte att den målsättningen hade uppnåtts genom förslaget. - En övertygande argumentering för en kodifiering av ansvarsförhållandena måste utgå ifrån en empiriskt baserad problemanalys som klargör arten och omfattningen av de problem som koncernbildningar medför. Den måste visa att dessa problem inte löses genom nuvarande

skyddsregler och att det därför finns behov av en särskild koncernrättslig reglering. Den måste slutligen göra det troligt att en sådan reglering har större fördelar än nackdelar för näringslivets sätt att fungera. Det är en tung bevisbörda, men det bör det också vara för den som vill bryta igenom aktiebolagsrättens mest grundläggande princip - friheten från personligt betalningsansvar.

Den andre inledaren, professorn *Paul Krüger Andersen*, Danmark, anförde: Ämnet "ansvarsgenombrott" har diskuterats tidigare vid juristmötet år 1984. I år är ämnet bredare formulerat. Referenterna förefaller emellertid uppfatta koncernrätten som identisk med de frågeställningar som rör minoritetens och borgenärens ställning i dotterbolag. Även jag är kritisk till denna begränsade synvinkel. Utgångspunkten vid en analys av koncernrättsliga problem bör vara koncernen, inte det enskilda bolaget. Det är av avgörande betydelse för diskussionen att inte bara se till detaljproblem, utan att studera koncernen som ett ekonomiskt och juridiskt fenomen. Koncerner är nyttiga - verksamhetsformen är värdefull. Koncernrätten bör ses som en lära om denna organisationsform snarare än som en disciplin som angår missbruk av minoritetens och borgenärens ställning. Koncernrättens primära frågeställning bör vara moderbolagets möjligheter att leda koncernen. Härfter bör man ta ställning till vilka följder moderbolagets ledningsrätt får för koncernens aktieägare och borgenärer. Även majoritetsägarens ställning är viktig att belysa. I referatet saknas ett klart ställningstagande till dessa problem. - Det svenska betänkandet från 1995 om aktiebolagets organisation ansluter sig till en internationell tendens att stärka aktieägarrollen. Enligt min uppfattning är det viktigt att man också ser koncernbildningar i detta perspektiv. - Det finns redan en viss kodifiering av koncernrätten, t ex finns det cirka tjugo bestämmelser rörande koncerner i den danska aktieselskapsloven. Reglerna om koncerner är spridda här och där i lagen. Det återstår att systematisera dem. Jag anser att det vore ett steg i rätt riktning om övriga nordiska länder i detta avseende kunde följa det förslag som förs fram i det nyligen utgivna norska betänkandet om en ny aktiebolagslag, nämligen att samla reglerna i ett kapitel. Reglerna bör

- 1) definiera koncernbegreppet
- 2) reglera de rättigheter och skyldigheter som följer med en koncernbildning.

Man kan fråga sig om lagreglering är det bästa sättet att lösa koncernproblem på. Sett i ett EU-perspektiv är emellertid endast lagmetoden adekvat. Det

blir nödvändigt med ett direktiv vid en EU-reglering av koncernrätten. Det föreliggande utkastet till direktiv är omstritt och föråldrat på många punkter.

Jag tror att de nordiska länderna kan bidra till diskussionen genom att formulera problemen och ge förslag till lösningar.

Vid den avslutande plenardebatten gav först docenten *Rolf Dotevall*, Sverige, en sammanfattning av diskussionen i grupp A:

Först diskuterades frågan om ansvarsgenombrott. Representanter för näringslivet beskrev att möjligheterna till ansvarsgenombrott beaktas vid koncernbildningar, framför allt i koncerner där amerikanska dotterbolag ingår. Gruppen var ense om att en eventuell kodifiering av regler om ansvarsgenombrott måste ske ur ett internationellt perspektiv och ta hänsyn till såväl affärsmässiga förhållanden som skatteregler. I detta sammanhang kunde det konstateras att det ibland finns ett avstånd mellan affärsmännens och juristernas uppfattningar. Affärsmännen är mindre benägna att beakta de risker som finns. Vidare konstaterades att det finns exempel på ansvarsgenombrott i samtliga nordiska länders rättspraxis, trots att kodifiering saknas. Något ansvarsgenombrott enbart på grund av majoritetsförhållanden förekommer inte. Ansvar kan bli aktuellt vid underkapitalisering. Gruppen ansåg det viktigt att skilja mellan frivilliga borgenärer, vilka har möjlighet att skaffa sig information om det bolag man rättshandlar med, och ofrivilliga sådana. Här gjordes en jämförelse med amerikanska förhållanden avseende anställda. - Därefter diskuterades frågor om minoritetsskydd. Även om det i näringslivet är vanligt med helägda dotterbolag kan det finnas minoritetsägare i koncerner. Det finns alltså ett koncernrättsligt minoritetsskyddsintresse. I de bolag som har varit föremål för övertagande har kanske minoriteten det största skyddsbehovet. Vidare diskuterades tvångsinlösen av aktier som en form av minoritetsskydd. Det rådde delade meningar om detta är en lämplig lösning. Det konstaterades att det är svårt att bestämma vilken grad av minoritetsskydd man bör ha - ett för starkt skydd kan hämma den ekonomiska utvecklingen. I vissa fall kan det till och med finnas ett behov att skydda majoriteten. De tyska koncernreglerna diskuterades, där man skiljer mellan avtalskoncerner och faktiska koncerner. Det är svårt att avgöra om dessa regler är lyckade. Gruppens mening är emellertid att de tyska reglerna förtjänar ett fortsatt intresse. - Slutligen diskuterades att det är praktiskt, men inte alltid lämpligt, med ett enhetligt koncernbegrepp.

Härefter redovisade *advokaten Olav Willadsen*, Danmark, en sammanfattning av diskussionen i grupp B: Gruppen diskuterade först frågan hur en

koncern skall definieras. Det konstaterades att det råder en viss osäkerhet därvidlag och att koncernstrukturer varierar så mycket, att det kan bli svårt att ställa upp en entydig regel. Därefter diskuterades frågan om koncern-interna transaktioner borde förbjudas. Gruppen anslöt sig till norsk rätts utgångspunkt, nämligen att vanliga affärsmässiga villkor och principer skall gälla även för sådana transaktioner. - Det fanns ett visst intresse för att, för det fall regler införs som ger moderbolaget direkt inflytande på dotterbolaget, detta också skall medföra ett ansvar för moderbolaget. Alternativt bör både i relation till ansvar och styrning gälla samma regler som mellan oberoende bolag. Även frågan om formkrav diskuterades, d. v. s. bör man kräva skriftlig form för att koncerninterna transaktioner skall bli giltiga. Slutligen diskuterades frågan om förbud mot koncernlån, så att moderbolaget inte kommer i en bättre ställning än andra aktieägare, men gruppen kom inte till någon entydig slutsats i den frågan.

Plenardebatten inleddes av bolagsjuristen *Håkan Osvald*, Sverige, som anförde: Jag vill, med anledning av vad Rolf Dotevall sade, göra ett förtydligande rörande affärsmännens förhållande till gällande regelsystem. Det är inte riktigt att affärsmännen inte vill följa reglerna. Man laborerar med en legal och en operativ struktur. Dessa kan skilja sig ifrån varandra. Besluten fattas i den operativa strukturen.

Olav Willadsen, Danmark: Jag anser att rätten till tvångsinlösen av aktier strider mot de nordiska konstitutionerna och människorättskonventionen. Reglerna, som härrör från 1960- och 70-talet, ger ett bolag som har 90 procent av aktiekapitalet en rätt att expropria återstoden av aktierna. I Danmark bestämmer man ersättningen för aktierna efter börskursen, inte efter det verkliga värdet. Detta innebär att majoritetsägaren kan skapa en vinst genom att likvidera bolaget efter genomförd tvångsinlösen. - Problemet i koncerner är att majoriteten har makt utan ansvar. Pengar kan föras till moderbolaget från dotterbolaget utan att moderbolagets ansvar påverkas.

Hovrättsassessorn *Hans Cappelen-Smith*, sekreterare i den svenska aktiebolagskommitten, Sverige: Jag har svårt att se vad som är grunden för den konstitutionella invändningen mot tvångsinlösen. Det är ingen skillnad jämfört med reglerna om expropriation av fastigheter. Det har funnits regler om tvångsinlösen sedan år 1944.

Paul Krüger Andersen, Danmark: När det gäller tvångsinlösen gäller i Danmark att aktiens värde bestämmer lösenbeloppet. Inlösenvärdet har i ett rättsfall bestämts till börskursen. Willadsens uppfattning om likvidationsvärdet

jämfört med inlösenvärdet är inte aktiebolagsrättsligt hållbar. - Man bör ställa frågan om risken för missbruk av koncernstrukturen är som störst inom en stor eller liten koncern. I den dagliga verksamheten tror jag att riskerna är störst i små koncerner, som ägaren betraktar som sin personliga egendom.

Advokaten *Robert Mattsson*, Finland: Jag vill anknyta till referatets katalog avseende åtgärder för att förbättra skyddet för borgenärer och minoritetsägare. Mycket kan göras redan genom att förbättra informationen. Man kan notera en slapphet inom bolagen i uppföljningen av gällande regler.

Gerhard af Schultén, Finland: Det är ointressant att diskutera detaljfrågor innan man har utrett om företagare är beredda att acceptera och använda sig av en avtalskoncernmodell. Det måste vara en option - tvång fungerar inte. Men man bör veta om en sådan option kommer att utnyttjas. Hur kan man testa detta? Finns det något utrymme för empirisk forskning? En sådan borde fokuseras på beslutsfunktioner och juridiska aspekter. För närvarande är läget inte kristallklart. Man vet inte hur långt ett icke lagstadgat principalansvar kan sträcka sig. Dessutom finns "spöket" ansvarsgenombrott.

Rolf Skog, Sverige: Man måste komma ihåg att näringslivet har många roller. Det kan finnas ett behov av skydd för minoritetsägare och borgenärer även om inte moderbolaget har möjlighet att styra. Det finns ett påtagligt behov av att ta fram mer empirisk kunskap kring dessa frågor. Alla nordiska länder verka skjuta problemen framför sig. Det vore lovvärt med ett nordiskt initiativ.

Adjunkten, jus lic *Sören Friis-Hansen*, Danmark: Om inte fördelar finns kommer man inte att använda avtalskoncernstrukturen.

Paul Krüger Andersen, Danmark: Varken minoriteter, arbetstagare eller investerare är representerade här. Bildandet av en koncern begränsar de institutionella investerarnas inflytande. Vanliga aktieägares ställning berörs också av koncernbildningar.

Gerhard af Schultén, Finland: Insamlandet av empiriskt dataunderlag avhänger av om företagen är villiga att redovisa sina beslutsstrukturer.

Håkan Osvald, Sverige: Det är omöjligt att svara generellt på den frågan. Jag tror att det kan finnas ett intresse hos företagen att medverka, men kan inte säga hur långt in i detalj man är beredd att gå.

Gerhard af Schultén, Finland: Man bör också diskutera vilken territoriell nivå den eventuella lagstiftningen bör ha. Koncernfrågorna finns också på

EU:s agenda. Skapar man fällor för nordiska företag, t ex i förhållande till amerikanska, om man konstruerar nya ansvarsstrukturer?

Sören Friis Hansen, Danmark: Man bör tala om dessa frågor i ett europeiskt perspektiv.

Olav Willadsen, Danmark: Man bör vara försiktig med att döma ut aktiebolagsbegreppet. Det kan öppna för stämningar i USA.

Gerhard af Schultén, Finland: Det problemet har vi redan. En amerikansk jury kan låta sig påverkas av vad som helst.

Direktören *Jan Persson*, Sverige: Vi kan ha en diskussion i Norden, men en lösning bör ske på internationell nivå, i vart fall på EU-nivå. Det vore bra att göra en empirisk undersökning rörande hur beslutsfunktioner m.m. är organiserade i koncerner. Benägenheten hos företagen att medverka i en sådan undersökning beror troligen på hur stora problem man anser sig ha med koncernreglerna. Jag tror inte att de upplevs som stora. En slutsats man kan dra från gruppdiskussionen är att koncerner skiljer sig åt. Det finns allt från koncerner med hård styrning till sådana med stor frihet för dotterbolagen. Det är därför inte lämpligt med en specifik reglering före alla koncernbildningar.

Gerhard af Schultén, Finland: Genom en aktiv debatt i Norden kan vi förebygga att vi får oss påtvingad en mindre lyckad tysk eller engelsk lösning.

Hans Cappelen-Smith, Sverige: Det är viktigt att de nordiska länderna skapar sig en gemensam uppfattning. Frågorna måste dock få sin lösning inom EU.

Håkan Osvald, Sverige: Atlas-Copco ser positivt på Europabolag, en legal enhet med avdelningar och divisioner. Vi har försökt åstadkomma en sådan lösning och kommit fram till att problemen blir mindre.

Debattledaren *Gerhard af Schultén* avslutade med att tacka referenterna, korreferenten och samtliga deltagare för ett givande möte.

Sektionsmöte

Idrottens normsystem - etik och juridik

Referent: Förvaltningsrådet *Lauri Tarasti*, Finland

Korreferent: Förbundsjurist *Krister Malmsten*, Sverige

Debattledare: Verkställande direktör *Carl-Olaf Homén*, Finland

Referatskrivare: Hovrättsfiskalen *Maria Hellberg*

IDROTTENS NORMSYSTEM - ETIK OCH JURIDIK

Av förvaltningsrådet *Lauri Tarasti*, Finland

1. Inledning

Den centrala etiska normen i idrotten har alltid varit "fair play". Den viktiga delen av den här principen är att erbjuda alla deltagare i tävlingen principiellt sett samma möjligheter att tävla och vinna. Bara då är tävlingen ärlig.

Organiserad idrott kan dock inte bara baseras på etik, utan behöver regler för att tävlingsidrott överhuvudtaget kan bedrivas. Reglernas viktiga ändamål är just att garantera, att alla deltagare i tävlingen har samma yttre förutsättningar att tävla och vinna.

Idrottens regler måste granskas med utgångspunkt från den etiska fair play-principen. När idrottens regler tillämpas, skall fair play bli formellt förverkligad. Men sakligt bör man beakta mera än bara normer så som ärligheten i tävlingen, medtävlarens vänliga bemötande osv.

Idrottens normer är idrottens egna normer. Det är inte samhället utan idrotten som fastställer dessa normer. De borde ha sitt inflytande bara inom idrotten. Från denna synvinkel är det fråga om etiska normer, som för utstående inte har någon påverkan, men som ändå har juridiskt innehåll inom idrotten. Man kan väl säga, att ju vidare idrottens egna normers område är, desto större betydelse har idrottens etik. Och också tvärtom, ju kraftigare samhällets normers påverkar idrotten, desto större är juridikens andel i idrotten.

Det är inte bara inom idrotten etiska normer har betydelse. Det finns också i lagstiftning stadganden, vilkas innehåll bestäms på etiska grunder. Jag nämner här två exempel från Finland, men motsvarande stadganden finns det också i de andra nordiska länderna. Enligt 1 § lagen om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet (1061/78) "I näringsverksamhet får icke användas förfarande, som strider mot *affärssed* eller eljest är otillbörligt mot annan näringsidkare." Och enligt paragraf 33 lagen om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (228/29) "Rättshandling, som eljest vore att såsom giltig anse, må ej göras gällande, där omständigheterna vid dess tillkomst voro sådana, att det skulle strida mot *tro och heder* att med vetskap om dem åberopa rättshandlingen..."

Vad gäller idrottens etiska normer, är skillnaden dock, att i idrotten är det samtidigt fråga om föreningsfrihet. Den lämnar mycket utrymme till idrottsorganisationer att själva sätta sina egna normer. Man talar om föreningsautonomin mot den offentliga makten.

2. Betydelsen av idrottsverksamhetens förändringar

Prof. Geir Woxholt har framhållit,¹ att "aktivitetene i samfunnet kan inndeles i tre sektorer. Den første er det offentlige, den andre er markedet og den tredje er de frivillige organisasjonene." Idrotten hör till den sistnämnda. Enligt föreningsfriheten åtnjuter idrotten föreningars vida självbestämmanderätt. Idrotten sätter själv sina regler och också i övrigt bestämmer den om sina interna angelägenheter. Idrottsliga synpunkter är avgörande, inte samhällets synvinkel.

Idrotten har försökt att hålla fast vid sin självbestämmanderätt i samhället och ännu i dag till stor del lyckats. Men en förändring är på gång som bäst. Utvecklingen i idrotten har närmat idrotten till annat samhälle och kommersiella intressen. Andra intressen än bara idrottsliga har vunnit terräng. Jag tar fram här några viktiga sakgrupper som exempel.

– Kommersialiseringen har ändrat idrottens ställning starkt. Många idrottsklubbar är inte mera sådana ideella föreningar som tidigare. Olika sponsoravtal och kommersiella intressen har kommit i förgrunden, många klubbar i lagidrotter är aktiebolag eller fungerar så som ekonomiska sammanslutningar. Enligt prof. Woxholt's termer har dessa frivilliga organisationer närmat sig marknaderna så starkt, att det i många avseende inte mera finns någon väsentlig skillnad mellan dem.²

Ett gott exempel på detta är taxering. En idrottares arvode eller lön kan inte vara skattefri, om motsvarande arvoden och löner beskattas i samhället; den som äger en idrottsklubb med huvudsakligen ekonomiska ändamål måste vara under samma skatteregler – vad gäller inkomster från sådan verksamhet – som i motsvarande ekonomiska sammanslutningar.

– Dessutom har professionalismen erövrat toppidrotten. Toppidrottare är inte mera amatörer utan i praktiken arbetare i sina klubbar eller självstän-

¹ Ett föredrag av Geir Woxholt "Kommersialiseringen og idrettens frie stillning. Hvilke verdier går tapt i kampen om markedets gunst?" Oslo 14.9.1995

² Idrottens etik, se Geir Woxholt, Idrettens sponsoravtaler, 1993.

diga privatföretagare. Deras speciella ställning på arbetsmarknaden fordrar sitt avgörande, där idrottens särdrag måste tas i beaktande.

Ett exempel på detta är ett separat socialskyddssystem för idrottare i Finland. Det trädde i kraft från den 1 maj 1995 (förordning om anordnande av pensionsskydd och olycksfallsskydd för idrottsmän 537/95). Det ordnar idrottares skydd för ålderdom, arbetsoförmåga, olycksfall och vårdnadshavares död. Idrottare som har inkomster av idrotten över en viss gräns (56.640 Fmk per år) anses vara i ett arbetsavtalsförhållande med sin klubb eller annan arbetsgivare. Dock har man ännu inte reglerat alla arbetsvillkor så som till exempel semester, arbetstid osv.

– Idrottens normer har inte mera sitt inflytande bara inom idrotten. Tävlingsförbud till exempel har alltid avbrutit idrottarens tävlande, men nuförtiden kan idrottaren samtidigt förlora hela sitt yrke, och dessutom kanske upplöses talrika kommersiella avtal.

– Med sanktionerna i idrotten kan man ingripa i människans grundrättigheter starkare än tidigare. Idrottens egna bestraffningar kan ha en stor påverkan på idrottares rättigheter inte bara i idrotten och hans idrottskarriär utan också i hans civila liv. Doping-problemet, som är ett relativt nytt fenomen, är inte bara idrottens interna sak, utan har samband med många slags sociala problem i samhället. Samtidigt kan man påstå, att dopingkontrollen ingriper i människans integritet.

Ett färskt exempel på detta är domen i det s.k. Katrin Krabbe II fallet, där underrätten i München ansåg att ett års tävlingsförbud för bruk av Clenbuterol-dopingsubstanser var lagligt, men tre års förbud stred mot proportionalitetsprincipen och mot rätten för fritt utövande av yrke. Beslutet har överklagats.

Allt detta betyder, att grunderna för idrottens självbestämmanderätt har inskränkts och idrotten inte kan räkna med en sådan speciell behandling i samhället som tidigare. Idrotten bör behandlas likvärdigt med ekonomiska sammanslutningar, om idrotten också fungerar på samma sätt, och idrottare likvärdigt med de andra på arbetsmarknaden, om idrottaren arbetar så som dem i arbetsavtalsförhållande. Många oklarheter blir det ändå kvar. Till exempel är det oklart, om samhällets konkurrensregler kan tillämpas på idrottens monopoler, om sådana existerar.

Det berömda Bossman-fallet³ visar att EU-domstolen har ansett att den kan ingripa i idrottens väsentligaste inre normer (överlåtelseavtal och -

³ Europeiska unionens domstols beslut C-415/93 den 15 december 1995.

ersättningar samt regler om sammansättningen i idrottslag), när de är mot Europarättens principer om arbetskraftens fria rörelse.⁴

Trots denna utveckling bör man ändå konstatera, att utanför toppidrotten fortsätter klubbaktiviteter i idrotten ungefär på samma sätt som tidigare genom frivilliga funktionärer och traditionella ekonomiska åtgärder. Och vanliga amatörer tränar och tävlar på sin egen bekostnad utan ersättningar. Klyftan mellan amatörer och de professionella har blivit i idrotten ännu större.

Det skulle vara lätt att säga, att det behövs olika och juridiska normer för de professionella samt olika, men etiska normer för amatörer. Men gränsen mellan de professionella och amatörer samt mellan ideell verksamhet och kommersiella åtgärder i idrottsklubbar är glidande. Olika intressen blandas ihop. Därför är det inte möjligt att avgöra idrottens etiska och juridiska problem enbart genom att dra linjen mellan professionalismen och amatörismen, ehuru denna synvinkel har sin betydelse vid avgörande av problemen.

Och föreningsfriheten fordrar fortfarande i dag, att myndigheterna kan ingripa i en förenings egna saker bara på lagliga grunder.

3. Idrottens normer

Idrottens etik kommer till synes i idrottens egna normer i stadgar, arbetsordningar, reglementen, dopingregler osv. De gäller olika sakgrupper. Det finns normer om administration, ekonomi och relationer mellan olika organ så som i alla föreningar. Då kan normala föreningsrättsliga stadganden tillämpas också i idrottsorgan. I Finland är det i kraft en föreningslag av 1989 (503/89), som gäller alla ideella föreningar idrottsorganisationer medräknande. I alla andra nordiska länderna är det fråga om generella föreningsrättsliga principer och rättsskipning. I båda fallen har idrottsorganisationer ingen från andra föreningar avvikande juridisk ställning.

På motsvarande sätt avviker idrottens många slags och otaliga avtal om TV-rättigheter, sponsring och reklam i allmänhet inte från andra sådana ekonomiska avtal. Idrottens normer kan dock ha en stor inverkan på dessa avtal. Om man då för idrottsnormer avviker i sådana avtal från allmänna

⁴ I sina motiveringar konstaterade domstolen, att idrottsförbunds ifrågavarande stadganden om överlåtelse inte var nödvändiga för att idrottsförbund, klubbar och spelare skulle kunna använda föreningsfrihet eller att dessa stadganden skulle vara oundviklig konsekvens av denna frihet.

avtalsrättsliga principer och stadganden, bör det finnas juridiskt accepterade grunder för detta.⁵ Emedan detta sällan är möjligt och det inte räcker att hänvisa till idrottens normer, tillämpas samhällets normala lagar och stadganden i sådana avtal.

Men idrottens speciella normer är tävlingsregler eller -bestämmelser som också innefattar dopingregler. Här diskuterar man om idrottens kärna och också om idrottens etik och här är idrottens självbestämmanderätt viktigast.

Tills vidare har idrotten själv kunnat fastställa fritt sina tävlingsnormer. Men deras giltighet i samhället har efteråt i flera fall övervägts av domstolen. Orsaken har varit – så som ovan har framhållits –, att kollisionsfall mellan idrottens interna normer och samhällets normer stadganden har ökat och blivit starkare. Klarast kan idrottens och samhällets normer råka i kollision med varandra i samband med gräl om bestraffningar och andra åtgärder mot dem som har brutit mot tävlingsregler.

Bestraffningsrätt hör till domstolsväsendet i samhället. Disciplinära åtgärder har ändå alltid varit tillåtna i offentliga och privata organisationer och på arbetsplatser inom vissa gränser. Liksom samhället i övrigt är idrotten i behov av ett regelsystem med sanktioner. I sista hand kan man sålunda sörja för tävlings- och andra reglers upprätthållande. Det är också fråga om solidaritet och överträdelser av idrottens normer är ofta brott mot fair play-principen. Därför har idrotten själv bestämt om disciplinära bestraffningar. Det finns ett klart undantag vad gäller idrottens självbestämmanderätt i tävlingsnormer. I några länder så som i Sverige, Frankrike och nu också i Storbritannien har speciella lagar stiftats för att göra försäljning av doping-substanser kriminellt.

I Sverige enligt lagen om förbud mot vissa dopningsmedel (1991:1969) döms den som uppsåtligt har brutit mot den här lagen för dopningbrott till fängelse i högst två år eller, om brottet anses som ringa, till böter eller fängelse i högst sex månader.

Det är intressant att lagen inte nämner idrotten alls.

Idrottens bestraffningar används i olika betydelser inom den idrottsliga verksamheten. Krister Malmsten har delat dessa bestraffningar⁶ i två kategorier: *förbundsbesträffningar* och *tävlingsbesträffningar*. De sistnämnda

⁵ I Finland fanns det ofta i spelaravtal en klausul, enligt vilken avtalet inte var arbetsavtal. Denna klausul hade ingen juridisk betydelse. Om avtalet är arbetsavtal, är det det oberoende av en sådan klausul.

⁶ Krister Malmsten, *Idrottens bestraffningsregler och föreningsrätt*, 1994.

meddelas normalt i direkt anslutning till tävling t.ex. tidstillägg, poängavdrag, utvisningar, uteslutning ur tävling osv. De förstnämnda bestäms efteråt i idrottsorganisationers administration som disciplinära ärenden. Men i många fall kan regelöverträdelse bli föremål för såväl tävlingsbestraffning och förbundsbestraffning.

Kvaliteten av idrottens normer kan värderas i många avseenden genom dessa bestraffningar. Om de förblir inom idrotten, är normerna bakom dem mestadels etiska från samhällets synvinkel, ehuru de har juridiskt innehåll inom idrotten. Men om samhället kan granska bestraffningar och normer bakom dem, – då är det fråga om domstolsärenden – får normerna ett allmänt juridiskt inflytande i samhället. Domstolen har då att ta i beaktande idrottens normer i sina beslut, men den har då också rätt att lämna normer otillämpade. När domstolen är bunden av allmän lag, kan den tillämpa idrottens normer bara, om de inte står i strid med lagen eller generellt accepterade juridiska principer i samhället. I detta avseende kan idrottens normer förlora sin giltighet i samhället.

Den frågan, vilka mål kan eller borde beslutas vid allmänna domstolar, vilka inte, är i dag speciellt aktuell. I detta sammanhang avgörs det, hurudant innehåll skall ges åt idrottsorganisationers föreningsrättsliga självbestämmanderätt.

I Bosman-fallet påstod UEFA (Union des associations européennes de football) starkt men utan resultat, att EU:s domstol inte har jurisdiktion i målet och idrottsrörelsens självständighet skall respekteras.

4. Idrottens självbestämmanderätt

Artikel 6 (1) i Europarådets konvention om mänskliga rättigheter lyder:

Envar skall vara berättigad till en rättvis och offentlig rättegång inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag, när det gäller att pröva hans rättigheter och skyldigheter eller anklagelser mot honom för brott...

Men ändå finns det en stor mängd ärenden, där det inte finns möjligheter att vädja till domstolen. Då saknas behov av rättsskydd eller är det fråga om ärendens natur. De här ärendena är inte domstolsärenden. Sådana finns det speciellt i familjerätten och socialrätten, men också i bolagsrätten och föreningsrätten. När idrottsorganisationer hör under föreningsrättens område, bör också föreningsfriheten tas i akt. Så som redan nämnt kan myndigheter inte ingripa i föreningars interna aktiviteter utan laglig grund. För-

eningarna har en viss föreningsautonomi, inom vilken samhället inte ens genom domstolen kan bestämma vad föreningen bör göra eller inte göra.

Idrotten har försökt att hålla alla tävlingsregler och -bestämmelser under sin självbestämmanderätt så, att också alla gräl om deras innehåll och tolkning borde vara idrottens interna ärenden och inte höra till domstolsärenden under statens domstolars jurisdiktion. Här är det fråga om gränsen mellan idrottsnormer och lagnormer.

Jag kan se två klara orsaker, varför idrotten så starkt har här hållit fast vid sin självbestämmanderätt. För det första är det fråga om makt. Vem bestämmer vad som är rätt eller orätt i idrotten? Vem säger sista ordet i idrotten? Idrotten eller samhället.

Ett exempel om maktindelningen är Internationella Olympiska Kommitteén, som är det högsta idrottsorganet i världen. Den är självständig i relationen med nationella regeringar och dess medlemmar skall utnämnas permanent IOK. har haft och har ett stort politiskt inflytande.

För det andra är det fråga om en stor internationell rörelse, som måste följa samma regler universellt.⁷ Tävlingsregler och deras tolkning måste vara de samma i hela världen. Förbjudna dopingsubstanser måste vara de samma i vart och ett land. Också bestraffningar i samma slags fall borde vara de samma. Om nationella domstolar i olika länder runtom världen har rätten att avgöra tolkningen av tävlingsregler, dopingregler medräknande, är det inte möjligt att tillämpa samma idrottspolitik i respektive idrott. Dopingkontrollen skulle ofta vara utanför universell kontroll.⁸

I det berömda Butch Reynolds fallet var hans dopingprov positivt, men det nationella fri-idrottsförbundet befriade honom för ringa procedurfel. Skiljenämnden "Arbitration Panel" inom det Internationella fri-idrottsförbundet ansåg att procedurfelen inte hade någon inverkan på resultatet av provet och dömde Reynolds till två års tävlingsförbud. Reynolds väddade till hans hemstads underrätt, som fullt godkände hans grunder, befriade honom och dömde det Internationella förbundet till 27,3 milj. dollars skadestånd (till amatöridrottaren!). Förbundet deltog inte i processen i underrätten. Målet avslutades, när appellationsdomstolen i USA upphävde på basen av förbundets besvär domen och beslöt, att underrätten

⁷ Ett försök i denna riktning är Europakonventionen mot doping 16.11.1989.

⁸ Problemet har behandlats i många sammanhang, se t. ex. "Supplement to the Official Proceedings of the IAF Symposium on Sport and Law", Monte Carlo, 31 Jan – 2 Feb 1991.

inte hade jurisdiktion i målet. Förbundets huvudkontor låg i London och förbundet hade ingenting att göra med Reynolds hemstad.

5. Idrottens interna ärenden eller domstolsärenden

Tolkningen, var gränsen mellan idrottens interna ärenden och domstolsärenden går, är i dag öppen. Det är en orsak, varför "idrottsjuridiken" i dag intresserar så mycket, att speciella idrottsrättsliga föreningar har bildats i många länder, också i Finland. Jag försöker i det följande litet klargöra, hurdana kriterier kan ses i tolkningen i dag.

Först bör man medge, att idrotten inte kan behålla sin självbestämmanderätt som sådan som tidigare. Utvecklingen som jag har beskrivit i början av den här framställningen ger inte möjligheter till detta. Efter kommersialiseringen och professionalismen i toppidrotten måste en stor del av samma stadganden som annanstans i samhället också tillämpas i idrotten, åtminstone i toppidrotten. Det betyder idrottens juridisering, ett fenomen som har skett på många områden i samhället.

Den uppdelning som Krister Malmsten har framställt i sin bok är av betydelse här. Tävlingsbestraffningar hör till idrottens interna ärenden. De gäller bara i respektive tävling och det skall göras omedelbart, ofta utan att det finns möjligheter att ändra dem. Domstolar har knappast någonsin behandlat sådana mål. Detsamma gäller vanligen också förbundsbestraffningar, men några mål angående dem har behandlats i domstolar så som ovan har skildrats. Och deras antal har ökat under de sista åren, emedan inverkan av en sådan bestraffning nuförtiden sträcker sig ganska ofta inte bara till idrotten utan också till samhället i övrigt.

Det ser ut, att innan ett ärende kan vara domstolsärende, måste en viss rättskyddströskel bli överskriden. Många olika faktorer har inverkan på denna. En av dem är ett ifrågavarande intresses storlek. Om intresset är stort, är behov av rättskyddet också stort. Till exempel kan det vara fråga om människans grundrättigheter eller -friheter. Ekonomiska intressens storlek har också sin påverkan, men är inte i allmänhet avgörande. I idrotten kan en tävlingsbestraffnings ekonomiska inflytande på idrottare (t.ex. underkänt mål i fotboll, övertramp i fri-idrott) vara lika stort som förbundsbestraffnings (t.ex. ett års tävlingsförbud). Också bestraffningens varaktighet kan påverka tolkningen. Fyra års tävlingsförbud kan avbryta idrottares karriär, vilket ett års inte gör. En faktor här är också idrottens egna rättskyddsmedel, vilka idrottsorganisationerna har försökt att förbättra under

de senaste åren. I tolkningen och totalvärderingen borde många faktorer i olika riktning tas samtidigt i beaktande.

Tolkningen beror naturligtvis på vart och ett lands domstol. I dag finns det inga klara linjer, inte heller någon internationell konvention om detta. I oklara situationer skulle jag själv vara benägen att godkänna idrottens självbestämmanderätt för dess nära samband med föreningsfriheten.

Om domstolen tar upp ett idrottsgräl till behandling, måste den avgöra, i vilken utsträckning den undersöker fallet. I Finland har domstolen ofta bara undersökt fallet formellt, d.v.s. att en idrottsorganisation har följt sina egna stadgar och inte brutit mot föreningslagen, förfarande har varit ärligt osv., men lämnat materiellt innehåll av fallet beroende av idrottsorganisationens eget beslut. Så har man inte ingripit i idrottens egna normers kärna. I Sverige har så vitt jag vet domstolen då och då också behandlat fallets sakliga sida.

Domstolsbehandlings utsträckning beror också på, vad man har fordrat: skadestånd, upphävande av beslutet eller båda.

Då domstolen har ansett ett idrottsgräl som domstolsärende, måste man avgöra i internationella fall, vilket lands domstol som har jurisdiktion. Den här svåra frågan, som hör till den internationella privaträttens område, behandlas inte i denna framställning.

Idrotten själv har märkt både nationellt och internationellt, att dess självbestämmanderätt är i fara. I många länder har speciella besvärinstanser grundats inom idrotten för att ge bättre rättskydd till idrottare. I Sverige finns det Riksidrottsnämnden (RIN) och i Finland Idrottens rättskyddsnämnd. De flesta internationella idrottsförbund har skapat sina egna system för ändringssökande, till ex. Internationala fri-idrottsförbundet har den ovan nämnda opartiska nämnden "Arbitration Panel", vars beslut är internt slutliga och bindande i fri-idrotten.

Hur stor betydelse idrottens egna rättskyddsorgan skall ha, när man i domstolar skall avgöra, vilka ärenden som är domstolsärenden, beror mycket på, om idrottens egna skiljedomsorgan accepteras som juridiskt kompetent organ inte bara inom idrotten, utan i hela samhället. Problemet har tills vidare varit, att skiljedomare i idrottens egna skiljedomsorgan har blivit utnämnda bara av respektive idrottsorganisation själv.

Vad gäller skiljedomsförfarande, kan idrottens ställning jämföras med marknadsparters ställning i kommersiella avtal. Om det i avtalen blir överenskommet, kan avtalsgräl avgöras enbart i skiljedomstol. Då borde skiljedomstolen fylla vissa lagliga fordringar, om allmän domstols jurisdiktion vill undvikas. Här kan New York konventionens (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 10.6.1958)

och Lugano konventionens (Convention on jurisdiction and the enforcement of judgements in civil and commercial matters 16.9.1988) förutsättningar tas i akt. Enligt min uppfattning fyller inom idrotten bara ett nyssgrundat idrottens skiljedomssorgan CAS (Court of Arbitration for Sport) internationella lagliga fordringar. CAS har skapats av Internationella Olympiska Kommittén och dess sammansättning är opartisk och erkänner båda parternas intressen.

Således kan idrotten liksom affärslivet på juridiskt godkänt sätt undvika i de flesta fall allmänna domstolars jurisdiktion. Denna sannolika utveckling kommer ännu att närma idrotten med affärsliv, var man också talar om etik, businessetik.

6. Till slut

Idrottens och samhällets normer är i dag oftare än någonsin tidigare i kollision med varandra. Därför har juristkårens intresse i hela världen riktat sig starkt mot idrottsjuridiken. Det ser inte lätt ut att hitta ett enkelt avgörande mellan idrottens etiska normer och samhällets juridiska normer, som skulle passa till de flesta fall. Men juristernas uppgift är att försöka klargöra juridiskt oklara situationer. Här fordras i dag vida juridiska kunskaper, ty idrottens juridiska problem rör så många rättsområden: civilrätt, handelsrätt, statsförfattningsrätt, straffrätt, internationellprivaträtt, processrätt.

Idrottens normsystem - etik och juridik

Sektionsmöte

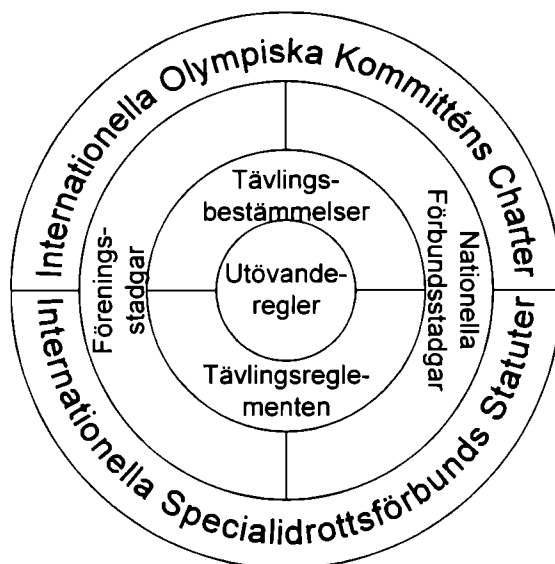
Referatskrivare: hovrättsfiskalen *Maria Hellberg*

Debattledaren, verkställande direktören *Carl-Olaf Homén*, Finland, hälsade alla välkomna, redogjorde för sektionens ramar och gav ordet till referenten.

Referenten, förvaltningsrådet *Lauri Tarasti*, Finland, inledde med en kort genomgång av huvuddelarna i hans arbete. I samband härmed berättade han att samtliga idrottare vid OS i Atlanta var tvungna att underteckna ett avtal enligt vilket varje tvist som uppkom med anledning av OS skulle avgöras av en skiljenämnd. Undertecknandet var en förutsättning för deltagande i spelen. Vidare redogjorde han för huvuddragen i ett belgiskt rättsfall, särskilt genom vilket en allmän domstol hade beslutat att andra halvlek i en fotbollsmatch skulle spelas om.

Korreferenten, förbundsjuristen *Krister Malmsten*, Sverige: Jag vill inleda med att ge en eloge till referenten som på ett föredömligt sätt lyckats sammanfatta de mest relevanta frågeställningarna på området. Jag delar i stort hans uppfattningar, varför jag som bakgrund till den fortsatta diskussionen tänker lämna några synpunkter på även en del andra frågor rörande idrottsnormernas betydelse för juridiken. Inledningsvis vill jag redogöra för hur jag skiljer på olika typer av idrottsnormer. Idrottnormernas kärna utgörs av utövanderegler oftast benämnda spelregler eller liknande. Utöver dessa finns

administrativa regler (tävlingsbestämmelser och tävlingsreglementen), föreningsstadgar och förbundsstadgar samt slutligen internationella specialidrottsförbunds statuter och Internationella Olympiska Kommitténs Charter.



De frågeställningar som referenten har tagit upp bör lösas på olika sätt beroende på vilken idrottsnorm som avses. Sannolikheten för att domstolarna desavouerar idrottsnormen kanske ökar ju längre ut från cirkelns mitt idrottsnormen är placerad.

Det har länge hävdats att idrottsförbunden och föreningarna har rätt att skapa sina egna normer. Detta bygger på att verksamheten är ideell, frivillig och att de som deltar accepterar de normer som ställs upp. Lauri Tarasti hänvisar till föreningsautonomin. Jag vill dock i högre grad än Lauri Tarasti betona att denna självbestämmanderätt utgör en viktig del i den demokratiska samhällsstrukturen där den idrottsliga verksamheten endast är en av flera beståndsdelar.

För att ta reda på vad självbestämmanrätten - i förhållande till den allmänna rättsordningen - egentligen innebär måste man först ta ställning till om den allmänna rättsordningen är behörig att ta upp idrottsliga frågor till prövning och därefter, om så är fallet, om den allmänna rättsordningen då är bunden av idrottsnormen som en juridisk standard.

Vid en prövning av idrottsnormernas betydelse för juridiken är naturligen deras etiska innehåll styrande. Etiska normer finns i alla skikt inom idrottens normsystem. Jag vill påstå att det är just som styrmedel för mänsklig samvaro - tillsammans med de hälsofrämjande effekterna - som idrotten har sin största samhällseliga betydelse.

Idrottens normsystem stämmer vanligen väl överens med den allmänna moraluppfattningen i samhället. Vissa regler kan naturligtvis ifrågasättas, till exempel en verksamhet vars normer inte bara medger, utan snarare premierar, att utövaren försätter motståndaren i ett medvetet tillstånd. Ni kan säkert föreställa er vilken idrott jag menar.

Jag vill också peka på att idrotten har många etiska regler som sträcker sig längre än vad samhällets regler gör. Som exempel kan nämnas att flera specialidrottsförbund i Sverige har beslutat att personer som bär rasistiska symboler inte skall ha tillträde till idrottsarenorna.

En annan princip som är speciell inom idrottsjuridiken är att det inte finns någon straffmyndighetsålder. Det har nämligen ansetts angeläget att samma korrigeringsmedel kan användas för samtliga utövare oavsett ålder.

Jag tänker nu gå närmare in på frågan om idrottens norm som juridisk standard. Idrottens normer är inte exklusiva vad gäller konfliktlösning inom idrotten och idrottsrörelsen är inte immun mot prövning av idrottssaker hos allmän domstol. En professionell idrottare och en kommersiell idrottsverksamhet måste acceptera samma regler som näringslivet.

Och på straffrättens område finns hundratals avgöranden som visar att de allmänna domstolarna inte avhållit sig från att gå in och pröva till exempel misshandel som förekommit under en idrottstävling. En annan sak är att domstolarna i många fall i mildrande riktning har beaktat konsekvens av tillämpningen av en idrottsnorm. Det är från idrottsrörelsens sida angeläget att ett brottsligt handlande prövas på sedvanligt sätt.

Utgångspunkten för bedömningen av om idrottsnormen har juridisk betydelse eller ej kan struktureras på följande sätt.

- Domstolen kan ta ställning till idrottsnormen genom att
 - lämna den helt utan avseende eller
 - beakta den, varvid domstolen kan
 - avstå helt från att ta upp ett ärende,
 - stanna vid en formaliaprövning, eller
 - utgå från idrottsnormen som en standard.

Inom varje normskikt (jämför figur, sid 94) kan man vidare fråga sig om idrottsnormen

1. strider mot en regel i den allmänna rätten,
2. motsvarar en regel i den allmänna rätten, men också har längre gående rättsverkningar,
3. motsvarar en regel i den allmänna rätten, eller
4. helt saknar motsvarighet i den allmänna rätten

När vi talar om situationen att *domstolen lämnar idrottsnormen helt utan avseende* så har ju Lauri Tarasti redan berört det s.k. Bosman-fallet. Fallet visar tydligt att om idrottens normsystem direkt strider mot den allmänna rätten och det rör sig om professionalism, så saknar idrottsnormen varje betydelse. Inom arbetsrätten kommer vi med stor sannolikhet att få se många liknande fall framöver.

Högsta domstolen i Sverige har i ett fall (NJA 1990 s. 687) *beaktat idrottsnormen genom att avstå från att ta upp en fråga till prövning*.

Här skall också nämnas att frågan om betydelsen av en eventuell skiljeklausul inte kan besvaras generellt. Vad som troligen kan sägas, och som Lauri Tarasti redan nämnt, är att domstol kan avvisa en talan med stöd av en skiljeklausul om det är fråga om kommersiell verksamhet och om parterna är likställda. Det är däremot tveksamt om en skiljeklausul som är intagen endast i nationellt förbund statuter binder den enskilda idrottsutövaren.

I fråga om *idrottsnormer som strider mot en regel i den allmänna rätten* tror jag att konkurrensrätten kommer att beröra idrottsrörelsen betydligt inom de närmaste åren. De internationella idrottsorganisationernas bestämmelser om att det får finnas endast ett nationsförbund, t.ex. ett handbollsförbund, stämmer mindre väl med EG - rättens syn på otillbörliga konkurrensbegränsningar. Dessa organisationer kommer sannolikt att betraktas som företag med marknadsdominerande ställning, vilket i sin tur, vid en missbruksbedömning, sannolikt kommer att få konsekvenser för bland annat försäljning av TV-rättigheter, många organisationers största inkomstkälla.

Angående situationen att *idrottsnormen motsvarar en allmän rättsregel, men också sträcker sig längre*, ges följande exempel. I många idrotter har införts regler om att medlemsföreningar som hamnat på obestånd - som lett till ackordsförfarande - som huvudregel ska flyttas ned i seriesystemet. Idrotten nöjer sig alltså inte med att föreningens ekonomi saneras, därutöver bestraffas föreningen. En degradering i seriesystemet innebär normalt försämrade ekonomiska förutsättningar. Frågan uppkommer därvid hurvida föreningen med framgång kan stämma den beslutande idrottsorganisationen med yrkande om att degraderingsbeslutet skall förklaras ogiltigt med hän-

syn dels till att beslutet inte har stöd i gällande lag (lagen skulle vara uttömmande på området), dels till beslutets ekonomiska konsekvenser för föreningen (jfr NJA 1990 s.687).

Inom straffrätten finns en hel del praxis samlad som exempel på regler där *idrottsnormen motsvarar en allmän rättsregel*. Denna praxis är väl känd och behöver inte närmare redogöras för här. Samhället accepterar visst våld så länge som det håller sig inom ramen för utövanderegler. Skälet till detta är, som jag utvecklad i ”straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson”, att samhället har ett så stort intresse av nyttoeffekterna av idrottsutövningen. Samma förhållande gäller i skadeståndsrätten.

Det belgiska fallet som Lauri Tarasti redogjort för utgör ett exempel på ett fall där *idrottsnormen saknar motsvarighet i den allmänna rätten*. Vidare kan man tänka sig följande fall. I ett finalspel gör domaren bevisligen men oavsiktligen en felaktig bedömning som leder till att A vinner matchen/tävlingen och därtill en icke oansenlig summa pengar. Inom de flesta idrotter finns inga remedier i ett fall som detta. Kanske blir utgången en annan om domaren gjort felbedömningen avsiktligen. Och möjligen har det betydelse om det rör sig om en felaktig regeltillämpning eller om det handlar om en ren bedömningsfråga av ett händelseförlopp. Såvitt känt har den nu beskriva situationen inte varit föremål för prövning vid domstol i de nordiska länderna. Såvida inte skiljeklausuler lägger hinder i vägen skulle det emellertid förvåna mig om inte ett mål av angivet slag eller likartat slag, som en följd av professionalismen och kommersialismen, i en inte alltför avlägsen framtid kommer att läggas fram för domstolsprövning. Först då ges svaret, men det skadar nog inte att göra idrottsvärlden mentalt förberedd på att utgången i en idrottstävling kan komma att slutligt fastställas av annan domare än den som utsetts att övervaka tävlingen.

Hovrättspresidenten *Ove Lindh*, Sverige: Jag vill börja med att komplimentera referenten och korreferenten för deras intressanta inlägg. De båda inledarna är i stora delar ense när det gäller idrottens möjligheter och behov av att behålla dess självbestämmanderätt.

För egen del tänkte jag koncentrera mig på frågan om den enskilda idrottsmannens möjligheter att få domstolsprövning av beslut som har fattats av idrottens egna organ.

Det kan konstateras att det inte är ovanligt att föreningsbeslut överklagas genom de idrottsliga instanserna. Om även de allmänna domstolarna tar upp föreningsbeslut till prövning kan det bli dubbla prövningar med olika resultat, vilket är olyckligt.

När det gäller bestraffningsärenden är läget litet mer komplicerat. I fråga om de så kallade tävlingsbestraffningarna - exempelvis straffspark i fotboll - är jag ense med Lauri Tarasti att sådana beslut hör till idrottens interna ärenden. I fråga om förbundsbestraffningar är det oftast fråga om förseelser - idrottsvåld - som inte kan bli undantagna från samhällets bestraffningsrätt. I dessa fall är det helt klart att en dubbel prövning både kan och bör ske.

Svårigheterna hänför sig till en situation som den följande. En tennisspelare blir av idrottens egna organ avstängd två år för brott mot dopningsreglerna. Hos allmän domstol begär han därefter att beslutet skall underkännas eftersom han inte varit dopad och han yrkar skadestånd av Riksidrottsförbundet för sina under diskvalifikationstiden förlorade tennismiljoner. I denna situation kan nog den allmänna domstolen i vart fall inte undandra sig att sakligt pröva skadeståndsyrkandet. Det är däremot tveksamt om den allmänna domstolen skulle ta upp diskvalifikationsbeslutet till saklig prövning. Jag är således i huvudsak ense med Lauri Tarasti även i denna del.

Lagdommern *Brynjar Östgård*, Norge: Idrottsföreningar bör inte ha företräde framför annan organiserad verksamhet. Med hänsyn till att det, i vart fall på toppidrottsnivå, inte längre är fråga om amatörmässig tävling mellan lika män (vilket syns särskilt tydligt när det gäller möjligheter till träning, sponsring och så vidare) så bör idrottens aktiviteter i allt större utsträckning bli bedömda efter samma regler som ordinär kommersiell verksamhet.

Docenten *Heikki Halila*, Finland: Idrottsjuridiken har utvecklats så snabbt att det är svårt att bilda sig någon helhetssyn på systemet. Det är nödvändigt att utveckla idrottsjuridikens allmänna läror i internationell samverkan. Med hänsyn till att det finns sådana olikheter i grundfrågor i olika rättssystem kan detta arbete bli svårt.

Frågan är om det ens finns en samnordisk modell. Den baseras i sådant fall på enhetligheten i hela det rättsliga normsystemet och i idrottssystemet. Föreningsautonomins innehåll varierar emellertid mellan de olika länderna.

I Skandinavien har man sett ett förbund och dess medlemsföreningar som en gemensam helhet, som föreningsautonomin tillämpas på. Då en idrottare är medlem i en idrottsförening men inte i ett förbund gäller det att granska vilka förbundsbeslut som kan binda denne. Förbundet kan med bindande verkan fastställa exempelvis tävlingsregler, men det är inte självklart att alla dess normer kan binda idrottare, tränare och idrottsdomare.

Enligt Finlands föreningslag är ett föreningsbeslut klanderbart om det inte har tillkommit i behörig ordning eller om det annars strider mot lag eller föreningens stadgar. Därigenom kan ett föreningsbeslut angående be-

tydande disciplinära åtgärder i idrotten bli en domstolssak som prövas även materiellt.

Nordens länder kan vad gäller idrottsjuridiken ha Tyskland som förebild. Det tyska rättssystemet liknar vårt och det rättsliga materialet där är omfattande.

F.d. justitierådet *Olle Höglund*, Sverige: Det är främst två frågor som är av betydelse inom idrottsjuridiken.

Den första - och viktigaste - är gränsdragningen mellan idrottens interna ärenden och domstolsärenden. Föreningarnas självbestämmanderätt är inte längre realistisk. Den kunde fungera för hundra år sedan när vi hade en ren amatöridrott, men i och med de starka ekonomiska och sociala intressen som följt med utvecklingen mot professionalism och kommersialism kan det inte längre undvikas att samhället griper in med sina organ. Det måste därför klarläggas vilka ämnesområden som hör exklusivt till idrottens organ och vilka som kan prövas av domstol samt vilka fall som kan parallellprövas. Vid parallellprövning måste också klarläggas i vilken mån utslag av "den andra prövningen" skall beaktas. Jag tror att domstolarna i framtiden kommer att pröva frågor om straff, skadestånd och ogiltigförklaring eller jämkning av avtal.

Den andra frågan av betydelse gäller tillämpningen av allmänna juridiska principer - såsom bedömningar av culpa, samtycke, skälighet etc. - inom idrottens interna ärenden. Mitt intryck är att dessa inte tillämpas inom idrottsjuridiken, vilken enligt min mening framstår som uråldrig.

Amanuensen *Bjørn Halvor Pedersen*, Norge: Med tanke på den tekniska utvecklingen (t.ex. möjligheten att i efterhand kontrollera händelseförlopp genom att ta del av videoupptagning) bör man diskutera frågan om hur rättssäkerheten i idrotten kan utökas. Hur långt kan en sådan utveckling gå utan att tjusningen med sporten försvinner?

Professorn *Geir Woxholth*, Norge: Jag skall ta upp frågan om i vilken utsträckning de allmänna domstolarna har rätt att pröva idrottstvister. Det finns två huvudfall; nämligen när självbestämmande- eller skiljeklausul finns respektive saknas.

Först några ord om när sådan klausul saknas.

I rättsfallet NJA 1990 s. 687 såg sig Högsta domstolen förhindrad att ta upp en idrottstvist till prövning. Tvisten rörde inte elitidrottare. Utgången hade troligen blivit den motsatta om det hade rört en elitidrottares ekonomiska intresse.

I Norge har Høyesterett avvisat en idrottstvist som rörde frågan om vilka bordtennisregler som skulle tillämpas. Grunden för avvisningsbeslutet var att målet inte rörde någon rättighet eller något rättsförhållande.

Om kravet hänför sig till en rättighet eller ett rättsförhållande bör en allmän domstol kunna pröva det. Detsamma bör gälla även en tävlingsbestraffning som lett till avstängning och ekonomisk förlust under viss tid. Det går således inte att säga att domstolarna inte har rätt att pröva tävlingsbestraffningar.

Om självbestämmandeklausul finns i föreningens stadgar kan tre varianter av domstolsprövning tänkas.

1. Domstolen avvisar talan.
2. Domstolen prövar talan, men endast såvitt avser formaliafrågor.
3. Domstolen prövar talan i dess helhet.

Den tredje varianten kan tänkas komma i fråga om talan avser ett ekonomiskt intresse eller utövarens identitet (till exempel ett dopningsfall).

Om skiljeklausul föreligger i ett avtal kan domstolen avvisa talan. Om klausulen finns endast i förbundets stadgar får man genom tolkning avgöra om det föreligger ett sådant avtal som den enskilda idrottsutövaren är bunden av.

Justitierådet *Gustaf Möller*, Finland: Det skulle vara olyckligt om de allmänna domstolarna började avgöra idrottstvister. Det är otillfredsställande bland annat från internationell synpunkt; de allmänna domstolarnas avgöranden är inte alltid verkställbara i andra länder.

I stället borde det inom idrotten finnas opartiska organ som genom skiljeförfarande kunde lösa de tvister som uppkommer. Kravet på tillräcklig opartiskhet kunde uppfyllas genom att en skiljeman utsågs av idrottsmannen eller dennes intresseorganisation, en annan av vederbörande förening eller organisation och slutligen ordföranden av ett neutralt organ. Sådana avgöranden borde få internationell verkan med stöd av New York-konventionen, som de flesta länder tillträtt. Ett problemet kan här vara att över hälften av de länder som tillträtt konventionen har gjort ett förbehåll om att den endast skall gälla avgöranden i handelsrättsliga mål.

Själva förfarandet bör också ge garantier för opartiskhet. Om kravet på opartiskt organ och förfarande uppfylls samt om kostnaderna för idrottaren inte blir för höga bör idrottaren kunna tvingas att acceptera skiljeförfarande.

En skiljeklausul i en organisations stadgar kan troligen inte binda en enskild idrottare. En skiljeklausul i ett förbunds stadgar kan däremot, i vart

fall i Finland, vara bindande, men en sådan klausul kan troligtvis jämkas av domstol om den är oskälig.

Hovrättspresidenten *Ove Lindh*, Sverige: Precis som Gustaf Möller är jag tveksam till om en enskild idrottare kan bli bunden av en klausul som är intagen i ett förbunds stadgar, även om dessa kan ses som ett slags standardavtal mellan föreningen och medlemmen. Skälet till min tvekan är att det kan sättas i fråga om idrotten med bindande verkan för samhällslivet i övrigt kan fatta ett beslut som berövar idrottaren rätten att gå till domstol.

Ännu mer tveksam är jag till de skiljeklausuler som bland annat Svenska Fotbollförbundet har tagit in i sina stadgar. Dessa klausuler föreskriver att tvister skall prövas enligt särskilda reglementen enligt vilka såväl enskild skiljeman som ordföranden, i fall av tre skiljemän, skall utses av vederbörande specialförbund. Specialförbundet är i de allra flesta fall part eller i varje fall på ett eller annat sätt involverat i den uppkomna tvisten, varför detta inte är någon bra ordning.

Kammarrättspresidenten *Jan Francke*, Sverige: Det är sannolikt att de allmänna domstolarna har rätt att pröva idrottstvister. Som exempel på detta kan nämnas en tvist i England, där två spelare har väckt talan mot det internationella tennisförbundet och bland annat angripit dopingregelsystemet som sådant. Detta har föranlett en brittisk domare att uttala att det internationella tennisförbundet, med utgångspunkt från allmänna juridiska principer, bör se över det angripna regelsystemet.

Referenten, förvaltningsrådet *Lauri Tarasti*, Finland: Den viktigaste frågan som har diskuterats i dag är den som Olle Höglund inledningsvis tog upp, nämligen den om var gränsen går mellan idrottens interna ärenden och de ärenden som de allmänna domstolarna kan besluta i. Inom idrotten har man försökt att finna svar på den frågan och för närvarande är det svaret skiljeförfarande. Troligen är separata avtal för varje idrottsutövare en nödvändighet för bundenhet. Förbundsstadgar kanske accepteras i vissa länder men samma regler måste gälla i alla länder. Det är juristernas uppgift att finna svaren på de frågor som ställts här i dag.

Korreferenten, förbundsjuristen *Krister Malmsten*, Sverige: Vad gäller frågan om vilka ärenden som kan prövas av allmän domstol är det inte möjligt att ställa upp en modell som skall gälla samtliga fall. Det är ju trots allt fråga om olika rättsområden och olika intressen varför någon generell lösning knappast står att finna.

Beträffande Ove Lindhs kritik mot de skiljeklausuler som bl.a. Svenska Fotbollsförbundet har i sina stadgar kan sägas att klausulerna skiljer sig från lagen om skiljeförfarande endast på två punkter. Dels att ordföranden utses av specialförbundet, dels att vardera parten står sin kostnad oavsett utgång och att parterna delar på ordförandens arvode och kostnader. För övrigt har förbundet hittills aldrig varit part i något skiljeförfarande och den jävssituation som Ove Lindh befarar har alltså aldrig uppstått.

Debattledaren, verkställande direktören, *Carl-Olaf Homén*, Finland, avslutade med att poängtera vikten av internationellt samarbete inom idrottsjuridiken samt tacka referenten, korreferenten och mötesdeltagarna för intressanta inlägg och aktivt discussionsdeltagande.

Sektionsmöte

**Juristutbildningen i
en föränderlig värld**

Referent: Professor *Björn Þ. Guðmundsson*, Island
Korreferent: Biträdande professor *Ari-Matti Nuutila*, Finland
Debattledare: Højesteretsdommer *Garðar Gíslason*, Island
Referatskrivare: Tingsfiskalen *Katarina Grén*

JURISTUDDANNELSEN I EN FORANDERLIG VERDEN

Af professor *Björn Þ. Guðmundsson*, Island

To extend our existing systems of law, with their imperfections and ideological limitations, their inherent conflicts and inconsistencies, under the guise of an "international law" which is to apply to "outer space and celestial bodies," would be to spread our terrestrial conflicts and intolerances wide and far through a universe that potentially offers tremendous vistas of a new age for man – an age of peace, cooperation, and advancement in medicine, science, and philosophy.
(Andrew G. Haley: *Space Law and Government*. New York 1963)

1. Indledning

Dette indlægs indledene citat er tænkt som en påmindelse om, at man for det første ikke blindt lader sig styre af traditionen, idet man ikke må blive vanetænkningens offer. For det andet er det hensigten at advare imod selv-optagethed af vores eget retssystem og blind tro på dettes udmærkelse overfor andre kulturer og retssystemer i verden. For det tredje vil jeg påvise, at når det kommer til stykket, har den juridiske verden ikke ændret sig så meget, siden Haley skrev disse ord. Det øvrige verdensbillede, som vi har for øjnene, er på den anden side et helt andet og ændrer sig i virkeligheden fra dag til dag. Derfor kunne det noget overdrevne billede, som jeg nu vil forsøge at tegne af verdenssituationen som den forekommer mig, være blevet helt skævt, når disse ord er kommet på tryk – måske ligesom mange andre af de forudsætninger, jeg her lægger til grund.

2. Helt andet verdensbillede

Kommunismen i Øst-Europa er brudt sammen, i det mindste indtil videre, og de lande, Sovjetunionen bestod af, splittes. Samtidig går de lande, som

tilhørte efterkrigstidens Vest-Europa, henimod en økonomisk og politisk sammenslutning og en retsenhed – om ikke ligefrem i en forbundsstat så i hvert fald i en slags statsforbund. Flere af de tidligere kommunistiske stater stræber mod medlemskab af det kolossale centraliserede fænomen, Den Europæiske Union (EU), men disse stater har ikke alene haft totalitært styre men også love og et retssystem, som ikke har meget til fælles med såkaldt vest-europæisk ret.

Mens man på fuld fart går imod en tættere sammenslutning i EU, hvor man i hvert fald udadtil ikke udviser stærk nationalisme, har der været blodig krig på Balkanhalvøen, der er udgået fra blind religiøs og nationalistisk fanatisme. Én af krigens konsekvenser er et flygtningeproblem i Europa, som man aldrig har set magen til. Folkedrab i Afrika og krigshandlinger vidt omkring i verden har ført til, at statsløse personer bliver flere og flere. Befolkningstilvækst i de fattige lande vil resultere i en stadig hårdere kamp om ressourcer både her på jorden og i universet. Grænseåbning med personers friere rejse mellem lande i Europa til følge vil få hidtil ukendte konsekvenser for staters stabilitet. Der er fare for forøgelse af nationale sammenstød.

I hele denne omvæltning har internationale organer vist sig at være magtesløse m.h.t. problemløsning – ikke mindst De Forenede Nationer, til hvilken man i begyndelsen havde så store forventninger. Således står vi over for det paradoks i en tid, hvor man hævder nødvendigheden af en integration, at det ser ud til at lande har svært ved sammen at finde en løsning på de problemer der opstår. Forventninger om fred bygger tværtimod snarere på, at de stærkeste og rigeste stater tager ansvaret. Således ser det ud til at være op til de store og rige lande og deres luner at løse verdens problemer og samtidig med, at en stor del af Europa anser integration for at være den bedste løsning, grasserer der nationalisme andre steder.

Modsat hvad man skulle tro, er det usandsynligt, at den her beskrevne verdenssituation vil have en afgørende direkte betydning for retsudviklingen i den aller nærmeste fremtid; heller ikke udviklingen inden for EU eller den stadigt voksende internationalisme. Det, som efter min opfattelse vil få størst betydning for og først vil øve indflydelse på den juridiske disciplins udvikling og dermed jurastudiet, er den utroligt hastige omvæltning i information, telekommunikation, medier og interaktiv kommunikation, der nu pågår og er langt fra at være tilendebragt, og som ikke har noget sidestykke i historien – måske lige bortset fra den industrielle revolution i det 18. og 19. århundrede.

3. Fantastisk teknisk gennembrud

Den faktor i dette tekniske gennembrud, som efter min mening fremfor alt vil få konsekvenser for den juridiske disciplin og jurastudiet er computerteknologien. Den afløser nu så småt traditionelle biblioteker og den vil i fremtiden formentlig have en væsentligt formindskende effekt på udgivelse af bøger i sædvanlig (trykt) form – deriblandt på udgivelsen af lov- og domssamlinger – ligesom elektroniske betalingskort efterhånden vil overtage de trykte pengesedlers rolle. Databaser vil i større omfang erstatte traditionelle arkiver, hvilket vil føre til en radikal ændring af metoder ved tilvejebringelse og behandling af materiale – bl.a. i forskning. Det er ikke usandsynligt, at forelæsninger som undervisningsmetode vil blive opgivet – i hvert fald i nuværende form – og undervisningens beliggenhed vil have mindre betydning end nu. Ved introduktion af computerteknologien vil der være flere muligheder for studier via telekommunikation, undervisning ved demonstration og ”klinisk” professionslære og sådan kunne man blive ved. Når henses til mere radikale ændringer, der kan ske, og f.eks. med skak-computerens hastige udvikling in mente, kan der nævnes muligheder som den, at der rent teknisk ikke vil være noget til hinder for, at der v.h.a. computerteknologi afsiges domme og kendelser. Det må antages, at der før end man tror vil blive gjort nytte af computere ved afgørelsen af i hvert fald rutinesager inden for den civile retspleje og ved strafudmålingen i simple straffesager, d.v.s., at en computer er programmeret med konkrete forudsætninger, sådan at den blot behøver konkludere på grundlag af retspraksis.

Korrespondance via telefax har ikke alene ændret almindelig kommunikation mellem mennesker, men gjorde derimod, at både indenrigshandelen og den internationale handel blev en helt anden. Men også i denne henseende overtager computerteknologien så småt i form af stadig voksende brug af elektronisk telefax idet handelsforbindelser snart vil blive plejet v.h.a. elektronik – uden nogen som helst brug af papir. Sidst men ikke mindst må man nævne det største tekniske under, Internettet, hvis virkning på den juridiske disciplin i bredeste forstand – samt på andre samfundsforhold – er helt uforudsigelige.

Selv om jeg her har fokuseret på computer-teknologien, så vil andre teknikker også få stor betydning, og jeg nævner da kun Direct Broadcasting by Satellite (DBS), men v.h.a. den teknologi kan man bl.a. udsende TV umiddelbart ind til TV-apparater i hjemmene, hvilket vil afføde helt nye problemer – f.eks. indenfor ophavsretten.

Disse tekniske fremskridt, som ikke nærmer sig nogen slutning, vil derfor uvægerligt få vidtgående konsekvenser for den juridiske disciplin. Hidtil ukendte problemer vil opstå – f.eks. med hensyn til bevis, kontrakter, ophavsret, privatlivets fred og ærens beskyttelse o.s.v. Strafferetten vil stå over for stadig mere komplicerede forbrydelser p.g.a. øget brug af betalingskort og obligationsretten p.g.a. øget handel via diverse computer-systemer for blot at nævne to eksempler. Muligvis vil de traditionelle juridiske discipliner også forskyde sig overfor hinanden. Man vil således nok lægge større vægt på fag som ”computer law” og Electronic Data Interchange (EDI).

Selv om jeg således mener, at den juridiske disciplin først vil påvirkes afgørende af teknologien, der nødvendiggør en reaktion, så kan man ikke fornægte, at den forandrede verdenssituation, der her blev beskrevet, må give anledning til stærkere krav om en harmonisering af retsregler – især i kommerciel sammenhæng – og jurastudiet mellem de forskellige retsområder. Man vil uvægerligt lægge større vægt på international privatret, international procesret og international strafferet o.s.v. og dualismen vil få mindre betydning. Derudover vil EU-retten med sit virvar af anordninger have stadig mere indflydelse på national ret i medlemsstaterne og ligeledes udadtil.

Men i hvilken grad harmonerer det typiske nordiske fakultet med denne ændrede verden som her beskrevet, og er der noget håb om, at fakultetet ændrer sig i takt med dette forandrede og foranderlige verdensbillede? Lad os hernæst strejfe denne problemstilling.

4. Det konservative juridiske fakultet

Et typisk juridisk fakultet ved et nordisk universitet, som jeg ser det, bygger stort set stadig på faglig inddeling i jus publicum og jus privatum og denne inddelings forgreninger, d.v.s. forfatningsret, forvaltningsret, strafferet, retspleje, familie-, arve- og personret, formueret, samt oversigt over retshistorie, folkeret og retsfilosofi. Traditionelt var der kun obligatoriske fag i uddannelsen til juridisk embedseksamen, men når nye retsområder er opstået er antallet af valgfri kurser blevet større og større, efterhånden som flere fag er kommet frem. For ikke at gå ud over den normerede tid for et jurastudium, er de traditionelle fag blevet samlet i en grunduddannelse i jurastudiets begyndelsesfase, og valgfriheden derefter udvidet noget tilfældigt på et senere stade. Sådan har studiemodellen stort set været i hele Norden – dog med visse modifikationer. Denne model med en grunduddannelse og så en overbygning af valgfri kurser kan siges at indebære

den vigtigste mærkbare ændring af jurastudiets organisering i årtier. Varigheden af jurastudiet har det meste af tiden i praksis været 6 år; er nu normeret til 4 1/2 – 5 år, men faktisk bruger mange jurastudenter stadigvæk 6 år på at færdiggøre sine studier.

Overalt er det et almindeligt adgangskrav for at komme ind på det juridiske fakultet, at man har en studentereksamen, men der er ikke nogle andre generelle adgangsgivende eksaminer, og de færreste har en universitetseksamen, når de går i gang med jurastudiet. Overalt er der dog en eller anden form for adgangsbegrænsninger. Undervisningsmetoder har udviklet sig langsomt og forelæsningsformen er stadigvæk herskende – dog ofte med visse modifikationer. ”Klinisk” undervisning – deriblandt lære i professionens arbejdsmetoder, brug af video og computere i undervisningen – er stadigvæk minimal. Pensum har som bekendt været traditionsbundet i årtier – som oftest én lærebog, der navnlig er blevet lagt til grund i hvert enkelt fag samt, forskellige artikler, ”handout”, domme og ombudsmandsudtalelser o.s.v. Eksaminer er som regel skriftlige, idet mundtlige prøver næsten er afskaffet – så sært som det nu forekommer, når det bl.a. drejer sig om et for advokatprofessionen kompetenceforberedende studium.

Den typiske juridiske lærer har heller ikke ændret sig drastisk. Som regel har han fået gode karakterer til sin juridiske embedseksamen og som oftest har han en vis erfaring m.h.t. et arbejde uden for universitetet – navnlig i det offentlige – inden han er blevet ansat på det juridiske fakultet. Hans mål er sædvanligvis at skrive i hvert fald en eller anden slags hovedværk om sit retsområde og udgive det i bogform, hvilket han så reviderer og udgiver igen og igen – bl.a. for at skabe sig et navn – og det til trods for, at en anden kan tænkes at have skrevet en meget bedre bog om samme retsområde. Jeg har nogle gange påstået, at i realiteten ville én teoretisk bog due for hele Norden på et bestemt retsområde, idet de retslige grundsætninger i disse lande i den grad er ensartede. Som følge af den større konkurrence – hypotetisk såvel som reel – stræber de juridiske lærere med at skrive artikler i tidsskrifter under valgsproget ”publish or perish” og helst at få dem publiceret i udenlandske tidsskrifter ”for anseelsen kommer udefra”, som man siger i Island. Dette ræs og/eller omfangsrige sidejobs uden for universitetet fører bl.a. til, at lærere afsætter for lidt tid til at reformere undervisningsformer eller lære pædagogik og retfærdiggør dårlig undervisning med henvisning til, at de nu engang navnlig er forskere (der stilles ikke nogle pædagogiske krav til juridiske lærere – lige så lidt som til de fleste andre universitetslærere – hvilket man derimod gør på lavere niveauer i uddannelsessektoren). Juridiske lærere anser administration gerne for at være et uomgængeligt

onde, om ikke uværdigt for dem. Én ting kan de dog stiltiende enes om, hvilket er at nedsætte et udvalg med ca. 10 års mellemrum og udarbejde en betænkning – helst en omfangsrig – om nødvendigheden i at reformere jurastudiet og den juridiske undervisning. Dermed tror de at have gjort sin pligt, idet de glemmer, at man ikke kan reformere ved blot at skrive om det.

Men er det ikke bare helt i orden? Har de juridiske fakulteter ikke klaret sig udmærket indtil dato uden nogle kolbøtter? Er det ikke dyd at være konservativ – i hvert fald inden for juraen (hvordan man end kan argumentere for den påstand så ofte som den nu hævdes)? Mit svar er nej. Jeg mener, der ikke alene er brug for ændringer men ligefrem radikale reformer. Men er det sandsynligt, at der bliver væsentlige ændringer og i så fald hvem vil tage initiativet til dette?

Selv om man ikke kunne enes om andet end en sandfærdighed til en vis grad af det billede, jeg her har forsøgt at tegne af et traditionelt nordisk juridisk fakultet på den ene side og på den anden side verdenssituationen som jeg ser den, skulle man alligevel tro, at alvorlige bestræbelser var i gang med henblik på at reagere – såvel på juridiske fakulteter som blandt jurister – og, at myndighederne endda havde bevilget store pengebeløb i den hensigt. Men sådan forholder det sig slet ikke. Hvad kunne grunden være? Jeg vil nu forsøge at svare på det spørgsmål v.h.a. generaliseringer, fordi overdrivelse fremmer forståelsen!

5. Manglende initiativ

Lad os først stille dette spørgsmål: Er det sandsynligt, at studenter – og da taler jeg om gennemsnitsstudenten – vil tage initiativet til en ændring af jurastudiet og den juridiske undervisning? Mit svar er nej.

Studenter vil næppe foreslå eller støtte ændringer bortset fra dem, som de anser for gunstige for dem selv i den forstand, at studiet i hvert fald ikke bliver mere besværligt end det nu er. Studenter bekymrer sig først og fremmest for at bestå eksaminer og deres skøn over, hvad der kan anses for at være et godt studieudbud og god undervisning, synes undertiden at hænge sammen med, hvordan man lettest kan bestå en eksamen, m.a.o., hvilken minimumsanstrengelse der skal til for at afslutte eksamen og da ikke nødvendigvis med nogen høj karakter. Studenter er sjældent villige til at anstrenge sig hvis de ikke "får noget for det". Dette medfører bl.a., at det ofte ikke lykkes lærere at få studenter til at deltage i eksperimenter, hvad end det drejer sig om pensum eller undervisningsmetoder, medmindre der tages hensyn til studenternes ekstraarbejde ved karaktergivning. De fleste

studenter har ingen akademisk tankegang. De ser ikke sig selv som en del af et akademi, men nogle få har dog en vis teoretisk interesse. Det juridiske fakultet og selv universitetet er i deres øjne ikke andet end en institution, hvor dem, der bestemmer, er lærere, der er kedelige – blot i forskellig grad.

Når studenterne går i gang med studiet er de dog ofte fulde af forventning og kritiserer en del. Men når de på et vist tidspunkt forudser afslutningen af studiet og begyndelsen på en karriere, aftager deres interesse for det, som sker på universitetet; de er alligevel ved at gå. Selv om studenter lader som om de indser – i hvert fald på overfladen – nødvendigheden af teoretisk undervisning, anser mange denne fremfor alt for et nødvendigt onde, der må afsones. Deraf følger til stadighed kravet om et mere praktisk jurastudium. Lige så lidt som andre universitetsstudenters politik drejer jurastudenters politik sig ikke primært om kvaliteten af det juridiske fakultet eller universitetet. Politikken drejer sig først og sidst om at tilgodese studenternes økonomiske interesser.

Lad os da spørge: Kan man forvente det af praktiserende advokater eller andre jurister, der er begyndt at gøre karriere ude i samfundslivet, at de vil arbejde for en ændring af jurastudiet og den juridiske undervisning? Svaret er også nej.

Som før nævnt aftager jurastudenters interesse for fakultetets virksomhed efterhånden som deres studium nærmer sig en slutning. Som regel angår det juridiske fakultet ikke dem efter afsluttet eksamen. Ligesom da de var studenter, varetager juristerne først og fremmest sine egne interesser, og man kunne vove at påstå, at selv om de i virkeligheden var interesseret i reformer på det juridiske fakultet, så ville de ikke arbejde for det, simpelt hen fordi så ville de få konkurrence fra bedre jurister. Konkurrencen i det moderne samfund bevirker ganske enkelt, at juristerne – lige så lidt som jurastudenter – ikke bruger deres tid på at højne det juridiske niveau på nogen måde medmindre de "får noget for det".

Lad os for det tredje stille dette spørgsmål: Er det sandsynligt, at initiativet til en ændring af jurastudiet og den juridiske undervisning kommer fra universitetets ledelse? Svaret er stadigvæk nej.

Kun undtagelsesvist fører universiteter en fælles politik på uddannelsesområdet. Som regel anser man de enkelte fakulteter for suveræne i den henseende. Universitetsledelsens rolle er hovedsageligt at fordele de begrænsede midler, som man har, og tilse, at de ikke forspildes. I den forbindelse anser de sig – med nogen ret – forpligtet til at behandle de forskellige interesser ligeligt. På trods af, at den juridiske disciplin er en af de klassiske videnskaber, der danner grundlaget for et universitet, kan man

vel hævde, at der som regel fra universitetsledelsens side – om noget – ses skævt til juraen og primært tænkes på naturvidenskaberne. Desuden bekymrer man sig ikke særligt i universitetets ledelse om de juridiske fakulteter, fordi de er billigst i forhold til antallet af studenter.

Lad os dernæst spørge: Er det da i hvert fald ikke sandsynligt, at de juridiske lærere tager initiativet til ændringer på jurastudiet og den juridiske undervisning? Svaret er desværre også nej.

De juridiske lærere vil ganske vist blive ved med at rokke lidt ved systemet med nogle års mellemrum som tidligere omtalt, men de vil næppe magte at komme overens om radikale reformer, der generelt ville omfatte de juridiske fakulteter ved landets universiteter. Juridiske lærere er endda i de færreste tilfælde interesseret i nogle generelle kursændringer på sit eget juridiske fakultet, medmindre de da selv har fundet på vedkommende ændring eller også kun for så vidt den angår deres eget fag på en positiv måde, men slet ikke hvis ændringen kunne have uheldige følger for faget. Juridiske lærere i Norden nærer generelt ikke stor reel interesse for at tage ved lære af organisering og arbejdsmåde fra andre juridiske fakulteter i Europa f.eks. – for ikke at tale om Amerika. Deres interesse for at vide hvordan man gør i det øvrige Norden kan sågar ligge på et meget lille sted. Mange juridiske lærere anser det for at være under deres standard at bruge tid på at ændre studieform eller bestræbe sig for at få et større studieudbud, fordi det indebærer kedelige administrative pligter, der er uværdige for en videnskabsmand. Når unge juridiske lærere bliver ansat på juridiske fakulteter er de undertiden fulde af gode idéer og går med ildhu op i deres arbejde men de bliver snarest affærdiget af de ældre lærere, der er bange for at falde i skyggen. Den stadig større konkurrence mellem de forskellige juridiske discipliner og mellem dem, der dyrker dem, medfører, at mange juridiske lærere tænker primært på selv at gøre en god karriere og højne sit eget fags status og mener, det er spild af tid at arbejde ud fra en eller anden form for helhedsbetragtning. Juridiske lærere – i hvert fald de ældre – frygter teknologien og derfor stritter de imod den, for ellers risikerer de at sakke agterud. På det juridiske fakultet opstår der m.a.o. snart en stiltiende aftale blandt lærerne om, at man skal være konservativ i den henseende, uanset hvor radikal man kan være på andre områder.

Lad os endelig stille dette spørgsmål: Er det sandsynligt, at initiativet til en ændring på jurastudiet og den juridiske undervisning tages af politikere eller offentligheden, samfundet? Svaret er helt bestemt nej.

Politikere er som regel mere villige end andre til at påstå, at jurister er alt for mange i samfundet og da er det ligemeget om mange af dem selv er

jurister. Politikere finder det ikke påkrævet, at bruge kræfter på juraen, eftersom den ikke skaber håndgribelige værdier og øger den økonomiske vækstrate. Jeg har sagt – halvt i alvor og halvt for morskabs skyld – at den eneste måde at få politikere til at tænke på universiteter, deriblandt den juridiske disciplin, det juridiske fakultet, er at indføre en optagelseskvotient i form af "numerus clausus," fordi da ville politikerne først reagere, når deres egne kære børn kunne risikere ikke at komme ind på jura og blive jurister som far eller mor.

Den offentlige mening er generelt imod jurister. De er altid blevet anset for at være for mange – og desforuden en slags ågerkarle om ikke samfundets parasitter, jfr. en tegning, jeg engang så, hvor der var to mænd, der revs om en ko; den ene trak i koens hale, men den anden tog den ved hornene, og altimens sad advokaten og malkede koen.

Men bliver der så ingen ændringer – d.v.s. ændringer, der har noget at sige – fordi ingen tager initiativet til dem, hvis det er rigtigt, hvad jeg lige har fremført? Sådan forholder det sig naturligvis ikke, for jeg vil ikke bagatellisere den modernisering, der trods alt er sket f.eks. i Sverige og tilløb på de juridiske fakulteter i Norge til at modernisere den juridiske uddannelse. Jeg anser det for lidet sandsynligt, at man kan reformere radikalt som en reaktion på den ændrede teknologiske verden, imens der ikke sker ændringer i den mentalitet, som hersker på det traditionelle juridiske fakultet i Norden. Det vil jeg nu prøve at argumentere for.

6. Ændringer er uafvendelige

Den europæiske universitetstradition indebærer, at et universitet er en institution, hvor der drives videnskabelig forskning, hvor akademisk uddannelse leveres og hvor studenter trænes i en selvstændig videnskabelig metode. Når der foregår juridisk uddannelse indenfor rammerne af et fakultet ved en sådan institution, så afspejler hensigten med uddannelsen uvægerligt til en vis grad formålet med den institution som helhed og dennes politik. Den juridiske uddannelse bør derfor være en akademisk uddannelse i denne institutions – universitetets – forstand. Vi, som til det sidste har villet holde fast i den europæiske universitetstradition og anser den juridiske disciplin for at være en humanistisk videnskab med selvstændig værdi per se, må bestemt stille os selv det spørgsmål, om den juridiske uddannelse er på rette vej – set i lyset af den kendsgerning, at universiteter har undergået store forandringer. Dette er ikke det rigtige forum til at redegøre i enkeltheder for

denne generelle udvikling. Derfor vælger jeg blot at tage et eksempel fra udviklingen i Island, idet dette eksempel kan forklare mine anskuelser.

Da loven om Islands Universitet, der blev oprettet i 1911, blev behandlet i parlamentet, var der en livlig diskussion om navnet på denne institution. I overensstemmelse med den islandske purisme skrinlagde man planer om at bruge den latinske betegnelse – ”universitas” – og besluttede at kalde den Háskóli Íslands, selv om den islandske betegnelse etymologisk set er den samme som højskole, høyskole og högskola på dansk, norsk og svensk. Man nøjedes med at slå fast i lovmotiver om denne institution, at der trods benævnelsen var tale om ”universitas” – der ikke måtte forveksles med lærestalter i de øvrige nordiske lande, hvis benævnelse indeholdt ordet højskole, idet man derved navnlig henviste til de skandinaviske folkehøjskoler, folkehøyskoler, folkhøgskolar. Navnet gav ingen problemer, før man nåede dertil at ville oprette lærestalter, der skulle byde på undervisning på et højere niveau end det, der generelt leveres på gymnasialt plan, dog uden at der var tale om et universitet. Disse institutioner kunne man med rette have benævnt háskóli, men nu var den betegnelse forbeholdt et universitet som Háskóli Íslands. Ikke desto mindre endte det alligevel med, at man kaldte disse højere lærestalter også for háskóli (højskole) og derved blev Kennaraskóli Íslands (Islands lærerskole) Kennaraháskóli Íslands og Samvinnuskóli (Andelsskolen) blev Samvinnuháskóli, idet man også oprettede en ny skole, der blev benævnt Háskóli[nn] á Akureyri. Resultatet blev, at man som en fællesbetegnelse valgte at kalde alle disse højere lærestalter for skoler på universitetsniveau.

Jeg fortæller denne lille historie for at lufte mine anskuelser, der går ud på, at begreberne universitet og universitetsuddannelse nu er blevet relative, om ikke uden betydning overhovedet, men i så fald ville det gamle universitet være dødt og dermed også bristede forudsætninger for det traditionelle juridiske fakultet. Med et sådant resultat ville man ånde lettet op på en måde, idet man derved ville have fået ryddet af vejen den grundlæggende forhindring m.h.t. mulighederne for en nyskabelse og en reorganisering af den juridiske uddannelse, der følger af universitetets akademiske målestok, der altid er blevet anset nødvendig for den juridiske uddannelse såvel som anden uddannelse på universitetet. Vi ville m.a.o. ikke være nødt til først at spørge, hvad et universitet er, og, hvilken rolle det spiller, når vi funderede over ændringer på den juridiske uddannelse. Tværtimod kunne vi analysere problemet frit og uafhængigt og bygge den juridiske uddannelse op igen på nye og selvstændige præmisser – uden at skele det mindste til formålet med det traditionelle universitet og dets rolle.

Dette siger jeg kun, fordi jeg tror, vi har et dilemma, idet vi må vælge mellem vores loyalitet over for den gamle universitetstraditions værdier og den blotte realitet i det moderne teknologiske informationssamfund, som jeg har prøvet at beskrive det her ovenover. Og måske har vi ikke noget valg. Dermed mener jeg, at ændringer simpelthen er uafvendelige p.g.a. ydre faktorer, d.v.s. noget, der er ved at ske ude i verden på områder, der i og for sig ikke direkte synes at have noget at gøre med jura – som f.eks. industrialiseringen i sin tid. Med andre ord bliver vi tvunget til at ændre jurastudiet uanset om vi kan lide det eller ej. Men er det rationelt at overlade det til skæbnen at bestemme hvad, der sker? Svaret er nej. Jeg tror, at hverken vi jurister, universitetet eller samfundet kan være det bekendt. Derfor må vi smøge ærmerne op og forsøge at styre udviklingen. Den mest fornuftige måde at gøre det på – men samtidig en meget egoistisk måde – er at begynde forfra med et rent bord, d.v.s. reorganisere jurastudiet og den juridiske undervisning helt fra grunden og på nye og ændrede forudsætninger. På den anden side tror jeg ikke, at dette er muligt, medmindre man afkobler jurastudiet fra det traditionelle universitet sådan, at det foregår i en selvstændig skole, en lovskole ("law school"). Kun derved ville man få det nødvendige spillerum til på den ene side at reorganisere den juridiske uddannelse såvel i organisationsmæssig som i indholdsmæssig henseende og til på den anden side at skaffe de fornødne finansielle midler til at muliggøre en sådan opbygning. Med andre ord finder jeg, at nytænkning og større pengebeløb er grundlæggende forudsætninger for en reorganisering af jurastudiet.

7. Selvstændig lovskole

Lettere finansiering. Selv om en selvstændig lovskole blot fik de samme statslige pengebidrag som det juridiske fakultet nu får, anser jeg en sådan bedre stillet p.g.a. den suveræne selvbestemmelsesret m.h.t., hvordan den disponerer over pengene, uanset om det så er til forskning, undervisning eller administration. Desforuden ville en sådan lovskole have et større spillerum til en selvstændig finansiering i diverse former, idet den ville være uafhængig af den finansielle administration på universitetet som helhed. I den henseende kan man nævne et stærkt system af velgørere, der navnlig ville være forhenværende studenter men også virksomheder og institutioner, der kunne tiltrækkes til at yde støtte, idet man kunne opkalde bestemte lokaler eller aktiviteter efter dem. Derved kunne f.eks. undervisningslokaler bære en bestemt virksomheds eller endda en bestemt mands navn eller også

faciliteter i et sådant lokale; man kunne opkalde et computerrum, forelæsningsale, et bibliotek o.s.v. efter giveren. Man kunne tilmed tiltrække udenlandsk finansiering f.eks. til specielle institutter, idet jeg i Islands tilfælde kunne nævne retshistorisk institut og havretsinstitut i den henseende.

Jeg har den opfattelse, at der i en sådan lovskole burde være et særligt skolegebyr. Det ville være nemmere at indføre det i en sådan selvstændig institution, idet man ikke ville være nødsaget til at skele til det, der skete på et universitets øvrige fakulteter. Jeg anser skolegebyrer for velegnet til at gøre studenter mere ansvarsbevidst, fordi når det kommer til stykket bekymrer de sig en del om sin pengepung – hvilket flere andre for øvrigt også gør. Det er endogså muligt at tilpligte studenter at betale symboliske beløb særskilt for de enkelte forelæsninger, eftersom det ville føre til større konkurrence mellem lærere, og det er ikke utænkeligt, at en del af "entréen" kunne gå til læreren i form af løn. Nogle finder måske, at jeg her lægger for stor vægt på den finansielle side, men efter min mening er det en kendsgerning, at problemet for den juridiske uddannelse – ligesom alle andre uddannelser måske – ikke primært er lærere og studenter men penge-mangel. Af den grund får hverken lærere eller studenter reel lejlighed til at indrette uddannelsen som de helst ville, eftersom de må følge den ramme, der er bestemt af bevillingen fra universitetets finanser som helhed. Når den juridiske uddannelse foregår på et juridisk fakultet ved et universitet, konkurrerer man altid om en del af en kagen, som universitetet får tildelt fra statens side, og man har derfor ikke meget at løbe på. En forbedring af den juridiske uddannelse – ligesom al anden uddannelse – forudsætter et større antal lærere og assistenter, en reform af undervisningsmetoder og flere og bedre bøger. Sagen er i grunden så enkel, at det drejer sig ikke mindst om de fornødne finansielle midler.

Større spillerum til forandringer. Selv om der ikke findes nogen absolut definition på, hvad et universitet (universitas) er, så ved vi nogenlunde hvad begrebet indebærer, eller går i hvert fald ud fra en bestemt betydning som jeg før har berørt. Med andre ord spørger man først, hvad et universitet er, og når man mener at have svaret på det spørgsmål, tilrettelægger man studierne og uddannelsen indenfor de forskellige akademiske discipliner i overensstemmelse dermed. Den juridiske undervisning på et fakultet ved et bestemt universitet bærer m.a.o. præg af formålet med universitetet som helhed og dettes politik, hvilket jeg også har strejft ovenfor. Vi spørger derfor, hvordan jurastudiet bør være – på grundlag af disse forudsætninger i stedet for at vi ubundet stiller det spørgsmål, hvordan det overhovedet burde være indrettet.

Selv om jeg påstår, at det ville være nemmere i en selvstændig lovskole at tilrettelægge den juridiske uddannelse på dennes egne præmisser i større grad end man nu gør, er det ikke ensbetydende med, at generelle målsætninger, som vi kender dem, ikke bør holdes i hævd. Man må derimod blot fremhæve, at den juridiske disciplin og dermed den juridiske uddannelse er under stadig forandring og bestandigt udvikler sig. Denne udvikling må man til enhver tid tage tilstrækkeligt hensyn til – uden at universiteters eventuelle absolutte målsætninger får lov til at have indflydelse derpå. Derfor mener jeg, at man ikke længere kan komme uden om at gøre jurastudiet mere specialiseret og udforme det med hensyntagen til samfundets bedste eller verdenssituationen som den kommer til at udvikle sig, forudsat at dette ikke får skadelige følger for uddannelsens akademiske eller teoretiske karakter. Det komplicerede, pluralistiske, teknologiske og til stadighed foranderlige samfund gør dette simpelthen påkrævet. Jeg har tidligere henvist til den industrielle revolution, men nu taler man om en anden slags revolution – informationens og kundskabens revolution – og om at der er ved at opstå en kundskabens tidsalder, hvor der just stilles krav om, at universiteter såvel som andre højere læreanstalter må revidere studier og undervisning i enhver henseende, idet man dermed med rette kan tale om et kundskabens samfund. I den forbindelse må man lægge vægt på efteruddannelse, der let kan organiseres v.h.a. fjernundervisning, siden den nye informationsteknologi ingen afstande kender. Når man går igang med at reorganisere jurastudiet, må man endvidere tage hensyn til denne udvikling, men dette kunne i grunden virke revolutionerende på de hidtidige idéer om den juridiske uddannelse, man i den grad holder fast ved. Og det er netop af den grund, jeg vover at påstå at, hvis man vil indlede nytænkning, vil det ikke lykkes uden en særskilt lovskole. Og det er vel lidt paradoksalt, at vi dermed ville vende tilbage til udgangspunktet, idet europæiske universiteter, som vi kender dem i dag, jo som bekendt opstod på grundlag af lovskoler, lægeskoler og præsteskolers. Derved ville man ikke være nødsaget til at lave om på jurastudiets velkendte, traditionelle målsætninger, hvilke jeg i grove træk vælger at fremstille på den måde, at en juridisk student bør have rede på de principper, der gælder indenfor et bestemt retsområde, at han har udviklet en evne til at finde de særregler, der gælder om dette retsområde og har erhvervet sig kundskaber m.h.t. den korrekte retsanvendelse på fakta, d.v.s. at træffe afgørelse ved anvendelse af retsregler på et bestemt afgrænset faktisk forhold. Man må m.a.o. fortsat tilstræbe, at der fra en lovskole afslutter sit studium en kandidat, der har en klar rationel tankegang, præcision i sin juridiske formidling og almen forståelse for retten – fremfor en eller anden

slags samling af viden, der bygger på udenadslæren. Men desforuden skal den nye lovskole have gjort det klart for studenten i højere grad end det nu sker, at den juridiske disciplin som en humanistisk videnskab pålægger ham etiske pligter, der til en vis grad går ud over, hvad man kan kræve af andre, idet juristen betroes varetagelsen af det, der er hjørnestenen i ethvert civiliseret samfund, lov og ret.

Men hvad ville den ændrede betoning m.h.t. uddannelsen i lovskolen nærmere bestemt indebære? Nu vil jeg lufte mine anskuelser i den henseende, der ganske vist bærer præg af amerikanske og skotske lovskoler.

8. Reorganisering af den juridiske uddannelse fra grunden

Ændret tankegang. Eftersom jeg mener, at jurastudiet såvel som alle andre akademiske discipliner hovedsageligt bør være et selvstudium, bør lærerens rolle hovedsageligt være af vejledende karakter, men i mindre grad af belærende karakter, som der hidtil er blevet lagt vægt på. Deraf følger, at man burde lægge endnu større vægt på undervisning i akademisk metode, d.v.s. lære studenterne at søge selvstændigt efter enhver slags kildemateriale v.h.a. den nyeste teknologi til enhver tid, samt analysere det således, at man kan adskille sagens kerne fra detaljerne, at anvende retskilder på praktiske problemer og at subsumere ad logisk vej. En sådan juridisk metode burde derfor være obligatorisk som et af hovedfagene i begyndelsen af jurastudiet i den hensigt, at studenten straks indretter sig på selv at kæde sammen kundskaber i vedkommende fag med alle de teknologiske muligheder, han måtte ønske at bruge, i stedet for blot at præsentere ham et bestemt pensum og anrette det for ham. På dette princip ville man da grundlægge alt, hvad man videre foretager sig på skolen, d.v.s. studenten selv skulle tage sig til at tilrettelægge sit studieforløb. Studenten skulle m.a.o. straks gøre sig klart, at det er ham, der er ansvarlig for studiet, og, dersom han er villig til at bære dette ansvar, er læreren og andre medarbejdere rede til at hjælpe ham og vejlede ham. Gymnasieperioden, hvor man mader studenterne, er som sagt definitivt slut.

Minimalt antal obligatoriske fag. Denne attitude ville totalt ændre lærerens stilling og arbejdsform. Han ville være passiv i den henseende, at hans hovedopgave ville være at forberede og organisere de talrige kurser, der ville være hovedbestanddelen i det nye og fakultative jurastudium, hvis man ser bort fra de grundlæggende fag i begyndelsen af studiet, som alle studenter nødvendigvis måtte læse og bestå eksamen i, for at kunne fortsætte. Disse obligatoriske fag skulle være – foruden ovennævnte juridiske metode

– almindelig retslære, introduktion til retshistorie, retsfilosofi, logik, etik og sociologi, samt specielle seminarier i bibliografi, computervidenskab og ”legal english.” De førstnævnte fag er ganske vist velbekendt, men undervisningsformen ville være væsentligt anderledes. Udgangspunktet for sammensætningen af pensum i den nye almindelige retslære, ville være, at studenten navnlig fik et groft overblik over national ret, kendte dens kilder og var klar over dennes forhold til andre staters retssystemer. Det billede burde tegnes i almindelige forelæsninger, sådan at enhver lærer gjorde rede for sit fag og dets karakteregenskaber, idet han ville fremlægge et indføringsbetonet læsemateriale, der ville være grundlaget for eksamen. Lærerne ville konferere hverandre om denne introduktion, for at enes om en fælles linje. Desforuden ville de redegøre for de fag, som de hver for sig ville tilrettelægge og undervise i senere hen i studiet.

Undervisning i retshistorie skulle have et nyt indhold, idet mindre vægt ville blive lagt på national retshistorie end det nu sker, mens andre landes retstradition skulle behandles desto mere indgående, i den hensigt at få et generelt overblik over de forskellige retssystemer i alle dele af verden. Lovskolens lærere ville udelukkende undervise i almindelig retslære og retshistorie, samt juridisk metode, hvorimod kurser i de øvrige fag og de tre ikke-juridiske seminarier ville være i hænderne på selvstændige eksterne lærere, der ville tilrettelægge undervisningen med særligt henblik på juridiske studenters behov. Al undervisning ville dog foregå i lovskolens regi og i dennes lokaler. Eksaminer ville være mundtlige såvel som skriftlige, men seminarierne kunne eventuelt være eksamensfri, dersom et vist antal søgte timer var opnået dér. Man kunne overkomme alt dette på et år, idet man ville have en eksamensperiode om foråret med en chance for reeksamination om efteråret.

Maksimal studiefrihed. Når det første studieårs obligatoriske fag var afsluttet ville det egentlige jurastudium starte og vare fire år til. Dette ville udelukkende være i form af valgfrie kurser, og samtlige kurser ville blive afholdt hvert eneste år, uanset hvor få studenter, der valgte vedkommende fag. I den forbindelse ville finansieringen af undervisningsarbejdet blive sat på prøve, idet denne form for undervisning ville kræve meget flere lærerkræfter og ville følgelig koste dyrt. Til gengæld ville et sådant studium være meget mere individuelt end efter de gældende forhold, eftersom man ville tilstræbe en personlig manduktion i så vidt omfang som muligt og til den opgave ville man stille assistenter, f.eks. blandt færdiguddannede jurister og eventuelt blandt studerende i deres sidste studieår, f.eks. dem, der havde besluttet at gå i gang med videregående studier. Formodentlig kunne disse

personer betragte undervisningsaktiviteterne ikke kun som en måde at tjene penge på men også som givende en vis prestige; advokater kunne f.eks. sætte sin undervisningstitel på sit brevpapir og assisterende studenter kunne bruge den som prestigegivende indslag i *curriculi vitae*, når de ansøgte om stipendier i forbindelse med studieophold ved udenlandske universiteter.

Student kunne frit vælge kurser, sådan at han blot ønskede en juridisk uddannelse med en værdi per se, d.v.s. uden hensyntagen til noget specielt fremtidigt job. Studievejledere ville vejlede studenter ved systematisk sammensætning af kurser og i den henseende kunne man tænke sig bestemte hovedtræk eller studielinjer, f.eks. én, der satte kursen mod advokatpraksis og retsvæsen, en anden, der ville fokusere på administration i stat og kommune, og den tredje, der primært var koncentreret om jobs i forretningslivet og stillinger på den internationale arena. Man kunne eventuelt give en slags lavere eksamensgrad for personer med tre års studier bag sig, som i så fald nok burde være obligatoriske i højere grad, idet man derved tog højde for stadig stærkere krav om et forholdsvist kort og praktisk betonet studium i materielle retsregler. Et sådant studium ville f.eks. være hensigtsmæssig for dem, der specielt søgte efter beskæftigelse ved salg af fast ejendom, skibe og biler, idet det meget vel er tænkeligt, at myndighederne ville gøre en sådan eksamensgrad til en betingelse for en bevilling til at drive det erhverv. Man kunne også oprette et selvstændigt lovteknisk studium, der kunne være kompetencegivende for dem, der ønskede at være en slags autoriserede lovteknikere eller en slags bibliografiske assistenter – men mere end blot sekretærer – for advokater og andre teoretisk uddannede jurister; noget i retning af det amerikanske begreb, "paralegal."

Ved afgørelsen af indholdet af de enkelte kurser ville man efterstræbe at nedtone de nuværende, traditionelle obligatoriske fags betydning, idet man i stedet ville forsøge at finde en heldig ligevægt mellem national ret, EU-ret og folkeret. Man kunne således nemt tænke sig at EU-retten ikke blev undervist som et særskilt fag. I stedet ville man behandle EU-rettens forskellige materielle regler på et passende sted i andre fag. Den institutionelle del af EU-retten ville så blive behandlet i et specielt fag, institutionel ret, institutiones, der ligeledes indeholdt en beskrivelse af de øvrige offentligtretlige hovedaktører i national ret og folkeret. På samme sæt kunne man f.eks. behandle regler om voldgift i national ret sammen med international voldgift under ét i et fælles fag med tilknytning til et specielt fag om internationale traktater, eftersom de får større og større betydning indenfor den juridiske disciplin.

Endvidere ville man revidere de traditionelle obligatoriske fags indbyrdes vægt; deres sammensætning skulle eventuelt ændres og koncentreres i højere grad end nu. Konklusionen af en sådan revision ville nok blive, at der indenfor national ret var behov for at lægge størst vægt på fag som retspleje og forvaltningsret. Man ville sikre sig, at der på passende steder i pensum og undervisning løbende blev gjort rede for regler, der tilhører international privatret, international procesret og international strafferet. I forbindelse med traditionel statsforfatningsret kunne man give overblik over statsforfatningen i de stater, der har de største ligheder med vores forfatningsretlige struktur. Man ville ikke behøve at behandle internationale regler om beskyttelse af menneskerettigheder i et særskilt fag men i stedet i pensum og undervisning placere dem på sin plads sammen med offentligretlige regler om menneskerettigheder i national ret. Nye former for lovovertrædelser, der hænger sammen med den teknologiske revolution såvel som den ændrede verdenssituation, vil nok få betydning for, hvad man lægger vægt på i strafferetsundervisning som jeg ovenfor er kommet ind på. Sluttelig vil jeg særligt nævne, at miljøret og havret vil af åbenlyse grunde få en meget forøget betydning i den juridiske uddannelse.

De forskellige fag og deres betydning i forhold til hinanden ville selvfølgelig ændres i takt med det juridiske miljø i landet såvel som udenlands og sågar ude i rummet. Studier i "space law" vil formodentlig blive mere omfattende før end vi troede. Endvidere vil "computer law" og "legal profession" og regler om EDI få større betydning blandt fakultative fag samt flygtningeret, der eventuelt vil blive undervist flere steder.

Valg af fag ville være frit indenfor det minimale antal moduler, der var fastsat som betingelse for at afslutte studierne. Dog ville det være nødvendigt ved sammenvælget at sætte den betingelse, at man gennemgik et bestemt fag inden man startede på et andet som overbygningsfag. Således ville det være nødvendigt, at en student f.eks. havde gennemgået strafferettens almindelige del, dersom han havde tænkt sig at vælge dens specielle del. Desforuden ville de enkelte fag blive tillagt forskellig betydning ved karaktervægtning, idet to fag på nogle områder vægtede som ét på et andet. Der, hvor fag skulle afsluttes ved eksamen ville der være frihed m.h.t. at møde til undervisning og studenten ville være frit stillet m.h.t., hvordan han ville erhverve sig de kundskaber, der var anset tilstrækkelige til at bestå eksamen, idet eksamenskravene ville være kendt på forhånd. Man kunne således tænke sig, at en betydelig del af pensum forudsattes læst ved et rent selvstudium uden for skolen, idet man til det yderste i den supplerende undervisning ville gøre brug af Internettet eller endnu nyere teknologi. En

attest ville være et tilstrækkeligt bevis på påkrævet praktisk studierelevant arbejds erfaring, hvilket man meget vel kunne forestille sig inden for skolen såvel som uden for.

Eftersom adgangskravene ville føre til, at kun studenter over gennemsnittet kom ind på lovskolen, ville det være tilstrækkeligt med karaktergivning i form af bestået/ikke bestået, idet man derved kunne garantere en smidigere tilrettelæggelse af studierne end det nu er muligt. Skolens standard ville m.a.o. være så høj, at det ikke ville være nødvendigt at spørge om bestemte karakterer. Studiet ville derefter blive afsluttet med et teoretisk speciale om et selvvalgt juridisk emne, skrevet under en lærers vejledning. Udgangspunktet ville være, at specialet ikke overskred det antal sider, der kan forventes af en sædvanlig artikel i et tidsskrift, idet hovedformålet med det ville være at træne studenter i at skrive sådanne artikler. Det ville være fristende at beholde cand.jur.-titlen p.g.a. traditionen, men det ville måske være mere fornuftigt at indføre en mastersgrad i overensstemmelse med betegnelser på andre lovskoler. Det kunne f.eks. lette andre skolers vurdering af en færdig studerende, der gik i gang med en videreuddannelse udenlands.

Man ville ikke byde på generelle doktorstudier og -undervisning, men blot på bestemte områder, som vedkommende skole ville specialisere sig i og efterhånden blev kendt for, f.eks. havret, søret, miljøret, retshistorie o.s.v. På den anden side ville juridiske kandidater have mulighed for at forsvare afhandlinger for doktorgraden, som de selv havde skrevet uden særlige doktorstudier under vejledning.

Man ville lægge vægt på, at de forskellige fag var tilrettelagt på den måde, at det nemt kunne lade sig gøre at organisere specielle seminarier på disses grundlag for at opfylde behov for efteruddannelse for færdiguddannede jurister. Man kunne tænke sig at udstede specielle diplomer til dem, der afsluttede et sådant seminarium, deriblandt udlændinge, som man gør i USA.

Flere muligheder kan tænkes ved bestemmelsen af skolens adgangskrav til studenter, f.eks. adgangsgivende eksaminer, men i hvert fald ville man udvælge studenter på en eller anden måde. Alligevel kunne man tænke sig, at dem, der havde en BA-grad – uanset hvilken disciplin – kunne komme ind på første år, og det ville faktisk være belejligt for skolen, der derved fra starten havde mere modne studerende iblandt.

Streng skole. Nogle vil måske indvende og sige, at et sådant jurastudium ville blive for udisciplineret samt for specialiseret. Dertil vil jeg sige, at en sådan indvending bygger på en formynderisk indstilling, der ikke er i takt med et moderne samfund. Adgangskrav ville simpelthen være så strenge, at

der ikke skulle være stor fare for, at studenter ville tilrettelægge sine studier på en uhensigtsmæssig måde. Selvfølgelig skal man ikke bagatellisere den kendsgerning, at en sådan skole ville stille strenge krav til studenterne, men sådan skal det også være. Der er mere end nok dårlige jurister og samfundet har ikke brug for flere af dem.

9. Afsluttende bemærkninger

Af den juridiske disciplins humanistiske karakter følger, at samtlige facetter af menneskenes forhold angår denne disciplin. Dens udvikling må derfor hænge sammen med det, der i øvrigt sker i det menneskelige samfund – ligemeget hvor i verden. Den juridiske uddannelse kan få indflydelse på den udvikling og derfor må man højne dens standard.

Erfaringen viser, at det, der endelig sker, ikke altid stemmer overens med det, man havde regnet med at ville ske, lige så lidt som det hænger sammen med det, man havde troet at var nødt til at ske og endnu mindre med det, som man ville have ønsket at ville ske. Derfor har jeg forsøgt at behandle temaet ved at spørge om, hvad der sandsynligvis vil ændre sig i jurastudiet, hvad uvægerligt må ændres og hvad, der er ønskværdigt m.h.t. ændringer, og i så fald hvordan. –Disse spørgsmål har jeg ovenfor så vidt som muligt prøvet at svare på ud fra mine egne betragtninger.

Juristutbildningen i en föränderlig värld

Sektionsmöte

Referatskrivare: Tingsfiskalen *Katarina Grén*

Debattledaren, hōjesteretsdommern *Garðar Gíslason*, Island, öppnade mötet genom att hälsa alla välkomna, redogjorde för sektionens ramar och gav ordet till referenten.

Referenten, professorn *Björn Þ. Guðmundsson*, Island: Det tryckta inlägget har jag med vilja skrivit i lite aggressiva vändningar då avsikten med ett sådant inlägg framför allt är att skapa underlag för en dialog och debatt i ämnet. Den bild som jag försökt att teckna av ett traditionellt universitet, en juridisk fakultet och juridiska studier, utgår jag från att många anser är olik den de är vana vid.

Några kommer säkert att säga, att jag förenklar saker för mycket och att jag anser att etableringen av en självständig *law school* är en slags patentrösning. Till detta vill jag säga att grunden till att jag lägger så mycket vikt vid detta moment, är att jag anser, att en självständig *law school* är en förutsättning för att man skall kunna bryta vanetänkandet. Det är nämligen min uppfattning att man inte kan vänta sig några initiativ till de radikala ändringar som jag anser vara nödvändiga, med mindre än att det skapas nytänkande. Det gäller inte bara den formella sidan av problemet utan även den materiella, d.v.s. innehållet i de juridiska studierna, som självfallet är det viktigaste.

I ett nötskal kan man väl formulera det så att i stället för att man anordnar förelagt arbete för studenterna som de är vana vid i utbildningarna, och som ger universitetsutbildningen, är tanken den att studenterna själva skall bära huvudansvaret för sina studier. För att få reda på vilka studenter som är ägnade och kan ta ett sådant ansvar, skall stränga antagningskrav ställas

upp, ett strängt urval ske - och därmed vissa väljas bort. Genomförandet av ett sådant urval anser jag inte är möjligt inom ramen för den juridiska fakulteten på det traditionella universitetet.

Huvudsaken är att det inom en *law school* borde finnas män och kvinnor - som jag vill kalla medarbetare - som på eget initiativ använder lärarnas arbetskrafter och kunskaper att erhålla färdigheter i rättsvetenskapens ämne efter deras egna förutsättningar.

Min gode vän, dåvarande presidenten för Reykjavíks Byret, där jag senare blev byretsdommer, gav mig en gång ett råd i form av denna gyllene regel: "Kom nu bara ihåg, käre Björn, att juridik primärt är *common sense*".

Jag menar att universitetslärarens roll kanske först och främst är att lära studenterna att vårda deras *common sense* med omsorg. Det är grunden till att jag lägger huvudvikten vid att man - inte minst vid juridiska studier - betonar vikten av etik och rättvisa. Teorierna kan man enkelt tillägna sig och man kan lära sig paragrafer - men det skall mera till för att forma människorna på ett sådant sätt att de kan komma ut i livet och arbeta i överensstämmelse med de etiska, professionella kraven.

I Island har man ett ordspråk vars innehåll kan återges som följer: "Urbilden förblir" och "ån skall dämmas in vid källan". Därför kan jag helhjärtat ansluta mig till den mening som nyligen framfördes av professor Henrik Zahle i *Juristen* och som flera andra danska rättsvetenskapsmän anslutit sig till - att det i den juridiska undervisningen och i de juridiska studierna borde krävas att större vikt läggs vid vad som menas med rättvisa. Lagen ger uttryck för samhällsmedborgarnas spelregler. Ju rättvisare lagen är, desto mera sannolikt är det att medborgarna följer den. De som har till uppgift att undervisa i dessa spelregler är universitetslärarna och därför måste de varje dag ställa sig frågan: vad är rättvisa?

Korreferenten, biträdande professorn *Ari-Matti Nuutila*, Finland: Min framställning bygger på det utrednings- och reformarbete avseende juristutbildningen i Åbo som jag varit ansvarig för. Reformen gick huvudsakligen ut på det Björn P. Guðmundsson nämnde, nämligen att decentralisera beslutsfattandet samt att markant öka studenternas möjligheter att välja kurser och bedriva självständiga studier. Det har bl.a. inneburit att vissa examina har ersatts med andra former av uppgifter, att två år av juristutbildningen består av valbara kurser och att seminarier införts i större utsträckning.

En kritisk evaluering av juristutbildningen är mycket aktuell och jag är nöjd med att ämnet tagits upp till diskussion bland de nordiska juristerna.

För det första har juristutbildningen anknytning till EU. Inom EU sker för närvarande en kartläggning av skillnader och likheter mellan de olika europeiska examina och man strävar mot att harmonisera utbildningarna i viss mån t.ex. såvitt avser utbildningens längd. Orsaken till projektet är att redan nu viss utbildning måste godkännas mellan medlemsländerna såvitt avser t.ex. utövande av advokatycket. Det diskuteras även om erkännande av utländska juristexamina som grundexamen för domare. För det andra omfattar EU:s utbildningsprogram redan nu många studenter och möjligheterna att studera utomlands kommer att öka. Studier utomlands ser jag i framtiden som en normal del i juristutbildningen. För det tredje håller juristutbildningen i många europeiska länder på att förändras.

De tre frågor som vi måste ställa oss när vi skall diskutera utbildning är följande.

Vad utmärker en bra jurist?

Frågan aktualiserar det som Björn P. Guðmundsson tar upp i sin uppsats nämligen hur kommer den tekniska utvecklingen att påverka juristutbildningen och juristerna i stort. Spörsmålet borde enligt min mening vara vad som är ändamålet med juristutbildningen; är det att få fram en civiliserad eller en skicklig jurist? Det svar som i allmänhet ges på frågan är att utbildningen går ut på att utbilda skickliga jurister med tekniska färdigheter. Så är fallet i England.

Utbildningsmodellerna i Frankrike och Tyskland representerar den motsatta, den civiliserade juristens modell och tycks vara den som ligger Björn P. Guðmundssons förslag närmast även om han verkar mena att juridik bara är *common sense*. Den mest centrala egenskapen hos den civiliserade juristen är att han har en omfattande och mångsidig rättsvetenskaplig allmänbildning. Jag förespråkar denna modell.

Hur skall juristutbildningen organiseras?

Mot Björn P. Guðmundssons uppfattning att *law schools* borde inrättas kan man göra flera invändningar. För det första finns det inga garantier för att en privat högskola skulle vara mer självständig än ett statligt universitet, tvärtom. Tack vare autonomi har universiteten sedan flera århundraden representerat en oavhängig och fri resurs i samhället. I praktiken kan det nu för tiden hända att den statliga byråkratin och dess ekonomiska bestämmanderätt över universiteten fördunklar idén om autonomi men tanken

härom har inte förlorat i betydelse. För det andra måste erfarenheter samlas från andra länder, inte minst den amerikanska kritiken mot *law schools*.

Korreferenten redogjorde för tabeller över de europeiska juristutbildningarnas innehåll och skillnaderna därvid.

Behöver domare och advokater kompletterande utbildning?

Norden har enligt min mening alldeles för lite kompletterande utbildning för advokater och domare. Utbildningen borde därvid bestå av seminarier som organiseras av domstolsväsendet och universiteten.

Referenten, professorn *Björn P. Guðmundsson*, Island: För undvikande av missförstånd vill jag förklara att en självständig *law school* inte är det samma som en privat. Jag räknar med att en självständig *law school* skulle erhålla medel från staten men att den skulle vara oavhängig universitetet. Hur medlen skall användas bör ankomma på respektive *law school* att bestämma.

Professorn emeritus *Jacob W.F. Sundberg*, Sverige: Jag vill hålla mig till ett ganska begränsat område inom ämnet, nämligen en förändring i juristutbildningen som går genom världen. Fråga är om s.k. *Moot Court Competitions*, d.v.s. övningar i fingerad rättegång som låter de deltagande studenterna utarbeta dokumentationen och sedan uppträda i roller som parter eller ombud i en pläderingssituation inför en domarpanel av sakkunniga domare som avslutningsvis utlåter sig om prestationerna.

Förenade Staterna är sedan gammalt känt för denna slags övningar och mönstret har spritt sig till andra delar av världen. Vad som inträffat under efterkrigstiden är emellertid att denna övning i juristutbildningen bredd institutionaliserats på det internationella fältet.

Jacob W. F. Sundberg redogjorde här efter för tävlingar som tillkommit genom amerikanska, holländska, franska och den Europeiska gemenskapens initiativ.

På det Nordiska Juristmötet 1984 togs ett nordiskt initiativ, tävlingen om det Sporrang Lönnrothska Priset. Tävlingen som är uppbyggd kring en tematisering av Europakonventionen har som tillåtna språk allenast de skandinaviska. Tvisterna är alltid förlagda till ettdera av de nordiska länderna och den lagstiftning som avhandlas är lagstiftning i kraft i samma nordiska land. Sporrang Lönnroth är ett nordiskt juristmöte i miniatyr, men ett juristmöte som är mera troget de ursprungliga idéerna med mötet. Tävlingen innebär en dialog mellan nordiska jurister och är ägnad gemensamma prob-

lem och deras lösning - icke en samling *Länderberichte* som andas total indifferens till hur förhållandena är i de andra länderna. Inom tävlingen Sporrang Lönnroth har man kunnat praktisera på hypotetiska fall vad detta europeiska lagprövningssystem innefattat. De nationella lagstiftningar som tävlingen byggt på har varit av alla de slag. Bakom denna granskning av lagstiftaren i fråga har vanligen stått ett antal av de prejudikat som avgjorts av Europeiska Domstolen i Strasbourg och samtliga inblandade i tävlingen har vunnit förtrogenhet med systemet. För att ställa alla de tävlande lagen lika har man måst tillföra de tävlande studenterna material om de andra nordiska länderna i sådan omfattning att de skall finna rätt i de juridiska problemen, utan att ha andra förutsättningar därför än de juridiska studier som de bedrivit hemmavid. Detta är ett inslag som understryker det nordiskt gemensamma och som bidrar till en förtrogenhet vida överstigande vad den numera inom juristmötena tillämpade *Länderberichtemetoden* kan ge.

Den nordiska tävlingen äger rum i autentiska rättegångssalar och ambulerar från land till land. Det betyder att de tävlande måste förskaffa sig förtrogenhet med det andra landets processordning. Också på detta vis har den nordiska rättsgemenskapen fått en underbyggnad och de deltagande fått en insikt om hur det går till i de andra ländernas domstolar, som ofta påfallande saknas bland deltagarna i de Nordiska Juristmötena.

Idag när tävlingen Sporrang Lönnroth gått för tolfte gången bildar alla dessa som en gång deltagit i tävlingen ett nordiskt nätverk av jurister i det nya Europa, som har en djup nordisk upplevelse gemensam från sin studenttid. Det var en sådan gemenskap som de Nordiska Juristmötena ville skapa.

Korreferenten, biträdande professorn *Ari-Matti Nuutila*, Finland: Jag delar Jacob W.F. Sundbergs inställning angående *Moot Court Competitions* och vill tacka honom för hans insatser på det nordiska tävlingsområdet. Problemet med sådana tävlingar har i Finland varit att det är svårt att finna utrymme för att belöna det arbete som studenterna lägger ned.

Professorn *Nils Mattsson*, Sverige: Få universitet har penetrerat den fråga som jag anser vara den viktigaste när man talar om juristutbildningen, nämligen vad målsättningen med utbildningen är. Jag anser att det är två målsättningar som är utomordentligt viktiga; att träna studenterna i juridisk analys och juridisk argumentation. Tidigare har tyngdpunkten legat på faktakunskaper som visserligen inte är att förringa eftersom det inte går att argumentera och analysera juridiskt utan att känna till faktaunderlaget. Faktakunskaper får emellertid inte bli ett självändamål. De juridiska fakulteterna måste i högre grad lära ut det som studenterna idag får lära sig när de är färdiga.

Det finns två saker som fullständigt förändrat juridiken under de senaste åren. Den ena hänger samman med internationaliseringen. För studenterna är det viktigt att förstå och kunna tillämpa rättssystem utanför det egna landet. Vidare måste juristerna kunna utnyttja den erfarenhet som finns i andra länder. Den andra saken som har skett är att ämnena mer och mer flyter in i varandra. Ett exempel är den förändring av juristutbildningen som skett vid Uppsala universitet där studenterna under en termin läser flera ämnen som har samband med varandra. En sådan ordning bidrar till bättre förståelse och betydande tidsvinster.

Vi måste fjärma oss från att se studenterna endast som mottagare av fakta. Det är därför av betydelse att studenten som deltagare i seminarier och annan problemorienterad undervisning aktivt deltar i utbildningen och att sådan undervisning utgör en väsentlig del. Erfarenheten visar att det är lättare för studenterna att diskutera frågeställningar med ett praktiskt problem för handen. Undervisningsformen ställer också krav på att studenterna är inlästa på bakgrunden till problemställningen, något som lärarna har rätt att förutsätta.

Professorn *Peter Seipel*, Sverige: Jag menar att informationstekniken inte får ställas i kontradiktion med den gode juristen. En god jurist bör också ha insikt i informationstekniken. Problemen med förändringar inom juristutbildningen som jag skisserar det har inte så mycket med teknik eller institutionella frågor att göra utan har mer med mänskliga hinder att göra.

Med det menar jag att studenterna inte automatiskt är förtjusta i problemorienterad undervisning. Ofta föredrar studenterna den traditionella utbildningen där frågor ges i den ena kolumnen och svaren i den andra. Det kan förklaras med att studenter ser stora och goda förutsättningar att lyckas enligt den traditionella modellen. En sådan inställning måste förstås och respekteras.

Ett annat mänskligt hinder är frågan vad det innebär att åstadkomma goda jurister och hur det skall gå till. I ett pågående samarbete mellan the Riga Graduate School of Law och Stockholms universitet har spørsmålet aktualiserats. Att bygga upp en allmän juristutbildning från grunden ger anledning att skärskåda följande tre moment som del av utbildningen. Först handlar det om att lära ut de maskinkunskaper som är nödvändiga. Med det avses såväl rena faktakunskaper som juristens verktygslåda i form av argumentation och analys. Därutöver måste målet med utbildningen definieras och där menar jag att målet måste breddas och inte bara orienteras till de traditionella områdena. Det sista momentet har jag valt att kalla mänsklighet, ett begrepp som är svårt att definiera. Begreppet skulle kunna beskriva

juristens djupa bildning. Även denna måste finna rum i utbildningen.

Sammantaget menar jag att svaret på hur juristutbildningen skall se ut i framtiden inte står så mycket att finna i institutionella förändringar utan har mer med experimenterande inom den givna ramen att göra.

Statsadvokaten *Birgitte Vestberg*, Danmark: Universiteten bör ställa sig frågan vad man utbildar jurister till. Det är en för stor uppgift för de små nordiska universiteten att utbilda både forskare, personal till ämbetsverk och advokater på ett sådant sätt att de genast är beredda att ta itu med det dagliga arbetet. Utbildningen måste syfta till att ett visst minimum skall vara uppfyllt innan man kan kalla sig för jurist men det ska inte vara något hinder att komma tillbaka till universitetet och komplettera den allmänna utbildningen. Vid Köpenhamns universitet har juristutbildningen på senare tid specialiserats på ett sätt som inte är till fördel för den nyss examinerade juristen. I stället är det viktigt att studenterna lär sig juridisk analys och juridisk argumentation. Med en sådan utbildning i grunden är det lättare att komma ut i arbetslivet och ta sig an de nya arbetsuppgifterna.

Docenten *David Thor Björgvinsson*, Island: Vid en kongress i Island förra året om juristutbildningen diskuterades två problem. För det första lever vi i en mer och mer komplicerad värld och det medför krav på större specialisering inom juristutbildningen. För det andra kräver internationaliseringen nya ämnen. En sådan liten fakultet som Islandsuniversitet kan inte uppfylla kraven på specialisering. Slutsatsen vid kongressen blev att i stället lägga tyngdpunkten på de grundläggande ämnena som allmän rättslära, lagtolkning och rättskällelära, en lösning som i och för sig kan uppfattas som kontradiktorisk.

Direktören *Anja-Riitta Ketokoski*, Finland: Min erfarenhet av norsk juristutbildning är att den är uppbyggd på ett annat sätt än de andra nordiska ländernas utbildning. Jag vill därför fråga de norska deltagarna vari skillnaden består.

Professorn emeritus *Jacob W. F. Sundberg*, Sverige: En av skillnaderna mellan norsk juridisk utbildning och den som förekommer i Sverige och Finland är att Norge har stora gemensamma tentamina. En sådan tentamen för med sig att man måste behärska hela fältet, vilket gör att studenterna automatiskt gör jämförelser och på så sätt får en allmän rättslära gratis. Norrmännen har därför lättare att sätta sig in i okända problem och är snabbare med att formulera drivande resonemang i dessa.

Lagdommern *Wilhelm Omsted*, Norge: I vart fall tidigare förelåg mellan svenska och norska studenter en betydande skillnad i sättet att närma sig ett juridiskt problem. De svenska studenterna närmade sig problemet på ett mer konkret sätt medan de norska studenterna använde sig av en mer generell infallsvinkel. Det förklaras nog med att norska studenter tenderade först efter två års studier och i flera ämnen samtidigt. Denna studieordning har beklagligtvis ändrats och tentamina delats upp i fem avdelningar där examen avläggs efter varje avdelning. Erfarenheten visar att studenterna vid en sådan uppdelning lägger de tidigare ämnena åt sidan och att de fördelar som ett större studium ger går förlorade.

En annan förklaring till skillnaderna är att det i Norge finns ett ganska brett utbud av utbildning efter den allmänna juristutbildningen. I den utbildningen brukas också nya undervisningsmetoder i större utsträckning än på universitetet. Omvälvningarna i samhället kommer att påverka juristutbildningen men vi får inte glömma att vissa delar av vårt yrkesutövande är konkret och beständigt såsom utövandet av domar-, advokat- och åklagaryrket. Dessa yrken fordrar viss vidareutbildning som enligt min uppfattning bör förläggas efter grundutbildningen.

Professorn *Nils Nygaard*, Norge (*Nils Nygaard redogör inledningsvis för den norska juristutbildningens historiska utveckling*): I den modell som används i Bergen har, trots att uppdelning skett i avdelningar, ett block innefattande den offentliga rätten bibehållits. Därigenom har man bevarat en del av de fördelar ett studium över ämnesgränserna ger. Emellertid är nya reformer på väg i Norge där det föreslås att det skall finnas en grundutbildning som även de studenter som inte tänkt sig att bli jurister kan genomgå. Den som vill bli jurist får därefter genomgå ett yrkesinriktat studium.

Problemet med nya undervisningsformer är hur studenterna skall belönas för sina insatser.

Korreferenten, biträdande professorn *Ari-Matti Nuutila*, Finland, sammanfattar vad som sagts under diskussionen.

Referenten, professorn *Björn P. Guðmundsson*, Island: Det är lite för sent att påminna om att temat här idag var juristutbildningen i en föränderlig värld. Jag kan inte säga att jag är nöjd med debatten. Antingen har ni inte läst mitt arbete eller så tycker ni att det inte är värt någon diskussion. En annan tolkning jag gör är att alla är helt eniga med vad jag fört fram. Kanske är det också riktigt vad jag skrev i arbetet; att professorerna är alltför

självupptagna och inte kan tala om problemet på ett öppet möte. Jag har idag inte hört något om att de radikala förändringar som jag förespråkar, är något man diskuterar i de nordiska länderna.

Debattledaren, höjesteretsdommern *Garðar Gíslason*, Island, avslutade med att tacka referenten, korreferenten och mötesdeltagarna för intressanta inlägg i diskussionen.

Sektionsmöte

**Unionens och medlemsstaternas
kompetens inom EU**

Referent: Rättschef *Göran Schäder*, Sverige

Korreferent: Advokat *Peter Gjørtler*, Danmark

Debattledare: Kammarrättspresident *Reidunn Laurén*, Sverige

Referatskrivare: Hovrättsassessorn *Kristina Holmgren*, Sverige

UNIONENS OCH MEDLEMSSTATERNAS KOMPETENS INOM EU

Av rättschefen *Göran Schäder*, Sverige

1. Överlåtelse av beslutanderätt

Europeiska unionen utgör ett samarbete som grundas på avtal mellan suveräna stater. Utgångspunkten är därför att makten finns hos staterna vilka bestämt sig för att överlämna en viss del av sin makt till ett gemensamt utövande inom unionen eller, närmare bestämt, inom den del av unionen som utgörs av de tre gemenskaperna: Europeiska gemenskapen (EG), Europeiska kol- och stålgemenskapen (EKSG) och Europeiska atomenergi-gemenskapen (Euratom).

Det är just det faktum att staterna bestämt sig för att avstå från en del av sin makt och i stället överlåta den till gemenskapen som skiljer EG-samarbetet från det mesta av annat internationellt samarbete. Det är också denna överlåtna, sammanförda, makt som gjort det möjligt för gemenskapsrätten att utvecklas till en rättsordning av särskilt slag, med egna bärande principer.

Frågan om maktens fördelning mellan gemenskaperna och medlemsländerna har alltså endast betydelse inom ramen för unionens första pelare. I det samarbete som gäller utrikes- och säkerhetspolitik liksom inrikes och rättsliga frågor – den andra och tredje pelaren – kan visserligen staten bli folkrättsligt bunden av gemensamma överenskommelser men det är i dessa delar inte till någon del frågan om överlåtelse av makt.

När och hur sker då en överlåtelse av beslutanderätt? Ur folkrättslig – och gemenskapsrättslig – synpunkt är staterna bundna vid att överlämna sådana rättigheter i samma ögonblick som de ratificerat ett fördrag som innebär att gemensamma organ tilldelas kompetens att fatta beslut.

Den överlåtelse som sker omfattar samtliga de rättigheter som fördraget tillerkänner de gemensamma institutionerna. En stat som ratificerat ett fördrag måste alltså överlåta beslutanderätt i precis den utsträckning som fördraget fordrar. Staten kan inte sedan den ratificerat fördraget i dess helhet ensidigt inskränka verkningarna av ratifikationen genom att överlåta endast en del av de befogenheter som fördraget förutsätter.

Om redan det fördrag som staten ratificerar föreskriver att nya gemensamma institutioner med nya befogenheter skall tillskapas eller att de existerande institutionerna i framtiden skall utöva ytterligare befogenheter, bör det inte heller fordras någon ytterligare, senare överlåtelse från statens sida. Den nödvändiga överlåtelsen sker då redan i anslutning till ratifikationen av fördraget även om de överlåtna befogenheterna tas i anspråk först vid en senare tidpunkt. Detta bör i vart fall gälla i det fallet att den förutsedda framtida utvecklingen av samarbetet endast är beroende av beslut i de gemensamma institutionerna. Däremot är det en annan sak om fördraget väl förutser en kommande utveckling men föreskriver att den skall komma till stånd genom framtida beslut i medlemsstaterna. I ett sådant fall torde också fordras senare beslut om överlåtelse från staternas sida.

En stat överlåter således suveränitetsrättigheter till gemenskapsinstitutionerna genom att den ratificerar ett fördrag som förutsätter sådan överlåtelse och omfattningen av överlåtelsen bestäms av vad fördraget föreskriver i fråga om vilka befogenheter som institutionerna skall ha. Att staten för att kunna göra detta måste fatta vissa beslut i enlighet med sin nationella konstitutionella ordning påverkar inte överlåtelsens omfattning.

Institutionerna tar därefter successivt i anspråk de kompetenser som överlåtit genom att besluta gemensamma rättsakter. Därmed är tyvärr inte frågan om vad en stat överlåter fullständigt besvarad.

En betydande komplikation är för det första att de olika bemyndiganden som fördragen innehåller långt i från alltid är klart och entydigt avgränsade. Det är inte möjligt att efter en genomläsning av fördragen ställa samman en lista som klart anger vilka befogenheter som institutionerna besitter och därmed vilka rättigheter som medlemsstaterna överlåtit. Flera bestämmelser ger institutionerna befogenheter som inte är begränsade till några bestämda politiska samarbetsområden, utan vilka i stället endast anger det resultat som skall uppnås. Det gäller t.ex. artikel 6 om rätten att "inom fördragets tillämpningsområde" utfärda bestämmelser för att upprätthålla förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet.

För det andra är det inte alltid säkert att en mera tydligt formulerad befogenhet fullt ut återger den rätt som institutionerna besitter. Enligt artikel 118 skall kommissionen ha till uppgift att främja ett nära samarbete mellan medlemsstaterna på det sociala området, särskilt i frågor som gäller sysselsättning, arbetsrätt och arbetsförhållanden, yrkesutbildning, social trygghet, arbetarskydd, arbetshygien samt förenings- och förhandlingsfrihet. I detta syfte skall kommissionen, föreskrivs det vidare, företa utredningar, avge yttranden och organisera samråd. Med hänvisning till den bestämmel-

sen beslutade kommissionen att medlemsstaterna skulle underrätta kommissionen om bl.a. tillänkta avtal med tredje land om invandringspolitik. Tyskland med flera stater förde talan mot beslutet i EG-domstolen och hävdade därvid att bestämmelsen var så utformad att den förhindrade kommissionen att ålägga medlemsstaterna några skyldigheter. Domstolen fann emellertid att artikel 118 gav kommissionen en uppgift och att bestämmelsen måste förstås så att den därmed också gav kommissionen de nödvändiga befogenheterna för att genomföra uppgiften. Kommissionen hade således rätt att föreskriva en rapporteringsskyldighet från medlemsstaternas sida. Domstolens avgörande är ett exempel på användningen av en i allmän folk-rätt erkänd princip om förutsatta befogenheter (implied powers). Principen innebär just detta, att om ett fördrag tillägger en institution en uppgift måste det underförstått också anses anförtro institutionen de befogenheter som krävs för att fullgöra uppgiften. I gemenskapsrättsliga sammanhang har principen om förutsatta befogenheter också kommit till användning för att tillerkänna gemenskapen traktatkompetens även i sådana fall då den kompetensen inte uttryckligen framgår av fördragen.

Dessutom finns teorin om förutsatta befogenheter på sätt och vis inbyggd i fördragen. I artikel 235 EG-fördraget föreskrivs att om en åtgärd är nödvändig för att uppfylla något av gemenskapens mål, men fördraget inte innehåller de nödvändiga befogenheterna, får rådet ändå i enighet vidta de åtgärder som behövs. Bestämmelsen har bl.a. kommit till användning dels för att utfärda bindande rättsakter trots att enligt fördraget endast rekommendationer var möjliga att besluta och för att utforma en politik på områden inom vilka fördraget inte alls, annat än i den allmänna målbestämmelsen, innehåller några bemyndiganden.

2. Maktfördelningen sedan överlåtelse skett

Vid Europeiska rådets möte i Edinburgh i december 1992 uttalade stats- och regeringscheferna att nationell kompetens är huvudregeln och gemenskapskompetens undantaget. Det som skiljer unionens medlemsstater från andra stater är endast att de genom att ansluta sig till de grundläggande fördragen frivilligt avstått från att ensidigt utöva vissa av sina rättigheter. Detta avstående sker i den utsträckning som följer av fördragen, varken mer eller mindre.

Principen om tilldelade kompetenser har en grundläggande betydelse för såväl den politiska som den rättsliga kontrollen av hur gemenskaperna utövar sin normgivningsmakt. Varje bindande beslut som en institution fattar

måste vara grundat på någon enskild bestämmelse i fördragen. Den rättsliga grunden för ett beslut skall dessutom särskilt anges i eller på annat sätt tydligt framgå av varje enskild rättsakt.

Exklusiv och delad kompetens

De befogenheter som medlemsstaterna genom fördragen tilldelar de gemensamma institutionerna utgör inte någon enhetlig "kompetensmassa". På vissa områden föreskriver fördragen att en enda gemensam politik skall utformas. Inom sådana områden har gemenskapen vad man brukar beteckna som en exklusiv kompetens, dvs. det är endast på den gemensamma nivån som beslut kan fattas. Nationellt beslutsfattande är alltså i princip uteslutet. På andra områden förutsätter inte fördragen någon gemensam heltäckande politik men väl att gemensamt handlande kan komma till stånd i vissa mer eller mindre avgränsade frågor. Inom dessa områden har således gemenskapen och medlemsstaterna en delad kompetens, dvs. i den utsträckning som gemensamma åtgärder inte är möjliga eller inte ännu har vidtagits ligger rätten att fatta beslut kvar hos medlemsstaterna.

I den gemenskapsrättsliga litteraturen har inte sällan framförts olika uppfattningar om i vilken omfattning gemenskapen har exklusiv kompetens. Frågan har fått förnyad aktualitet genom att den nya bestämmelsen om subsidiaritetsprincipen (artikel 3b EG-fördraget) anger att principen inte gäller på de områden där gemenskapen har en exklusiv kompetens. Därigenom har begreppets politiska och rättsliga betydelse kommit att framstå än klarare – när exklusiv gemenskapskompetens föreligger är i princip varje åtgärd på medlemsstatsnivå utesluten utan tillstånd av gemenskapen.

Inom de områden där gemenskapen har exklusiv kompetens har medlemsstaterna i princip avstått all sin egen normgivningsbefogenhet. Vad som återstår för medlemsstaterna är främst att medverka till att den gemensamma politiken kan genomföras och bli effektiv. Det är närmast fråga om en tillämpning av lojalitetsprincipen i artikel 5 i EG-fördraget som föreskriver att staterna skall vidta de åtgärder som krävs för att fördragets förpliktelser skall uppfyllas, underlätta att gemenskapens uppgifter fullgörs och avstå från alla åtgärder som kan äventyra att fördragets mål förverkligas.

Medlemsstaterna kan därför utfärda vad som ur gemenskapsrättens synpunkt utgör tillämpningsföreskrifter till de gemensamma reglerna, de kan t.ex. straffsanktionera brott mot gemenskapsnormerna.

Inom övriga samarbetsområden har gemenskapen och medlemsstaterna en delad kompetens. På dessa områden är det inte fråga om någon i avtalet uppdragen skiljelinje mellan medlemsstatskompetens och gemenskaps-

kompetens. I fördragens regler på respektive område anges i mer eller mindre allmänna termer vad gemenskapen skall åstadkomma och vilka medel som skall eller kan användas.

När det gäller de delade kompetenserna måste man principiellt se det så att den nödvändiga kompetensöverföringen äger rum i och med att fördraget ratificeras eller tillträds och staten därmed överlåter beslutsbefogenheter. Det är alltså så att på dessa områden har gemenskapen och medlemsstaterna en samtidig kompetens. Gemenskapen utnyttjar sedan successivt den givna kompetensen i takt med att rättsakter beslutas. Därav följer i sin tur att i samma takt upphör den tidigare samtidiga medlemsstatskompetensen. Man brukar härvid tala om lagstiftningsutrymmets upptagenhet. I den utsträckning som gemensamma normer beslutas blir utrymmet för nationell lagstiftning upptaget eller in-tecknat. Tankemönstret är inte helt olikt den i svensk konstitutionell doktrin bekanta formella lagkraftens princip. Om riksdagen har lagstiftat i ett ämne blir detta i motsvarande mån upptaget för t.ex. regeringsförordningar även om ämnet som sådant skulle höra till regeringens normgivningsbefogenhet (8 kap. 17 § RF).

Lojalitetsprincipen

Det är en allmän folkrättslig regel att varje fördrag skall uppfyllas i god tro eller med de bästa ansträngningar. EG-fördraget innehåller dessutom i artikel 5 en särskild regel av samma innebörd. Bestämmelsen lyder

Medlemsstaterna skall vidta alla allmänna eller särskilda åtgärder som kan säkerställa att de förpliktelser uppfylls som följer av detta fördrag eller av åtgärder som vidtagits av gemenskapens institutioner. Medlemsstaterna skall underlätta att gemenskapens uppgifter fullgörs.

De skall avhålla sig från alla åtgärder som kan äventyra att fördragets mål förverkligas.

EG-domstolen har slagit fast att principen gäller också för gemenskapens institutioner. Medlemsstaterna och institutionerna är således ömsesidigt förpliktade till ett lojalt samarbete. Medlemsstatens plikt till lojalitet gäller även dess domstolar liksom dess centrala, regionala och lokala myndigheter.

Artikel 5 har i domstolens praxis främst kommit att ses som en generell förpliktelse vars konkreta innehåll i en given situation bestäms av fördragets övriga regler. Det finns emellertid exempel på att bestämmelsen kommit att tillmätas en närmast självständig betydelse.

Lojalitetsprincipen utgjorde också ett viktigt led i skälen för Francovich-domen som fastställde att en medlemsstat kan vara skyldig att utge skadestånd till en enskild vid bristande genomförande av ett direktiv.

EG-domstolen har också sett saken så att enligt artikel 5 har de nationella domstolarna till uppgift att säkerställa de rättigheter gemenskapsregler med direkt effekt ger de enskilda medborgarna. Domstolarnas roll i det "nätverk" av samverkande institutioner som artikel 5 förutsätter är alltså bl.a att lojalt tillämpa gemenskapsrätten även gentemot den egna staten.

Direkt tillämplighet och direkt effekt

EG-domstolen har utvecklat vissa principer för gemenskapsrättens förhållande till nationell rätt som är av avgörande betydelse för en bedömning av de konstitutionella effekterna av ett medlemskap. Det gäller principen om *direkt tillämplighet* som innebär att grundfördragen och en betydande del av sekundärrätten automatiskt utgör en del av medlemstaternas interna rätt. Vidare gäller en princip om EG-reglers *direkta effekt* som innebär att vissa gemenskapsrättsliga regler grundar rättigheter eller skyldigheter för enskilda som kan åberopas inför domstolar och myndigheter i medlemsstaterna. Slutligen har domstolen utvecklat principen om gemenskapsrättens *företräde* framför nationell rätt, som innebär att nationella domstolar skall tillämpa en gemenskapsrättslig regel framför en mot den stridande intern lag.

Direkt tillämplig rätt utgörs i första hand av utfärdade EG-förordningar. Det är också från EG-fördragets bestämmelse om förordningars rättsverkan (artikel 189) som uttrycket härstammar. I bestämmelsen sägs att en förordning "skall till alla delar vara bindande och direkt tillämplig i varje medlemsstat".

Vissa bestämmelser har också direkt effekt, varmed alltså avses att de grundar rättigheter eller skyldigheter för enskilda som kan åberopas inför domstolar och andra myndigheter i medlemsstaterna.

Vad krävs då för att en EG-regel skall ha direkt effekt? Allmänt gäller att en regel för att ha direkt effekt för det första måste vara klar och entydig. Det generella kravet följer av att en regel med direkt effekt skall kunna åberopas inför en nationell domare och av honom kunna läggas till grund för att avgöra i ett konkret mål. Det står dock klart att kravet på entydighet inte sätts alltför högt. I ett av flera förhandsavgörandemål mellan flygvärdinnan Gabrielle Defrenne och det belgiska flygbolaget SABENA förklarade domstolen att artikel 119 EG-fördraget om lika lön för män och kvinnor har direkt effekt.

En regel med direkt effekt måste vidare vara ovillkorlig, dvs. den får inte vara beroende av någons bedömning eller fria skön. Även det kravet kan exemplifieras med ett avgörande på jämställdhetsområdet. I det s.k. lika-behandlingsdirektivet föreskrivs bl.a. i artikel 6 att medlemsstaterna skall

vidta nödvändiga åtgärder för att den som diskriminerats skall kunna göra sin rättigheter gällande inför domstol. Sabine von Colson hade vägrats anställning på grund av att hon var kvinna. I tysk domstol begärde hon att domstolen skulle berordra arbetsgivaren att anställa henne.

I sitt förhandsbesked till den tyska domstolen uttalade EG-domstolen att medlemsstaterna hade ett visst utrymme när det gällde att avgöra hur direktivet skulle tillämpas. Man kunde t.ex. tänka sig att en medlemsstat valde att uppfylla direktivet genom att ge en förfördelad person rätt att begära skadestånd. Artikel 6 i direktivet var därför inte av den ovillkorliga karaktär som krävs för att regeln skall ha direkt effekt.

Slutligen får regelns tillämpning inte vara beroende av att en medlemsstat eller EG-institution vidtar ytterligare åtgärder. Det kravet innebär emellertid numera inte annat än att en föreskrift i ett direktiv knappast kan ha direkt effekt under den tidsrymd som staterna enligt direktivet disponerar för att genomföra dess regler (vanligen två år). Däremot står det helt klart att när väl tiden för direktivets genomförande gått till ända kan dess regler, om förutsättningarna i övrigt är uppfyllda, ha direkt effekt oavsett om staten verkligen omsatt direktivet i sin nationella rättsordning eller ej.

Vilka slag av gemenskapsregler kan då ha direkt effekt, trots att de inte som förordningar i sig utgör direkt tillämplig rätt?

Fördragens skilda bestämmelser riktar sig primärt till medlemsstaterna eller till gemenskapsinstitutionerna, i princip aldrig direkt till enskilda. Likväl kan sådana fördragsregler som riktar sig till medlemsstaterna ha direkt effekt. Ett exempel kan hämtas från Costa ./ ENEL-målet, som bl.a. gällde artikel 93 i EG-fördraget. Bestämmelsen gäller statliga stödåtgärder och föreskriver att kommissionen fortlöpande skall granska förekommande statliga stödåtgärder, ger kommissionen viss befogenhet att förbjuda sådana åtgärder samt ålägger staterna att underrätta kommissionen om planerade statliga stödåtgärder. Slutligen stadgas (tredje styckets sista mening) att en stat inte får vidta en planerad åtgärd förrän det förfarande som beskrivs i artikeln har resulterat i ett slutligt avgörande. Domstolen uttalade att denna sista mening hade direkt effekt. Bestämmelsen i övrigt band emellertid endast staterna som sådana i förhållande till gemenskapen och tillskapade inte individuella rättigheter som de nationella domstolarna måste skydda.

Förutom fördragsregler kan även direktiv och beslut ha direkt effekt, trots att direktiv enligt artikel 189 endast är bindande vad gäller det resultat som skall uppnås men överläter åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt.

EG-domstolen har emellertid, med likalydande formuleringar avseende såväl direktiv som beslut, konstaterat att artikel 189 inte innebär att andra typer av rättsakter än förordningar inte kan äga direkt effekt. Det skulle, uttalade domstolen, vara oförenligt med den bindande effekt som beslut och direktiv har att principiellt utesluta möjligheten för en berörd person att göra gällande de skyldigheter som ett beslut eller direktiv föreskriver. Särskilt i de fall då ett beslut eller ett direktiv ålagt en eller flera medlemsstater att handla på ett visst sätt, skulle effektiviteten (l'effet utile) hos en sådan åtgärd minskas om medborgarna i en stat inte kunde åberopa den inför domstol och domstolarna inte kunde bedöma den som en del av gemenskapsrätten.

Domstolens ståndpunkt förvånade inledningvis många och dess ställningstagande kom att kritiseras, bl.a. av franska Conseil d'Etat. EG-domstolen tillade därför i ett senare mål att "en medlemsstat som inte inom föreskriven tid genomfört de åtgärder som ett direktiv kräver, kan inte - gentemot en individ - freda sig med sin egen underlåtenhet att uppfylla de skyldigheter som direktivet innehåller".

Dessutom bör nämnas att EG är en juridisk person och kan ingå avtal med tredje land eller med internationella organisationer. Huruvida sådana avtal är direkt tillämpliga och har direkt effekt avgörs tolkningsvis från fall till fall utifrån avtalets lydelse, art och syfte när avtalet innehåller en klar och precis skyldighet som inte förutsätter ytterligare åtgärder.

Vissa bestämmelser kan som redan nämnts även ha direkt effekt i förhållandet mellan enskilda, s.k. horisontell direkt effekt. Det gäller flera av de regler i fördragen som har direkt effekt, t.ex. EG-fördragets konkurrensregler, vilka kan åberopas av ett företag mot ett annat inför en nationell domstol. Men även vissa regler vad gäller den fria rörligheten för personer liksom artikel 119 om lika lön för män och kvinnor kan åberopas av enskilda gentemot t.ex. organisationer eller arbetsgivare (som t.ex. var fallet i det ovan nämnda målet då Gabrielle Defrenne förde talan mot sin arbetsgivare, SABENA).

Direktiv har emellertid endast direkt effekt såvitt gäller enskildas rättigheter gentemot det allmänna. De kan inte ha direkt effekt vad gäller enskildas skyldigheter eller över huvud taget i förhållandet enskilda emellan. Direktivs direkta effekt grundas på dess bindande natur i förhållande till medlemsstaten. Av detta följer, har domstolen konstaterat, att ett direktiv inte i sig självt kan ålägga individer skyldigheter och inte heller åberopas inför en nationell domstol gentemot en enskild individ.

Gemenskapsrättens företrädare framför nationell rätt

Inom varje rättssystem kan det uppstå konflikter, eller kollisioner, mellan olika rättsregler. Även i detta avseende medför gemenskapsrätten något principiellt nytt. EG-domstolen har tidigt slagit fast principen om gemenskapsrättens obetingade företrädare framför nationell lag. I Costa ./. ENEL-målet karakteriserade domstolen gemenskapsrätten som en ny rättsordning av en särskild natur som skiljer den från allmän folkrättslig traktaträtt. Det kan vara på sin plats att citera följande centrala uttalande i domen:

Genom att skapa en gemenskap för obegränsad tid som har egna institutioner, är en egen juridisk person, har en egen rättskapacitet och rätt att uppträda som part på det internationella planet samt, särskilt, har verkliga befogenheter som härrör från det förhållandet att staterna begränsat sin suveränitet eller överlåtit befogenheter till gemenskapen, har medlemsstaterna begränsat sina suveräna rättigheter, låt vara inom begränsade områden, och därigenom skapat en rättsordning som binder såväl staternas medborgare som staterna själva.

Medlemsstaterna kan därför inte, vilket också framgår av lojalitetsklausulen i artikel 5, göra en senare ensidigt beslutad regel gällande gentemot en rättsordning som de gemensamt har accepterat. Domstolen uttalade också att gemenskapsrättens företrädare är nödvändig för att säkra gemenskapsrättens effektivitet. Den rätt som härleds från fördraget och som är

en oberoende rättskälla, kan på grund av sin särskilda och ursprungliga natur inte överflyglas av någon som helst inhemsk rättsregel utan att berövas sin karaktär av gemenskapsrätt och utan att den rättsliga grundvalen för gemenskapen som sådan sätts i fråga.

Det grundläggande synsättet är alltså att medlemsstaterna, genom att skapa en gemenskap med egna institutioner som har självständiga befogenheter, har begränsat sin egen suveränitet och sina egna befogenheter. Medlemsstaterna har avstått normgivningskompetens på de områden som gemenskapsrätten reglerar. Följaktligen är det inte möjligt för en medlemsstat att lagstifta internt på ett område som regleras av gemenskapsrätten eller att annars sätta denna rätt ur spel genom egen lagstiftning. Man kan uttrycka det så att sedan överlåtelse av suveränitetsrättigheter skett är det nationella parlamentet helt enkelt inte längre behörig lagstiftare.

Principen om gemenskapsrättens företrädare framför nationell rätt har senare vidareutvecklats i ett flertal fall.

Enhetlighet och effektivitet

De principer som vi nu har berört kan sägas tillsammans utgöra en logisk följd av hur samarbetet konstruerats och då främst av det grundläggande förhållandet att staterna överlåter suveränitetsrättigheter till gemenskapen. Samtidigt står det klart att den rättspolitiska grunden för främst den konsekvens med vilken EG-domstolen utvecklats och tillämpat dessa principer är omsorgen om samarbetets effektivitet och en enhetlig rättstillämpning inom hela det geografiska område som gemenskapen sammantaget utgör. Principen om direkt tillämplighet för vissa rättsakter säkerställer att medlemsstaterna inte genom att omformulera de gemensamma reglerna till nationell lag förvränger deras innehåll. Principen om direkt effekt syftar till att ge varje enskild medborgare i någon av medlemsstaterna samma rättigheter, och samma möjligheter att göra de rättigheterna gällande, även när de gemensamma reglerna inte beslutats i form av förordningar. Principen om gemenskapsrättens företräde säkerställer en uniform rättstillämpning även för det fall att medlemsstaterna inte kunnat eller velat omsätta främst gemensamma direktiv till nationell lag. Det grundläggande synsättet är att nationella intressen kan och bör brytas mot varandra i de förhandlingar som föregår ett gemensamt beslut. Men när staterna väl uppnått enighet – eller erforderlig majoritet – och tillsammans kommit fram till ett avgörande, då bör det som överenskommit också gälla. Enskilda medlemsstater skall där- efter inte längre kunna gå emot det gemensamt beslutade.

Omsorgen om gemenskapsrättens effektivitet och uniforma tillämpning genomsyrar regelsystemet också på flera andra sätt. Ett sådant är systemet med förhandsavgöranden från EG-domstolen som syftar till att undvika att gemenskapsrätten tolkas på olika sätt av de nationella domstolarna.

3. Hur kan maktfördelningen ändras?

I fråga om hur fördragen ändras skiljer sig samarbetet inom unionen på en punkt från vad som gäller enligt internationell rätt i allmänhet. Enligt Wienkonventionen om traktaträtten gäller för multilaterala traktater, om inte traktaten i fråga föreskriver annat, att en ändring i princip kräver en ny överenskommelse mellan de fördragsslutande parterna. Varje part äger (artikel 40) rätt att delta i förhandlingen om och ingåendet av ett ändringsfördrag samt är berättigad att bli part också i ändringsfördraget men är inte bunden av ändringsfördraget om staten inte ratificerar detta.

Regeln om ändring av gemenskapsfördragen återfinns numera i artikel N Unionsfördraget som föreskriver:

1. Varje medlemsstats regering eller kommissionen får förelägga rådet förslag till ändringar av de fördrag som unionen bygger på.

Om rådet efter att ha hört Europaparlamentet och i förekommande fall kommissionen, uttalar sig för att sammankalla en konferens med företrädare för medlemsstaternas regeringar, skall konferensen sammankallas av rådets ordförande i syfte att i samförstånd komma överens om de ändringar som skall göras i dessa fördrag. Även Europeiska centralbanken skall höras när det är fråga om institutionella ändringar på det monetära området.

Ändringarna skall träda i kraft när de har ratificerats av samtliga medlemsstater i överensstämmelse med deras konstitutionella bestämmelser.

2. En konferens med företrädare för medlemsstaternas regeringar skall sammankallas år 1996 för att i enlighet med målen i artiklarna A och B granska de bestämmelser för vilka en översyn är föreskriven.

Medan Wienkonventionen således förutser att endast vissa av de ursprungliga fördragsparterna kan bli parter i ett ändringsfördrag är det enligt Unionsfördraget – liksom tidigare enligt Romfördraget – en nödvändig förutsättning att samtliga medlemsstater ratificerar ändringsfördraget för att det alls skall träda i kraft. Det var detta grundläggande krav som orsakade mycken politisk och juridisk huvudbry i tiden efter den första danska folkomröstningen om Maastrichtfördraget då man kunde befara att endast elva av de tolv medlemsstaterna skulle komma att ratificera fördraget.

En annan sak är att själva fördraget – eller anslutande protokoll som medlemsstaterna också enats om – kan innehålla undantag på vissa punkter för enskilda medlemsstater.

Som framgår av artikel N har medlemsstaterna redan genom fördraget förbundit sig att överväga ytterligare fördragsändringar så snart som år 1996. Det står klart att frågan om institutionella reformer – beslutsregler m.m. – i en utvidgad union kommer att vara ett framskjutet tema vid den nu pågående regeringskonferensen.

Unionsfördraget innehåller också vad som ibland betecknas som ett förenklat förfarande för att om inte ändra så i vart fall utvidga fördraget. I artikel K.9 föreskrivs att rådet kan besluta att låta delar av samarbetet i inrikes och rättsliga frågor ingå i det egentliga gemenskapssamarbetet men att ett sådant rådsbeslut måste bekräftas av samtliga medlemsstater ”i enlighet med deras respektive konstitutionella bestämmelser”.

Genom fördragsändringar tas de stora stegen. Men även inom de existerande fördragens ram präglas samarbetet av dynamik eller, säger kritikerna,

oförutsebarhet. Då brukar särskilt avses doktrinen om förutsatta befogenheter. Av än större betydelse har emellertid varit de bestämmelser i fördragen som brukar beskrivas som regler om fördragsutfyllnad. Det gäller artikel 235 EG-fördraget som stadgar följande.

Om en åtgärd från gemenskapens sida skulle visa sig nödvändig för att inom den gemensamma marknadens ram förverkliga något av gemenskapens mål, och om detta fördrag inte innehåller de nödvändiga befogenheterna, skall rådet genom enhälligt beslut på förslag av kommissionen och efter att ha hört Europaparlamentet vidta de åtgärder som behövs.

Bestämmelsen ger rådet en vid men inte obegränsad kompetens. Vissa förutsättningar måste vara uppfyllda för att den skall kunna komma till användning. En första sådan är att beslut som fattas med stöd av artikel 235 rimligen inte får ändra fördraget. Formliga fördragsändringar skall beslutas med iakttagande av den procedur som föreskrivs i artikel N Unionsfördraget. Artikel 235 kan således inte användas för att t.ex. ändra kompetensfördelningen mellan gemenskapernas institutioner.

Bestämmelsen anger vissa ytterligare förutsättningar som måste vara uppfyllda. För det första är bestämmelsen subsidiär, vilket följer av uttrycket "om detta fördrag inte innehåller de nödvändiga befogenheterna". Det innebär att en åtgärd inte får grundas på artikel 235 om någon annan bestämmelse i fördraget ger befogenhet att vidta åtgärden. För det andra skall åtgärden vara "nödvändiga" och för det tredje skall åtgärden "förverkliga något av gemenskapens mål" och det skall ske "inom den gemensamma marknadens ram".

4. Subsidiaritetsprincipen

I den europeiska debatt som följt på Unionsfördragets undertecknande och som föregått dess slutliga ratificering och ikraftträdande har subsidiaritetsprincipen intagit en framträdande plats. Dess innebörd var föremål för åtskillig diskussion staterna emellan redan innan unionsfördraget undertecknades och den debatten har knappast avtagit i styrka.

I artikel 3b i EG-fördraget föreskrivs nu följande.

Gemenskapen skall utöva sin verksamhet inom ramen för den behörighet som den har tilldelats och de mål som har uppställts för den enligt detta fördrag.

På de områden som inte faller inom gemenskapens exklusiva kompetens skall den, i enlighet med subsidiaritetsprincipen, agera endast om och i den utsträckning som målen för den planerade åtgärden inte i till-

räcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och åtgärden därför, på grund av den planerade åtgärdens omfattning eller verkningar, bättre kan utföras av Gemenskapen.

Gemenskapen skall inte vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen i detta fördrag.

Bestämmelsen återger egentligen tre olika principer, var och en på sitt sätt ägnad att sätta gränser för gemenskapernas handlande. I det första stycket kommer legalitetsprincipen till uttryck. Den återfinns också sedan tidigare i artikel 4 som föreskriver att "varje institution skall handla inom ramen för de befogenheter som den tilldelats genom detta fördrag". Legalitetsprincipen innebär i korthet att gemenskapens institutioner endast kan agera när de ges en positivt formulerad kompetens i någon fördragsbestämmelse. Institutionerna kan alltså inte själva bestämma sin egen kompetens. I artikelns andra stycke återfinns så själva subsidiaritetsprincipen och i dess tredje stycke formuleras en proportionalitetsprincip. Någon proportionalitetsprincip har inte tidigare varit fördragsfäst. Däremot finns en klar och tydlig domstolspraxis av innebörd att proportionalitetsprincipen är en för EG-rätten gällande allmän rättsgrundsats. Principen innebär i korthet att de medel som institutionerna använder måste vara nödvändiga för att uppnå målet med åtgärden. I sammanfattning kan man beskriva de tre principernas innebörd så att legalitetsprincipen ger svar på frågan "Har vi rätt att handla?", subsidiaritetsprincipen därefter på frågan "Bör vi handla?" och proportionalitetsprincipen slutligen på frågan "Hur skall vi handla?" Såväl legalitets- som proportionalitetsprinciperna gäller, till skillnad från subsidiaritetsprincipen, gemenskapssamarbetet i dess helhet.

En subsidiaritetsprincip fanns redan tidigare på miljöområdet (artikel 130r.4 EG-fördraget i dess tidigare lydelse).

Det pågår en intensiv debatt om subsidiaritetsprincipens närmare gemenskapsrättsliga tolkning. Principens centrala allmänna innebörd är att "högre" samhälleliga beslutsnivåer skall understödja de "lägre" och endast ingripa då de "lägre" inte förmår lösa ett problem. Med andra ord, den högre nivån skall bara göra det som bara den högre nivån kan göra.

Subsidiaritetsprincipen som tankefigur kan härledas till idéer om den samhälleliga ordningen från medeltiden och kanske till och med från antiken. Ett mera pregnant uttryck fick principen emellertid i romersk-katolsk sociallära mot 1800-talets slut. Dess innebörd i det sammanhanget framgår av påven Pius XI:s i postmaastrichtdebatten ofta citerade encyklika *Quadragesimo Anno* från 1931:

”...precis som det är allvarligt orätt att beröva de enskilda vad de själva kan åstadkomma genom sitt eget initiativ och sin egen handlingskraft och överlämna det åt samhället, så är det också en orättvisa och på samma gång ett stort ont och en allvarlig störning av den rätta ordningen att tillskriva större och högre gemenskaper vad mindre och lägre gemenskaper kan utföra. I den naturliga målsättningen för all samhällsaktivitet ligger att den skall ge stöd (subsidium) till samhällsgemenskapens (med)lemmar, men aldrig förstöra eller absorbera dem”

Subsidiaritetsprincipen kan också sägas ha kommit att prägla maktfördelningen mellan högre och lägre nivåer i federala samhällssystem. I t.ex. den tyska författningen (artikel 72) återfinns en maktodelningsregel som brukar anses ge uttryck för en subsidiaritetsprincip. Den federala nivån har rätt att lagstifta i den utsträckning det är nödvändigt för att a) en fråga inte kan lösas effektivt av enskilda delstater, b) en delstats åtgärder skulle kunna inverka negativt på andra delstater eller på förbundet som helhet eller c) upprätthållandet av rättslig eller ekonomisk enhetlighet kräver det.

Det återstår emellertid att se vad subsidiaritetsprincipens specifikt gemenskapsrättsliga innebörd är eller i vart fall kan komma att bli. Den har ännu inte varit föremål för rättslig prövning i EG-domstolen. Vad som hittills skett har uteslutande försiggått på det politiska planet och främst bestått i dels att institutionerna kommit överens om vissa regler för hur subsidiaritetsprincipen skall beaktas i gemenskapens berednings- och beslutsprocess, dels att kommissionen utifrån subsidiaritetsaspekter gjort en översyn av den existerande sekundärrätten.

Sammanfattningsvis är subsidiaritetsprincipen noga taget inte en kompetensfördelningsregel. Fördelningen av kompetens mellan unionen och medlemsstaterna sker i fördragen. Subsidiaritetsprincipen rör i stället frågan om och i vilken utsträckning en redan given kompetens skall utnyttjas. På så sätt påverkar dess tillämpning ändå indirekt kompetensfördelningen – i den omfattning som dess tillämpning anses hindra en i och för sig möjlig gemensam normgivning kvarstår eller ökar givetvis det nationella handlingsutrymmet.

Subsidiaritetsprincipen är inte heller någon renodlad decentraliseringsprincip. Dess innebörd är ju att beslut skall fattas på så låg nivå som är möjligt med hänsyn till problemets art. På så sätt fanns det ett visst fog för att, som efter danskt mönster tidigare förekom här, karakterisera den som en närhetsprincip. Men man bör uppmärksamma att principen också innebär att när problem endast kan lösas tillräckligt väl på en högre nivå skall beslut också fattas på den nivån. De lägre nivåerna har inte endast ett berätt-

tigat anspråk på en från centralbyråkratin fredad zon utan också ett lika berättigat anspråk på att den centrala nivån griper in och fattar beslut i frågor som inte kan hanteras av de lägre nivåerna.

Principen är således tillräckligt sammansatt för att det skall dröja åtskilliga år innan EG-domstolen kunnat med någon grad av precision klarlägga dess rättsliga innebörd inom det europeiska samarbetet. Principen är också tillräckligt mångtydig för att det i avvaktan på domstolens uttolkning skall hinna utkämpas åtskilliga politiska strider om dess tillämpning i konkreta ärenden. Den kan förse såväl federalister som konfederalister med ammunition.

För dagen domineras emellertid diskussionen av principens decentralistiska sida. Det innebär i sin tur att gemensam handling kan avsevärt försvåras även på sådana områden där gemensamma åtgärder är särskilt angelägna, t.ex. på miljöns område.

5. Kan den överlåtna makten återtas?

Ur nationell konstitutionell synpunkt är staterna knappast förhindrade att återta överlåtna befogenheter. För svensk del t.ex. föreskriver regeringsformen att kvalificerade beslutsformer skall iakttas när beslut skall fattas om att överlåta beslutanderätt (10 kap. 5 § RF). Eftersom det däremot inte finns någon motsvarande föreskrift när det gäller återtagande av överlåten beslutanderätt kan riksdagen fatta ett sådant beslut med sedvanlig enkel majoritet.

Men skyldigheten att överlåta suveränitetsrättigheter och den nödvändiga överlåtelserns omfattning följer, som redan konstaterats, av fördragen. Det innebär att en medlemsstat inte utan att göra sig skyldig till fördragsbrott kan ensidigt återta suveränitetsrättigheter som den överlåtit. Däremot står det givetvis medlemsstaterna fritt att tillsammans, i ett nytt fördrag som de enas om, såväl inskränka som utvidga sin skyldighet att överlåta suveränitetsrättigheter till gemensamt utövande.

Det har ännu inte, bortsett från det mycket speciella fallet Grönland, varit aktuellt att någon medlemsstat önskat lämna unionssamarbetet. Det har visserligen från tid till annan gnisslat åtskilligt i maskineriet. Under en period på 1960-talet deltog Frankrike inte i rådets möten och under några år runt decennieskiftet 1979/80 förekom strider mellan Storbritannien och de övriga om storleken på det brittiska bidraget till EG:s budget. Men inte någon medlemsstat har hittills ens antytt att den önskar eller avser att helt lämna samarbetet.

Det har sagts att den tyska författningsdomstolen i sitt avgörande i okto-

ber 1993 om unionsfördragets förenlighet med den tyska grundlagen funnit att en medlemsstat kan ensidigt frånträda gemenskapsfördragen. Författningsdomstolen har uttalat att "Tyskland är en av 'fördragets herrar', vilka grundar sin bundenhet vid det 'på obegränsad tid' slutna unionsfördraget (artikel Q) på viljan till långsiktigt medlemskap men vars tillhörighet slutligen kan upphävas genom en motstridig akt". Domstolen diskuterar här vad fördragets herrar vill och kan. Den hänför sig alltså till samtliga medlemsstater och den tolkning som ligger närmast till hands är att domstolen med "akt" inte avser en ensidig, nationell lagstiftningsåtgärd utan snarare en medlemsstaternas gemensamma rättsakt. Om en stat skulle anse sig berättigad att mot de övrigas vilja lämna samarbetet återstår frågan om en sådan konflikt kan lösas i rättsliga former. Ur politisk synpunkt kan emellertid inte mycket stå att vinna för gemenskapen i att försvåra en medlemsstats utträde. Gemenskapen bygger ju på att medlemsstaterna aktivt deltar i och bidrar till samarbetet, såväl ekonomiskt som i sak.

6. Vem bestämmer var gränsen går?

Den process som lett fram till samarbetets nuvarande utformning har i mycket inneburit en ständigt pågående maktkamp, mer uttalad under vissa perioder än under andra, som ändå vid varje tillfälle resulterat i hållbara kompromisser, i ett gemensamt accepterat sätt att gå vidare. Kampen har i stor utsträckning gällt just den grundläggande maktfrågan – gemenskapens eller unionens makt i förhållande till medlemsstaternas makt. Eller, uttryckt på det idépolitiska planet, bör gemenskaperna bevara sin karaktär av ett förbund av stater, en konfederation, eller bör de utvecklas vidare mot en förbundsstat, en federation?

Kampen har inte så mycket förts mellan EG:s institutioner å ena sidan och de samlade medlemsstaterna å den andra. Sådan kraft besitter inte gemenskapsorganen, tvärtom är ju den normgivande institutionen – rådet – inte något annat än det samlade uttrycket för medlemsstaternas vilja. Det har i stället främst varit en kamp mellan medlemsstaterna emellan, en politisk strid mellan dessas skilda idéer och intressen när det gäller hur samarbetet bör utvecklas. I den kampen har motsättningen mellan gemenskapsmakt och medlemsstatsmakt varit ett genomgående tema – från Frankrikes vägran att under en period på 1960-talet acceptera majoritetsbeslut, vilket föranledde den s.k. Luxemburg-kompromissen 1966, till den 1994 bilagda striden om hur stor en blockerande minoritet i rådet måste vara sedan Sverige, Finland och Österrike blivit medlemmar.

Men det har också varit fråga om en kamp i rättsliga termer. När EG-domstolen genom sina avgöranden vidareutvecklar gemenskapsrätten på avgörande punkter har medlemsstaterna själva små möjligheter att i vart fall omedelbart reagera. Om de inte – som Frankrike på 60-talet – vill bryta helt med det pågående samarbetet är de hänvisade till att vid nästa regeringskonferens om ett nytt fördrag återta förlorad mark eller inskränka domstolens befogenheter. Men när några år förflutit och ett nytt fördrag är aktuellt har de kanske vant sig vid det nya, funnit att det har vissa fördelar eller i vart fall inte representerar ett hot av det slag som de inledningsvis antog. Dessutom, och kanske viktigare, medlemsstaterna är visserligen fördragens herrar men bara i den utsträckning som de är överens om hur de skall utnyttja sin överhöghet. Varje fördragsändring fordrar ju samtliga staters samtycke. Om inte fullständig enighet kan uppnås, förblir i princip allt vid det gamla. Det kan nog vara en anledning till att konflikter mellan gemenskapsmakt och medlemsstatsmakt främst kommit att manifesteras inom det rättsliga systemet.

Medlemsstaternas domstolar är den instans som ofta först på allvar konfronteras med nytillkomna gemenskapsrättsliga principer. Och i domstolen får konfrontationen också ett högst påtagligt innehåll. Den nationelle domaren har att träffa ett avgörande i en konkret konflikt mellan två parter. Inför honom får därför t.ex. principen om gemenskapsrättens obetingade företräde sin största betydelse. Skall han välja att döma till förmån för den ena parten i målet, vilken kanske är den egna statsmakten som åberopar sig på landets egen lag? Eller skall han döma till förmån för den andra parten, som kanske är en enskild person som stödjer sig på en rätt som han anser att gemenskapsrätten ger honom?

I de stater som har en författningsdomstol har problemet inte sällan varit det omvända. Den gemenskapsrättsliga regeln medför ett åliggande för den enskilde, en skyldighet att tåla ett ingrepp eller intrång eller en plikt att avstå från ett visst handlande. Den enskilde åberopar sig då på det konstitutionella skydd som landets egen författning ger honom och vars upprätthållande är författningsdomstolens förnämsta uppgift. Exempel på sådana konflikter finns från bl.a. Frankrike, Italien och Storbritannien. Det tyska exemplet är emellertid det tydligaste.

6.1 Den tyska författningsdomstolen

Den tyska författningsdomstolens hållning har särskilt i domen i oktober 1993 om Maastrichtfördraget kommit till ett mera genomarbetat och gene-

rellt utformat uttryck. I början av det året anfördes hos författningsdomstolen klagomål mot den tyska lag genom vilken Unionsfördraget godkändes och mot de grundlagsändringar som vidtagits med anledning av det fördraget. I klagomålen låg en kritik mot överlåtelsen av suveränitetsrättigheter till de gemensamma institutionerna. Därigenom skulle, ansåg de klagande, makten över det tyska folket inte längre utövas av folket självt och därigenom skulle tyska medborgares författningensliga grundrättigheter komma att kränkas. Författningsdomstolen hade mot den bakgrunden anledning att uttala sig bl.a. om hur EU-samarbetet generellt kan karakteriseras, om dess demokratiska legitimitet, om kompetensfördelningen mellan unionen och medlemsstaterna liksom om sin egen roll inom de områden som samarbetet omfattar. Domstolens utslag kan sägas innebära ett försvar för samarbetets grundläggande drag sådana de framgår av unionsfördraget och de andra konstituerande fördragen. Till försvaret fogas emellertid också en varning för att låta samarbetet gå utanför de av fördragen givna ramarna. Domstolen förefaller också anse att det inte heller utan mera långtgående tyska grundlagsändringar är möjligt att genom nya fördrag ytterligare utveckla samarbetet.

Enligt författningsdomstolen upprättar unionsfördraget en förening av stater, *Staatenverbund*, som syftar till att skapa en allt fastare sammanslutning av de i stater organiserade europeiska folken, alltså inte en stat grundad på ett enda europeiskt folk. Någon betydelse får man anta att det har att domstolen väljer den mera neutrala beteckningen *Staatenverbund*, förening av stater, i stället för någon av de gängse tyska beteckningarna för sammanslutningar av stater – *Staatenbund*, statsförbund, eller *Bundesstaat*, förbundsstat. Tyskland blir således medlem i en förening av stater, vars befogenheter härleds från medlemsstaterna. Föreningens beslut har bindande verkan i Tyskland endast på grund av att så föreskrivs i den tyska godkännandelagen. Tyskland är därför alltjämt en suverän stat, likställd med andra suveräna stater.

I denna del fäster domstolen alltså avgörande vikt vid att det är fråga om en självständiga staters gemenskap; staterna sluter sig frivilligt samman, de överlämnar frivilligt befogenheter till de gemensamma organen och de lagstiftar frivilligt för att ge gemensamma beslut rättsverkan inom landet. Av detta följer förstas att staterna också frivilligt kan avstå från vidare samarbete – de kan upplösa sin förening. Det framstår här som om domstolen undviker frågan om Tyskland också behåller sin suveränitet på så sätt att landet ensamt kan lämna föreningen. Domstolen konstaterar att "Tyskland är en av 'fördragets herrar', vilka grundat sin bundenhet till det 'på obe-

gränsad tid' slutna unionsfördraget (artikel Q) med sin vilja till ett långfristigt medlemskap, men till slut åter kan upphäva denna tillhörighet genom en motverkande akt". Domstolen kan, som tidigare framhållits, knappast förstås på annat sätt än att den uteslutande uttalar sig om medlemsstaternas möjlighet att gemensamt besluta sig för att upplösa sin gemenskap.

Domstolen framhåller vidare att om Tyskland blir medlem i en gemenskap av stater som har egna befogenheter att utöva suveränitetsrättigheter kan denna gemenskaps makt inte legitimeras på samma sätt som i en nationell rättsordning styrd av en inhemsk författnings föreskrifter. Om suveränitetsrättigheter överläts till ett internationellt organ innebär det med nödvändighet att den av folket valda församlingen – liksom de röstberättigade medborgarna – förlorar visst inflytande på den politiska beslutsprocessen. Beredskapen att åta sig förpliktelser inom ramen för ett internationellt samarbete är emellertid ett karakteristiskt drag för en demokratisk stat som önskar delta i internationella institutioner som likvärdig medlem.

I konsekvens med att unionsarbetet utgör ett samarbete mellan suveräna stater så anser domstolen också att unionens makt ytterst grundas på varje medlemsstats folk via deras nationella parlament. Det innebär att om unionen skulle ges ett alltför stort antal uppgifter och befogenheter, skulle det försvaga demokratin på medlemsstatsnivå vilket i sin tur skulle betyda att de nationella parlamenten inte längre kunde ge legitimitet åt unionens maktutövning. Det finns således från demokratisk synpunkt en gräns för hur långt unionens uppgifter och befogenheter kan utvidgas. Förbundsdagen måste därför behålla uppgifter och befogenheter "av substantiell vikt". Därutöver har folkens representation i det direktvalda Europaparlamentet en understödjande demokratisk funktion, vars betydelse ökar ju längre integrationen fortskrider. I takt med att gemenskapens uppgifter och befogenheter utvidgas växer kravet på att unionen själv demokratiseras. Genom det nya unionsmedborgarskapet knyts ett rättsligt band mellan medborgarna i de skilda medlemsstaterna. Det inflytande som unionsmedborgarna kan utöva kan utmytna i en demokratisk legitimering för de europeiska institutionerna om förutsättningarna i övrigt härför uppfylls. Till de förutsättningarna hör bl.a. en allmän europeisk debatt i unionsfrågor och den enskilde medborgarens möjligheter att på sitt eget språk kommunicera med de gemensamma institutionerna.

Författningsdomstolen drar således en slags grundläggande legitimeringslinje från den enskilde medborgaren i en av medlemsstaterna, över det parlament som han eller hon valt och vidare till de gemensamma institutionerna. Men den linjen ger inte bara samarbetet demokratisk legitimitet, den

sätter också gränser för vilken maktöverföring som är möjlig med bibehållen demokratisk legitimering. Det är närmast fråga om en slags balansakt mellan medborgarens makt och ministerrådets makt – medborgarens makt får inte utarmas för då kan han inte längre tillhandahålla legitimitet åt rådets makt. Det är naturligtvis ett klassiskt problem – den som tillskansar sig all makt kan därefter inte legitimera den makten utifrån något annat än just sin egen maktställning. Demokratisk makt förutsätter att de som ursprungligen besitter makten, folket, anförtror delar av denna till en gemensam ledning som därefter utövar sin makt med ansvar inför dem som överlämnat den.

I ett europeiskt perspektiv kan givetvis en demokratisk legitimeringslinje i princip lika gärna löpa från alla unionsmedborgare via ett lagstiftande Europaparlament, med eller utan medverkan av en senat där staterna är förträdde, till någon form av exekutiv makt. Författningsdomstolen synes inte heller helt utesluta en sådan utveckling. Idag, förefaller den resonera, grundas den gemensamma makten på varje stats folk och på varje nationellt parlament men imorgon kan den grundas på ett europeiskt folk, ett europeiskt parlament och en europeisk offentlighet. Det kan likväl tyckas märkligt att domstolen inte alls berör den konflikt som finns mellan de båda legitimeringslinjerna. Den konflikten innebär ju konkret att i samma utsträckning som Europaparlamentet ges ökad lagstiftningsmakt minskar de nationella parlamentens inflytande. Den makt som de senare besitter inom det europeiska samarbetet förutsätter att den avgörande makten i unionen utövas av regeringarna som i sin tur ansvarar inför parlamenten. Det finns således en motsättning mellan mera demokratiska samarbetsformer å ena sidan och demokratin i medlemsstaterna å den andra.

Det råder emellertid ingen tvekan om att författningsdomstolen anser att det för överskådlig tid avgörande är den gemensamma maktens förankring i suveräna staters folk. Om unionens befogenheter skall vila på mål som formulerats av varje enskilt folk och i den meningen vara demokratiska, förutsätter det enligt domstolen att befogenheterna utövas av representanter för medlemsstaternas regeringar, vilka står under parlamentarisk kontroll.

Domstolen fäster stor vikt vid att unionens makt vilar på principen om särskilt tilldelade kompetenser (Prinzip der begrenzten Einzelzuständigkeit). Unionen har inte någon kompetens att tilldela sig själv kompetens (Kompetenz-Kompetenz). Det innebär att fördraget på ett tillräckligt förutsebart sätt anger hur det kommer att tillämpas, hur överlåtna suveräna rättigheter kommer att utövas. Subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna begränsar också själva utövandet av de överförda kompetenserna.

Men kravet på att unionens maktutövning i huvudsak måste kunna förutses av parlamentet när det godkänner fördraget, innebär också att senare betydande ändringar i den integrationsprocess som fördraget stakar ut inte omfattas av parlamentets godkännande. Om unionens institutioner skulle besluta rättsakter som går utöver fördragen, sådana de legat till grund för det tyska godkännandet, skulle sådana rättsakter sakna rättsverkan i Tyskland och tyska statsorgan av konstitutionella skäl vara förhindrade att tillämpa dem.

Domstolen kritiserar den hittillsvarande tillämpningen av EG-fördragets regel om s.k. fördragsutfyllnad, artikel 235. Fördraget innehåller en klar skiljelinje mellan en rättsutveckling inom fördragets ramar, för vilken artikel 235 kan tillämpas, och tillägg till eller utvidgningar av fördraget, vilka fordrar samtliga medlemstaters godkännande i enlighet med deras konstitutionella krav. Den dynamiska utvecklingen av existerande fördrag har, uttalar författningsdomstolen, hittills grundats på en liberal tillämpning av artikel 235. Det har kunnat ske utifrån idén om underförstådda befogenheter (implied powers) och en tolkning av fördraget för att så långt som möjligt utnyttja de givna befogenheterna (*l'effet utile*). I framtiden får inte, manar domstolen, en tolkning av fördraget innebära en utvidgning av det; en sådan tolkning skulle inte medföra någon bindande effekt för Tyskland.

Det är författningsdomstolen själv som tar på sig uppgiften att för tysk del bedöma om EG-rättsakter håller sig inom eller överskrider gränserna för de suveräna rättigheter som institutionerna anförtrotts i fördragen. Därmed utmanar författningsdomstolen sina kollegor i Luxemburg vars syn på saken är den att EG-domstolen ensam är behörig att pröva EG-rättsaktens giltighet. Även om författningsdomstolen endast avser att pröva en rättsakts giltighet i Tyskland skulle den likafullt inkräkta på EG-domstolens domäner.

Men författningsdomstolens hållning innebär också att den kommer att granska den tyska regeringens förehavanden. Risken för att rådet skall gå utöver sin kompetens måste vara störst på de områden där beslut fordrar enhällighet. Särskilt påtaglig är givetvis den risken vid tillämpning av artikel 235. Det innebär att domstolen inte utesluter att den kan komma att uttala att en rättsakt som den tyska regeringen och övriga regeringar i enighet har bestämt saknar verkan i Tyskland.

Författningsdomstolen påminner vidare om att dess uppgift är att garantera att tyska medborgare tillförsäkras ett effektivt skydd för grundläggande rättigheter. Denna domstolens uppgift gäller inte bara i förhållande till tyska statsorgan. I den mån en överstatlig organisations beslut påverkar tyska rättighetsinnehavares ställning har författningsdomstolen att bereda skydd

även mot sådana beslut. Men när det gäller gemenskapsrättslig sekundär rätt utövar författningsdomstolen sin domsrätt i samarbete med EG-domstolen. Eftersom EG-domstolen garanterar rättighetsskyddet i varje enskilt fall inom gemenskapernas hela territorium, kan författningsdomstolen ”begränsa sig till ett generellt tillförsäkrande av en omistlig grundrättsstandard”.

Här förefaller domstolen bekräfta sin position från sitt s.k. Solange II-avgörande 1986. Den avser inte att pröva enskilda klagomål från tyska medborgare med påståenden om att EG-rättsakter kränker deras rättigheter sådana de garanteras i den tyska grundlagen. Det är en uppgift för EG-domstolen inom ramen för det samarbetsförhållande som författningsdomstolen anser råder domstolarna emellan. Däremot har författningsdomstolen alltså fortfarande att tillhandahålla en allmän garanti för en omistlig grundrättsstandard. Vad det närmare bestämt innebär står väl inte helt klart. Mycket talar dock för att den därmed vill tala om att den avser att bevaka att det skydd som EG-domstolen erbjuder verkligen generellt motsvarar en enligt författningsdomstolens mening godtagbar standard. Däri ligger väl också i så fall att om EG-domstolen skulle komma att avvika från den rätta vägen, har författningsdomstolen att åter träda in till tyska medborgares försvar gentemot ministerrådet.

Vi har redan sett att författningsdomstolen fäster stort avseende vid att utvecklingen i tillräcklig grad är förutsebar för att en överlåtelse av suveränitetsrättigheter skall stå i överensstämmelse med den tyska konstitutionens krav. När det gäller utvecklingen mot en ekonomisk och monetär union (EMU) tvingas emellertid domstolen i någon mån efterge sitt krav på förutsebarhet och i stället i vart fall begära att den vidare utvecklingen inte kan ske utan godkännande av den tyska förbundsregeringen, över vilken förbundsdagen kan utöva inflytande.

Förbundsdagen antog i samband med ratificeringen av unionsfördraget en resolution om EMU. I den deklarerar förbundsdagen att den för sin del kommer att debattera och fatta beslut om de viktiga frågor som reses på vägen mot EMU:s tredje steg, valutaunionen. Enligt fördraget har annars ministerrådet och Europeiska rådet att avgöra dessa frågor. Förbundsdagen inser emellertid att den inte själv kan avgöra dessa frågor och vad den egentligen begär är att förbundsregeringen – vid sitt deltagande i rådets omröstningar – skall respektera omröstningsresultaten i förbundsdagen. Författningsdomstolen kan sägas ytterligare bygga under förbundsdagens ståndpunkt, men ger inget stöd för den som vill se saken så att förbundsdagens beslut på något sätt skulle vara rättsligt nödvändigt för att unionen skall

kunna genomföras. En annan sak är givetvis den politiska sidan av saken. Domstolen konstaterar t.ex. att om en ekonomisk och monetär union skall kunna bli verklighet förutsätter det, oavsett vad fördraget föreskriver, att samtliga deltagande stater verkligen allvarligt arbetar för det målet. I den riktningen pekar t.ex. domstolens uttalande om att de i fördraget bestämda tidpunkterna för tredje stegets ikraftträdande (1 januari 1997 eller senast samma dag 1999) mera måste betraktas som målsättningar än som rättsligt bindande tidsfrister.

6.2 En svensk hållning

Det första mera omfattande försöket att i offentligt tryck bedöma ett medlemskaps viktigaste konstitutionella konsekvenser för svensk del gjordes av Grundlagsutredningen inför EG i betänkandet "EG och våra grundlagar" (SOU 1993:14). Betänkandet publicerades i mars 1993 och föranledde omedelbart en tämligen animerad offentlig debatt. Vad som främst kom att diskuteras var utredningens förslag till en portalparagraf om ett EG-medlemskap i regeringsformens första kapitel om det svenska statskicket. Bestämmelsen kom redan i vänsterpartiets reservation till betänkandet, som i övrigt i allt väsentligt var enhälligt, att betecknas som en "plattläggningsparagraf", dvs. det gjordes gällande att den innebar att Sverige la sig platt inför EG. Den föreslagna regeln hade följande lydelse.

"Har överenskommelse träffats om Sveriges anslutning till Europeiska gemenskaperna och riksdagen beslutat överlåta beslutsbefogenhet till gemenskaperna, gäller de förpliktelser som följer av anslutningen utan hinder av vad som föreskrivs i grundlag eller annan lag."

I Grundlagsutredningens förslag till portalparagraf sägs egentligen inget annat än att de förpliktelser som följer av anslutningen skall gälla i Sverige. Det sägs däremot inte något om vilka dessa förpliktelser är. Bestämmelsen binder således, noga taget, inte Sverige vid något annat än att respektera ingångna avtal. Så länge avtalet medför en skyldighet att ge EG-rätten företräde, så länge ger bestämmelsen utrymme för det. Om förpliktelsen att ge EG-rätten företräde skulle upphöra eller luckras upp, så reduceras i motsvarande mån följderna av den föreslagna regeln.

Såväl i politisk analys som i rättslig exegetik kan det emellertid vara lika viktigt hur något uppfattas som vad som verkligen sägs. I argumentationen kring Grundlagsutredningens betänkande kan två huvudspår skönjas. Längs ett av dessa spår synes man sträva efter att med tillämpning av traditionella lagstiftningsprinciper om inte reglera så åtminstone beskriva den nya rätts-

liga situation som inträder vid ett medlemskap. Man beskriver rådande rättsläge, bedömer dess konsekvenser i konstitutionellt hänseende och formulerar en generell regel som återger vad man funnit. Längs det andra spåret tycks man i stället fästa avgörande vikt vid vad den nya situationen innebär i politiskt avseende, vid Sveriges roll som en av flera aktörer i samarbetet. Av betydelse blir då vad som är "nödvändigt", "lämpligt" och vad som främjar Sveriges handlingsfrihet i förhållande till andra medlemsstater och de gemensamma institutionerna.

I regeringens proposition med förslag till grundlagsändringar inför ett EU-medlemskap (prop. 1993/94:114) får det senast antydda synsättet följande utslag. Regeringen anser att grundlagen inte bör ändras så

"att Sverige binder sig självt vid ett godtagande av nu gällande rättsläge inom EU. Vi skall i stället bevara vår frihet att tillsammans med övriga suveräna medlemsländer utforma principerna för det framtida samarbetet. Den av Grundlagsutredningen föreslagna bestämmelsen i 1 kap. regeringsformen bör mot denna bakgrund inte tas in i regeringsformen."

I propositionen återfinns ett försök till syntes när det gäller det grundläggande sättet att se på EG-samarbetets karaktär. EG-samarbetet har egenskaper som, sägs det, påminner om en förbundsstatlig, federativ, ordning. Som exempel nämns det direktvalda parlamentet som deltar i lagstiftningsarbetet, användningen av majoritetsbeslut i rådet samt principerna om EG-rättens direkta tillämplighet och direkta effekt liksom principen om EG-rättens företräde framför nationell rätt. Men, sägs det vidare, dessa federativa inslag har utbildats på grundval av de fördrag som de suveräna medlemsstaterna slutit och genom praxis som utvecklats hos de institutioner som medlemsstaterna skapat. EG-rättens överstatliga drag vilar således ytterst på medlemsstaternas "uttryckliga eller tysta accept. Ur principiell synpunkt finns inget som hindrar medlemsländerna att tillsammans modifiera eller återta sin accept av denna ordning." De suveräna staternas frivilligt ingångna avtal är alltså grunden. Men på denna grund har en delvis överstatlig ordning byggts.

Över huvud taget ligger tonvikten i grundlagspropositionen på just grunden för samarbetet inom unionen. Det fästs till en början avgörande vikt vid principen om att EG-institutionerna endast besitter de särskilda befogenheter som medlemsstaterna tilldelat dem. Institutionerna har den kompetens som följer av fördragen – inte mer och inte heller mindre. Det innebär att om institutionerna skall tilldelas ytterligare befogenheter, måste det ske genom ett nytt fördrag. Och för att ett sådant nytt fördrag skall kunna komma

till stånd måste det ratificeras av samtliga medlemsstater.

Institutionerna har således inte någon kompetens att själva tilldela sig ytterligare kompetenser; de har inte någon vad den tyska författningsdomstolen betecknar som kompetens-kompetens. Det innebär också, sägs det i propositionen, att det är ”i princip möjligt för riksdagen att vid varje givet tillfälle då överlåtelse beslutas överblicka och förutse vilka befogenheter som överläts.” I propositionen återges därefter den tyska författningsdomstolens uttalande om att för det fall att något EG-organ skulle komma att besluta rättsakter som går utöver unionsfördraget, skulle sådana rättsakter sakna rättsverkan i Tyskland och tyska statsorgan av författningsrättsliga skäl vara förhindrade att tillämpa dem. ”Om”, sägs det så i regeringens proposition, ”ett sådant synsätt har giltighet i Tyskland, bör det ha det också i Sverige.”

En andra viktig tanke i propositionen är att regeringsformens bestämmelser om statsskickets grunder sätter gränser för vilka ytterligare suveräna rättigheter som, utan grundlagsändring, kan överlåtas till gemenskapen. Här återfinns ett resonemang som påminner om vad vi i redovisningen av den tyska författningsdomstolens Maastricht-avgörande kallat för en legitimeringslinje från varje stats folk via deras parlament och till gemenskapens makt.

I propositionen återges regeringsformens första kapitelns första paragrafs första mening: ”All offentlig makt i Sverige utgår från folket.” Att makten utgår från folket hindrar inte, sägs det vidare, att folket uppdrar åt sina företrädare, riksdagen, att samverka med andra folk och att låta beslut som fattas inom ramen för ett sådant samarbete binda de deltagande staterna och deras folk. Men

”För att en sådan samverkan, och de beslut som fattas inom dess ram, skall stå i överensstämmelse med regeringsformens bestämmelser fordras emellertid att det är från folkets valda företrädare som uppdraget härstammar och att det verkställs med ansvar inför dessa företrädare. Det innebär att när det är riksdagen som fattar beslut om att överlåta normgivningsmakt och den svenska regeringen deltar i utnyttjandet av denna överlåtna makt med ansvar inför riksdagen, man principiellt måste anse att även en sådan utövning av vad som kan bli offentlig makt här i landet utgår från det svenska folket.”

Man måste utgå från att regeringen anser att sådan situationen är nu skulle även unionens maktutövning i princip utgå från folket. Men denna folkstyrelsens princip sätter samtidigt en gräns för europasamarbetets möjliga

utveckling. Den innebär nämligen

”å andra sidan att det icke låter sig förenas med regeringsformens nuvarande bestämmelser om det svenska statsskickets grunder att låta ett mellanfolkligt samarbete utvecklas så att därigenom skapas en federal statsbildning, vars maktutövning hämtar sin legitimitet ur ett mandat som givits av ett – i detta fall – europeiskt folk i gemensamma val. En sådan ordning måste, med Grundlagsutredningens ord, ’fordra omfattande grundlagsändringar i samtliga medlemsstater.’ ”

Det innebär att om unionen som sådan skulle demokratiseras i den meningen att dess direktvalda parlament ges den avgörande lagstiftningsmakten, då kommer inte längre den nationella demokratiska folkstyrelseprincipen att äga giltighet. En författning för Sverige som delstat i en federation måste alltså på viktiga punkter ha ett annat innehåll än regeringsformen. Det innebär i sin tur att en sådan utveckling inte är möjlig utan omfattande grundlagsändringar.

Regeringens förslag till ändringar i regeringsformen inför ett EU-medlemskap inskränkte sig, förutom en bestämmelse i 8 kap. 4 § RF om att föreskrifter om val till Europaparlamentet skall meddelas i lag, till ett tillägg till regeln om överlåtelse av beslutsbefogenheter i 10 kap. 5 § RF. Det föreslogs ett nytt inledande stycke till den bestämmelsen av följande lydelse:

”Riksdagen kan överlåta beslutanderätt till Europeiska gemenskaperna så länge som dessa har ett fri- och rättighetsskydd motsvarande det som ges i denna regeringsform och i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Riksdagen beslutar om sådan överlåtelse genom beslut, varom minst tre fjärdedelar av de röstande förenar sig. Riksdagens beslut kan också fattas i den ordning som gäller för stiftande av grundlag.”

Den enda i grundlagen föreslagna sakliga begränsningen i riksdagens rätt till överlåtelse är alltså den att överlåtelse förutsätter att gemenskaperna har ett fri- och rättighetsskydd som motsvarar det som finns i 2 kap. regeringsformen och i Europakonventionen om mänskliga rättigheter. Med att det gemenskapsrättsliga skyddet skall ”motsvara” det svenska måste avses att det skall vara fråga om skydd som är i nivå med varandra, inte att de måste överensstämma på varje punkt. Regeringen konstaterar att vissa EG-rättsakter har ett sådant innehåll att de begränsar några av de grundläggande fri- och rättigheterna i 2 kap. regeringsformen. Eftersom det således ligger

i de gemensamma institutionernas kompetens att besluta regler som kan ha en fri- och rättighetsbegränsande verkan, är det inte möjligt att generellt eller i viss utsträckning förbjuda överlåtelse av beslutanderätt som kan inskränka dessa fri- och rättigheter. Det är också principiellt så, konstaterar regeringen vidare, "att en EG-rättsakt inte i den nationella rättstillämpningen kan angripas med hänvisning till det svenska fri- och rättighetsskyddet." Det är därför "ur svensk synpunkt av avgörande betydelse för EG-rättens genomslag här i landet att det fri- och rättighetsskydd som finns inom EU verkligen upprätthålls." Med den föreslagna begränsningen avsåg regeringen att markera detta svenska intresse.

Propositionen innehåller därutöver förslag till två smärre ändringar i tryckfrihetsförordningen med anledning av ett medlemskap. Det gäller dels något vidgade möjligheter att till skydd för hälsa eller miljö införa förbud mot reklam, dels att göra det möjligt även för utlänningar utan hemvist i Sverige och utländska juridiska personer att äga svenska tidningar.

Riksdagen beslutade 1994 att anta regeringens förslag till grundlagsändringar. Det principiella synsätt som kommer till uttryck i konstitutionsutskottets betänkande (1993/94:KU21) ansluter nära till grundlagspropositionens. När det gäller markeringen av fri- och rättighetsskyddet i 10 kap. 5 § RF sägs att det framgår

"att det är riksdagen som i samband med beslut om överlåtelse skall göra bedömningen att gemenskapernas fri- och rättighetsskydd motsvarar det som ges i regeringsformen och i Europakonventionen. Domstolar och myndigheter är således skyldiga att tillämpa en EG-rättslig regel som utfärdats på ett område där EG genom överlåtelsen erhållit kompetens att lagstifta, även om den skulle begränsa en i RF angiven fri- och rättighet."

Så länge EG håller sig till vad som överlåtitis gäller alltså det EG beslutar utan hinder av vad som annars föreskrivs i svensk rätt. Men utskottet framhåller också

"att om EG beslutar ett direktiv som strider mot svensk grundlag kan det inte genomföras här utan att grundlagen först ändras. Direktiven förutsätter nationell lagstiftning och riksdagen kan ju inte lagstifta i strid med grundlag. Från EG-rättslig synpunkt inträder dock en skyldighet att ändra grundlagen. Saken skulle enligt utskottets mening ställas på sin spets om EG beslutade en direkt tillämplig förordning som strider mot någon regel i svensk grundlag.

Om en regel i en förordning eller ett direktiv från svensk sida framstår som konstitutionellt oacceptabel, bör enligt utskottet den svenska håll-

ningen inte vara att tala om en konflikt mellan EG-rätt och nationell rätt. I en sådan har ju EG-rätten företräde. Vad frågan i stället bör gälla är om EG-organet haft rätt att med verkan för Sverige fatta ett sådant beslut som det fattat. Ligger med andra ord den beslutade rättsakten inom det område där beslutanderätten överlåtits? Blir svaret att den ligger utanför detta område, är den, som ovan framhållits, inte giltig som EG-rätt i Sverige.”

Här återkommer således den i grundlagspropositionen antydda – och i den tyska författningsdomstolens Maastricht-dom uttryckligen utförda – tanken att om EG-organ skulle handla utanför sin befogenhet skulle en sålunda beslutad rättsakt sakna rättsverkan i medlemsstaterna.

Den tanken är inte svår att acceptera på det principiella planet. Om A anförtror B en viss behörighet att handla på A:s vägnar, är A därför inte bunden av en rättshandling som B företar utanför den behörigheten. Men den svåra fråga som uppkommer när en sådan civilrättslig regel skall överföras till förhållandet mellan unionen och dess medlemsstater är: Vem avgör om EG-organet överskridit sin behörighet eller ej? Den tyska författningsdomstolen är inte svaret skyldig – det gör, för Tysklands del, författningsdomstolen.

I artikel 219 EG-fördraget föreskrivs att ”medlemsstaterna förbinder sig att inte lösa tvister angående tolkningen eller tillämpningen av detta fördrag på annat sätt än som bestämts genom fördraget.” Det framstår som närmast självklart att en fråga om en EG-institution har eller inte har behörighet att fatta ett visst beslut är en fråga ”angående tolkningen” av fördraget. I den fördragsbestämmelse som reglerar EG-domstolens domsrätt i förhållande till de övriga institutionerna (artikel 173) sägs också uttryckligen att en grund för att föra talan i fråga om giltigheten av EG-rättsakter är just ”bristande behörighet”. Att det i dessa frågor gäller en exklusiv behörighet för EG-domstolen framgår – förutom av domstolens egen praxis – indirekt av artikel 183 EG-fördraget som föreskriver att ”med förbehåll för de befogenheter som tilldelats domstolen genom detta fördrag, skall tvister i vilka gemenskapen är part inte av denna anledning vara undandragna de nationella rättstillämpande myndigheternas behörighet.”

Mot den bakgrunden är det ur EG-rättslig synpunkt svårt att se att en medlemsstat som anser att ett EG-organ överskridit sin behörighet ensidigt skulle kunna förklara sig vara obunden av ett gemensamt fattat beslut utan att använda sin fördragsfästa rätt att genom talan hos EG-domstolen klandra beslutet. Inte heller förefaller det vara förenligt med EG-rätten att en

medlemsstat eller dess myndigheter vägrar att tillämpa en sådan regel sedan EG-domstolen funnit att beslutet är giltigt.

Även om gemenskapsrättens ståndpunkt nog är entydig kan frågan om gemenskapsmaktens gränser givetvis också betraktas ur ett strikt nationellt perspektiv. Det är ett sådant perspektiv som genomsyrar den tyska författningsdomstolens Maastrichtavgörande och som tämligen uttalat ligger till grund för den svenska regeringens och konstitutionsutskottets bedömningar. Det avgörande för vilka gemensamma beslut som kan fattas blir även från den utgångspunkten vilka suveränitetsrättigheter som staten överlåtit. Men eftersom det är den enskilda staten som bestämmer sig för att anförtro viss kompetens åt de gemensamma institutionerna bör den suveräna staten också ha rätt att vägra erkänna sådana beslut som inte rymms inom den kompetensen.

Sammanfattningvis måste man kunna dra den slutsatsen att den svenska hållningen förefaller vara att erkänna att vid en konflikt inom ramen för den överlåtna området mellan nationell rätt och EG-rätt har den senare företräde, oberoende av den nationella lagens konstitutionella valör. Ett beslut som en EG-institution fattat med överskridande av sin behörighet saknar däremot principiellt giltighet. När det gäller att avgöra om ett överskridande har skett står det klart att det enligt gemenskapsrätten är en uppgift för EG-domstolen. Lika klart torde vara att de alltjämt suveräna medlemsstaterna i avgörande frågor kan komma att hävda sina nationella intressen, även till priset av att detta av övriga stater och av EG-domstolen bedöms som ett fördragsbrott.

Unionens och medlemsstaternas kompetens inom EU

Sektionsmöte

Referatskrivare: Hovrättsassessorn *Kristina Holmgren*, Sverige

Debattledaren, kammarrättspresidenten *Reidunn Laurén*, Sverige, bjöd välkommen, redogjorde för sektionens ram samt gav ordet till referenten.

Referenten, rättschefen *Göran Schäder*, Sverige, inledde med en genomgång av huvudpunkterna i det av honom utarbetade skriftliga bidraget.

Korreferenten, advokaten *Peter Gjørtler*, Danmark: Låt mig först framhålla att det är ett mycket informativt och omfattande bidrag som referenten Göran Schäder lagt fram. Inledningsvis vill jag göra följande kommentarer till ämnet. Det är slående vilka likheter i uppfattning som kommer till uttryck i såväl den tyska författningsdomstolens avgörande beträffande Maastrichtfördraget som i de svenska grundlagsförarbetena inför medlemskapet i EU. Denna uppfattning överensstämmer vidare med den traditionella danska synen på förhållandet mellan EU och medlemsstaterna. Den uppfattning jag här avser utgår från den suveräna staten som i enlighet med de förutsättningar som den egna författningen ställer upp har valt att ingå i ett statsförbund genom att överlåta en del av sin suveränitet för att den istället skall utövas gemensamt av medlemsstaterna. Implicit i denna uppfattning ingår ett förbehåll om att staten även kan välja att lämna statsförbundet. Detta trots att denna möjlighet inte uttryckligen framgår av fördraget.

Mot denna uppfattning skall dock ställas ett annat synsätt som kommer till uttryck i EG-domstolens praxis. Enligt detta synsätt har genom tillkomsten av gemenskapen skapats en ny rättsordning som har erhållit en självständig identitet genom att medlemsstaterna på obestämd tid har överlåtit en väsentlig del av sin suveränitet. Detta synsätt bygger på tanken att det

inte längre är folkrätten eller de nationella författningarna som bestämmer de villkor under vilka medlemsstaterna kan lämna gemenskapen. Denna fråga skall istället avgöras enligt gemenskapens egen rättsordning.

Som Göran Schäder anför i sitt bidrag har frågan om möjligheten till utträde hittills varit aktuell endast vid ett tillfälle. Det var vid Grönlands utträde ur gemenskapen. Vid det tillfället motsatte sig dock ingen av medlemsstaterna utträdet varför frågan inte ställdes på sin spets.

Problemställningen har också visat sig i samband med Frankrikes bojkott av gemenskapen i början av 60-talet när majoritetsbeslut enligt fördraget skulle ha införts. Vid det tillfället blev problemet som bekant löst politiskt och inte rättsligt genom den s.k. Luxemburgkompromissen. Denna kompromiss innebar ett konstaterande av å ena sidan att oenighet förelåg om existensen av en vetorätt, å andra sidan att medlemsstaterna oavsett denna oenighet önskade fortsätta samarbetet. Vetorätten har dock aldrig kodifierats utan den har endast existerat som ett politiskt fenomen i form av gentlemen's agreement.

Även de nationella domstolarnas reaktion inledningsvis på EG-domstolens praxis om EG-rättens företräde och direkta effekt, särskilt i Frankrike och Tyskland, kan anföras som exempel på problemställningen. Konflikten löstes här som bekant genom att EG-domstolen modifierade sin praxis på det sättet att mänskliga rättigheter och nationella författningsprinciper uppfattades som en oskriven del av EG-rätten. Det är i detta sammanhang anmärkningsvärt hur odramatiskt medlemsstaterna och de nationella domstolarna har reagerat på EG-domstolens senare praxis som inneburit att det inte är alla utan endast de gemensamma författningsprinciperna som är att uppfatta som EG-rättsliga principer, vilket även framgår av Maastrichtfördragets artikel F.

Göran Schäder går mycket grundligt igenom den tyska författningsdomstolens avgörande om Maastrichtfördragets förenlighet med den tyska grundlagen. Författningsdomstolen konstaterade bl. a. att den samlade mängden suveränitet som överlåtits till gemenskapen nu har nått en sådan omfattning att man kommit nära den gräns där den resterande suveräniteten är så begränsad att förutsättningarna för den nuvarande nationalstaten upphör. Nyligen har en liknande fråga uppkommit i Danmark. Højesteret har genom dom den 12 augusti 1996 brutit med sin tidigare praxis genom att så att säga införa Dassonville-principen i fråga om medborgarnas talerätt i fall av suveränitetsöverlåtelse. Det kan således, enligt Højesteret, föreligga ett rättsligt intresse för den enskilde att få själva suveränitetsöverlåtelsen prövad eftersom den potentiellt kan komma att utnyttjas och därmed också

påverka medborgarnas konkreta intressen. Som Højesteret anför i sitt avgörande, kommer den centrala problemställningen, suveränitetsöverlåtelsens förenlighet med grundlagen, knappast att bli bättre belyst genom att man avvaktar ett konkret utnyttjande. Det blir spännande att se hur den danska landsret, som nu fått saken på sitt bord, kommer att pröva frågan. Traditionellt har diskussionen i Danmark tagit sin utgångspunkt i själva ordalydelsen av grundlagens § 20 och därmed frågan om suveränitetsöverlåtelsen har varit tillräckligt avgränsad för att vara av ett "naermere bestemt omfang". Inför Danmarks medlemskap 1972 var det särskilt tolkningen av artikel 235 i EG-fördraget som var ett problem eftersom den artikeln inte är särskilt väl avgränsad utan dynamisk. Det man kan hoppas är att den danska landsret som skall pröva frågan numera istället tar fasta på den tyska författningsdomstolens grund för prövning och uppfattar orden "naermere bestemt omfang" som ett kvantitativt krav. Utgångspunkten är då att överlåtelsen av suveränitet inte kan vara av sådan omfattning att underlaget för den danska nationalstaten försvinner.

Mot bakgrund av dessa inledande kommentarer föreslår jag fyra huvudämnen för den fortsatta diskussionen.

Det första ämnet rör gemenskapens natur. Var befinner sig gemenskapen på en skala som går från ett statsförbund till en förbundsstat? Hur nära är vi den punkt då den nationella suveräniteten uttömts i en sådan omfattning att förutsättningarna för nationalstaten är en omöjlighet? I vilken omfattning är ändringar i gemenskapens rättsordning reglerade endast av EG-rätten och inte av folkrätten genom Wienkonventionen?

Det skall i detta sammanhang anmärkas att de danska undantagen från Maastrichtfördraget som gjordes genom Edinburghöverenskommelsen sägs vila på folkrättslig grund. En avvikelse från överenskommelsen skulle därmed kunna prövas av Internationella domstolen i Haag. Det leder också till frågan om det finns en möjlighet att Internationella domstolen i Haag även skulle kunna pröva var gränsen går mellan EU och medlemsstaternas kompetens, och detta trots artikel 219 i EG-fördraget. Sett ur ett motsatt perspektiv kan frågan ställas, i vilken omfattning som EG-rättens överordnade rättsprinciper sätter gränser för medlemsstaternas traktatkompetens?

Det andra ämnet som jag vill föreslå för diskussion rör medlemsstaternas kompetens som medlemmar av gemenskapen. I detta sammanhang är särskilt betydelsen av subsidiaritetsprincipen av intresse. Som Göran Schäder anför kan denna princip betraktas från två synvinklar. Vid en första anblick

framstår den som ett skydd av den nationella kompetensen genom att gemenskapens kompetens görs subsidiär. Emellertid kan den också uppfattas som en bestämmelse som uttryckligen slår fast att gemenskapen har kompetens överallt där detta är nödvändigt. Därmed överläts det till rådet att avgöra nödvändigheten av gemenskapslagstiftning. EG-domstolen kan knappast förväntas företa en materiell prövning av rådets bedömning i denna fråga. Härtill kommer att principen enligt sin ordalydelse inte omfattar områden där gemenskapen har exklusiv kompetens.

Det tredje ämnet som jag vill föreslå för diskussion gäller samarbetet mellan EG-domstolen och de nationella domstolarna. Som framgår av Göran Schäders bidrag har den direkta effekten och principen om EG-rättens företräde skapats genom EG-domstolens praxis. Enligt dansk dualistisk uppfattning följer EG-rättens företräde och den direkta effekten av den danska tiltraedelseslov som ger EG-rätten rättsverkningar i Danmark. Förhållandet till senare folketingslagstiftning kan eventuellt förklaras genom lex specialis-principen. Men grundlagens företräde kräver att det intolkas en grundlags-sedvana som ger tiltraedelsesloven en särskild status.

Emellertid följer motsatsvis av EG-domstolens praxis att EG-rättens företräde och direkta effekt grundar sig omedelbart på suveränitetsöverlåtelsen till gemenskapen. Om nationell rätt står i strid med EG-rätten är de nationella parlamenten skyldiga att ändra den nationella rätten så att den överensstämmer med EG-rätten. Genom Simmenthal-principen följer det som en omedelbar effekt av en dom från EG-domstolen att den nationella bestämmelse som befunnits strida mot EG-rätten skall betraktas som icke gällande. Härtill kommer Marleasing-principen som innebär att all nationell rätt skall tolkas i överensstämmelse med EG-rätten. Dessutom bör nämnas San-Giorgio- och Brasserie de Pecheur-principen som innebär en skyldighet för medlemsstaterna att vid överträdelse av EG-rätten återbetala obehöriga avgifter respektive i kvalificerade fall även utge skadestånd till de berörda medborgarna.

Det speciella med dessa förpliktelser är att genom EG-domstolens tolkning av lojalitetsprincipen i artikel 5 i EG-fördraget har särskilt de nationella domstolarnas roll pekats ut. Detta innebär också enligt Factortame-principen en plikt för de nationella domstolarna att interimistiskt suspendera användningen av en nationell bestämmelse under tiden som frågan om bestämmelsens förenlighet med EG-rätten prövas. Denna plikt har uttryckligen accepterats av den danska Højesteret i ett avgörande från 1994. Højesteret accepterade då att grunden för denna skyldighet inte finns i dansk

rätt och inte heller följer uttryckligen av fördragen utan endast av EG-domstolens tolkning av lojalitetsprincipen i artikel 5. De samlade verkningarna av dessa principer innebär på många sätt ett rimligt avvägt skydd för den enskilde medborgaren mot övergrepp i fråga om gemenskapsrätten av medlemsstaterna. Emellertid är det från rättssäkerhetssynpunkt olyckligt att dessa viktiga principer endast vilar på praxis och aldrig har blivit kodifierade i fördraget.

Som *det sista och fjärde ämnet* för diskussion vill jag föreslå framtida samarbetsformer mellan medlemsstaterna och gemenskapen. Som Göran Schäder framhåller i sitt bidrag ingår det i den tyska författningsdomstolens avgörande om Maastrichtfördraget ett uttalande om att det är en demokratisk nödvändighet att den direkta förbindelsen mellan väljarna och den lagstiftande församlingen bibehålls i det fortsatta samarbetet. Om all suveränitet överläts till gemenskapen kommer enligt denna grundsats det inte att vara tillräckligt att väljarna är indirekt representerade i rådet genom sina regeringar. I stället kommer det att förutsätta en direktvald lagstiftare i likhet med det existerande Europaparlamentet. Jag delar inte denna syn eftersom jag menar att demokrati av många skäl nödvändigtvis måste vara indirekt. Det enda problemet med rådet som lagstiftare är, enligt min uppfattning, dess slutenhet som försvårar en demokratisk kontroll. I detta hänseende var den ursprungliga grunden för parlamentet långt bättre, nämligen via den indirekta kopplingen till de nationella parlamenten. Genom denna ordning säkrades de nationella parlamentens deltagande. Detta deltagande kan eventuellt återskapas genom att de nationella parlamenten används som remissinstanser av Europaparlamentet. Ett sådant system skulle också kunna förstärka de nationella parlamentens möjlighet att kontrollera de egna regeringarnas roll i rådet.

Till sist kan man eventuellt fråga sig, eftersom EG-domstolen i så hög grad blivit en del av gemenskapen, om tiden har kommit för att tillskapa en mer fristående rättsinstans. En gemensam europeisk rättsinstans med kompetens att döma i frågor rörande inte enbart EG-rätten utan också EES-avtalet, Europakonventionen och andra liknande europeiska rättsakter. Inrättandet av ett sådant organ skulle dock medföra både praktiska och politiska problem.

Avslutningsvis vill jag tacka Göran Schäder för hans omfattande och inspirerande bidrag som jag hoppas kommer att kunna utgöra grund för en intressant debatt denna eftermiddag.

Regeringsrättens ordförande, *Göran Wahlgren*, Sverige: Jag skulle vilja ta upp en fråga som Göran Schäder behandlade ganska kortfattat, nämligen förhållandet mellan EG-domstolen och Europadomstolen. Som ni vet förekommer det en diskussion om en eventuell anslutning av EG eller EU till den europeiska konventionen till skydd för de mänskliga rättigheterna. EG-domstolen påstås ju ibland ha avvikit från Europadomstolens praxis på området för mänskliga rättigheter. Detta förhållande får mig att ställa frågan om inte de medlemsstater som skrivit under konventionen i första hand är skyldiga att iaktta konventionsbestämmelserna. I Sverige är ju numera konventionens bestämmelser dessutom svensk lag. Det finns en bestämmelse i vår grundlag som innebär att svensk lag inte får meddelas i strid med konventionens bestämmelser. Måste därför inte de nationella domstolarna följa konventionsbestämmelserna i första hand trots den suveränitetsöverlåtelse som skett till EU?

Referenten, rättschefen *Göran Schäder*, Sverige: Samtliga medlemsstater i EU är konventionsstater under Europakonventionen och de är därför bundna av denna. Medlemsstaterna är således skyldiga att följa Europakonventionens bestämmelser när man tillämpar EG-rätten. EG-domstolen har dessutom i sin praxis uttalat att man tillämpar Europakonventionens principer.

Emellertid kan det naturligtvis uppstå olikheter i EG-domstolens och Europadomstolens tillämpning. Detta utgör än så länge en olöst konflikt. När EG-domstolen yttrade sig över det tilltänkta EES-avtalet uttalade domstolen att det visst var möjligt för EG-domstolen att i och för sig inordna sig i ett annat rättssystem som var i någon mening överordnat EG-rätten inom ett från EG-rätten mera väsensskilt område. Men när man nu läser det nya yttrandet från EG-domstolen angående en eventuell anslutning till Europakonventionen förefaller domstolens entusiasm inför ett sådant underordnande ha minskat. Jag vet inte om detta utgör en förändrad attityd från domstolens sida. Det kanske finns andra deltagare här idag som kan säga något om detta.

Domaren i EG-domstolen, *Leif Sevón*, Finland: Jag vill inledningsvis kommentera den nyss behandlade frågan. Jag tror inte att man skall läsa EG-domstolens yttrande angående en eventuell anslutning till Europakonventionen på ett sådant sätt att domstolen där tar ställning till förhållandet mellan EG-domstolen och Europadomstolen. Det enda domstolen säger i sitt yttrande är att artikel 235 i EG-fördraget inte utgör en tillräcklig grund för unionen eller gemenskapen att ansluta sig till konventionen. För detta skulle krävas fördragsändringar.

När det gäller frågan om uppkomna tolkningsolikheter mellan domstolarna finns det möjligen två exempel. I det ena fallet rör det sig om en situation där EG-domstolen har avgjort ett mål och Europadomstolen först en tid därefter ställdes inför en likartad fråga och då kom till ett annat resultat. Det har aldrig prövats om EG-domstolen i detta fall verkligen skulle framhärda i något som skulle kunna betecknas som en felaktig tolkning. När det gäller det andra fallet är det mera dubiöst om det överhuvudtaget har förelegat en konflikt eller om det har rört sig om olika situationer som har blivit lösta i olika kontext på olika sätt.

Av de fyra frågor som korreferenten nämnde vill jag kommentera några. Den första frågan huruvida unionen är en förbundsstat eller ett statsförbund förefaller mig vara en fråga om det klassiska spörsmålet hur man skall uttala namnet Darius. Längre än så kommer man inte om man inte samtidigt definierar de olika begreppen. Jag tror att det yttersta svaret ändå blir att unionen i dag representerar något unikt som inte faller in under något vedertaget begrepp.

Den andra frågan gäller subsidiariteten. Här vill jag inleda med att konstatera att den som hoppats att dagens diskussion skulle kunna ge svar på frågan om den eller den frågan hör till EG:s eller medlemsstaternas kompetens förmodligen kommer att bli djupt besviken. Det är nämligen ett svar som inte låter sig ges. Det sammanhänger med att definitionen av EG:s kompetens har gjorts på en funktionell bas som leder till att den skär igenom all annan rättslig systematik på de mest överraskande sätt. Man kan t. ex. känna sig frestad att säga att EG-rätten inte har någon bärning på straffrätten. Men det är ett påstående som lätt kan vederläggas genom en dom av EG-domstolen i år. Målet gällde två grekiska medborgare som flyttade till Tyskland och etablerade en rörelse i vilken man använde en bil. Efter ett år åkte de fast och fick betala betydande böter för att de hade kört bilen trots att de inte hade tyskt körkort. EG-domstolen konstaterade i sitt avgörande att det i och för sig var acceptabelt med en regel som säger att ett körkort skall ersättas. Men det är dubiöst huruvida en påföljd av den typ som påfördes är proportionell i förhållande till brottet och strider eller kan strida mot EG-rätten. Samma problem ligger i distinktionen mellan den första, andra och tredje pelaren. Särskilt märks detta i det utrikespolitiska samarbetet där förhållandet mellan utrikespolitik och utrikeshandelspolitik lett till problem av vilka få ännu blivit lösta.

Jag skulle också vilja kommentera korreferentens konstaterande beträffande subsidiariteten och möjligheten av en judiciell kontroll av denna. Det kan finnas anledning att utveckla resonemanget något längre. För det första

är det alldeles klart att om rådet gör ett fel i förfarandet, t. ex. genom att inte motivera varför EG anses ha kompetens, är det alldeles klart att detta kan underkastas domstolens kontroll. När det gäller frågan om bedömningen av det politiskt mer ändamålsenliga tror däremot jag att korreferenten har väsentligen rätt. Men jag är inte säker på att det inte även här skulle kunna tänkas situationer som bedöms vara så flagranta att det skulle kunna ske en judiciell kontroll av dem.

Till slut några avslutande kommentarer. Referenten nämnde det skadeståndsansvar som medlemsstaterna kan bli skyldiga att utge till enskilda på grund av att bestämmelser, som inte har direkt effekt, har blivit åsidosatta. Denna regel har nyligen blivit utvidgad genom fyra nya avgöranden från domstolen: *Brasserie de Pecheur*, *Factortame*, *Hedley Lomas* och *British Telecommunication*. Dessutom är ytterligare två mål under avgörande. Det finns de som roar sig med att ifrågasätta om man verkligen bör slå fast ett sådant skadeståndsansvar utan uttryckligt stöd i fördraget. Min kommentar till detta är att det väl inte finns någon medlemsstat som inte har ett skadeståndsansvar för staten. Det finns dock vissa medlemsstater där skadeståndsansvaret inte omfattar parlamentens lagstiftande verksamhet. Folkrättsligt är detta emellertid ett ointressant argument. Varje folkrättsbrott, oavsett vilket organ som begått det, kan föranleda skadestånd.

Det finns också avgöranden som oroar dem som anser att grundlagen har företräde framför EG-rätten. I juli i år kom ett avgörande som gällde ett fördragsbrott av Luxemburg. Den luxemburgska lagstiftningen har varit ovanligt uppfinningsrik när det gäller att föreskriva att alla offentliga tjänster skall innehas av luxemburgska medborgare. Det skall tilläggas att det är få tjänster som inte anses vara offentliga. Luxemburg invände i målet att ordningen hade stöd i deras grundlag. EG-domstolen fann dock detta argument föga övertygande. Men var gränsen går, hur långt EG-domstolen är beredd att pressa medlemsstaterna ifråga om deras konstitutioner tror jag är ett spörsmål där domstolen kanske har lärt sig en del av vad som har hänt tidigare.

Professorn i statskunskap *Olof Ruin*, Sverige: Jag förstår att jag som statsvetare förväntas tala politik och inte ägna mig åt det juridiska. En gång försökte jag mig emellertid på att vara mera juridisk än politisk. Det var i Grundlagsutredningen där jag var ordförande och referenten Göran Schäder var expert. Det var vid det tillfället vi hittade på den sk. plattläggningsparagrafen, en paragraf i regeringsformen som uttryckligen sade att de förpliktelser som följer av anslutningen till EU gäller utan hinder av vad som följer av grundlag eller annan lag. Vi ansåg oss redogöra för rättsläget så

som vi uppfattade det och trodde samtidigt att vi därigenom inte mera skulle behöva ändra grundlagen. Jag kan inte låta bli att tänka på den lösningen i dessa dagar när vi diskuterar EMU och kanske nu måste ändra grundlagen. Hade vi haft plattläggningsparagrafen hade kanske den problematiken inte behövt uppstå. Den dåvarande regeringen, där fru ordföranden ingick, förstod att bestämmelsen inte var politiskt klok. Den kunde kanske äventyra en ja-seger men framför allt kunde den försvåra Sveriges handlingsfrihet. Jag tycker nu att det var en riktig bedömning.

När det gäller den tyska författningsdomstolens avgörande förstår jag fortfarande inte hur det avgörandet överensstämmer med vad jag har lärt mig om rättsläget i EU. Men igen så förstår jag att det här handlar om politik. Är det så att den största staten i EU säger att det förhåller sig på ett visst sätt kommer det att bli så. Det blir alltså politik.

För att återknyta till de föreslagna ämnena för diskussion tycker även jag att det är totalt ointressant att diskutera om EU är ett statsförbund eller en förbundsstat. EU är helt unik. Även subsidiaritetsprincipen är huvudsakligen en politisk fråga och jag tror därför inte att en juridisk prövning av den kommer att leda någon vart.

När det gäller frågan om de framtida samarbetsformerna kan jag nämna att jag för närvarande sitter med i en arbetsgrupp under kommissionen som skall ge råd i frågor som anknyter till IGC. De pågående diskussionerna handlar mest om hur man skall stärka de nationella legislaturernas inflytande. Vi som nybörjare i EU kan tycka att det var ett misstag att införa direkta val till Europaparlamentet. Istället borde man ha behållit den indirekta representationen via de nationella parlamenten. Men den synen uppfattas i övriga Europa som helt obsolet.

Min sista punkt anknyter till den pågående regeringskonferensen. Som ni alla vet är honnörsorden där effektivitet, öppenhet och underlättande av utvidgning. Som det politiskt ser ut för närvarande är det knappast sannolikt att det kommer ut så mycket av regeringskonferensen. Här ser jag ett svårt konstitutionellt problem när vi skall bedöma resultatet av processen. Blir det bara fråga om en ratificering av ett fördrag eller skall det också bli fråga om en överlåtelse av ny kompetens. Det blir alltså fråga om en definition av vad överlåtelse av kompetens är. Är t.ex. en något annorlunda röstviktning i rådet en överlåtelse? Det kan bli mycket svårt att bedöma denna typ av frågor. Vi har dessutom den komplikationen i Sverige att skulle det anses vara fråga om överlåtelse förutsätter grundlagsbestämmelsen antingen 3/4 majoritet i riksdagen eller att beslutet fattas i den ordning som gäller

vid ändring av grundlag. Vid en ändring av grundlag kan i Sverige numera 1/3 av riksdagen framtvunga en folkomöstning.

Den bestämmelse som vi nu har i den svenska grundlagen säger att vi kan överlåta beslutanderätt till gemenskaperna så länge som dessa har ett fri- och rättighetsskydd motsvarande det som ges i regeringsformen och i Europakonventionen. Men vem skall avgöra om så är fallet? Enligt vår tradition här i Sverige har det varit riksdagen som gör det. Men t.o.m. jag som alltid varit mot en författningsdomstol i Sverige börjar nu tveka något just vad gäller denna bestämmelse i grundlagen.

Samtidigt vill jag kommentera Peter Gjørtlers utspel angående en ny domstol i Europa. Jag har en allmän skepsis mot att skapa ytterligare organ. Om man skulle skapa ett sådant organ, någon form av överdomstol, så tror jag att den domstolen skulle få en sådan typ av kompetens att den inte skulle våga använda den på grund av de starka politiska krafter den skulle kunna få känna av.

Referenten, rättschefen *Göran Schäder*, Sverige: Den aktuella bestämmelsen i grundlagen innebär enligt min mening, att kontrollen av om EG lever upp till det fri- och rättighetsskydd som regeringsformen och Europakonventionen ställer upp skall prövas endast vid de tillfällen då det är aktuellt för riksdagen att ta ställning till om EG skall ges ytterligare kompetenser. Det är inte en bestämmelse som man kan pröva enskilda rättsakter mot. Däremot uppstår det behovet kontinuerligt när det gäller att pröva om den EG-rättsakt som har beslutats ligger inom det överlåtna området. I grundlagsförarbetena uttalas att om en sådan prövning leder till konstaterandet att EG gått utöver sin kompetens så skall rättsakten inte tillämpas. Det sägs däremot ingenting om vem som skall utföra denna prövning. Här kan det nog finnas ett utrymme för de nationella domstolarna om situationen uppkommer där.

Professorn i Europarätt, *Ulf Bernitz*, Sverige: Jag skulle vilja ta upp frågan om de nationella domstolarnas roll. Det förhåller sig ju numera så - utan att vi kanske har gjort det riktigt klart för oss - att de nationella domstolarna i viss mening är författningsdomstolar. Även om det var något överraskande att den danska Højesteret tagit det steg som Peter Gjørtler tidigare har redovisat ser jag det ändå som ganska följdriktigt. Sett ur ett svenskt perspektiv har våra domstolar varit ytterst försiktiga med att utöva författningsdomstolsliknande befogenheter. Vår regeringsform sätter också gränser för en sådan prövning. Men även inom ramen för de gränser som grundlagen ger har domstolarna uppträtt mycket försiktigt. Jag tror att denna hållning bör för-

ändras såvitt gäller förhållandet till EU. Istället bör man nu se det som att det handlar om ett samspel mellan EG-domstolen å ena sidan och de nationella domstolarna - och då särskilt de högsta nationella domstolarna - å den andra sidan.

Låt oss stanna ett ögonblick vid den tyska författningsdomstolens avgörande beträffande Maastrichtfördragets förenlighet med den tyska konstitutionen. Här ser man ett exempel på hur ett lands författningsdomstol klart markerar gränserna mellan medlemsstaten och EU. Frågan är om vi här i Norden har någon domstol som skulle kunna spela en motsvarande roll och vara beredd att utveckla principer kring relationen mellan EG-rätt och nationell rätt. Svaret är väl att vi inte har någon sådan tradition. Det kan finnas en fara med att vi dragit gränsen mellan politik och juridik på ett sådant sätt att domstolarna avhåller sig från att uttala sig i denna typ av frågor. Det kan leda till att vi avhänder oss ett handlingsutrymme. De nationella grundlagarnas värde måste naturligtvis hävdas i det europarättsliga sammanhanget och här har de nationella domstolarna en roll att fylla. Det behövs därför, enligt min mening, en förändrad attityd i denna fråga.

Korreferenten, advokaten *Peter Gjørtler*, Danmark: Jag är överens med Olof Ruin om att subsidiaritetsprincipen huvudsakligen är en politisk manifestation, en signal om att nu minskar vi tempot i gemenskapspolitiken.

Låt mig därefter återknyta till frågan om var EU befinner sig på skalan mellan statsförbund och förbundsstat i betraktande av den tyska författningsdomstolens avgörande. Enligt min uppfattning är det av intresse att observera den diskussion som fördes inför den tyska domstolen och som nu kommer att föras också inför den danska underrätten. Diskussionen gällde frågan hur nära vi är den punkt då inte längre författningssystemet håller för ytterligare suveränitetsöverlåtelse till EU. Min egen uppfattning är att vi är ganska långt från den punkten. Det är dock oroande att en så betydande domstol som författningsdomstolen i Tyskland menar att vi har kommit ganska nära den gränsen.

Jag vill också säga att Højesterets nya dom pekar på en klar beredvillighet att ta på sig en författningsskyddsroll.

Ordföranden i regeringsrätten, *Göran Wahlgren*, Sverige: Vår svenska grundlag slår fast att regler antagna av riksdagen och regeringen skall tillämpas om de inte uppenbarligen strider mot grundlagen. Jag tror att de svenska domstolarna mer och mer kommer att fullfölja sin uppgift att utföra författningskontroll. Men uppenbarhetskravet kan ändå verka hämmande på domstolarnas villighet att sätta åsido regler som strider mot EG-rätten,

detta är ett psykologiskt dilemma. En ytterligare komplikation i detta sammanhang är Europakonventionens bestämmelser som ju numera också är svensk lag.

Men det finns också ett annat element. EG:s lagstiftningsprodukter är ofta mycket svåra att läsa, de passar ej nationell lagstiftning vare sig beträffande terminologi eller klarhet. De nationella högsta förvaltningsdomstolarna inom EU har därför framfört önskemål om införandet av en slags lagrådsinrättning där de nationella lagstiftarna ges betydligt större inflytande över utformningen av EG:s rättsregler. På så sätt skulle kunna åstadkommas mer lättillämpade regler.

Referenten, rättschefen *Göran Schäder*, Sverige: Inför medlemskapet var det klart att något uppenbarhetskrav inte kan ställas upp när det gäller att jämföra en svensk bestämmelse med EG-rätten. Däremot har bestämmelsen i regeringsformen som uppställer förbud att stifta svensk lag i strid med Europakonventionen lett till att uppenbarhetsrequisitet där slår till. Det blir därför en något paradoxal situation på det sättet.

Presidenten i Åbo hovrätt, *Sven Ole Roos*, Finland: Jag skulle vilja anlägga ett domstolsperspektiv på frågan om konflikten mellan den nationella grundlagen och EG-rätten.

När en fråga uppkommer i ett konkret fall vid en nationell domstol måste två frågor avgöras. Den första frågan är om EG-rätten kan bli tillämplig på fallet. Den andra frågan är hur EG-rätten i så fall skall tillämpas på fallet. Den första frågan får vi avgöra på egen hand så gott vi kan. Jag är rädd för att det inte alltid är så lätt alla gånger. När det gäller den andra frågan hänskjuter vi den till EG-domstolen genom att begära ett förhandsavgörande enligt artikel 177 i EG-fördraget. Skulle en nationell domstol misstänka att en fråga kan ha grundlagskomplikationer föreställer jag mig att vi måste framhålla detta element i vår frågeställning till EG-domstolen. Jag har då svårt att tro att EG-domstolen i ett sådant fall med vett och vilja skulle förorda en tolkning som går stick i stäv med den nationella grundlagen. Inte tror jag heller att den nationella domstolen är beredd att ge ett avgörande som går stick i stäv med den nationella grundlagen. Istället tror jag att EG-domstolen och den nationella domstolen tolkningsvis kommer fram till en lösning som medför att det går att förena EG-rätten och den nationella grundlagen. Mitt något optimistiska perspektiv är alltså att konflikten är svår men ingalunda olöslig. Sett från domstolens synpunkt ser jag därför inte problemet som så stort som man kanske gör när man ser det ur ett mera principiellt perspektiv.

Presidenten i Højesteret, *Niels Pontoppidan*, Danmark: Jag vill kommentera den utveckling som jag tycker mig se i riktning mot fler författningsdomstolar och en utökad roll för domstolarna vad gäller prövningsrätten på detta område.

Det kan konstateras att det finns en klar tendens mot fler författningsdomstolar. Detta gäller inte minst i de nya demokratierna i Östeuropa. Min fråga är om denna process kan hänga samman med den problemställning som behandlades i det mycket initierade föredraget av Olof Ruin tidigare idag om den ifrågasatta staten. En tes där var ju att politikernas legitimitet kanske inte längre är så stark som den tidigare varit och att det därför uppstått ett behov av att andra organ spelar med i den politiska beslutsprocessen. I detta fall skulle det kunna vara domstolarna.

Denna tendens leder också, enligt min mening, till en rad problem för domstolarna. Åtminstone i de nordiska länderna där vi inte har författningsdomstolar och vår tradition av politiskt neutrala domstolar är lång och stark. Jag vore mycket intresserad av att höra referentens eller korreferentens kommentarer till denna utveckling.

Referenten, rättschefen *Göran Schäder*, Sverige: Som jurist kan man ibland få ett intryck av att man från politiskt håll gärna vill klä de politiska argumenten i en juridisk kostym därför att de då framstår som mindre politiska och mera sakliga.

Det är då fråga om en juridisering av politiken. Det finns också tendenser åt precis motsatt håll, dvs. en politisering av juridiken. Där är väl tendenserna något olika i olika länder. Samtidigt behöver dock inte sådana beslut av domstolar som har politiska konsekvenser vara ett uttryck för att man bedriver politik. Utvecklingen är väl dessutom något olika i de nordiska länderna. Norge och Danmark verkar ha mera aktiva domstolar än vad vi har här i Sverige. Hur det förhåller sig i Finland vågar jag inte uttala mig om.

Korreferenten, advokaten *Peter Gjørtler*, Danmark: I nya demokratier upplevs det ofta finnas ett behov av ett starkt författningsskydd. I samband därmed uppstår också ett behov av författningsdomstolar.

Ett motsvarande behov fanns också under gemenskapens inledande fas. Det måste samtidigt konstateras att vi inte skulle ha haft det EU som vi känner idag om inte EG-domstolen på ett så effektivt sätt hade fört fram de rättigheter som den enskilde medborgaren kan ställa krav på enligt gemenskapsrätten.

På motsvarande sätt tycker jag att det är lätt att förstå att de nya östeuropeiska demokratierna nu känner behov av speciella domstolar som värnar de nya demokratiska procedurerna.

Motsatsvis leder det också till slutsatsen att det i de gamla etablerade domkrationerna i Norden inte skulle finnas samma behov av författningsdomstolar eftersom balansen mellan parlament och domstolar sedan länge är på plats. Det vore, enligt min mening, mycket sorgligt om man kom fram till slutsatsen att den konstitutionella utvecklingen är sådan att det är nödvändigt att införa författningsdomstolar i de nordiska länderna.

Professorn i statskunskap, *Olof Ruin*, Sverige: Jag skulle i detta sammanhang vilja ta upp frågan om demokratisk förankring och legitimitet av EU-samarbetet. I samband med IGC-förhandlingarna diskuteras fem olika metoder för att förstärka den demokratiska förankringen.

Den första och viktigaste metoden, enligt min uppfattning, vore att förstärka de nationella legislaturen. På den nordiska scenen har Danmark varit vägledande genom sitt särskilda utskott som också har utgjort inspiration till den svenska EU-nämnden. Finland har här en något annan tradition.

Vid de utvärderingar som vi nu gör i Stockholm diskuteras om inte fackutskotten borde få vara med tidigare i processen. Detta förutsätter i sin tur bättre information från Bryssel och framför allt i ett tidigare skede än idag.

En andra metod som diskuteras, och då särskilt av fransmännen, men som jag själv tycker är mindre bra, är att de nationella parlamenten skulle finnas representerade i en senat.

En tredje metod är att man förstärker Europaparlamentets ställning. Då tar man å andra sidan ett ytterligare steg mot en federal ordning.

Den fjärde metoden, som jag tycker är ännu sämre, är fler folkomröstningar. På det sättet anser vissa att man skulle erhålla en direkt legitimitet inför nästa steg i integrationen.

Den femte och nordiska ståndpunkten är som alla vet största möjliga öppenhet. Alla handlingar sprids överallt så att man i vart fall får en känsla av delaktighet.

Enligt min uppfattning måste dock den viktigaste metoden vara att förstärka de nationella legislaturens ställning i beslutsprocessen.

Avslutningsvis skulle jag vilja göra en anmärkning. Förra veckan besökte jag Helsingfors och intervjuade där finländska politiker. Det var intressant att höra att de hade uppfattningen att inträdet i EU inneburit att riksdagen i Finland har fått mera säga till om på det utrikespolitiska området än den hade tidigare. Den hemlighetsfullhet som tidigare omgivit finsk utrikespolitik är i och med inträdet i EU inte längre så omfattande. Om detta är riktigt är det en intressant utveckling.

Korreferenten, advokaten *Peter Gjørtler*, Danmark: I Danmark förekom under sommaren en debatt om att danska parlamentets deltagande i EU-arbetet mycket blivit en mekanisk övning. Den ursprungliga tanken var ju att EG skulle regleras genom förordningar som skulle ha allmän giltighet samt av direktiv som skulle innehålla övergripande bestämmelser som sedan skulle anpassas i varje medlemsstat. Men efter fastställandet av direktivens direkta effekt och sedan direktiven utvecklats till att vara så detaljrika att de mycket ofta kan ge direkt effekt har detta förhållande rubbats. Det har lett till att implementerings varianterna har blivit mycket få och att de nationella parlamentens roll i motsvarande grad har minskat. Det är mot denna bakgrund man bl.a. skall se diskussionerna om att införa en ordning som innebär att de nationella parlamenten skulle höras på något sätt under beslutsprocessen ungefär på motsvarande sätt som Europaparlamentet nu deltar i beslutsprocessen. Det skulle innebära att de nationella parlamenten tidigare fick information och därmed bättre rådruum för ställningstagande.

Professorn i Europarätt, *Ulf Bernitz*, Sverige: När det gäller de nationella parlamentens roll i beslutsprocessen ställer jag mig lite skeptisk. Det måste väl ändå vara så att en medlemsstat endast bör föra fram en ståndpunkt vid förhandlingarna i Bryssel. En nationell parlamentarisk behandling på det sätt som föreslagits skulle kunna leda till flera olika ståndpunkter. Hur skulle det se ut i det diplomatiska spel som pågår i Bryssel.

Avslutningsvis vill även jag kommentera den svenska grundlagen och dess uppenbarhetsrekvisit. Jag vill där bestämt hävda att det inte går att överföra på EG-rätten. Tvärtom är det så att de nationella domstolarna i en medlemsstat inte längre endast är medlemsstatens nationella domstolar utan också utgör en del i hela maskineriet av EG-domstolar. I den rollen har de närmast anledning att ha en grundläggande kritisk hållning till svensk rätts överensstämmelse med EG-rätten. I denna uppgift finns inte utrymme för något uppenbarhetskrav.

Debattledaren, presidenten *Reidunn Laurén*, Sverige: Vi börjar nu närma oss slutet av detta sektionsmöte. Jag tänkte därför ge referenten och korreferenten tillfälle att komma med några avslutande kommentarer.

Referenten, rättschefen *Göran Schäder*, Sverige: Jag anser att jag redan tidigare under diskussionen har kommenterat de olika inläggen. Jag kan dock sammanfattningsvis konstatera att det inte har förekommit några större meningsskiljaktigheter vare sig mellan korreferenten och mig eller med deltagarna i övrigt. Men jag tycker trots detta att det har varit en intressant och

givande diskussion, även om det ibland är roligt med lite knivkastning också.

Korreferenten, advokaten *Peter Gjørtler*, Danmark: Jag skulle vilja försöka sammanfatta diskussionen genom att konstatera att det egentligen förhåller sig så att EU, EG-domstolen och de principer som domstolen slagit fast genom sin praxis numera existerar. Mycket av den diskussion vi fört här idag kan mot denna bakgrund uppfattas som mindre intressant. Det som ändå gör frågorna intressanta idag är den tvekan som man kunde ana i den tyska författningsdomstolens avgörande. Men man skall ändå komma ihåg att domstolen ändå kom till slutsatsen att Maastrichtfördraget var förenligt med den tyska grundlagen. Jag är dessutom alldeles övertygad om att den danska landsret och efterföljande instans som nu skall pröva frågan kommer att finna att Maastrichtfördraget ligger inom de ramar som den danska grundlagen ställer för överlämnande av kompetens till EU.

Debattledaren, presidenten *Reidunn Laurén*, Sverige: När jag åtog mig uppdraget att leda dagens sektionsmöte var jag rädd för att vi skulle vara alltför överens i dessa frågor och att det därför inte skulle bli mycket av debatt. Det kan konstateras att vi faktiskt också har varit överens i de flesta frågor. Men trots detta tycker jag att det har framkommit många nya intressanta synpunkter och uppgifter. Jag tänker då särskilt på de nationella domstolarnas nya roll i EU sammanhang samt hur den demokratiska förankringen av EU-samarbetet skall förstärkas - och jag vill i sistnämnda hänseende framhålla vad som sagts om vikten av största möjliga öppenhet i detta sammanhang.

Dagen har varit givande och jag vill tacka referenten och korreferenten samt övriga deltagare för ett intressant sektionsmöte. Med detta förklarar jag sektionsmötet avslutat.

Sektionsmöte

**Nya finansiella instrument
- normer och aktörer**

Referent: Chefsjurist *Hans Berggren*, Sverige
Korreferent: Advokat *Marius Ryel*, Norge
Debattledare: Justitierådet *Leif Thorsson*, Sverige
Referatskrivare: Advokat *Thomas Wallinder*, Sverige

NYA FINANSIELLA INSTRUMENT – NORMER OCH AKTÖRER

Av chefsjuristen *Hans Berggren*, Sverige

1. Inledning

På det trettioandra nordiska juristmötet i Reykjavik 1990 behandlades på sektionmötet "Värdepappersrätt utan värdepapper – dynamisk rättsutveckling på ett klassiskt rättsområde" bl.a. framväxten av den standardiserade options- och terminshandeln i Norden.¹ Referenten, professor Ulf Göranson från Sverige, belyste ett antal oklarheter i den då nya svenska aktiekontolagen, som reglerar ett svenskt kontobaserat system för aktieinnehav. De inlägg som gjordes om options- och terminshandeln visade på möjligheten att bedriva handel och clearing avseende finansiella instrument i ett värdepapperslöst system utan att särskild lagstiftning erfordrades samt redovisade även mycket översiktligt hur det legala systemet för options- och terminshandeln i Norden var uppbyggt.

Utvecklingen av nya finansiella instrument och omfattningen av handeln i dessa har under senare år ökat starkt och den samhällsekonomiska betydelsen och nyttan av dessa instrument torde hos de flesta bedömare numera vara oomstridd.² Det är därför glädjande att inom ramen för de nordiska juristmötena få tillfälle att diskutera juridiska frågeställningar kring dessa instrument, också därför att en sådan diskussion egentligen aldrig kommit till stånd i ett större sammanhang. Nuvarande regelsystem avseende den standardiserade options- och terminshandeln i Norden är ett resultat av nordiskt samarbete om än vissa olikheter föreligger i de olika länderna.

I den fortsatta framställningen ges i kapitel 2 en allmän information om nya finansiella instrument i Norden. I kapitel 3 görs ett försök att analysera vad dessa instrument i juridisk mening egentligen är. Därefter förs i kapitel 4 en diskussion om de aktörer som är verksamma på marknaden för nya

¹ Se "Forhandlingerne på Det 32. nordiske juristmøde i Reykjavik den 22.–24. august 1990, Del II", sid. 339–343.

² Se exempelvis Lindgren-Näslund, "Ekonomisk debatt 1994", sid. 399 ff.

finansiella instrument. Kapitel 5 redovisar hur normbildningen kring dessa instrument är uppbyggd, varvid särskilt vissa näringsrättsliga aspekter avseende börs- och clearingverksamhet berörs. I kapitel 6 ges avslutningsvis en del sammanfattande synpunkter.

Rubriken till detta referat sätter ”normer” före ”aktörer”. Enligt min mening ges en bättre bild av marknaden för finansiella instrument genom att vända på ordningen och i stället behandla ”aktörer” före ”normer”, vilket jag tagit mig friheten att göra.

I ett inlägg som detta måste vissa begränsningar göras. I annat fall tenderar framställningen att bli alltför omfattande. Jag har sålunda valt att lägga huvudvikten på den standardiserade options- och terminshandeln, d.v.s. options- och terminskontrakt som handlas på någon form av marknadsplats och som är föremål för clearing.³ Viss tonvikt kommer också att läggas på den svenska marknaden dels för att den är den i särklass största marknaden i Norden, dels för att det är den marknad jag känner bäst. Med hänsyn till den starka ställning som den svenska börsen och clearingorganisationen OM Stockholm AB har – inte bara i Sverige utan även i vissa andra nordiska länder – är det ofrånkomligt att tämligen ingående redogöra härför. Detta har lett till talrika referenser, som jag hoppas läsaren har förståelse för. Skatterättsliga frågeställningar kommer ej att tas upp. Förhållanden efter januari 1996 har inte beaktats.

2. Allmänt om nya finansiella instrument i Norden

Till gruppen nya finansiella instrument⁴ brukar i första hand hänföras options- och terminskontrakt. De brukar gemensamt benämnas derivatinstrument eftersom deras värde bestäms av värdet på en eller flera underliggande tillgångar eller index på sådana tillgångar. Vanliga underliggande tillgångar är valuta, räntebärande papper, råvaror och aktier. Även s.k. swap- och lånekontrakt brukar ingå i gruppen nya finansiella instrument.

³ Se punkt 4.3.

⁴ Finansiellt instrument definieras i 1 kap. 1 § lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument som ”fondpapper och annan rättighet eller förpliktelse avsedd för handel på värdepappersmarknaden”. Den under hösten tillsatta Utredningen om regler för elbörs m.m. (Dir 1995:112) har att ta ställning till bl.a. huruvida options- och terminskontrakt avseende el skall utgöra finansiella instrument eller ej, oaktat de uppenbarligen faller in under definitionen av sådana instrument.

Det kan i och för sig diskuteras huruvida dessa instrument är nya; termins- och optionshandel förekom avseende råvaror redan långt före medeltiden. Det nya är emellertid att dessa instrument under senare år blivit föremål för en allt livligare omsättning och bland en bredare krets investerare, särskilt vad avser aktier och obligationer som underliggande egendom. Avregleringen av de finansiella marknaderna runt om i världen, den alltmer utvecklade teorin kring finansiella instrument samt informationstekniken har bidragit här till. Det är framför allt utvecklingen av options- och terminsbörserna i USA i början på 1970-talet, som bildat ett mönster för den standardiserade options- och terminshandeln i världen.⁵

En naturlig indelning av derivathandeln brukar göras i den standardiserade och den icke-standardiserade handeln. Den första kategorin kännetecknas av att handeln äger rum på en marknadsplats (vanligtvis börs) dit olika medlemmar har tillträde. Av detta följer att instrumenten i förväg måste vara definierade (standardiserade) samt att information om gjorda avslut lämnas så att en effektiv handel kan uppstå i instrumenten. Vad som i övrigt kännetecknar standardiserade derivatinstrument är att de är föremål för clearing. Enligt nu gällande definition i Börs- och clearinglagen⁶ (1 kap. 4 § p. 4) definieras clearingverksamhet som ”verksamhet som består i att yrkesmässigt i options- eller terminsavtal träda in som part eller på annat sätt garantera att avtalet fullgörs”. Jag avser inte att i detta sammanhang närmare beröra clearing annat än från vissa allmänna (punkt 4.3) samt näringsrättsliga (punkt 5.6) utgångspunkter. Det är dock ett högaktuellt ämne och för den intresserade finns viss litteratur i ämnet, exempelvis SOU 1993:114 ”Konto, clearing och avveckling” samt OM Stockholm AB:s remissyttrande 1994-04-27 avseende detta betänkande.⁷

Icke-standardiserade kontrakt kännetecknas främst av att avslut träffas direkt mellan parterna utanför en marknadsplats och att clearing i regel inte förekommer. Sådan handel benämns ofta OTC-handel⁸ samt ifrågavarande instrument för OTC-instrument.

⁵ 1973 startade Chicago Board of Options Exchange (CBOE) samt kort tid därefter Chicago Mercantile Exchange (CME) samt Chicago Board of Trade (CBOT).

⁶ Lag om börs- och clearingverksamhet (SFS 1992:543).

⁷ Se även ”Värdepappersmarknaden i framtiden”, SOU 1989:72, prop. 1995/96:50, Futures & Options World, The World's Clearing Houses, London 1995 samt Moody's Investors Service, June 1995, Credit Risks of Clearinghouses at Futures and Options Exchanges.

Tillväxten har som sagt varit mycket stor i den globala derivathandeln under de senaste åren. I termer av underliggande värden (nominella belopp) har volymen i börshandlade instrument och OTC-instrument ökat från ca 1.000 miljarder USD (1986) till ca 15.000 miljarder USD (1994).⁹ Börs-handeln och OTC-handeln svarar för ungefär lika stor del vardera. Motsvarande siffra för Sverige avseende såväl den standardiserade marknaden 1994 som OTC-handeln vid utgången av år 1993 var mer än 7.650 miljarder kronor.¹⁰ Även i Sverige har en ökning i handeln ägt rum. Omsättningen var betydligt lägre i de övriga nordiska länderna.

I Sverige äger den absoluta huvuddelen av den standardiserade derivathandeln rum på OM Stockholm AB¹¹ (OM), som är auktoriserad för börs- och clearingverksamhet enligt Börs- och clearinglagen.

För närvarande omsätts på OM options- och terminskontrakt avseende svenska aktier, det svenska aktieindexet OMX, optionskontrakt avseende statsobligationer samt aktielånekontrakt. Dessutom tillhandahålls en clearingtjänst för interbankhandlade derivatinstrument såsom exempelvis standardiserade ränteterminer avseende statsobligationer, statsskuldväxlar och bostadsobligationer samt FRA-kontrakt¹² och swap-kontrakt. Viss sidoverksamhet (Börs- och clearinglagen 4 kap. 5 §) bedrivs i form av en Interbankservice (IBS)¹³ avseende såväl avistahandel som derivathandel i aktier, obligationer och valutor.

⁸ OTC är en förkortning för "over the counter". Se "Värdepappersmarknaden i framtiden", SOU 1989:72 sid. 196-197.

⁹ Uppgiften delvis hämtad från International Swaps and Derivatives Association, Inc. (ISDA).

¹⁰ Se "Den svenska derivatmarknaden – omfattning och systemrisk", Sveriges Riksbank, juli 1994.

¹¹ OM Stockholm AB är helägt dotterbolag till OM Gruppen AB, som är noterat på Stockholm Fondbörs AB:s A-lista. OM Stockholm och den engelska börsen OMLX, the London Securities & Derivatives Exchange Ltd (också helägt dotterbolag till OM Gruppen), utgör OM Gruppens börs- och clearingrörelse. Det kan dock noteras att Stockholms Fondbörs AB noterar köpoptioner med en löptid på i genomsnitt ett par år på cirka 10 aktier (s.k. warrants) men att omsättningen i dessa produkter är låg.

¹² Forward Rate Agreement.

¹³ Kan närmast jämföras med en s.k. broker på interbankmarknaden, en typ av mellanman vars uppgift är att förmedla kontakt mellan köpare och säljare för att därigenom få till stånd en ökad likviditet i marknaden.

Till OM är banker och andra värdepappersinstitut med tillstånd att bedriva värdepappersrörelse anslutna. Dessa handlar och clearar på OM dels för egen räkning, dels för kunders räkning. OM är sammankopplad med OMLX, the London Securities & Derivates Exchange (OMLX) och kan därmed erbjuda en gemensam marknadsplats för de båda börserna. På OM regleras börs- och clearingverksamheten av OM:s Regelverk.

Vid sidan av den standardiserade handeln förekommer en omfattande OTC-handel. Denna handel äger företrädesvis rum interbank med vilket avses bankers eller större institutioners handel med annan svensk eller utländsk bank. Den lokala svenska derivatmarknaden, mätt i underliggande värden, fördelar sig med ca 60 procent på OTC-handeln och ca 40 procent på den standardiserade handeln (i detta avseende centralt clearad handel).

Den standardiserade derivathandeln i *Norge* äger rum på Oslo Börs medan clearingen sköts av Norsk Opsjonssentral AS (NOS). Handeln och clearingen omfattar optioner avseende aktier samt optioner och terminer avseende det norska aktieindexet OBX. OTC-derivathandel förekommer i viss mån, dock är de ränterelaterade produkterna tämligen outvecklade.

Den standardiserade options- och terminshandeln i *Finland* äger rum på den finska derivatbörsen Suomen Optiomeklarit Oy (Finlands Optionsmäklare Ab) (SOM). Inom samma organisation bedrivs även clearing av de på börsen handlade produkterna. Vanligast förekommande är options- och terminskontrakt avseende aktier och det finska aktieindexet FOX samt valuta. Även terminskontrakt på obligationer förekommer. Utanför börsen förekommer, liksom i framförallt Sverige, en omfattande OTC-handel främst i ränte- och valutainstrument.

SOM:s och OM:s regelverk har stora likheter med varandra. Delvis hänger det samman med att inom respektive organisation finns såväl börs- som clearingverksamhet.

På *Island* är förekomsten av derivatinstrument låg.

I *Danmark* äger den standardiserade options- och terminshandeln rum på Köpenhamns Fondbörs. Liksom i Norge sköts clearingen av en från börsen fristående organisation, Garantifonden for Danske Optioner og Futures. De instrument som förekommer är optioner på aktier, det danska aktieindexet KFX och statsobligationer samt terminer på samma aktieindex och stats- och bostadsobligationer. OTC-handeln omfattar framför allt valuta- och ränterelaterade instrument.

För en allmän information om derivatmarknader i Sverige och utomlands finns ett rikligt material. Se exempelvis Värdepappersmarknadskommitténs betänkande "Värdepappersmarknaden i framtiden", SOU 1989:72, "Konto,

clearing och avveckling”, SOU 1993:114, OM Institutet AB:s självstudiehäfte ”Lär Dig optioner själv”, Stockholm, 1995, John C Hull, ”Options, Futures and Other Derivative Securities”, Prentice Hall, 1993 samt Sveriges Riksbanks kartläggning ”Den svenska derivatmarknaden – omfattning och systemrisk”, Stockholm, 1994.

3. Innebörden av options-, termins- och swapkontrakt m.m.

3.1 Optionskontrakt

I börs- och clearinglagen definieras i 1 kap. 4 § p. 7 *option*¹⁴ som

”en rätt att till ett bestämt pris i framtiden få köpa eller sälja tillgångar eller en rätt att vid en framtida tidpunkt få ett belopp som räknas ut på grundval av ändringar i ett kursindex eller liknande,”

Definitionen av en option avser egentligen två olika fall, nämligen dels en rätt att till ett bestämt pris i framtiden få köpa eller sälja tillgångar (leveransfallet), dels en rätt att vid en framtida tidpunkt få ett belopp som räknas ut på grundval av ändringar i ett kursindex eller liknande (avräkningsfallet). Den fortsatta framställningen utgår från dessa båda fall.

3.1.1 Leveransfallet

Leveransfallet utgör exempel på en rättshandling, där den som utfärdat optionen (*utfärdaren*) åtager sig att sälja eller köpa den underliggande tillgången till i optionen angivet pris, under förutsättning att den som åtagandet riktar sig till (*innehavaren*) önskar utnyttja optionen och meddelar detta till utfärdaren inom den tid som angivits i optionen. Utfärdarens motpart, innehavaren, förvärvar genom optionen en valmöjlighet mellan att påfordra att affären genomförs eller att avstå från detta. För denna valmöjlighet betalar han vid förvärvet av optionen en ersättning till utfärdaren, kallad premium.

En OM-option att senast januari ett visst år köpa exempelvis Astra A-aktier till en kurs av 150 kr identifieras på följande sätt: ”ASTRA A KÖP JAN 150”.

Innehavaren är sålunda den *berättigade* som, vid innehav av en *köption*, av utfärdaren har rätt att köpa den underliggande egendomen och,

¹⁴ Se även OM:s Regelverk ”Definitioner och förkortningar”, prop. 1990/91:142 sid. 88-89 samt Jan Hellner och Jan Ramberg, ”Speciell avtalsrätt I, Köprätt”, Stockholm 1989, sid. 46-47.

vid innehav av en *säljoption*, har rätt att sälja den underliggande egendomen. Utfärdaren är den *förpliktade*, som beträffande *köption* till innehavaren skall sälja den underliggande egendomen och beträffande *säljoption* från innehavaren skall köpa den underliggande egendomen.

När *utfärdaren* önskar bli befriad från sitt optionsåtagande att köpa eller sälja exempelvis aktier *förvärvar* han en motstående rätt, d.v.s. en rätt att sälja eller köpa aktier på exakt samma villkor varvid det ursprungliga åtagandet automatiskt upphör. På motsvarande sätt gäller för innehavaren då han önskar avveckla sin position och tillgodogöra sig uppkommen vinst, att han mot ersättning *ikläder sig* en exakt likadan skyldighet. Dylika transaktioner benämns ofta kvittningstransaktioner, just därför att en transaktion släcker ut en annan transaktion.

Innehavarens utnyttjande av optionen kallas vanligtvis för *lösen* och innebär att utfärdaren skall, beroende på optionens villkor, sälja eller köpa viss egendom. Vad som styr innehavarens val att påfordra lösen är om det föreliggande köpet eller den föreliggande försäljningen kan göras på förmånligare villkor än eljest kan göras på marknaden för den underliggande egendomen. Som exempel kan nämnas en rätt att köpa Volvo-aktier till en kurs av 120 kr per aktie när börskursen är 130 kr.

Vad gäller aktieoptioner avser de alltid aktier i visst bolag, som anges i optionen. Detta bolag är dock aldrig part i optionsavtalet. Det är sålunda viktigt att särskilja aktieoptionerna – d.v.s. optioner att köpa eller optioner att sälja aktier – från de optionsrätter som utfärdas av bolaget självt enligt aktiebolagslagens regler¹⁵ och utgör optioner att teckna nya aktier i bolaget, s.k. teckningsoptioner. Utnyttjandet av en sådan option innebär att bolagets aktiekapital ökas genom att nya aktier utges. När en aktieoption utnyttjas, lämnas däremot aktiekapitalet opåverkat och bolaget ifråga berörs endast på det sättet att redan utgivna aktier byter ägare genom en aktieöverlåtelse. Om aktieoptioner finns det inte några regler i aktiebolagslagen. Aktieoptionen följer i stället de allmänna civilrättsliga principer som ger stor frihet för parterna att utforma avtalet enligt sina önskemål. Som framhållits ovan handlas och clearas de standardiserade aktieoptionerna i Sverige på OM och regleras av OM:s Regelverk.

Även om aktier f.n. utgör den vanligast förekommande underliggande egendomen i Sverige förekommer även annan underliggande egendom än aktier, exempelvis andra finansiella instrument, valutor eller råvaror.

¹⁵ Aktiebolagslagen (1975:1385) 5 kap.

3.1.2 Avräkningsfallet

Optionen kan också vara ett avtal om en rätt respektive skyldighet att vid en viss tidpunkt erhålla respektive erlägga betalning p.g.a. utvecklingen av exempelvis ett index, vanligtvis ett aktieindex, det s.k. avräkningsfallet. En sådan option kallas indexoption. De av OM tillhandahållna indexoptionerna benämns OMX-optioner¹⁶ och är baserade på aktieindexet OMX.¹⁷

Det säger sig självt att beteckningen option på dessa instrument inte är riktigt adekvat då valmöjligheten att köpa eller sälja en viss underliggande egendom inte föreligger, i varje fall inte med den traditionella innebörden av uttrycket såsom en rätt men inte en skyldighet att göra något. Den har dock numera vunnit hävd och finns som sagt också legaldefinierad.

Under senare år har det förekommit att svenska börsbolag erbjudit vissa anställda att förvärva s.k. syntetiska köpoptioner, vilket ger innehavaren av optionen rätt att under vissa förhållanden erhålla ett penningbelopp som framräknas på grundval av värdeutvecklingen för en i avtalet angiven tillgång, exempelvis det emitterande bolagets aktie.¹⁸ Man skulle kunna säga att de ovan beskrivna indexoptionerna är ett slags syntetiska optioner.

För den *förpliktade* (utfärdaren) respektive den *berättigade* (innehavaren) parten innebär optionskontraktet i avräkningsfallet följande.

För den *förpliktade*: Ett åtagande att tillföra den andra parten skillnaden vid viss framtida tidpunkt mellan två värden, varav det ena är fast och angivet i avtalet och det andra är rörligt, d.v.s. angivet så som värdet vid den framtida tidpunkten av visst värdepapper, visst index eller något annat.

För den *berättigade*: En rätt att av den andra parten bli tillförd nämnda värdeskillnad.

Vid *säljoption* grundad på ett index förutsätts för betalningsskyldighet att värdet vid den framtida tidpunkten är *lägre* än det fasta värdet för att det skall vara fördelaktigt att sälja till det pris som följer av värdet (och kanske köpa tillbaka till det lägre). Avräkning utan överlåtelse ger i detta fall ett positivt belopp den berättigade till godo.

Vid *köpoption* förutsätts i stället att värdet vid den framtida tidpunkten är *högre* än det fasta värdet för att det skall vara fördelaktigt att köpa till det

¹⁶ Se OM:s Regelverk p. 4.6 angående OMX-optionerna. Beträffande dessa instrument krediteras respektive debiteras investeraren ett belopp som utgör skillnaden mellan optionens lösenpris (lösenindex) och aktieindexet OMX på slutdagen.

¹⁷ OMX är ett av OM Gruppen AB registrerat varumärke.

¹⁸ Se Aktiemarknadsnämndens uttalande 1994:6.

pris som följer av värdet (och kanske sälja sedan till det högre). Avräkning utan överlåtelse ger också i detta fall ett positivt belopp den berättigade till godo.

Den *berättigade* parten (optionsinnehavaren) har betalat en premie för sin rätt men behöver inte betala något mera. Den *förpliktade* parten (optionsutfärdaren), som mottagit en premie för sitt åtagande, kan å andra sidan inte uppnå någon annan fördel. Hans risk är att behöva betala till den andra parten vid en avräkning (ett högre belopp än den mottagna premien). Hans vinst ligger i att han får behålla premien om optionen inte utnyttjas därför att värdeutvecklingen gjort detta oförmånligt. Den förpliktade framstår alltså som en sorts försäkringsgivare.

I de fall där den berättigade vid ett utnyttjande skulle tillföras ett penningbelopp (d.v.s. optionen är som det kallas "in the money"), kommer självfallet ett sådant utnyttjande till stånd. Ibland sker detta enligt reglerna automatiskt (utan påkallande från den berättigades sida).

3.1.3 Optionsmomentet

Som framgår av redogörelsen ovan är det skillnad mellan leverans- och avräkningsfallet trots att båda fallen benämns option.

Egentligen skulle en uppdelning av leveransfallet kunna göras i en del avseende leverans av underliggande egendom och en del som avser avräkning. Detta kan få särskild betydelse vid flera transaktioner genom s.k. netting, innebärande att endast en leverans utförs.¹⁹

Relationen till en verklig *transaktion* i ett underliggande värdepapper (leveransfallet) framstår sålunda i dagens läge såsom onödig och, när det gäller att rättspolitiskt motivera att optionskontrakten utgör rättsligt bindande åtaganden, kan man frigöra sig från sådana fiktioner och i stället tala

¹⁹ I RÅ 1965:19, som enligt rubriken till rättsfallet avsåg terminsaffärer men som egentligen handlade om aktielån, ansågs ett vederlagsfritt förvärv av aktier ske till gällande börskurs vid tidpunkten för leveransen. RegR separerade egentligen aktie-transaktionen från "derivatransaktionen". Ett sådant synsätt förekommer redan idag hos OM beträffande ränteoptioner som faller in under leveransfallet. Betalning sker med avseende på skillnaden mellan lösenpris och fix (fastställt marknadsvärde vid den aktuella tidpunkten) samtidigt som leverans äger rum. Leveransen kan i sin tur nettas mot leverans av samma underliggande egendom avseende andra instrument. En liknande utveckling kan förutses beträffande aktieoptioner.

om överenskomna avräkningar vid framtida tidpunkter. I leveransfallet blir de ekonomiska konsekvenserna samma som i avräkningsfallet om den levererade egendomen realiserar, dock undviks i avräkningsfallet transaktionskostnaderna. Den reella valfriheten för den berättigade består egentligen i att, om utnyttjande (avräkning) enligt villkoren kan ske vid alternativa tidpunkter, välja tidpunkt inom denna ram. Beroende på om det rör sig om en *köption* eller en *säljoption* och på partsställningen kan vid avräkning fyra situationer urskiljas:

1. Vid *köption* tillförs optionens innehavare (den berättigade) skillnaden mellan värdet vid avräkningstidpunkten och det fasta värdet, om det förstnämnda är högre än det fasta värdet. Innehavarens intresse är att denna skillnad skall uppstå och bli så stor som möjligt. Hans önskemål är således att värdet under löptiden går (ytterligare och så långt som möjligt) förbi det fasta värdet och erlagda premiekostnader.
2. Utfärdaren av *köptionen* (den förpliktade), som åtagit sig att tillföra innehavaren ett eventuellt skillnadsbelopp enligt 1. ovan, önskar givetvis att ingen sådan skillnad skall uppstå eller att den blir så liten som möjligt. Ett fördelaktigt utfall blir det för honom, till skillnad från innehavaren, om avräkningsvärdet blir så lågt som möjligt i förhållande till det fasta värdet med tillägg av premiekostnaderna; helst skall avräkningsvärdet understiga det fasta värdet. Om detta sker har det ingen betydelse hur mycket avräkningsvärdet understiger det fasta värdet.
3. Vid *säljoption* tillförs optionens innehavare (den berättigade) skillnaden mellan det fasta värdet och värdet vid avräkningstidpunkten, om det förstnämnda är högre än avräkningsvärdet. Innehavarens intresse är att denna skillnad skall uppstå och bli så stor som möjligt. Han får ett fördelaktigt utfall om värdet under löptiden går (ytterligare och så långt som möjligt) ned under det fasta värdet med tillägg av erlagda premiekostnader.
4. Utfärdaren av *säljoptionen* (den förpliktade), som åtagit sig att tillföra innehavaren ett eventuellt skillnadsbelopp enligt 3. ovan, önskar å andra sidan att ingen sådan skillnad skall uppstå. Ett fördelaktigt utfall blir det för honom, till skillnad från innehavaren, om avräkningsvärdet blir så högt som möjligt i förhållande till det fasta värdet och premieintäkten; helst skall avräkningsvärdet överstiga det fasta värdet.

På motsvarande sätt som i leveransfallet kvittar optionsutfärdaren ut sig då han önskar bli befriad från sitt åtagande respektive innehavaren kvittar ut

sig då han önskar neutralisera sin position och i stället utnyttja den uppkomna vinsten.

3.2 Terminskontrakt

I börs- och clearinglagen finns i 1 kap. 4 § p. 8 även en definition på *termin*²⁰ enligt följande:

”ett avtal om köp av tillgångar som mot ett i avtalet bestämt pris skall levereras vid en framtida tidpunkt eller ett avtal om att betalning mellan parterna i framtiden skall ske på grundval av ändringar i ett kursindex eller liknande,”

Som framgår av definitionen kan även beträffande terminskontraktet en motsvarande uppdelning som beträffande optionskontrakt göras i ett leveransfall och i ett avräkningsfall.

Terminsavtalet är i leveransfallet ett avtal mellan två parter om köp där den främsta skillnaden från ett vanligt köp är att leverans och betalning äger rum vid en framtida tidpunkt och inte i direkt anslutning till avtalslutandet.

Den som köper exempelvis aktier på termin betalar ingenting när terminskontraktet ingås utan det är först när kontraktet skall fullföljas som betalningen och leveransen av aktierna äger rum. Terminsköparen kan alltså disponera över köpeskillingen fram tills dess terminen går till leverans. Terminspris överenskomms alltid vid avslut (medan ett optionspris alltid utgör del av optionens beteckning).

Ett terminskontrakt skiljer sig från ett optionskontrakt genom att båda parter är skyldiga att genomföra affären.

Terminsköparen ”neutraliserar” sin terminsposition genom att sälja den egendom han köpt på termin på exakt samma villkor. På motsvarande sätt ”neutraliserar” terminssäljaren sin position genom att på exakt samma villkor köpa ifrågavarande egendom på termin. Detta brukar kallas för att ”netta” positionen och skiljer sig således från kvittningstransaktionen avseende optioner.

²⁰ Se även OM:s Regelverk ”Definitioner och förkortningar”, prop. 1990/91:142 sid. 88-89 samt Jan Hellner och Jan Ramberg, ”Speciell avtalsrätt I, Köprätt”, Stockholm 1989, sid. 46-47. I nämnda prop. lämnas en redogörelse för skillnaden mellan en avista- och en terminstransaktion där det särskilt framhålls att skillnaden består i avsikten i terminsaffären att leverans skall ske vid en framtida tidpunkt medan avistaaffären syftar till fullgörelse i så nära anslutning till avslutet som möjligt.

Den underliggande egendomen vid terminsaffären utgörs vanligtvis av aktier eller obligationer men också olika typer av råvaror är vanliga, som exempelvis olja, metaller eller spannmål.

Terminsavtalet kan även avse ett underliggande index, vanligtvis ett aktieindex. Ett sådant instrument kallas indextermin och kan tjäna som exempel på terminskontrakt som avräknas. Terminsavtalet är i avräkningsfallet ett avtal mellan två parter om att en betalning skall äga rum vid en framtida tidpunkt på grundval av kursändringar. De av OM tillhandahållna indexterminerna benämns OMX-terminer och är liksom OMX-optionerna baserade på aktieindexet OMX. På samma sätt som beträffande OMX-optionerna sker en kontant slutreglering på slutdagen (avräkningsfallet).

I leverans- och avräkningsfallet kan sammanfattningsvis följande utfall för säljaren respektive köparen urskiljas.

Säljarens affär är fördelaktig om värdet vid den framtida tidpunkten är lägre än terminspriset. Fullgörs kontraktet genom en transaktion, säljer han till ett pris som han då inte kan få ut i marknaden. Sker i stället en avräkning, skall köparen tillföra honom skillnaden mellan terminspriset och värdet vid avräkningen.

Köparens affär är fördelaktig om värdet vid den framtida tidpunkten är högre än terminspriset. Han kan då köpa till ett lägre pris än vad han skulle få betala i marknaden. Vid en avräkning skall säljaren tillföra köparen skillnaden mellan värdet vid avräkningen och terminspriset.

Till de fyra situationerna i avräkningsfallet avseende optionskontrakt kommer alltså följande två fall vid terminskontrakt:

5. *Köparen av terminen* betalar till säljaren skillnaden mellan terminspriset och värdet vid avräkningen, om detta är mindre. Han får ett fördelaktigt utfall om värdet vid avräkningen är lika högt som eller högre än terminspriset.

6. *Säljaren av terminen* betalar till köparen skillnaden mellan värdet vid avräkningen och terminspriset, om detta är mindre. Han får ett fördelaktigt utfall om värdet vid avräkningen inte överstiger terminspriset.

OM:s standardiserade terminskontrakt regleras i samma regelverk som optionskontrakten.

3.3 Swapkontrakt

Det finns inte i den svenska lagstiftningen och ej heller mig veterligt i den övriga nordiska lagstiftningen någon definition på *swapkontrakt* trots att

det är det instrument som utanför börsernas verksamhet är det vanligast förekommande.

Med swapkontrakt menas ett avtal mellan två parter om att byta olika betalflöden mot varandra under en särskilt angiven period och framräknade på i kontraktet närmare specificerat vis. Beloppen är inte slumpmässigt valda utan beror på parternas förväntningar om utvecklingen i exempelvis en viss ränta eller valuta. Sålunda kan rörlig ränta bytas mot fast ränta samt en viss valuta mot en annan.²¹ Beroende på swapkontraktets villkor kan bestämmelser finnas om att de båda beloppen skall kvittas mot varandra.

Exempelvis en valutaswap innebär att en låntagare avtalar med en annan låntagare (eller en bank) att till denne betala ett belopp som svarar mot räntor och amorteringar för den andre låntagarens skuld i en viss valuta. I utbyte mot detta betalar den andre låntagaren motsvarande belopp för den förste låntagarens skuld i en annan valuta. Låntagarna övertar dock inte det juridiska ansvaret för sin motparts underliggande upplåning.

Rättsligt kan swapkontraktet ses som ett byte där prestationen på bägge sidor inte utgörs av vederlag i pengar utan i stället av i förhand definierade betalströmmar.

OM erbjuder clearing av standardiserade swapkontrakt avseende ränta. Någon handel genom OM äger sålunda inte rum. Kontrakten ingås företrädesvis bland banker. För den övervägande delen av de i Sverige och även i övriga Norden förekommande swapkontrakten genomförs dock ingen clearing; parterna träffar avtal direkt med varandra.

3.4 Övriga instrument

Vid sidan av options-, termins- och swapkontrakten bör *lånekontrakt* avseende värdepapper nämnas. Volymen har under senare år ökat kraftigt, särskilt vad gäller aktielån.

Innebörden av ett aktielån är att en aktieägare lånar ut sina aktier till en låntagare, som förbinder sig att inom en viss tid återställa aktier av samma slag och antal. Låntagaren kan under lånets löptid, beroende på vad parterna avtalat om, antingen överta aktieägarens utdelnings- och emissionsrättigheter, varvid en kompensation till långgivaren skall äga rum, eller åter-

²¹ En utförlig beskrivning av swapkontrakten ges i P. Goris, "The Legal Aspect of Swaps", Bodmin 1994, samt mycket översiktligt i KPMG Bohlins, "Finanshandboken 1994", Stockholm 1993.

ställa dessa rättigheter till långivaren. Som ersättning för lånet skall låntagaren till långivaren utge en premie.

Civilrättsligt sett är värdepapperslånet en försträckning av ifrågavarande värdepapper, dvs en överlåtelse av äganderätten till värdepapprena mot skyldighet att vid försträckningsfristens utgång återställa lika många värdepapper av samma slag.²²

För långivaren innebär exempelvis ett aktielån en möjlighet att öka avkastningen på sin aktieportfölj utan att innehavet behöver avyttras. För låntagarens del ges genom aktielånet möjlighet till blankning, d.v.s. sälja aktier man inte äger, varvid försäljningen sker till ett högre pris än återförsäljningen.²³ Aktielån utgör vidare ett "smörjmedel" vid leveranser på så sätt att om aktierna saknas vid leveranstillfället kan istället lånade aktier utgöra leverans.

OM tillhandahåller för handel och clearing, som en av de få börserna i världen, standardiserade aktielån.²⁴ Den övervägande delen av dessa kontrakt förekommer i Sverige dock direkt mellan berörda parter utanför börsystemet. För dessa kontrakt har bl.a. Svenska Fondhandlareföreningen utarbetat standardavtal att användas av berörda parter.

3.5 Probleminventering

Den civilrättsliga innebörden av options-, termins-, swap- samt lånekontrakten, i vart fall vad avser de standardiserade instrumenten, torde i dagsläget vara oomtvistad i samtliga nordiska länder. Några rättsliga komplikationer utifrån tolkningen av instrumenten är inte heller kända. Skatterättsligt kan dock vissa oklarheter föreligga, dock att de i Sverige efter den nya kapitalvinstbeskattningen är relativt få.

Etiketteringen av de finansiella instrumenten kan dock i olika situationer ha viss betydelse.

Vad först gäller det civilrättsliga perspektivet är det, som jag hoppas framgår av den tidigare framställningen, mindre intressant hur instrumenten benämns. Renodlat talar vi egentligen endast om betalningsförpliktelser. Leveransdelen av options- och terminskontrakten går lätt att koppla bort och kvar är då endast avräkningsdelen.

²² Se B. Ekberg och K. Benckert, "Obligationsrättens speciella del II", Stockholm 1963.

²³ Se vidare prop. 1990/91:142 sid. 99-104.

²⁴ Se OM:s Regelverk p. 4.9.

Från näringsrättsliga utgångspunkter träffas options- och terminskontrakt av specialreglering, exempelvis Börs- och clearinglagen. Den tillståndspliktiga clearingverksamheten avser endast options- och terminskontrakt. Som sidoverksamhet till clearingverksamheten har OM tillstånd att även bedriva clearing avseende vissa andra finansiella instrument. Se vidare kapitel 5.

Den skatterättsliga lagstiftningen anknyter till options- och terminsbegreppet.²⁵

En fråga som tilldragit sig visst intresse i utlandet är huruvida derivatinstrument, i synnerhet de kontantavräknade indexoptionerna och indexterminerna, utgör vadhållning²⁶ och därmed står i strid med någon eventuell lagbestämmelse. I förekommande fall har saken lösts så att en uttrycklig bestämmelse föreskrivit att de ifrågavarande instrumenten ej utgör vadhållning. I Sverige finns inga lagbestämmelser om vadhållning²⁷ så domstolarna står helt fria att vid en eventuell prövning av indexoptioner och indexterminer göra en distinktion mellan moraliskt tvivelaktig vadhållning och kommersiellt betingade avtal om risktagande. Saken har aldrig prövats i Sverige men det kan enligt min mening hållas för visst att domstolarna inte skulle vägra att acceptera användandet av indexoptioner och indexterminer som en på värdepappersmarknaden befast och lagstödd samt av Finansinspektionen godkänd sedvana. Användandet av derivatinstrument innebär att risk överförs från en part till en annan part,²⁸ vilket har stor

²⁵ Se t.ex. Lag (1947:576) om statlig inkomstskatt 24 § 4 mom. tredje och fjärde stycket.

²⁶ Särskilt i England och Holland som har lagstiftning kring vadhållning och där introduktionen av framförallt indexoptioner och indexterminer medfört att lagändringar har måst göras. I Finland har också lagändringar krävts men skälet härtill har varit en gammal bestämmelse om förbud mot indexklausuler i vissa fall.

²⁷ Professor Anders Agell har i en uppsats "Om spelvinster, hedersskulder och väntjänster" ur festskrift till Håkan Nial 1966, redovisat det rättsliga läget i detta avseende. Det kan noteras att i RÅ 1990 ref 32, som behandlar kontantavräkning av OMX-terminer, anges att sådana kontrakt utgör "... till sin egentliga innebörd, inte ett avtal om köp eller avyttring av fondandelar per termin, utan ett vad om utvecklingen av OMX-index."

²⁸ Egentligen skulle man kunna tala om ett "nollsummespel" där någons vinst alltid motsvaras av någon annans förlust. Nobelpristagaren och professorn Merton Miller har i olika sammanhang beskrivit detta förhållande, se exempelvis "The Theory of Finance", 1972.

kommersiell betydelse. Det är just sådan verksamhet som försäkringsbolagen bedriver, nämligen att absorbera risker, vilket gör att likheten mellan försäkringsrörelse och derivathandel är stor.

4. Aktörerna

4.1 Allmänt

Tidigare har en distinktion gjorts mellan standardiserad och icke standardiserad handel i finansiella instrument varvid framhållits att börsen och clearingorganisationen spelar en viktig roll på den standardiserade marknaden. Kännetecknande för den icke-standardiserade handeln är just avsaknaden av dessa funktioner. Värdepappersinstituten handlar och i förekommande fall clearar direkt med varandra.

Detta kapitel avser att beröra aktörerna som är engagerade i handeln och clearingen i nya finansiella instrument, nämligen börsen (marknadsplatsen), clearingorganisationen, den för Sverige specifika gransknings- och kontrollorganisationen Clearing Control CC HB (CCHB), banker och andra värdepappersinstitut samt deras kunder. I kapitlet diskuteras också några av de rättsliga relationer som gäller mellan aktörerna. De myndigheter i Norden som är tillsatta att utöva tillsyn och övervaka aktörerna i finansiella instrument och som i ett vidare perspektiv också skulle omfattas av begreppet "aktör" lämnas utanför redogörelsen.

Enligt den nuvarande strukturen i Norden utgör börsen/marknadsplatsen och clearingorganisationen de centrala funktionerna på marknaderna för standardiserad handel i nya finansiella instrument. Tillkomsten av börsen/marknadsplatsen har sin främsta grund i bl.a. investerarnas behov av att prisinformationsmekanismen och genomlysningen förbättras, att likviditet erbjuds samt att sökkostnaderna minskas.²⁹ Clearingorganisationen, å andra sidan, har tillkommit för att minska investerarnas totala utestående motpartsrisk, organisera deras avvecklingsrutiner samt att reducera den totala systemrisken i marknaden.³⁰

Banker och andra värdepappersinstitut utgör länken mellan investerarna, eller slutkunderna som jag fortsättningsvis benämner dem, och börsen/marknadsplatsen respektive clearingorganisationen. De kan också agera för

²⁹ Se SOU 1989:72, del 1, sid. 294-295.

³⁰ Se SOU 1989:72, del 1, sid. 316-319.

egen räkning. Deras intresse att agera på marknaden är en förutsättning för börsern/marknadsplatsens och clearingorganisationens existens.

Slutkunderna är slutanvändarna i systemet.

4.2 Börsen – marknadsplatsen

Värdepappersmarknadskommittén gav i sitt betänkande³¹ definitionen på börs och på börsverksamhet en central roll. I den proposition³² som följde på betänkandet sattes emellertid inte definitions- och gränsdragningsfrågorna i förgrunden. Utgångspunkten var i stället att företag som bedriver verksamhet av börskaraktär och därutöver uppfyller vissa kvalitetskrav skulle ges möjlighet att få auktorisation som börs.

Något auktorisationstvång infördes således ej. Lagstiftaren har medvetet angivit den verksamhet som kan bli föremål för börsa auktorisation i tämligen vida termer och istället lagt större vikt vid den tillsyn som Finansinspektionen utför.

Börsverksamhet är inte uttömmande definierad i Börs- och clearinglagen. Av den mycket allmänna definitionen på börs³³ framgår dock att börs betyder

”företag som har fått auktorisation enligt 2 kap. att driva verksamhet som syftar till att åstadkomma regelbunden handel med finansiella instrument mellan till verksamheten anslutna medlemmar.”

Om ett företag blivit auktoriserat som börs begränsas företagets möjligheter att bedriva annan verksamhet av, i vart fall, de näringsrättsliga reglerna som finns i Börs- och clearinglagen, samt givetvis av de bolagsrättsliga begränsningarna. En närmare diskussion kring framförallt den näringsrättsliga regleringen av börsverksamhet förs i kapitel 5.

Börs är den mest reglerade formen av marknadsplats och för auktorisation krävs att vissa grundläggande kvalitetskrav uppfylls som kännetecknar en sund handel med finansiella instrument. Det skall finnas regler för hur handeln avses bedrivas samt nödvändiga säkerhets- och kontrollsystem för handeln. Viktigt är också att börsern iakttar principerna om fritt tillträde, neutralitet och god genomlysning.³⁴

³¹ SOU 1989:72 sid. 291-312.

³² Prop. 1991/92:113 sid. 66 ff.

³³ Börs- och clearinglagen 1 kap. 4 § 1 p.

³⁴ Börs- och clearinglagen 2 kap. 1 §.

Som medlemmar på börsen kan endast anslutas sådana juridiska personer som uppfyller vissa medlemskrav.³⁵

Vid sidan av börsen utgör den auktoriserade marknadsplatsen samt värdepappersinstitutet den marknadsplatsform som står till buds enligt Börs- och clearinglagen respektive lagen (1991:981) om värdepappersrörelse (Värdepappersrörelselagen). Den auktoriserade marknadsplatsen är en mellanform av marknadsplats³⁶ som inte rönt något större intresse på den svenska marknaden. Någon auktorisation har ännu inte beviljats. Värdepappersinstitutet utgör den minst reglerade formen av marknadsplats, där kraven på genomlysning och likabehandling inte är så framträdande.

I Sverige har auktorisation som börs meddelats Stockholms Fondbörs AB, PMI Penningmarknadsinformation AB (PMI) samt OM.³⁷ På Stockholms Fondbörs tillhandahålls aktier och obligationer³⁸ samt på PMI endast obligationer. På Stockholms Fondbörs och OM görs avsluten i särskilda för respektive börs tillhandahållna elektroniska system (transaktionssystem). PMI tillhandahåller endast ett informationssystem som ligger till grund för avslut gjorda telefonledes mellan medlemmarna.

4.3 Clearingorganisationen

I Börs- och clearinglagen definieras clearingorganisation³⁹ som

”företag som har fått tillstånd enligt 8 kap. att driva clearingverksamhet”

Clearingverksamhet⁴⁰ definieras i sin tur som

”verksamhet som består i att yrkesmässigt i options- eller terminsavtal träda in som part eller på annat sätt garantera att avtalet fullgörs”

³⁵ I första hand svenska värdepappersinstitut som har tillstånd att bedriva värdepappersrörelse samt utländska motsvarigheter. Se vidare Börs- och clearinglagen 3 kap. 1 §.

³⁶ Syftet med auktoriserad marknadsplats är dock detsamma som beträffande börs med det undantaget att verksamheten inte är inskränkt till att avse endast mellan till verksamheten anslutna medlemmar. Se vidare Börs- och clearinglagen 1 kap. 4 § 3 p. samt prop. 1991/92: 113 sid. 107-121.

³⁷ Börsverksamheten i Sverige avseende options- och terminskontrakt regleras i OM:s Regelverk 2 kap. Börsreglemente.

³⁸ Även vissa derivatinstrument, se not 11.

³⁹ Börs- och clearinglagen 1 kap. 4 § 5 p.

⁴⁰ Börs- och clearinglagen 1 kap. 4 § 4 p.

Begreppet clearing ges emellertid i allmänt språkbruk en vidare innebörd än ovan nämnda definition. Sålunda anses normalt avvecklingsverksamhet som exempelvis fullgörs av Värdepapperscentralen VPC AB⁴¹ (VPC) eller av Euroclear eller Cedel också utgöra clearingverksamhet. I en nyligen lagd proposition⁴² föreslås en utvidgning av begreppet clearingverksamhet till att omfatta även sådan clearingverksamhet och inte som idag endast motparts- eller garantifunktionen avseende options- och terminskontrakt. (Se vidare kapitel 5).

I Sverige finns det f.n. endast en aktör, nämligen OM, som har tillstånd att bedriva clearingverksamhet.⁴³

Motsvarande krav på tillstånd att bedriva värdepappersrörelse som gäller för börsmedlemskap finns inte för clearingmedlemskap.⁴⁴

Det kan beträffande clearingorganisationens roll påpekas att den innebär en riskreducerande faktor i det finansiella systemet genom att varje aktör i marknaden har samma motpart, nämligen clearingorganisationen⁴⁵ (central clearing). Central clearing, även kallad multilateral netting, innehåller oftast en garantifunktion antingen genom fullgörandegaranti eller genom partsinträde s.k. substitution med eller utan förlustallokering till medlemmar. Den innehåller även en registerhållningsfunktion och avvecklingsadministration på nettobasis, d.v.s. ett kvittningsförfarande tillämpas med avseende på likvid och leverans. Central clearing kan också innefatta netting av positioner genom novation.⁴⁶

Central clearing innebär ytterligare reduktion av avvecklings- och kapitaltäckningskostnaderna och dessutom oftast en minskning av systemriskerna genom kontinuerlig marknadsvärdering (mark to market), krav på säkerhet samt övervaknings- och kontrollrutiner. Det förutsätts vidare att clearingorganisationen, då den träder in som part i handeln, riskmässigt är i balans⁴⁷

⁴¹ Under aktiekontolagen (1989:827) har VPC monopol på registrering av vissa värdepapper. Se vidare Clearingutredningen sid 236-237 angående ett upphävande av monopolet.

⁴² Prop. 1995/96:50 Clearingverksamhet m.m.

⁴³ Clearingverksamheten avseende options- och terminskontrakt regleras i OM:s Regelverk 3 kap. Clearingreglemente.

⁴⁴ Se vidare Börs- och clearinglagen 8 kap. 6 §.

⁴⁵ Se exempelvis SOU 1993:114 "Konto, clearing och avveckling" sid. 176-178.

⁴⁶ Utestående kontrakt upphör och ersätts av ett nytt kontrakt som motsvarar nettot av de ersatta kontrakten.

samt att organisationen har tillräckliga finansiella resurser att skydda kunderna mot förluster som kan drabba dem till följd av att clearingorganisationen inte kan fullgöra sina clearingåtaganden.⁴⁷

Att både netting⁴⁸ i olika former och central clearing minskar riskerna i de finansiella systemen utvisas bl.a. av reglerna för kapitaltäckningsberäkning.⁵⁰ Fordringar på en central clearingorganisation är undantagna från kapitalkrav.

Den viktigaste komponenten i clearingverksamheten är sålunda att clearingorganisationen inträder som central motpart såsom köpare mot säljaren och såsom säljare mot köparen. För de åtaganden clearingorganisationen ikläder sig har clearingorganisationen en skyldighet att tillse att betryggande säkerheter ställs av kunden/medlemmen till clearingorganisationen.⁵¹ Behovet av säkerhet räknas ut enligt ett säkerhetsberäkningssystem.⁵² Säkerheterna utgörs vanligtvis av vissa typer av värdepapper, oftast statspapper, kontanta medel eller bankgarantier och ställs i OM:s system antingen direkt till OM (direkt ställande av säkerhet) eller till medlemmarna (indirekt ställande av säkerhet) som i sin tur ställer säkerhet direkt till OM för det aggregerade säkerhetskravet för samtliga indirekt ställande slutkunders räkning. Säkerheterna förvaras för clearingorganisationens räkning i regel i en bank, säkerhetsbanken. Denna bank utgör således också en av aktörerna på marknaden för nya finansiella instrument, specifikt för den av OM valda lösningen att organisera clearing.

Hos clearingorganisationen OM bokförs på för ändamålet öppnade kon-ton⁵³ alla de transaktioner som värdepappersinstitutet och deras kunder gör på OM, varvid minst ett konto skall finnas för varje kund. Värdepappersinstitutets kunder är anonyma gentemot OM.⁵⁴

⁴⁷ Börs- och clearinglagen 9 kap. 5 §.

⁴⁸ Börs- och clearinglagen 8 kap. 5 §.

⁴⁹ Genom ett tillägg till lagen om handel med finansiella instrument, 5 kap. 1 §, som trädde i kraft den 1 april 1995, har införts en bestämmelse om att avtal vid handel med finansiella instrument om netting kan göras gällande vid konkurs eller offentligt ackord i Sverige. Se vidare prop. 1994/95:136.

⁵⁰ Se FFFS 1995:41 (Finansinspektionens författningssamling).

⁵¹ Börs- och clearinglagen 9 kap. 2 §. Undantag kan medges men det har enligt vad som är känt aldrig inträffat. I OM:s system ställer även Riksbanken såsom medlem i clearingens säkerhet.

⁵² Se exempelvis OM:s Regelverk p. 3.11.

⁵³ Se OM:s Regelverk p. 1.8.

4.4 CCHB

CCHB är en av Svenska Fondhandlareföreningen och OM gemensamt ägd neutral gransknings- och kontrollorganisation. Den har till uppgift att registrera samtliga slutkunder som anslutits till handeln respektive clearingen hos OM. (Se punkt 4.6). Utan sådan registrering kan inte tillgång till marknadsplatsen respektive clearingen erhållas. CCHB utför också kontroller hos säkerhetsbankerna och medlemmarna att säkerheter ställts i enlighet med Regelverket. Eftersom medlemmarnas kunder är anonyma gentemot OM är det endast CCHB som har en samlad bild över deras identiteter.

4.5 Banker och andra värdepappersinstitut

Den som yrkesmässigt handlar med finansiella instrument för egen eller annans räkning bedriver värdepappersrörelse enligt Värdepappersrörelselagen.⁵⁵ Härför krävs det enligt lagen tillstånd, som ges av Finansinspektionen, beroende på vilken typ av värdepappersrörelse som avses bedrivas.⁵⁶ Institut som fått sådant tillstånd benämns värdepappersinstitut.

Vad gäller OM:s options- och terminsmarknad ansluts värdepappersinstitutet såsom medlem till OM efter undertecknande av ett medlemsavtal.⁵⁷ Medlemskapet kan avse antingen borsmedlemskap eller clearingmedlemskap eller bådadera. För anslutning till OM krävs, förutom vederbörliga tillstånd att bedriva värdepappersrörelse, även att vissa tekniska krav gentemot OM, såsom uppkoppling m.m., är uppfyllda.⁵⁸

Genom medlemsavtalet med OM godkänner värdepappersinstitutet OM:s Regelverk och öppnar konton i OM:s system för egna och för slutkunders affärer. Medlemmarna har också förpliktat sig att tillse att slutkunderna ställer säkerheter i enlighet med Regelverket. De har vidare ett ansvar för rätta fullgörandet av slutkundernas åtaganden mot OM. Detta ansvar är något

⁵⁴ I den mån OM finner det erforderligt för tillvaratagande av sin rätt kan OM på förfrågan hos CCHB få kännedom om parts identitet. Se punkt 4.4 beträffande CCHB. Denna möjlighet för OM skall endast undantagsvis kunna göras gällande och tillämpas således med stor restriktivitet.

⁵⁵ 1 kap. 2 § i lagen.

⁵⁶ 1 kap. 3 § i lagen.

⁵⁷ Se OM:s Regelverk p. 1.2.

⁵⁸ Se OM:s Regelverk p. 2.1 och 3.1.

olika utformat beroende på vilken kontostruktur slutkunden valt.⁵⁹

För den handel som sker utanför börsen och således direkt mellan parterna eller deras ombud, den s.k. OTC-handeln, saknas explicita handelsregler. För att underlätta avräkningen av förpliktelser mellan två parter förekommer det att dessa ingår ett ramavtal under vilket de olika transaktionerna skall läggas. Organisationer såsom Svenska Fondhandlareföreningen och ISDA har utarbetat olika avtalsverk som kan tjäna som utgångspunkt för parternas avtalsslutande.

4.6 Slutkunderna

Som angivits ovan utgör slutkunderna den typ av aktör som företräds gentemot börsen respektive clearingorganisationen av en medlem. Slutkunden äger inte själv agera i förhållande till OM.⁶⁰ Det finns inga andra inskränkningar i rätten att vara slutkund och göra options- och terminsaffärer än vad som följer av allmänna regler om rättshandlingsförmåga⁶¹ eller särskilda regler om rätten att göra placeringar i ifrågavarande instrument.

Slutkunden ansluts till OM genom undertecknande av ett Kundavtal, registrering hos CCHB samt genom att OM för kundens räkning öppnar ett konto.⁶²

⁵⁹ Vid indirekt ställande av säkerhet ansvarar medlemmen i princip för slutkundens samtliga förpliktelser gentemot OM (se OM:s Regelverk p. 1.11.2). Vid direkt ställande av säkerhet är ansvaret begränsat till det säkerhetskrav som är hänförligt till själva registreringen av ifrågavarande kontrakt, inte p.g.a förändrat marknadsläge med avseende på redan registrerade kontrakt. (Se OM:s Regelverk p. 1.11.3.)

⁶⁰ Som framgått tidigare anges i Börs- och clearinglagen vilka krav som skall gälla för direkt anslutning till en börs. Beträffande anslutning till en clearingorganisation finns inte motsvarande krav. OM har dock upprätthållit samma krav för clearinganslutning som för börsanslutning. Denna ståndpunkt är för närvarande under omprövning; större kunder som inte är värdepappersinstitut skall kunna bli clearingmedlemmar för egna affärer.

⁶¹ Den engelska kommunen Hammersmith & Fulham hade ingått ett antal swapkontrakt som House of Lords inte ansåg bindande på kommunen eftersom brister i den rättsliga handlingsförmågan från kommunens sida att göra sådana affärer förelåg.

⁶² Se OM:s Regelverk p. 1.3.1.

4.7 Något om de rättsliga relationerna mellan clearingorganisationen, medlemmen och slutkunden

4.7.1 Slutkundsclearing m.m.

Slutkundsclearing är ett centralt begrepp och en gemensam nämnare för större delen av options- och terminsmarknaderna i Norden. Härmed menas att de affärer som slutkunden gör genom medlemmen även registreras hos clearingorganisationen på ett för kunden öppnat konto. Kunden blir därmed förpliktigad gentemot clearingorganisationen på samma sätt som om de åtgärder som vidtagits av medlemmen för kundens räkning istället hade vidtagits av kunden själv.⁶³ En rättslig relation etableras således direkt mellan clearingorganisationen och slutkunden genom medlemmen. Skulle medlemmen försättas i konkurs eller eljest inte såsom mellanman kunna fullgöra sina skyldigheter mot slutkunden kan slutkunden vända sig direkt mot clearingorganisationen.⁶⁴ På motsvarande sätt kan clearingorganisationen vända sig direkt gentemot slutkunden.

Slutkundsclearingen innebär också att clearingorganisationen får en samlad bild över samtliga aktörers positioner och kan beräkna säkerheter på ett enhetligt sätt för kundernas konton. Därtill kommer att netting av slutkundernas positioner på medlemsnivå inte förekommer. Sammantaget minskar slutkundsclearingen den totala risken i marknaden.

Hur skall då mellanmannens (värdepappersinstitutet) roll identifieras när han företräder en slutkund gentemot börsen respektive clearingorganisationen?

Som ovan angivits agerar i OM:s verksamhet värdepappersinstitutet vid avslutstillfället i eget namn för slutkundens räkning genom att ange ett kontonummer på vilket slutkundens options- eller terminsaffärer skall registreras. Institutet agerar sålunda som kommissionär gentemot OM. Till sin ka-

⁶³ Se exempelvis OM:s Regelverk p. 1.3.3. På marknaderna utanför Norden är det vanligast att slutkundernas rättigheter och skyldigheter inte kan göras gällande mot clearingorganisationen utan endast mot medlemmen, som i sin tur ingår erforderliga kontrakt på börsen gentemot clearingorganisationen (s.k. back-to-back relation). Har slutkundernas positioner dock registrerats på s.k. omnibus accounts inträder vanligtvis ett visst sakrättsligt skydd för dessa positioner.

⁶⁴ Jfr konkursen i april 1993 i den svenska fondkommissionsfirman Orion Fondkommission AB. De slutkunder som ingått options- och terminsaffärer genom Orion Fondkommission med OM och därvid hade anspråk på OM kunde trots fondkommissionsfirmans konkurs göra gällande dessa mot OM.

raktär är detta ett kommissionsförhållande som väl ansluter till den av lagstiftaren i kommissionslagen utformade konstruktionen av kommissionsaffär. Det kan emellertid framföras tvekan om kommissionslagen är tillämplig. I kommissionslagen talas om köp- och försäljning av värdepapper.⁶⁵ Härvid har knappast avsetts avtal som innebär iklädande av skyldigheter och rättigheter i kommissionsförhållandet. Vid handeln med OM som marknadsplats är det just fråga om den typen av avtal.

Frågan om Kommissionslagens tillämplighet spelar dock mindre roll. I OM:s Regelverk regleras slutkundens relation till OM fullt ut varvid explicit framgår att värdepappersinstitutet äger binda slutkunden gentemot OM. Skulle exempelvis slutkunden åsamkas skada genom OM:s vållande följer härav att slutkunden kan göra gällande ett skadeståndsanspråk direkt gentemot OM.⁶⁶

Avsaknaden av lagregler har gjort det så viktigt att täcka in själva avtalskonstruktionen i OM:s Regelverk för att få till stånd rättsligt bindande relationer mellan parterna.⁶⁷

På OM etableras rättsförhållandet mellan slutkunden och OM i samband med att ifrågavarande affär registreras i clearingsystemet. Först då uppstår ett kontrakt. Träffas avslut på börsen sker registrering momentant med avslutet.⁶⁸ Har affären gjorts upp utanför börsen ansöker medlemmen om registrering som effektueras av OM efter det att affären godkänts av OM.⁶⁹

⁶⁵ Lag (1914:45) om kommission 4 § samt Värdepappersrörelselagen 1 kap. 9 §.

⁶⁶ I ett vidare perspektiv är de ålderdomliga reglerna i Handelsbalkens 18 kap. om sysslomän dock tillämpliga, särskilt vad avser relationen mellan medlemmen och slutkunden (se not 86).

⁶⁷ Möjligtvis skulle på ifrågavarande avtalskonstruktion, eller enskilda moment i avtalskonstruktionen (avslut, settlement, säkerhetshantering), kunna tillämpas den i nordisk rätt sedan länge erkända rättsfiguren tredjemansavtal eller avtal till förmån för tredje man. Med tredjemansavtal menas vanligtvis ett avtal mellan två parter genom vilket en tredje person erhåller en självständig rätt enligt avtalet mot endera parten. Slutkunden skulle således erhålla en rätt gentemot OM p.g.a avtalet mellan OM och medlemmen. Huruvida tredjemansavtalet, renodlat från eventuella anknytningar till handelsbruk eller kommissionsregler, innebär även en möjlighet att binda slutkunder är mer oklart. Se Helena Carlsson, "Tredjemansavtal – i svensk och engelsk rätt", Examensarbete HT 94, Juridiska Fakulteten, Stockholms Universitet.

⁶⁸ Se OM:s Regelverk p. 1.7.3.

⁶⁹ Se OM:s Regelverk p. 1.7.4.

4.7.2 Några frågor kring säkerhetsarrangemangen

Säkerhetsarrangemangen kring handeln med nya finansiella instrument är av vital betydelse för aktörerna och därmed också för marknadens funktionalitet.

I stort sett överensstämmer metoderna för säkerhetsberäkning och säkerställande i de olika länderna i Norden. I Norge har dock clearingorganisationen NOS en koppling till VPS Verdipapirsentralen AS (VPS) på så sätt att registrering av slutkundernas positioner sker hos båda organisationerna varvid NOS beräknar säkerhetskrav samt genom partsinträde garanterar förpliktelseernas uppfyllelse, medan VPS hanterar själva säkerställandet.⁷⁰ Modellen är enligt min mening mindre ändamålsenlig eftersom den involverar ytterligare en central funktion, vilket får till följd att visst "dubbelarbete" utförs.

I Sverige har clearinghusets rätt att *kvitta* krav på slutkunden "förstärkts" genom att alla kundens anspråk gentemot clearinghuset p.g.a. registrerade kontrakt är generellt pantförskrivna till clearinghuset.⁷¹ Härigenom behöver clearinghuset inte förlita sig på de allmänna kvittningsreglerna i och utom konkurs. Fördelen härmed är att slutkunden genom pantsättningen förhindras att, till skada för clearingorganisationen, förfoga över kontrakten t.ex. att pantsätta dem till tredje man. Vidare innebär det att clearinghuset inte är bundet av de "kvittningshinder" som kan göras gällande, t.ex. att kravet på att fordringarna måste gå ut på prestation av samma slag eller att motfordran måste vara förfallen till betalning.⁷²

En annan fråga som i Sverige under senare tid tilldragit sig viss uppmärksamhet och som bl.a. aktualiserats av Riksbanken⁷³ rör i vad mån komplettering av tidigare ställd säkerhet till clearinghuset är underkastad *återvinning* enligt 4 kap. 12 § konkurslagen. Sådan tilläggssäkerhet erfordras om den initialt ställda säkerheten inte längre är betryggande, och frågan är huruvida en ställd tilläggssäkerhet är att anse som säkerhet för ny eller

⁷⁰ Se "Innstillning II fra Verdipapirhandellovutvalget oppnevnt ved Kongelig resolusjon 31. januar 1994", sid. 233 och 251-252.

⁷¹ Se OM:s Regelverk p. 1.10.

⁷² Pantsättningen kan närmast liknas vid "panträtt i egen skuld". Se Knut Rodhe, *Handbok i sakrätt*, Lund 1985, sid. 540-541. Beträffande slutkundens rätt att kvitta i clearinghusets konkurs har ett kvittningsförbehåll intagits. (Se OM:s Regelverk p. 1.14). Verkan av ett sådant kvittningsförbehåll regleras i lagen om handel med finansiella instrument 5 kap. 1 § (se not 49).

gammal gäld. Om den skuld för vilken tilläggssäkerhet ställts skall anses ha tillkommit när det ursprungliga kontraktet ingicks, finns risken att tilläggssäkerheten är återvinningsbar i enlighet med grundsatsen om säkerställande för gammal gäld. Omvänt gäller att en ställd tilläggssäkerhet i princip är skyddad mot återvinning om skulden ifråga anses ha tillkommit vid den tidpunkt då den initialt ställda säkerheten blev otillräcklig.

För det fall att tilläggssäkerhet ställts till följd av att den initialt ställda säkerheten minskat i värde, torde gälla att tilläggssäkerheten är återvinningsbar i enlighet med vad som anförts ovan.

Om däremot tilläggssäkerhet ställts p.g.a. att aktören intagit nya positioner eller till följd av att värdet av dennes redan intagna positioner stigit till följd av kursförändringar, är min bedömning att en svensk domstol skulle anse tilläggssäkerheten fredad mot återvinning, d.v.s. att fråga är om säkerställande för ny skuld. Till stöd för denna min ståndpunkt kan åberopas NJA 1988 s.149. I det rättsfallet har Högsta domstolen accepterat synsättet, att transaktioner som skett i ett kontokurantförhållande och som resulterat i ett saldo till ena parterns förmån skall ses som betalning till denne med ett belopp motsvarande saldot. Samma betraktelsesätt gör sig gällande vid ifrågavarande säkerställande. Detta innebär att en ökning av säkerhetskravet för en kund räknat för viss period, t.ex. från säkerställandet till konkursbeslutet, bör anses som "ny gäld" och att panten följaktligen till motsvarande del är oangripbar.⁷⁴

⁷³ Se Sveriges Riksbanks Promemoria 1995-10-05 om säkerheter ställda i samband med clearing och avveckling på de finansiella marknaderna, som utgör underlag för en framställning till Finansdepartementet att konkurslagen ändras i syfte att undanröja osäkerheten om s.k. marginalsäkerheter enligt svensk rätt är fredade från återvinning i insolvenssituationer.

⁷⁴ Professor Torgny Håstad anmälde vid en hearing anordnad av Finansdepartementet den 15 november 1995 i Stockholm med anledning av Riksbankens framställan (se not 67) en avvikande mening. Enligt hans uppfattning uppkommer ingen ny skuld när säkerhetskravet ökar, vare sig preskriptionsregler eller konkurslagen 4 kap. 12 § tillämpas. Ändamålet med konkurslagen 4 kap. 12 § är att gäldenären under den sista tremånadersperioden inte skall gynna någon oprioriterad borgenär och att eventuella gynnanden skall korrigeras retroaktivt. Hänvisning till NJA 1988 sid. 149 förändrade inte hans uppfattning. Håstad har härefter i ett remissvar 1995-11-22 till Finansdepartementet på Riksbankens framställan närmare utvecklat varför den nu ifrågavarande tilläggssäkerheten enligt hans uppfattning är återvinningsbar samt även förklarat sig inte kunna ställa sig bakom framställan. Andra remissin-

Även återpansättning⁷⁵ har varit föremål för diskussion i Sverige i relationen mellan clearinghuset och medlemmarna vad gäller indirekt ställande av säkerhet.⁷⁶ Det har ibland hävdats att reglerna om återpansättning⁷⁷ skulle göra det möjligt för medlemmen att använda slutkundernas till medlemmen pantförskrivna värdepapper vid medlemmens säkerställande gentemot clearinghuset. OM har inte godkänt ett sådant förfarande eftersom återpanthavarens ställning enligt OM är oklar.⁷⁸

Enligt vissa uppfattningar i den juridiska doktrinen⁷⁹ är det panträkten och inte panten som är föremål för återpansättningen. Den ursprunglige pantsättaren kan sålunda med befriande verkan betala till den ursprunglige panthavaren/återpansättaren. I förevarande fall innebär detta att slutkundens betalning till medlemmen gäller även mot clearinghuset (återpanthavaren) med en rätt att utfå de återpansatta värdepapperen av clearinghuset. Återpanthavaren (clearinghuset) saknar då sakrättsligt skydd.⁸⁰

stanser, däribland OM, har dock instämt i vad Riksbanken anført. Delade meningar föreligger dock om inte ändringen borde göras i Börs- och clearinglagen i stället för i Konkurslagen. En remissinstans, Alfred Berg Fondkommission AB, föreslår i sitt remissvar 1995-11-22 en lagändring som undantar ordinärt ställande av säkerhet från återvinning (jfr Konkurslagen 4 kap. 10 § om ordinär betalning).

⁷⁵ Advokaten Staffan Myrdal, Uppsala, planerar att inom den närmaste tiden ge ut en bok om återpansättning.

⁷⁶ Se sid. 22.

⁷⁷ Se lagen om handel med finansiella instrument 3 kap. 3 § vari bl.a. sägs att återpansättning inte får ske för högre belopp eller på strängare villkor än vad som gäller hos panthavaren.

⁷⁸ Se OM:s Regelverk p. 3.10.10.

⁷⁹ Se Gertrud Lennander, Panthavares skyldigheter vid pantavtal om lös egendom, Uppsala 1977, sid. 171.

⁸⁰ Ett annat skäl att inte tillåta återpansättning är regeln i 3 kap. 3 § lagen om handel med finansiella instrument om att återpansättning inte får ske för högre belopp eller på strängare villkor än vad som gäller hos den ursprunglige panthavaren. Eftersom säkerhetskravet gentemot medlemmen inte bör anses utgöra ett underliggande fordringsförhållande skulle återpansättningen i så fall vara ogiltig. Vid en eventuell konkurs hos medlemmen äger clearinghuset inte i så fall ianspråkta panten. Vidare kan anföras att ett säkerhetskrav på medlemmen, såsom fallet är vid indirekt ställande av säkerhet, inte kan svara mot de sammanlagda säkerhetskraven avseende medlemmens slutkunder. Återpansättning skulle även här ske på strängare villkor. Slutligen skall enligt Handelsbalken 10 kap. 6 § denuntiation ske till den ursprunglige pantsättaren vid återpansättning. Frågan är om en generell denuntiation

4.8 Några slutsatser

Strukturen på den nordiska marknaden för finansiella instrument, i vart fall på den svenska, får i dagsläget anses relativt väl etablerad och fungerande. En modern lagstiftning i Sverige reglerar aktörernas verksamhet.⁸¹ Lagregleringen är utformad som en ramlagstiftning; detta gäller framförallt Börs- och clearinglagen. Det ankommer sedan på respektive börs och clearinghus att inom nämnda ramar avtalsvägen precisera rättsläget. Se härom mer i kapitel 5.

I framtiden kan dock förändringar i strukturen komma att ske. Reglerna om medlemskap på börs kan komma att ändras på så sätt att även sådana aktörer som inte är värdepappersinstitut eller liknande utomlands bereds möjlighet att bli medlemmar såvitt avser handel för egen räkning.⁸² Som tidigare nämnts gäller detta i Sverige redan på clearingsidan.

Vidare kommer med största sannolikhet den ökande konkurrensen, bl.a. genom ikraftträdandet av Investment Services Directive (ISD),⁸³ tvinga de mindre börserna att hitta samarbetsformer vid äventyr att de eljest slås ut. Ett exempel på sådant samarbete är att börserna tillhandahåller varandras produkter och härigenom skapar sammanlänkade marknadsplatser (=gemensam marknadsplats). Ett sådant samarbete förekommer redan idag mellan OM och OMLX och kommer att under senare delen av 1996 utvidgas till

är tillräcklig. Slutkunderna är anonyma i OM:s system vilket försvårar en individuell denuntiation.

⁸¹ Det kan som ett kuriosum nämnas att då OM i juni 1985 (vid den tidpunkten hette bolaget Optionsmäklarna OM Fondkommission AB) började tillhandahålla börs- och clearingtjänster avseende optionskontrakt fanns ingen värdepappersmarknadsrättslig lagstiftning som kunde göras tillämplig på verksamheten. OM fick därför ansöka om tillstånd att såsom fondkommissionär bedriva fondkommissionsrörelse för att härigenom komma under dåvarande Bankinspektionens tillsyn. Sådant tillstånd beviljades trots att verksamheten låg långt ifrån traditionell fondkommissionsverksamhet.

⁸² En sådan ändring kräver dock sannolikt att Investment Services Directive, Bilagan, Avsnitt A, p. 2 ändras till att inte ta upp handel i egen räkning samt att kravet i Börs- och clearinglagen på börsmedlemskap, innebärande att ifrågavarande företag skall vara värdepappersinstitut, inte omfattar sådana företag som endast handlar i egen räkning.

⁸³ Genom ISD möjliggörs inom EU för en börs i ett land att ansluta medlemmar från ett annat land.

att även omfatta Oslo Börs. Detta samarbete på nordisk basis benämns LEC (Linked Exchange and Clearing).⁸⁴

Den inom Norden utvecklade slutkundsclearingen får kanske stå som modell vid utbyggnaden av clearingorganisationer inom och utom Europa. Fördelarna är påtagliga, ökad riskkontroll för marknaden i dess helhet.

Förekomsten av tvister och domstolsprocesser utgör ibland ett mått på hur en verksamhet fungerar. Vad gäller handel och clearing av nya finansiella instrument har börserna och clearingorganisationerna i Norden varit förskonade från allvarigare inslag av den arten. Däremot har i relationen mellan medlemmen/värdepappersinstitutet och slutkunden i Sverige förekommit ett antal processer. De har nästan alla det gemensamt att medlemmen riktat krav på ersättning mot slutkunden p.g.a. gjorda förluster från slutkundens sida, som medlemmen fått täcka. Slutkunden har vanligtvis invänt antingen att medlemmen förfarit vårdslöst gentemot slutkunden och inte inkrävt nödvändiga handlingar eller säkerheter⁸⁵ av slutkunden eller

⁸⁴ Till en gemensam marknadsplats anordnad av de tre börserna ansluts börsernas medlemmar (tillsammans ca 200 st). Clearing äger dock rum lokalt i varje enskilt land och clearingorganisationerna är i balans gentemot varandra genom att särskilda balanskontrakt ingås. Även säkerställande mellan clearingorganisationerna skall i vissa fall förekomma.

⁸⁵ Se exempelvis dom av Linköpings tingsrätt 1992-03-03, DT 130, i mål T646/90, T654/90 och T655/90 samt dom av Borås tingsrätt 1995-05-15, DT 269, i mål T661/93 (överklagad till Hovrätten för Västra Sverige). I båda målen gällde frågan bl.a. huruvida underlåtenhet från medlemmens sida att upplysa om säkerhetskrav skulle få till följd att av slutkunden gjorda förluster skulle täckas av medlemmen. I Linköpingsmålet fann domstolen så vara fallet medan domstolen i Boråsmålet kom till en motsatt ståndpunkt. Se även Alfred Berg Fondkommission AB ./ Sydinovator AB och Conny Hagman. Målet, som avgjordes av Högsta domstolen 1995-12-12, DT 214, (mål nr T90/93) gällde frågan om Alfred Berg Fondkommission (Bergs) var skadeståndsskyldigt p.g.a. vårdslöshet bestående i att Bergs låtit Sydinovator och Conny Hagman inleda och fortsätta handel med indexoptioner utan att föreskrivna öppnings- och pantförskrivningshandlingar förelåg samt genom att Bergs inte heller på annat sätt lämnat upplysningar om riskerna med handel med optioner och inte heller förvissat sig om att bolaget/Conny Hagman erhållit sådan information, vilket föreskrevs i Bankinspektionens Allmänna råd (BFFS 1988:7). Högsta domstolen fann att de Allmänna råden endast kunde ges en rådgivande karaktär samt att Conny Hagman var tillräckligt medveten om de särskilda riskerna med handel med indexoptioner. Bergs kunde då inte anses ha brustit i omsorg genom att inte informera om riskerna. Bergs talan vann därför bifall.

godkännanden för att göra affärer i kundens namn eller att medlemmen brustit i den omsorgsplikt som måste anses omfatta en skyldighet att tillse att uppdragsgivaren/slutkunden innan handeln inleds, är fullt införstådd med villkor och risker.⁸⁶ Genom en ändring i Värdepappersrörelselagen (§ 7), som trätt i kraft den 1 januari 1996, åläggs värdepappersinstitutet en närmare preciserad informationsskyldighet gentemot sina kunder.⁸⁷

5. Normerna

5.1 Allmänt

I detta kapitel diskuteras några frågor om normerna samt normbildningen kring de nya finansiella instrumenten. En särskild inriktning görs mot den näringsrättsliga regleringen av börs- och clearingverksamheten. Som tidigare nämnts utgör börsen och clearingorganisationen två viktiga element vad gäller handel i nya finansiella instrument. Normbildningen delas lämpligast in i lagreglering, myndighetsreglering samt självreglering.⁸⁸

Marknaden i nya finansiella instrument utgör en integrerad del av värdepappersmarknaden.⁸⁹ I Sverige finns numera en modern lagstiftning kring denna marknad. Tidigare har Börs- och clearinglagen, lagen om handel med finansiella instrument samt Värdepappersrörelselagen nämnts. Härtill kan Insiderlagen (1990:1342) nämnas. Finansinspektionen har i sin författningssamling, FFFS, lämnat detaljföreskrifter kring lagarna. Vidare

⁸⁶ I Sverige kan som exempel på bristande omsorgsplikt från medlemmens sida nämnas Svea Hovrätts dom 1995-09-11, DT 60, i mål T423/95 där domstolen fann att den bank som företrädde en kund p.g.a. att full information inte lämnats om riskerna med handel i indexoptioner skulle betala de förluster som handeln förorsakade. Prövningstillstånd meddelades ej.

⁸⁷ Lagregeln utvecklas närmare i FFFS 1995:59 1 kap. 5 §, som ersätter i not 79 angivna Allmänna råd. En fråga i det sammanhanget är om HD:s avgörande skulle fått en annan utgång om lagregeln och föreskriften var i kraft vid ifrågavarande tillfälle.

⁸⁸ Direktören Per-Ola Jansson går i sin bok "Regelbildningen på värdepappersmarknaden", Stockholm 1995, utförligt igenom de i Sverige gällande reglerna på värdepappersmarknaden.

⁸⁹ Med värdepappersmarknaden avses vanligtvis aktiemarknaden, penning- och obligationsmarknaden samt derivatmarknaden. En något mer adekvat benämning vore i stället marknaden för finansiella instrument.

har bl.a. genom branschorganisationer⁹⁰ samt framför allt börserna själva en självreglering utvecklats. Som tidigare nämnts regleras OM:s börs- och clearingverksamhet av OM:s Regelverk, som inom ramen för självregleringen, i detalj redovisar de rättsliga relationerna mellan inblandade parter samt hur de ifrågavarande finansiella instrumenten är konstruerade. Där finns också normer kring reducering av risk, såsom säkerhetshantering, positionslimiter och möjligheter för börsern/clearingorganisationen att begränsa handeln/clearingen för medlemmar och kunder. På grund av Börs- och clearinglagens karaktär av ramlagstiftning har det varit möjligt att fortsätta att bygga upp denna typ av normer. Regelverket förelåg innan lagen trädde i kraft. De institutionella investerarnas användande av finansiella instrument regleras oftast i olika typer av placeringsreglementen.

Det bör påpekas att den värdepappersmarknaden näraliggande valuta-marknaden är så gott som helt oreglerad, ehuru aktörerna dock vanligen står under tillsyn. Detta gäller också den icke-standardiserade handeln i nya finansiella instrument som äger rum inter-bank.⁹¹ Här kommer dock allt fler krav på redovisning av exponeringar till följd av derivatpositioner.⁹²

Allmänna utgångspunkter hos lagstiftaren är beträffande börsverksamhet att verksamheten skall hålla vissa kvalitetskrav. Bland annat skall principerna om fritt tillträde och neutralitet gentemot börsmedlemmarna samt god genomlysning iaktas.⁹³ Instrument som handlas under sådana förutsättningar skall anses som instrument som är föremål för handel på s.k. reglerad marknad i enlighet med EU:s regler.⁹⁴

⁹⁰ Svenska Fondhandlareföreningen, som är en sammanslutning av banker och andra värdepappersinstitut i Sverige, har genom utgivande av rekommendationer bl.a. avseende nya finansiella instrument skapat självreglering för marknaden.

⁹¹ I prop. 1991/92:113 sid. 121 anges att lagstiftningen inte utgör något hinder för värdepappershandel som bedrivs inom en grupp av aktörer som slutit sig samman för att handla med varandra, t.ex. i formen av en inter-bankmarknad. Vidare konstateras det att sådan verksamhet inte är möjlig att få auktorisation för och den är inte heller tillståndspliktig enligt lagen om värdepappersrörelse. Denna typ av icke tillståndspliktig interbank-handel preciseras i propositionens specialmotivering som sådan verksamhet som bara avser handel för egen räkning inom en sluten krets. Detta gäller även om ett särskilt bolag bildats för att organisera handeln (samma prop. sid. 169).

⁹² Se exempelvis FFFS 1995:54 och 55.

⁹³ Se Börs- och clearinglagen 2 kap. 1 § samt prop. 1991/92:113 sid. 69.

⁹⁴ Se ISD art. 14-16 samt prop. 1991/92:113 sid. 68-69. Finansdepartementet har i

Handel utan sådan kvalitetsstämpel kan dock vara tillståndspliktig såsom förmedlingsverksamhet enligt Värdepappersrörelselagen.⁹⁵

Finansinspektionen stoppade OM:s planerade notering i höstas av terminskontrakt avseende Nordbanken-aktier i samband med utförsäljningen till allmänheten, s.k. when-issued-kontrakt. Beslutet var enligt min mening felaktigt. Denna handel avser leverans av aktier vid den tidpunkt när aktien introducerats (därav benämningen "when-issued-kontrakt"), varför terminskontrakt nog är den bästa benämningen på dessa instrument. Kommer ingen börsintroduktion till stånd upphör kontrakten att gälla. Utomlands, exempelvis i England, föredrar tillsynsmyndigheten vanligen att denna typ av handel sker på en börs under ordnade former i stället för som förmedlingsverksamhet⁹⁶ (OTC-handel). Bevakning kan då kontinuerligt ske avseende utvecklingen av dessa s.k. Grey Markets.

För clearingverksamhet gäller i stora delar samma kvalitetskrav om fritt tillträde och neutralitet som för börsverksamhet.

5.2 Börsverksamhet

Förutom de krav som framgår av definitionen på börsverksamhet såsom "notering av finansiella instrument syftande till handel mellan anslutna medlemmar" (se sid. 23 och 41) framgår av förarbetena till Börs- och

enlighet med ISD art. 16 i december 1995 till övriga medlemsländer och Kommissionen anmält att Stockholms Fondbörs, OM samt PMI utgör s.k. reglerade marknader.

⁹⁵ Se Värdepappersrörelselagen 1 kap. 3 § p. 2.

⁹⁶ Finansinspektionen har i sin bedömning utgått från Börs- och clearinglagen 4 kap. 1 § 3 st där det sägs att options- och terminskontrakt endast får godkännas för notering och handel om det föreligger en betydande handel med tillförlitlig kursättning i de underliggande tillgångarna. Sådan handel har inte bedömts föreligga innan leverans av Nordbanksaktierna ägt rum. Syftet med bestämmelsen är dock att (i) motverka möjligheterna till otillbörlig prismanipulation samt (ii) främja tillförlitlig kursättning i de aktuella options- och terminskontrakten. (Se bl.a. prop. 1991/92:113 sid. 182). Enligt min mening tolkar Finansinspektionen inte lagtexten efter de motivuttalanden som finns i propositionen. En framställning kommer därför att göras av OM till Finansdepartementet så att erforderliga lagändringar kommer till stånd. Sker inte detta kommer when-issued-kontrakten endast att förekomma på de marknadsplatser som värdepappersinstitutet organiserar med den bristande genomlysning som därav följer.

clearinglagen att även informationsspridning utgör ett krav på verksamheten.⁹⁷ Detta framgår även av auktorisationen av PMI som börs. Sådan verksamhet som i andra länder betraktas som börsverksamhet bör också i princip kunna auktoriseras här i landet.⁹⁸

Börsens möjligheter att bedriva annan verksamhet än vad som framgår av den mycket allmänna definitionen på börs begränsas därutöver av de näringsrättsliga reglerna om sambands- och sidoverksamhet som finns i Börs- och clearinglagen.

Verksamhet som har nära samband med den verksamhet som omfattas av en auktorisation såsom börs, s.k. sambandsverksamhet, kräver ej särskilt tillstånd. Det ankommer på Finansinspektionen att vid auktorisationsprövningen och den löpande tillsynen av varje enskild börs bedöma vilka sambandsverksamheter som är lämpliga och därmed acceptabla utifrån kravet på en sund verksamhet.⁹⁹

Mycket talar enligt min mening för att clearingverksamhet och tillstånd att vara kontoförande institut i VP-systemet är exempel på verksamheter som kan vara sambandsverksamheter. Av lagstiftningen kan utläsas att särskilt tillstånd behövs om verksamheten inte har nära samband med den auktoriserade verksamheten som börs. En inte alltför djärv slutsats blir att clearingverksamhet således har nära samband med börsverksamhet, i vart fall enligt OM:s modell. Även om OM har fått tillstånd att bedriva clearingverksamhet så har inget tillstånd givits till att detta skall vara en sidoverksamhet till OM:s börsverksamhet. Motsvarande gäller för OM:s verksamhet att vara kontoförande institut i VP-systemet.¹⁰⁰

Verksamhet som inte har nära samband med den verksamhet som omfattas av en auktorisation såsom börs kan bedrivas efter särskilt tillstånd av Finansinspektionen, som s.k. sidoverksamhet enligt Börs- och clearinglagen.¹⁰¹ För sidoverksamhet tillämpas en mer restriktiv hållning som bland annat kommer till uttryck genom att det krävs särskilda skäl för en börs för att få bedriva sidoverksamhet.

Ur ett näringsrättsligt perspektiv begränsas således en börs verksamhet till (i) den verksamhet som omfattas av auktorisationen, antingen den ur-

⁹⁷ Se prop. 1991/92:113 sid. 67. Se även ISD art. 21, som föreskriver minimivårer på börsens handelsinformation. I FFFS 1995:43 3 kap. utvecklas detta ytterligare.

⁹⁸ Se prop. 1991/92:113 sid. 69.

⁹⁹ Börs- och clearinglagen 4 kap. 4 § 1 st. Även prop. 1991/92:113 sid. 76-77.

¹⁰⁰ Särskilt tillstånd härför krävs dock enligt Aktiekotlagen (1989:827) 3 kap. 1 §.

¹⁰¹ Börs- och clearinglagen 4 kap. 4 § 2 st.

sprungliga eller senare beslutad ändring av verksamheten (inkluderande såväl själva börsverksamheten som sambandsverksamheten) eller (ii) tillstånd som givits av Finansinspektionen för s.k. sidoverksamhet.¹⁰²

5.3 Börsverksamhetens räckvidd

Trots att den verksamhet som skall bli föremål för börsauktorisering angivits i vida termer kan ett försök att precisera gränserna vara av intresse. Om en viss typ av verksamhet befinner sig i gränsområdet för börsverksamheten men inom gränsen för nära samband så torde dock frågan om gränsdragning mellan dessa verksamheter – börs- respektive sambandsverksamheten – endast ha ett mindre intresse. Sambandsverksamhet kräver ju inget särskilt tillstånd och får betraktas som en del av antingen auktorisationen eller, i vart fall, auktorisationsprövningen och den löpande tillsynen, och Finansinspektionen skall ändå göra en lämplighetsbedömning i respektive fall.

Av större intresse är den yttre gränsen för sambandsverksamhet. Utanför denna får endast verksamhet bedrivas såsom sidoverksamhet, om tillstånd därtill givits och här kan förarbetena men även praxis ge vägledning.

Som exempel på sidoverksamhet har i förarbetena angivits verksamhet av helt annat slag än börsverksamhet, såsom t.ex. industriell verksamhet eller försäljning av varor och tjänster som inte har någon anknytning till börsverksamhet.¹⁰³ Som tidigare angivits har OM tillstånd att bedriva sin IBS-verksamhet som sidoverksamhet. Då IBS-verksamheten i sig skulle kunna beskrivas som förmedlingsverksamhet (se punkt 5.4 nedan) kan det vid en första anblick synas märkligt att denna ur ett näringsrättsligt perspektiv skulle sakna anknytning till börsverksamheten. Avsikten med att IBS-verksamheten manifesterats i ett särskilt tillstånd kan nog förklaras med att denna typ av förmedling, som en ”broker” bedriver, inte uppfyller de höga krav som kan förväntas gälla för en börs där handel kan ske.

5.4 Brokerverksamhet

Bland de näringsverksamheter som är tillståndspliktiga enligt Värdepappersrörelselagen brukar förmedlingsverksamhet anges som den som är tillämplig på en ”broker”.¹⁰⁴

¹⁰² Motsvarande perspektiv har lagts på verksamheterna hos en auktoriserad marknadsplats och en clearingorganisation.

¹⁰³ Se prop. 1991/92:113 sid. 77.

¹⁰⁴ Värdepappersrörelselagen 1 kap. 3 § p. 2. Jfr not 13.

Som exempel på sådan verksamhet har i både propositionen till Börs- och clearinglagen och propositionen till Värdepappersrörelselagen angivits att såväl inter-bank brokerverksamhet som annan mäklarverksamhet är tänkt att inrymmas.¹⁰⁵

5.5 Börs- och brokerverksamheternas förhållande till varandra

Av definitionen på börs- respektive brokerverksamhet framgår att dessa överlappar varandra. Det är främst börsverksamhetens högre ”preciseringar” avseende dels (i) noteringen av instrument, dels (ii) medlemsanslutningen, dels ock (iii) informationsspridningen av kurser och avslut som gör att verksamheterna skiljer sig åt. Rent definitionsmässigt innefattas i vart fall börsverksamhet i förmedlingsverksamhet.

Vid införandet av Börs- och clearinglagen ändrades Värdepappersrörelselagen på sådant sätt att den som erhållit auktorisation att bedriva börsverksamhet inte behöver tillstånd enligt Värdepappersrörelselagen¹⁰⁶ men såsom i OM:s fall tillstånd till sidoverksamhet.

Lagstiftarens utgångspunkt har varit att verksamhet av börskaraktär i grunden är tillståndspliktig enligt Värdepappersrörelselagen, varför det allmänna intresset av att sådan verksamhet inte skall kunna bedrivas i former som står helt utanför insyn och kontroll, tillgodsdes. Detta var också ett avgörande argument för att låta den verksamhet som är föremål för börsauktorisering anges i mycket vida termer.¹⁰⁷ Företag som erhållit auktorisation enligt Börs- och clearinglagen är inte skyldiga att ha tillstånd enligt Värdepappersrörelselagen.

5.6 Clearingverksamhet

I prop 1995/96:50 vidgas ramarna för den näringsrättsliga regleringen av clearingverksamhet högst väsentligt. Enligt 1 kap. 4 § p. 4 i lagförslaget anges clearingverksamhet som

”fortlöpande verksamhet som består i

- a) att på clearingmedlemmarnas vägnar göra avräkningar beträffande deras förpliktelser att leverera finansiella instrument eller att betala i svensk eller utländsk valuta, eller

¹⁰⁵ Se prop. 1990/91:142 sid. 108 och prop. 1991/92:113, sid. 68.

¹⁰⁶ Värdepappersrörelselagen 1 kap. 3a § 3 st.

¹⁰⁷ Se prop. 1991/92:113 sid. 69.

- b) att genom inträdande som part eller som garant ta över ansvaret för förpliktelseernas fullgörande, eller
- c) på annat väsentligt sätt sörja för att förpliktelseerna avvecklas genom överförande av likvid eller instrument.”

Utvidgningen av begreppet clearingverksamhet sker till de verksamheter som brukar benämnas matchning, netting och avveckling. Tillståndskrav införs för sådan verksamhet som innebär ett övertagande av risker eller ett väsentligt ansvar för riskhantering. Clearingverksamhet avseende aktier, obligationer och andra finansiella instrument samt betalningar inklusive valuta omfattas av tillståndskravet.¹⁰⁸

Den nu föreslagna utvidgningen innebär enligt min mening att gränsdragningsproblem uppstår mellan verksamheter som faller under Värdepappersrörelselagen och Börs- och clearinglagen.¹⁰⁹ Rent lagtekniskt har detta lösts på så sätt att clearingverksamhet som bedrivs av värdepappersinstitut undantas från det tillståndspliktiga området.

Värdepappersinstitut som tillhandahåller marknadsplats för OTC-handeln tillhandahåller enligt den nya definitionen clearingtjänster. Samma typ av clearingverksamhet kommer således att bedrivs av såväl clearingorganisationer som värdepappersinstitut utan att värdepappersinstituten är underkastade de stränga krav vad gäller exempelvis riskmässig balans och säkerheter. Clearingorganisationernas verksamhet ”urvattnas” och det kan hävdas att det blir mer attraktivt att bedriva clearingverksamhet som värdepappersinstitut än som clearingorganisation. Det kan ifrågasättas om detta är en lämplig ordning, särskilt vid beaktande av den vikt clearingverksamhet tillmätts i det finansiella systemet.

Frågan var också föremål för diskussion i propositionen.¹¹⁰ Clearingutredningens uppfattning var just att det ur säkerhetssynpunkt skulle vara en fördel om tillstånd till clearingverksamhet bedömdes enligt Börs- och clearinglagen istället för enligt annan lagstiftning. Då Finansinspektionen emellertid angivit att tillståndsprövningen enligt Börs- och clearinglagen bedrivs på i princip samma sätt som enligt Värdepappersrörelselagen, var regeringen beredd att gå på ett av Finansinspektionen framfört förslag och medge undantag från tillståndsplikten för värdepappersinstitut i propositionen. I samband med detta betonades dock att det är av vikt att denna lösning

¹⁰⁸ Se prop. 1995/96:50 sid. 64.

¹⁰⁹ Se prop. 1995/96:50 sid. 72.

¹¹⁰ Se prop. 1995/96:50 sid. 72.

inte medför konkurrens på skilda villkor, och då särskilt vad gäller kravet på säkerhet i verksamheten. Finansinspektionen är satt att följa utvecklingen.¹¹¹

Motsvarande reglering beträffande sambands- och sidoverksamhet för börs finns också för clearingorganisationer. OM har tillstånd att såsom sidoverksamhet till clearingverksamheten bedriva clearing avseende swapkontrakt och värdepapperslån.

En annan fråga av stor näringsrättslig betydelse vad avser clearingverksamhet i Sverige är VPC:s monopol att verka under Aktiekontolagen. Eventuella konkurrenter, i första hand clearingorganisationer, är hänvisade till rena avtalslösningar när det gäller att definiera rättsverkan av en registrering i ett värdepapperslöst system. Sådana lösningar kan i alla lägen inte bli likvärdiga en lagreglering.¹¹²

6. Några sammanfattande synpunkter

Utvecklingen av marknaden för nya finansiella instrument har varit explosionsartad i Norden. Lagstiftaren har haft en svår uppgift att finna lämpliga regleringar, främst ur ett näringsrättsligt perspektiv, som inte hämmar utvecklingen utan i stället ger marknaden för dessa produkter förutsättningar att fortsätta utvecklas. Lagstiftaren och tillsynsmyndigheter i olika länder har fått ställa sig frågan *hur* marknaden skall regleras p.g.a. den starka konkurrensen mellan olika typer av marknadsplatser, både nationellt och internationellt, samt framväxten av elektroniska handelssystem. Dr Ruben Lee vid Oxford University beskrev de framväxande nya systemen som "Market Oriented New Systems for Terrifying Exchange Regulators" förkortat MONSTER.¹¹³

I stort sett har lagstiftaren i Sverige lyckats väl. Definitionen på clearingverksamhet måste dock få en lösning. Monopolet för VPC att verka under

¹¹¹ OM har i två skrivelser till Näringsutskottet, 1996-01-18 och 1996-02-09, kritiserat utvidgningen av clearingbegreppet och undantaget för värdepappersinstitutens clearingverksamhet från det tillståndspliktiga området samt även lagt ett förslag på hur clearingverksamhet bör definieras. Förslaget går i huvudsak ut på en uppdelning av clearingen i *garantclearing* (motpart/garant) som avses regleras under Börs- och clearinglagen (nu gällande definition) samt i *administrativ clearing* som avses regleras under Värdepappersrörelselagen. (Se vidare nämnda skrivelse 1996-02-09).

¹¹² Beträffande VPC-monopolet se SOU 1993:114 samt OM:s remissyttrande 1994-04-27 på betänkandet.

Aktiekontolagen måste också upphävas. Lagstiftningen inom clearing- och avvecklingsområdet skall vara konkurrensneutral. I Norge pågår för närvarande ett intensivt lagstiftningsarbete, som sannolikt resulterar i en lagstiftning liknande den i Sverige. I övriga nordiska länder ligger också lagstiftningen i stort sett i fas med utvecklingen.

Den främsta orsaken till volymökningen är den växande kunskapen hos investerarna om nyttan med de nya finansiella instrumenten. I USA, som till vissa delar är ett föregångsland när det gäller att tillskapa nya finansiella instrument, dömde en domstol i Indiana för några år sedan en styrelse för ett jordbrukskooperativ till skadestånd gentemot kooperativets medlemmar för att styrelsen vid förvaltningen av kooperativets spannmål, till undvikande av förluster i en nedåtgående marknad, inte hade använt sig av options- och terminsaffärer. När kommer det kommunala företagens finanschef eller styrelse, som tagit upp lån i utländsk valuta utan att valutaskyddade lånen genom exempelvis valutaterminer ställas till ansvar och bli skadeståndsskyldiga gentemot skattebetalarna?

Utvecklingen på den nordiska marknaden för finansiella instrument kanske går mot större samordning än vad det nyligen introducerade LEC-samarbetet mellan Sverige, England och Norge innebär. Kanske talar vi om ett par år om en helt integrerad marknad för nya finansiella instrument i Norden, och kanske för den delen också för hela aktie- och penningmarknadssidan.

Komplexiteten i de nya finansiella instrumenten kan också förväntas öka, vilket i sin tur ställer höga krav på informationsgivningen mellan börserna, clearingorganisationerna och värdepappersinstituten, å ena sidan, samt slutkunderna, å andra sidan. Inom detta område pågår ett par intressanta rättegångar i USA, t.ex. Gibson Greetings vs Bankers Trust Company (i huvudsak förlikat) samt Procter & Gamble vs Bankers Trust Company. I båda målen är kärandena ytterst professionella placerare som hävdar att kapitalförvaltaren Bankers Trust brutit i sitt ansvar när förluster uppkommit avseende den förvaltade egendomen. Vi kommer sannolikt att få se liknande mål i Norden i framtiden.

Vi kommer också att få se mindre professionella aktörer göra stora förluster i de nya finansiella instrumenten. Från USA kan hämtas ytterligare ett fall, nämligen från Orange County i Kalifornien, som nyligen förlorade

¹¹³ Se "What is an Exchange? – A discussion paper", Dr Ruben Lee, Nuffield College, Oxford University, Capital Markets Forum, 1992.

drygt 10 miljarder kronor på räntespekulation. Det finns även exempel på närmare håll, nämligen Stockholms stad, som också gjorde förluster i räntederivat (huvudsakligen ränteterminer) 1987, dock i betydligt mindre omfattning.

Behovet och utvecklingen av central clearing förväntas också öka. Hade kraschen i Barings Bank avsett OTC-handlade instrument, som inte varit föremål för central clearing, hade de förluster som uppkom inte stannat vid Barings Bank utan alla motparter till banken hade fått vidkännas stora förluster. Clearingorganisationer absorberade den motpartsrisk som Barings Bank utgjorde. Den inom Norden utvecklade slutkundsclearingen kan förhoppningsvis spridas till andra länder, vilket ökar skyddet för investerarna.

Nya finansiella instrument - normer och aktörer

Sektionsmöte

Referatskrivare: Advokat *Thomas Wallinder*, Sverige

Debattledaren, justitierådet *Leif Thorsson*, Sverige, hälsade deltagarna välkomna, redogjorde för riktlinjer för debattens genomförande och gav ordet till referenten.

Referenten, chefsjurist *Hans Berggren*, Sverige, inledde med en genomgång av vissa huvudpunkter i rapporten, samt redogjorde för förhållanden som inträffat efter rapportens tillkomst enligt följande.

Finansdepartementet i Sverige har nyligen föreslagit en ändring i lagen om handel med finansiella instrument innebärande att återvinning enligt 4 kap. 12 § konkurslagen inte skall kunna ske då säkerhet ställs enligt avtalade regler samt överlämnas utan dröjsmål efter värdeförändring av utestående förpliktelser eller av tidigare ställd säkerhet. Finansdepartementets förslag går längre än Riksbankens tidigare förslag i frågan då det omfattar såväl säkerheter ställda till clearingorganisationer som säkerheter ställda vid handel mellan värdepappersinstitut.

Jag har tidigare förklarat att jag stöder Riksbankens förslag eftersom clearingverksamhet innebär en stabiliserande och riskreducerande faktor på finansmarknaden. Det bör dock övervägas att genomföra en översyn av allt säkerställande även utanför finansmarknaden. I ett första steg görs dock lämpligen, som Riksbanken föreslagit, avgränsningen vid clearingorganisationerna.

Enligt det nyligen publicerade betänkandet från elhandelsutredningen skall de företag på elmarknaden som vill bedriva verksamhet som mellan-

händer vid handel med elderivat kunna få tillstånd till detta enligt särskilda regler om elmarknadsrörelse. En eltillsynsmyndighet skall meddela tillstånd att utföra tjänster som mäklare, kommissionär eller portföljförvaltare på elmarknaden. Avsikten med förslaget, enligt utredningen, är att befintliga elhandelsföretag skall kunna fortsätta att verka på elmarknaden utan att behöva underkasta sig en sådan "rigorös och komplicerad" reglering som den som gäller för värdepappersmarknaden.

Behovet av reglering och riskerna med handeln med elderivat är dock i huvudsak desamma som vid handel med andra finansiella instrument. Elmarknaden kan till och med antas vara mer volatil än penningmarknaden och marknaden i vissa aktier. Reglerna för handel med finansiella instrument bör därför vara tillämpliga även på handel med elderivat och man bör inte tumma på gällande definition av finansiella instrument. Nästa gång utgörs den underliggande egendomen av exempelvis timmer eller massa. Skall då undantag göras även för dessa instrument?

Även i frågan om etableringsfriheten för börser går elmarknadsutredningens förslag stick i stäv mot nu gällande ordning på värdepappersmarknaden. Enligt förslaget skall regeringens tillstånd krävas för elbörser, vilket dock inte kan påräknas just på grund av den nordiska elmarknaden där elbörser nyligen har öppnat i både Norge och Finland.

Korreferenten, advokat *Marius Ryel*, Norge: Den internationella utvecklingen på detta område har varit våldsam och i Norden har OM präglat denna utveckling. Referentens synpunkter på de allmänna rättsliga aspekterna av options- och terminskontrakt är i huvudsak tillämpliga även på norska förhållanden. De nordiska länderna har påverkats starkt av utvecklingen i andra länder och har mer eller mindre tvingats acceptera dessa instrument i den utformning de har fått utomlands.

Hans Berggren drar slutsatsen beträffande de standardiserade instrumenten att det civilrättsliga innehållet är oomtvistat i samtliga nordiska länder. I Norge har dock frågor uppkommit också om innebörden av standardiserade derivatkontrakt även om dylika tvister sällan avgörs i domstol. Vad gäller de icke standardiserade derivatinstrumenten är variationerna stora och mäklarföretagen har eftersträvat att göra kontrakten så korta som möjligt. Ett antal tvister har uppstått om innebörden av sådana avtal. Dessa frågor är dock ej principiellt annorlunda än tvister om avtalstolkning på andra områden.

Utvecklingen av nya finansiella instrument går fortare än lagstiftningstakten och rättsutvecklingen på området. En artikel i *Financial Times* från

november 1995 noterade att "the gap between modern financial practices and the majority of the world's laws on securities ownership and transfer is causing increasing concern in global capital markets. The inadequacies of most national securities laws are such that many lawyers believe unless they are corrected by multi-national law reform, legal uncertainty could make a financial crisis worse". En kommitté under International Bar Association's Capital Markets Forum har också påpekat behovet av reglering av bl a ställande av säkerhet vid internationella derivatkontrakt, kontraktens ställning i konkurs och lagvalsfrågor. Det är en viktig uppgift för myndigheterna att bidra till att öka rättssäkerheten rörande finansiella instrument. Det är också en önskan att vi i framtiden, inte minst i Norge, får ett ökat intresse för området från forskare och universitetsjurister.

Frågan huruvida nya derivatinstrument, särskilt de som är knutna till index, är förenliga med olika bestämmelser om vadhållning har i förhållande till privata investerare dryftats i ett flertal länder och skapat osäkerhet. I USA och andra länder har lagreglering skett. Enligt en bestämmelse från 1902 i den norska strafflagens ikraftträdandelag är sådana förpliktelser ogiltiga som har uppstått efter "terminsspill" och är av spel- eller vadhållningskaraktär. En nyligen framlagd doktorsavhandling om valuta- och ränteswappar av Arne Tjaum vid Universitetet i Oslo drar något överraskande slutsatsen att nämnda bestämmelse gäller även för moderna finansiella instrument, dock att valutabankers interna valutahandel inte skulle omfattas. Däremot skulle en privatperson som ingår en valutaterminsaffär med en sådan bank kunna åberopa bestämmelsen om kontraktet innebär spekulation för bankkunden. En sådan tolkning synes medföra bedömnings-svårigheter och rättsosäkerhet.

Finansdepartementet uttalade i samband med införandet av ett regelverk för options- och terminshandel 1989 att det ej kunde anses att den gamla bestämmelsen från 1902 var tillämplig på de finansiella instrument som omfattades av den nya lagen. Arne Tjaum förefaller dock tillmäta departementets uttalande och regelverket liten betydelse. Enligt min uppfattning bör förbudet mot vadhållning inte kunna göras gällande i förhållande till kontrakt rörande finansiella instrument som utställs och hanteras inom ramen för värdepappershandelslagen och under löpande myndighetstillsyn. Dyliga frågor bör lösas enligt traditionella ogiltighetsbestämmelser i avtalslagen.

Internationellt har det förekommit ett stort antal tvister efter transaktioner i nya finansiella instrument. Enligt tysk rätt, Börsengesetz, är banken skyldig att ge skriftlig och fullständig information om riskerna när kontrakt

ingås. Kontrakten kan ej genomföras eller fullbordas om detta ej har skett. Även i USA och England har ett flertal fall rört intresseavvägningen mellan professionella parter och icke professionella parter och den icke professionella parten tenderar att ges ett relativt omfattande ersättningsrättsligt skydd. I ett nyligen avgjort mål i England hade ett indonesiskt bolag stämt en amerikansk bank, Bankers Trust, avseende en skuld som uppkommit i samband med två stora swapkontrakt. Talan vann dock ej bifall då banken ansågs ej kunna åläggas skyldighet i förhållande till kunden att förklara riskerna och de ekonomiska konsekvenserna av transaktionen.

Rättspraxis i Norge på detta område har framförallt rört, dels den professionella partens informationsskyldighet, dels motpartens professionalitet. I en omtalad dom från Oslo byrett mellan en stor kommunal pensionskassa och ett mäklarföretag, friades mäklarföretaget från pensionskassans ersättningskrav för skulder på bl a ränteterminer. Rätten uttalade att pensionskassan måste räkna med att uppfattas som en professionell aktör och att mäklarföretaget måste kunna betrakta pensionskassan som en jämbördig part. Domen är överklagad. I en lagmannsrettsdom från november 1995, som rörde certifikatmarknaden, uttalade rätten att när man engagerar en professionell rådgivare, för att man inte själv har nödvändig expertkunskap och kapacitet, så har man rätt att lita på rådgivaren. Den intressanta frågan är hur stränga krav som kommer att utvecklas i praxis för de professionella aktörerna på marknaden och vilka effekter detta kommer att få för marknaden.

Beträffande utvecklingen av standardiserat informationsmaterial i Norge har opsjonssentralen (NOS) och börserna gemensamt tagit fram en generell beskrivning av risker vid derivatinvesteringar, vilken kunden erhåller tillsammans med optionsregelverk och standardvillkor. En förutsättning för handel är att slutkunden ingår ett sk handelsrepresentantavtal, enligt vilket kunden bl a får bekräfta att denne är införstådd med riskerna vid handel med optioner och terminer. Det bör tillmätas stor betydelse till mäklarföretagets fördel att kunden erhållit sådant material, eftersom materialet utgör en tydlig och täckande beskrivning av riskerna med derivataffärer. Som utgångspunkt bör dock investerare anses agera på egen risk.

Självreglering är en mycket aktuell rättspolitisk fråga. Utvecklingen har skiftat mellan en liberal hållning och en mer restriktiv syn. Inom Norden skiljer sig förhållandena åt på detta område. OMs börs- och clearingsverksamhet regleras huvudsakligen av OMs eget detaljerade regelverk och enligt en ramlagstiftning med generella normer. I Norge har situationen varit annorlunda genom att både börs- och clearingregelverken till största delen fastställdes i lag och av Finansdepartementet. Men också i Norge har

utvecklingen medfört ökat utrymme för självreglering, bl a genom gällande optionsregler.

Detta är otvivelaktigt den rätta vägen. I annat fall kommer denna typ av instrument och marknader att utvecklas i en gråzon eller flytta till utlandet. Självreglering förutsätter dock en mer tidsenlig ramlagstiftning med generella krav på verksamheten, bl a med tanke på säkerheten på marknaden och inte minst för att skydda investerarna. Tillsammans med en aktiv och löpande tillsyn ger det en god grund för en dynamiskt marknadsanpassad och samhällsekonomisk utveckling av regelverket.

Vad gäller förhållandet mellan det standardiserade regelverket och OTC-instrumenten utmärks de senare av att de är kortfattade och ofta ofullständiga. Det kan t ex vara oklart hur optionskontrakt till aktier skall tolkas i samband med ändringar i aktiekapitalet hos utgivaren av de underliggande aktierna. I Norge har det skett en utveckling som innebär att regler och lösningar från de standardiserade regelverken används som underlag för tolkning av OTC-kontrakten. De standardiserade regelverken är utvecklade under lång tid och ger normalt en balanserad lösning. Hur långt domstolarna vill gå för att acceptera sådana kontraktsmässiga tillägg återstår emellertid att se.

Vice häradshövdingen *Pentti Rissanen*, Finland: Lagen om handel med standardiserade optioner och terminer trädde i kraft i Finland den 1 november 1988. Lagen gäller bara handel med standardiserade optioner och terminer och lagen stadgar att andra optioner och terminer än sådana som avses i lagen endast får erbjudas näringsidkare. Lagens innehåll och konstruktionen av marknaden för derivatinstrument liknar mycket det som gäller i Sverige. Suomen Optiomäklarit, Finska Optionsmäklare ABs (SOM) och OMs regelverk har stora likheter med varandra och inom respektive organisation finns såväl börs- som clearingverksamhet.

I Finland startade 1988 handel med aktieindexderivat. 1991 inleddes elektronisk handel hos SOM, som under 1994-1995 startade clearing av obligations- och ränteterminer. Nyligen påbörjades även handel med elterminer i Finland. I fackmannakretsar råder enighet om den förväntade utvecklingen på detta område, nämligen globalisering, ökat intresse för riskhantering och hur derivat kan användas för att hantera risker samt ökad variation av derivatprodukter, innefattande swaps och "tailor made"-kontrakt.

Professor *Torgny Håstad*, Sverige: De frågor som nu diskuteras är mycket komplicerade och många av de parter som berörs, t ex konkursförvaltare, borgenärer i framtida konkurser för fondkommissionärer samt större indu-

striföretag som vidtar valutasäkringar, är ännu ej insatta i vad som pågår.

Vad först gäller OM:s konstruktion kännetecknas den av att slutkunden får rättigheter och förpliktelser direkt emot OM, men är anonym. Medlemmen skulle således handla i eget namn och rättsförhållandet utgöra kommission eller möjligen tredjemansavtal. Men om man anger att någon annan ansvarar, då handlar man med fullmakt. Även om förhållandet utgör kommission får huvudmannen överta kravet mot tredje man om kommissionären går i konkurs. Det är således inget unikt att kunden kan vända sig direkt mot OM i en sådan situation. Tillämpar man vanliga regler i kommissionslagen finner man i 64 § att tredje man har möjlighet att kvitta med motfordringar hos kommissionären även om kommittenten i och för sig kan separera fordringen mot tredje man och kan göra den gällande direkt.

I referatet anges att nettning på medlemsnivå av slutkundspositioner ej förekommer. Jag har dock inte förstått hur man kommer fram till den slutsatsen. Detta är dock synnerligen viktigt, eftersom separationsrätten för kommittenten väldigt ofta kan bli helt värdelös då kommissionären handlat även för andras räkning.

Enligt referatet har OM generell panträtt i slutkundens alla avtal med OM, dvs panträtt i egen skuld varigenom OM blir oberoende av kvittningsregler. Pantsättaren måste dock vara avskuren rådigheten över sin tillgång redan under säkerhetsstadiet. Prestationerna är alltså avhängiga av varandra redan under säkerhetsstadiet. Normalt torde detta dock ej vara fallet utan kunden kan avropa sin prestation när den förfaller, medan hans skyldigheter kanske förfaller vid en senare tidpunkt och därmed föreligger ej giltig panträtt. Följaktligen kan det betvivlas att OM är oberoende av kvittningsregler på grund av pantförskrivningen.

Emellertid har nu speciallagstiftning införts i Sverige innebärande att när en clearingorganisation är inblandad så är det tillåtet att vid konkurs ”kvitta äpplen mot päron”. Lagförslaget var förståeligt då det innebär att man inte behöver bevaka bruttopositioner, soliditetskrav påverkas m m. Likväl är det en synnerligen anmärkningsvärd lagändring, eftersom ett motsvarande avtal normalt inte skulle vara giltigt. Även innebörden av begreppet clearingorganisation har nyligen ändrats och omfattar nu såväl den som inträder som part i avtalet som den som endast ordnar avräkningen. Effekten härav blir att en nettning vid någons konkurs kan ske mellan helt ovidkommande parter som på något sätt har clearingcentralen som kopplingscentral. Det innebär ju ett tillägg till den ursprungliga lagändringen som därmed inte bara medger kvittning av äpplen och päron utan går långt därutöver.

Det sades vid tillkomsten av nämnda lagregel att det var angeläget att hindra s k cherry-picking, dvs konkursboet skall inte kunna gå in och ta de förmånliga kontrakten och lämna de oförmånliga. I stället skall avräkning ske vid konkurs mellan alla kontrakt. Detta betyder att det inte längre är frågan om att hindra cherry-picking, utan att det är fråga om att hindra ett inträde där ett konkursbo är berett att ta alla avtal.

Det har nu föreslagits att återvinning inte skall kunna ske när säkerheter ställs till clearingorganisationen eller till någon som håller på med handel med finansiella instrument. Frågan huruvida säkerheten ställs med dröjsmål efter skuldens tillkomst blir särskilt aktuell när kundens position förändras så att hans skuld ökar och, enligt tillämpligt avtal, kompletterande säkerhet skall ställas. Enligt referatet, lagframställningar och remitterade förslag kan det vara så att fordringen uppkommer vid den tidpunkt när positionen förändras och skulden ökar. Säkerhet som då ställs skulle ej utgöra säkerhet för gammal skuld. Referenten har åberopat det svenska rättsfallet NJA 1988 s. 149. Rättsfallet innebär att man inte skall - efter det att en part i ett kontokurantförhållande levererar granskog och konkurs därefter inträffar - ställa frågan huruvida han får kvitta fordran på t ex tall mot fordran på gran, vilket skulle kräva att säkerställandet inte har uppkommit under omständigheter som strider mot betalning med vanliga betalningsmedel; 5:16 konkurslagen. Detta skulle utgöra en ganska restriktiv återvinningsbegränsning och därför anges att det skall ses som betalning. Därmed kan alltså återvinning komma i fråga om betalningen inte är ordinär. Emellertid kvarstår frågan om återvinning även om det är en betalning, vilket över huvud taget inte var aktuellt i rättsfallet. Här är det ju emellertid oftast fråga om säkerställanden och de bör väl återvinnas enligt nämnda 4 kap 12 §, vilket går utöver detta rättsfall.

En fordring torde uppkomma när avtalet ingås, se NJA 1985 s. 185. Om säkerhet emellertid ställs samtidigt som valuta överlämnas uppkommer ingen nackdel eftersom man vid återvinning av säkerheten måste lämna tillbaka valutan och då vinner ingen på transaktionen.

Enligt min mening är det uppenbart att det är fråga om ställande av säkerhet för gammal skuld när positionen förändras. Argumenten för en lagändring är dels att en internationell finansiell härdsälta hotar om vi har återvinningsrisker i systemet, dels att det inte går att ställa säkerheter som ej är återvinningsbara och därför får Sverige inte vara med vid internationell valutahandel. Emellertid är återvinning utesluten om en tredje man ställer säkerheten, se NJA 1985 s. 117. Det kostar dock pengar att ordna en bankgaranti. Det handlar således om att här undvika sakrättsliga transaktions-

kostnader, medan andra konkursborgenärer liksom andra branscher tvingas bära dessa kostnader. Skall lagen ändras, så bör man samordna 4 kap 10 § konkurslagen om betalning med 4 kap 12 § om säkerheter. Här finns ju ett samband, dvs när positionerna förändras så kan man antingen amortera eller ställa säkerhet.

Direktör *Per-Ola Jansson*, Sverige: Jag delar Torgny Håstads uppfattning att det bör göras en mer grundläggande genomgång av återvinningsfrågan. Problemet är att man i internationella valutahandelssammanhang uppfattar den svenska lagstiftningen som bristfällig, vilket måste åtgärdas. Beträffande gränserna för lagens tillämpning anförde referenten att gränsen bör dras vid clearing. Riskerna i den verksamhet som ligger utanför clearingverksamheten är dock så stora att avgränsningen av lagens tillämplighet enligt lagförslaget, som även innefattar andra finansinstitut, är bättre anpassad till den risksituation som föreligger.

När det gäller frågan om självreglering kan noteras att ett modellavtal nu har utarbetats för OTC-derivat på den svenska marknaden. Marknaden förändrar sig så snabbt att den enda möjliga vägen är att låta marknadsparter utveckla denna, främst genom avtal men också med andra typer av privata regelverk där lagstiftaren genom kompetent tillsyn följer upp vad som sker. Det måste dock finnas en lagstiftning i botten och vi har under senare tid sett att lagstiftningsarbetet på detta område accelererat, framför allt i Sverige men också i andra nordiska länder.

Normbildningen i framtiden bör i högre grad inriktas på de tjänster som erbjuds på marknaden och mindre på de aktörer som erbjuder dessa tjänster. Det förekommer en överlappning av alla de tjänster som erbjuds, och derivat och försäkringar är i väldigt hög grad utbytbara tjänster. Samtidigt har vi en lagstiftning som utgår från de banker, försäkringsbolag och värdepappersfonder som erbjuder dessa tjänster. Den framtida lagstiftningen bör dock mer än den nuvarande vara funktionellt grundad, dvs utgå från de tjänster som tillhandahålls. Jag är dock orolig för att den europeiska lagstiftaren är väldigt traditionell i detta sammanhang.

Underdirektör *Adam Vestberg*, Danmark: Derivat kan delas upp i två huvudgrupper, dels de derivat som handlas på en börs och dels de som ingås mellan två parter, t ex två banker eller finansinstitut. Den första gruppen utmärks av att motparten är en börs, en institution som är till hundra procent god för betalning. Motparten vållar inga bekymmer, men handelsvillkoren dikteras av börserna. Beträffande den andra gruppen har parterna i princip frihet att avtala vad de vill. I praktiken tillämpas dock i huvudsak ett

antal internationella avtal. Det är för det första ett s k master agreement för swaps utarbetat av International Swap Dealers' Association. Detta avtal reglerar all swaphandel i Skandinavien och i världen. Det andra internationella avtalet är det s k International Foreign Exchange Agreement, vilket används i valutahandeln. Den tredje typen av avtal är REPO-avtalet, enligt vilket man utväxlar och återköper obligationer eller aktier. Avtalet har utarbetats av bl a International Securities Market Association.

Ett första huvudproblem med dessa avtal är att man ofta blir tvungen att acceptera att avtalet är underkastat engelsk eller amerikansk rätt. Det har varit en praktisk fråga av stor betydelse och vi har alltid kämpat för engelsk rätt, vilket i regel också blivit fallet.

En annan fråga är nettning och det har tidigare idag sagts att det innebär att man byter äpplen mot päron, vilket dock inte är fallet då det innebär att alla krav omsätts till en basvaluta. I Danmark och i övriga nordiska länder har vi länge haft mycket svårt att skriva under dessa nettningssavtal. I december 1995 kom emellertid en ny lag i Danmark om värdepappershandel, vilken gör det möjligt att avtala om nettning i strid med den traditionella regeln om konkursförvaltarens rätt till cherry-picking. Regler om nettning har också stor betydelse för banktillsynslagstiftningen och vi har nu fått en lag som stämmer överens med EU:s direktiv. Nettning har också betydelse för kapitalkraven i penninginstitut.

I Danmark finns ett börsinstitut som handhar derivat, garantifonden för danska optioner och terminer, och där handlas börsnoterade obligationer och aktieindex. Om vid handel med en svensk eller norsk part bägge parter accepterar dansk rätt och reglerna för den danska börsen, liksom en dansk part gör vid handel på den svenska fondbörsen, löses dessa internationella rättsliga frågor på ett enkelt sätt.

Professor *Olav Torvund*, Norge: Utvecklingen på värdepappersmarknaden under de senaste 10-15 åren har utmärkts av tillkomsten av nya finansiella instrument i snabb takt, en övergång från handel med fysiska värdepapper till elektronisk handel samt en internationalisering. Det samarbete som sker mellan OM i London, OM i Stockholm och med Oslo är ett exempel på att man kombinerar systemen internationellt. Stora organisatoriska förändringar har blivit följden och helt nya organisationer har uppstått, såsom värdepapperscentraler och clearinginstitutioner.

Mitt intryck är att det var större nordisk rättsenhetlighet på detta område för 15 år sedan än vad som är fallet idag. Problemen löses nu efter hand som de uppstår. Detta kan leda till att endast de mest synliga problemen

åtgärdas, medan de grundläggande juridiska konstruktionerna ej analyseras. Frågan är vad som är nytt och vad som är ”gammalt vin på nya flaskor”. Det saknas en vilja att parallellt med lagstiftarens löpande reparationsverksamhet försöka analysera vad som egentligen sker på dessa marknader. En viss harmonisering vad gäller nordiska lösningar på detta område är vidare att föredra.

Referenten, chefsjurist *Hans Berggren*, Sverige: När det gäller inslaget av spekulation som korreferenten berörde är det viktigt att komma ihåg att det måste finnas någon typ av spekulation för att marknader skall fungera. Även om det spekulativa inslaget emellanåt är stort så är den kommersiella betydelsen av dessa kontrakt så stor att det ej föreligger någon risk att kontraktet inte skulle kunna genomdrivas. Beträffande vikten av information till slutkunderna noteras att optionsmarknaderna i Norden kännetecknas av att det finns ett stort antal slutkunder. Det är därför viktigt att stora resurser satsas på utbildning, vilket också sker på optionsmarknaderna i Norden av ansvariga på respektive marknad och av branschorganisationer. Man kan därför utgå ifrån att det hos investerare idag finns en viss kunskapsnivå, men den skall självklart bli ännu bättre.

Självreglering har kännetecknat den svenska ramlagstiftningen och vi har här kommit långt i Norden. Definition av börsverksamhet har utformats mer svävande än vad som först föreslogs och utgör ett exempel på en funktionellt grundad lagstiftning som Per-Ola Jansson efterlyste. En börs är egentligen vad dess medlemmar anser att börser skall vara.

Globalisering i detta sammanhang kan innebära anslutning av utländska medlemmar till en börs i Sverige, s k fjärrmedlemskap, vilket är den linje som Stockholms Fondbörs har valt. En annan modell är Linked Exchange Clearing som innebär att börser distribuerar varandras produkter och medlemmarna verkar i sin egen jurisdiktion under hemlandets tillsyn.

Mot bakgrund av frågan om hur man rättsligt skall definiera relationerna mellan de tre parterna, clearingorganisationen, mellanmannen och slutkunden är det viktigt att de villkor som styr verksamheten hos OM utgör en fullständig reglering. Genom en öppningshandling ansluter sig slutkunden till det regelverk till vilket medlemmen via ett medlemsavtal är ansluten. Alla de rättigheter och skyldigheter som dessa kontrakt ger upphov till skall finnas angivna i regelverket.

Vad gäller generell pantförskrivning är det ju bättre att ha en generell pantförskrivning än att inte ha någon alls. Dessutom har frågan nu fått sin lösning genom de nya lagreglerna om nettning. Beträffande återvinnings-

frågan finns olika uppfattningar och mot den bakgrunden tycker jag att det är riktigt att införa ny lagstiftning på detta område. Frågan är givetvis viktig även för andra än clearingorganisationer, men clearingorganisationens ställning i det finansiella systemet är så speciell och så viktig att för dennas verksamhet måste det råda absolut säkerhet om vad som gäller i denna fråga. Vad slutligen gäller harmonisering av nordisk värdepapperslagstiftning så har situationen förändrats och viktiga regler tillkommit genom det europeiska samarbetet.

Underdirektör *Adam Vestberg*, Danmark: Det är möjligt att konsument-skyddsregler skulle kunna tillskapas på detta område. Derivathandel är dock ej särskilt vanligt förekommande bland konsumenter. Dessutom finns här en internationell dimension att beakta. Efter tillkomsten av lagen om värdepapper från december 1995 finns det dock inget behov av någon sådan lagstiftning i Danmark, och det torde ej heller vara en fråga i övriga nordiska länder.

Professor *Torgny Håstad*, Sverige: Per-Ola Jansson sade att den svenska lagstiftningen enligt internationell bedömning är bristfällig och att detta måste åtgärdas. Referenten förklarade att absolut säkerhet rörande återvinning är nödvändigt för clearingverksamhet. Det skall således finnas ett system där återvinning överhuvudtaget inte riskeras bortsett möjligen från återvinning vid otillbörliga rättshandlingar. En grundtanke bakom de svenska reglerna är att en borgenär som nöjt sig med en begränsad säkerhet eller ingen säkerhet alls inte skall gynnas i förhållande till övriga borgenärer. Om detta förhållande skall ändras, bör det inte i så fall ske genom en generell ändring? En slutkund kan ordna säkerhet från tredje man, t ex genom att S-E-Banken lovar att vid förändring av kundens position ställer S-E-Banken genast statsskuldväxlar upp till den säkerhetsmarginal som erfordras. Detta skulle utan tvekan godkännas som säkerhetsarrangemang, men det kostar pengar. Hur mycket det kostar är dock inte analyserat. Det finns säkert många banker som skulle erbjuda sådana säkerhetsarrangemang till solida kunder till ganska låga priser. Och om man anser att man inte skall ha sakrättsliga transaktionskostnader i dessa sammanhang, varför ska man ha det i någon bransch?

Direktör *Per-Ola Jansson*, Sverige: Det finns en osäkerhet om svensk rätts ställning på det internationella planet och då det gäller så stora ekonomiska värden, så måste detta åtgärdas. Riksbanken har också tagit initiativ till en lagändring i detta avseende. Det är säkert riktigt att det går att köpa det

sakrättsliga skyddet men kostnader är en konkurrensfaktor i den globala finansiella marknaden som påverkar var affärerna görs i världen. Riksbanken agerar för att värna om det svenska bankväsendet och för att undvika att man tappar det finansiella flödet till utlandet. Jag delar dock uppfattningen att man bör göra en mer övergripande översyn.

Professor *Torgny Håstad*, Sverige: Per-Ola Jansson hävdar att affärerna kan försvinna till utlandet, men en svensk slutkund som är den som slutligen måste ställa säkerheten, direkt eller via medlemmen, är underkastad svensk konkursrätt vare sig han vänder sig till svensk bank eller utländsk bank. Svenska finansiella institutioner har således ej skäl att frukta att svenska slutkunder går utomlands.

Korreferenten, advokat *Marius Ryel*, Norge: Jag instämmer i att det vore olyckligt om elderivat undantas från värdepappersmarknadens regelverk. Några särskilda aspekter på transparens och informationsgivning rörande derivat av varor måste dock beröras. Beträffande aktier och obligationer är en utställare skyldig att löpande ge information av betydelse för kurs-sättningen av de underliggande tillgångarna. På elmarknaden i Norge är de stora aktörerna även stora producenter och många av dessa kan påverka utbudet och därmed priset på t ex ett terminskontrakt. Särskilda aspekter gör sig också gällande beträffande insiderregler för denna marknad. De största insiderna i kraftderivatmarknaden är meteorologerna. Kurspåverkande information är t ex vattenstånd i reservoarer. Det krävs en helt annan handläggning och analys för att se om det är möjligt att skapa en marknadsplats och en informationsspridning så att förtroende kan skapas. Hittills har det inte varit något stort problem då det endast är stora aktörer som känner varandra som deltar i handeln.

Referenten, chefsjurist *Hans Berggren*, Sverige: Vad gäller frågan om vem som skall bära kostnaden noteras att Riksbanken i sin framställning talar om dominoeffekter, systemrisk och den samhällsekonomiska betydelsen av den här typen av transaktioner. Det råder med andra ord ingen tvekan om att denna är typ av finansiella transaktioner har stor betydelse för samhälls-ekonomi.

Mot bakgrund av att de underliggande värdena uppgår till gigantiska belopp, hävdas ibland att det skulle gå bra även med "lite grus i maskineriet", som kanske halverar aktuella belopp. I Sverige infördes tidigare omsättningsskatt, och då flyttade handeln till andra länder, där sådan beskattning inte förekom. Det är således ingen framkomlig väg. Det är istället

genom självreglering som allmänhetens förtroende skall skapas och där spelar vi alla en viktig roll.

Debattledaren, justitierådet *Leif Thorsson*, Sverige, avslutade mötet med att tacka referenten, korreferenten och mötesdeltagarna för ett givande möte.

Sektionsmöte

**Generationsskiftets rättsliga
problem i det moderna samhället**

Referent: Professor, dr. juris *Frederik Zimmer*, Norge

Korreferent: Advokat *Magnus Kindstrand*, Sverige

Debattledare: Skifterettsjustitiarius *Anne Cathrine Frøstrup*, Norge

Referatskrivare: Tingsnotarien *Mathilda Berglin*, Sverige

GENERASJONSSKIFTETS RETTSLIGE PROBLEM I DET MODERNE SAMFUNN

Av professor, dr. juris *Frederik Zimmer*, Norge

1. Innledning

Det finnes i nordisk rett neppe noen allmenn rettslig definisjon av hva som menes med generasjonsskifte. Noen slik definisjon trenges heller ikke for det foreliggende formål. I dette referat har jeg for øye *overføring av eiendomsrett til gjenstander og verdier knyttet til økonomisk virksomhet med sikte på stillingen etter at nåværende (med)eier* (heretter kalt senior) *har trukket seg tilbake*.

Overføring såvel ved dødsfall som mens senior lever hører med. Erververen (heretter ofte kalt junior) vil ofte være barn av senior, men kan også være andre (presumtivt yngre) slektninger (barnebarn, nevø, niese, yngre søsken). Eller erverver kan være ubeslektet med senior, f.eks. ansatt i foretaket eller testamentsarving. Overveielser omkring generasjonsskiftet kan naturligvis også ende med at foretaket blir solgt til utenforstående, fusjonert inn i et annet selskap eller nedlagt (særlig aktuelt hvor virksomheten er sterkt knyttet til seniors person).

Emnet omfatter overføring av all økonomisk virksomhet, uansett i hvilken rettslig form den drives (enmannsforetak, kompaniskap, aksjeselskap) og uansett bransje. Generasjonsskifte i jordbruk omfattes således av emnet. Stillingen utenfor økonomisk virksomhet (f.eks. seniors bolighus, porteføljeaksjer) tas ikke særskilt opp i det følgende, men mye av det som sies vil ha relevans også utenfor økonomisk virksomhet.

Overføring i forbindelse med generasjonsskifte skjer normalt helt eller delvis vederlagsfritt. Hvor vederlag ytes, skjer det gjerne i form av gjeldsovertakelse eller pensjonsytelser til senior. Betalinger til medarbeidere er også aktuelt. Vederlag i form av gjeldsovertakelse eller ytelser til medarbeidere kan forekomme også hvor overføringen skjer ved arv.

Mange personkategorier kan berøres av og vil kunne ha interesser i et generasjonsskifte. Sentralt står naturligvis overdrager (ved overføring i live) og erverver. Forholdet til erververens medarbeidere er viktig. Også seniors og juniors ektefeller vil gjerne bli berørt. Det samme gjelder seniors eventuelle kompanjonger eller medaksjonærer. I et annet plan ligger de

ansattes interesse i at foretaket blir drevet videre uten svekket konkurransekraft. Foretakets kreditorer kan også nevnes.

Også det offentlige har interesser i generasjonsskifter. Dels har det offentlige slik interesse i egenskap av kreditor for skatter og avgifter. Men dels har det offentlige en mer generell interesse i at foretakene kan leve videre etter generasjonsskifte. På dette punkt er problemstillingene omkring generasjonsskifte en del av den mer generelle problemstilling om små og mellomstore bedrifter (SMB eller – på engelsk – SME). Det synes å være en allmenn erkjennelse at SMBer utgjør en ryggrad i landenes økonomi. Det er derfor sterk offentlig interesse knyttet til rammevilkårene for SMBer. Dette har bl.a. gitt seg utslag i engasjement fra OECDs og EUs side. OECD-rapporten *Taxation and small businesses* (OECD, Paris 1994) omfatter også generasjonsskifteproblemer. Det samme gjelder EU-kommisjonens meddelelse *Forbedring af skatteforholdene for små og mellomstore virksomheder* (COM (94) 206, datert 25. mai 1994), mens et annet og mer omfattende EU-dokument, *Communication from the Commission on the transfer of business; actions in favour of SMEs* (94/C 204/01) datert 23. juli 1994, går nærmere inn på generasjonsskifteproblemer.

Generasjonsskifter kan reise rettsspørsmål på en rekke rettsområder. Sentralt står naturligvis arveretten. Arveforskudd og gave(salg) behandles dels i arveretten, dels i kontraktsretten. Familierettslige regler kan særlig ha betydning for muligheten for å tilrettelegge for generasjonsskifter hvor senior er gift. Konesjonsrettslige regler kan ha betydning for muligheten for å overføre fast eiendom eller aksjer til junior. Selskapsretten regulerer forholdet til seniors kompanjoner og medaksjonærer og gir dessuten viktige rettslige premisser for en rekke mulige tiltak i forbindelse med generasjonsskifte (endring av selskapsform, kapitalutvidelse, fusjon, fisjon osv.). Særlig sentralt står skatte- og avgiftsretten. De skatte- og avgiftsrettslige konsekvenser av de ulike alternative måter å gjennomføre generasjonsskiftet på, er formodentlig i praksis sterkt styrende for valg av alternativ.

Noen samlet fremstilling av rettsproblemer omkring generasjonsskifte som dekker alle disse rettsområdene, finnes neppe i Norden. Men ved siden av de generelle arve-, kontrakts- og skatterettslige fremstillingene finnes det en del arbeider som behandler sentrale sider av saken. Johan Giertsen: *Generasjonsskifte* (Bergen 1995) gir en inngående behandling av kontrakts- og arverettslige spørsmål ved overføring av foretak til livsarving. Thøger Nielsen og Gustaf Lindencrona: *Internationalt generationsskifte* (København 1983) behandler internasjonale arve- og skatterettslige spørsmål (en problemstilling som ikke tas opp i det følgende). Lars Pelin: *Överlåtelse av företag; med särskild inriktning på generationsskifte* (Lund 1993) er en

skatterettslig studie nært knyttet til svensk materiale. Christer Silfverberg: Gåvo-beskattningen i nordiskt perspektiv (Stockholm 1992) gir en inngående analyse av gavebeskatningen (arveavgift på gaver) i komparativ nordisk belysning. Göran Englund: Om inkomstskattefaktorn vid beskattning av benefika förvärv (Lund 1960) og Frederik Zimmer: Arv og skatt (2. utg. 1990) handler begge om inntektsskattes-pørsmål i forbindelse med arv og gave og samspillet mellom inntektsskatt og arve-avgift. Den nordiske seminarrapporten Skatteproblem vid generationsskifte i fam- iljeföretag, Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådets skriftserie nr. 5, Stock- holm 1978, har fremdeles interesse. Mer "oppskriftspregede" fremstillinger finnes det flere av; et eksempel er Gunilla Haglundh og Sverker Hydén: Generationsskifte i familjeföretag (Stockholm 1993).

2. Fakta

Problemstillinger omkring generasjonsskifte er aktuelle i alle foretak hvor en person eller medlemmer av samme familie kontrollerer foretaket (evt. sammen med medlemmer av andre familier i kompaniskap). Dette gjelder formodentlig svært mange av de bedrifter som det er vanlig å klassifisere som SMB. De aller fleste foretak synes å falle i denne kategori. I EU-rapporten 94/C 204/01 (s. 2) opplyses det av de 15 millioner foretak som antas å finnes i unionen, har 92% mindre enn 10 ansatte og 99% mindre enn 500 ansatte. (Tall som viser det samme finnes hos Giertsen 1995 s. 19–21 og ikke minst i OECD-rapporten Taxation and small businesses s. 37 og andre steder.) Samtidig refereres i EU-rapporten tall fra UK som viser at bare 24% av familieforetakene overføres til annen generasjon og bare 14% til tredje; og 10% av antallet konkursbegjæringer antas å skyldes dårlig planlagt generasjonsskifte. Mange arbeidsplasser går tapt på denne måten. Samtidig fremheves at spørsmålene kommer til å bli stadig mer aktuelle "as the post-war generation of businessmen reach the age of retirement". Det antas at ca 1/4 av alle foretak med mellom 50 og 500 ansatte skal skifte eier i løpet av de neste 10 år.

Fra et norsk perspektiv er inntrykket at de aller fleste generasjonsskifter planlegges og gjennomføres mens senior lever. Dette illustreres bl.a. ved at et forbløffende lite antall av høyesterettsdommene i arveretten gjelder generasjonsskifter i foretak. Men her gir EU-rapporten et annet bilde (s. 3): Det refereres en belgisk undersøkelse som viser at "68% of businessmen had never thought about their succession", og et tilsvarende tall fra en tysk undersøkelse er 52%. Hvis disse tallene er representative også for nordiske forhold, tyder det på at de rent arverettslige problemstillinger er mer aktu- elle enn man ellers skulle tro.

Hva er viktigst når generasjonsskifte planlegges? Giertsen (1995 s. 30 og s. 105 ff) refererer andres og egne undersøkelser som tyder på at de næringsdrivende selv legger avgjørende vekt på å bevare foretakets levedyktighet og derunder etablere heldig eier- og organisasjonsstruktur, samt å bevare familiefreden. Norske advokater gir – noe i motsetning til dette – uttrykk for at skatteplanlegging er hovedoppgaven når generasjonsskifter planlegges. Giertsen forklarer denne forskjell med at advokater ofte kommer inn i bildet først når familien selv har gjort seg opp en mening om hvordan generasjonsskiftet i stort skal gjennomføres.

3. Generelle synspunkter

Foretaket bør kunne fortsette sin virksomhet mest mulig uforstyrret etter generasjonsskiftet. Samtidig vil generasjonsskifte innebære at foretaket får nye eiere med nye rettslige posisjoner. Denne motsetning mellom (ønsket om) forretningsmessig kontinuitet og rettslig diskontinuitet er det sentrale utgangspunkt for en rettslig analyse av generasjonsskiftet.

Det kan hevdes at dette ikke skiller overgang ved generasjonsskifte vesentlig fra salg av foretaket. En viktig forskjell er at generasjonsskifte inntremer mer eller mindre som en naturmødvendighet som en konsekvens av seniors alder. Ved et salg vil både tidspunkt og pris være kommersielt betinget. Prisen vil reflektere antatt fremtidig avkastning. Et salg innebærer en vurdering i markedet av hva foretaket er verd, altså en nyvurdering av foretakets fremtidsutsikter. (Dette forhindrer ikke at rettsregler – særlig konsesjons- og skatteregler – kan gripe "forstyrrende" inn i markedsmekanismen, men det faller utenfor her.) Generasjonsskifte innebærer ingen slik markedsvurdering; det er større grad av kontinuitet mellom senior og junior; junior skal overta der senior slapp.

Tallene under pkt. 2 foran har illustrert den store samfunnsmessige betydning av små og mellomstore bedrifter. Det må anses ytterst uheldig om rettsreglene omkring generasjonsskifte i slike foretak legger hindringer i veien for samfunnsøkonomisk ønskelig videreføring av slik virksomhet. Et grunnleggende synspunkt må derfor være *at rettsreglene i minst mulig utstrekning må legge hindringer i veien for hensiktsmessig videreføring av foretaket gjennom generasjonsskiftet.*

Samtidig er det knyttet en rekke ulike interesser til foretaket og generasjonsskiftet. Det må bl.a. tas hensyn til medarbeideres og seniors ektefelles interesser (se nærmere pkt. 4 nedenfor), og det offentliges interesse i egenkap av skattekreditor innebærer bl.a. at skattereglene omkring generas-

jonsskifte ikke bør gi mulighet til å oppnå utilsiktede skattefordeler; skattemessig nøytralitet er et stikkord (se nærmere pkt. 5 nedenfor).

Et annet spørsmål er om rettsreglene omkring generasjonsskifte bør innrettes med sikte på at foretaket skal kunne videreføres først og fremst av medlemmer av seniors *familie*. Giertsen (1995 s. 22–23) refererer forskning som kan tyde på at eiere av familiebedrifter prioriterer langsiktig vekst fremfor raske gevinster. Dette vil være samfunnsmessig heldig, men gir neppe noen sterk begrunnelse for at overdragelser innen familien bør favoriseres av rettssystemet. På den annen side finnes det formodentlig en rekke eksempler på at den yngre generasjon viser seg mindre egnet til å lede bedriften; særlig fordelaktige regler for familieoverdragelser vil i slike situasjoner kunne virke samfunnsmessig uheldig. I enkelte bransjer, kanskje særlig i jordbruk, kan sterke personlige og familiære interesser være knyttet til foretaket og dermed gi argumenter for særregler for familieoverdragelser. Etter referentens mening er det generelt *ikke tilstrekkelig sterke grunner for at rettsreglene skal favorisere overdragelser innen familien*, med et mulig unntak for jordbruk. – Rettssystemet inneholder en del regler som kan vurderes under denne synsvinkel, se pkt. 4 og 5 nedenfor.

Giertsen (1995 s. 24) antar at det er en presumsjon for at ”seniors avgjørelse om å overføre til en eller noen av livsarvingene er hensiktsmessig for å bidra til å opprettholde – og helst styrke – foretakets levedyktighet”. Dette synes å være nokså optimistisk.

Hovedsynspunktet er etter dette at rettsreglene ikke bør legge hindringer i veien for generasjonsskifter, men at det på den annen side normalt er liten grunn til å favorisere overføringer innen familien.

4. Privatrettslige regler

Arverettens regler gjelder for dødsdisposisjoner. I de fleste tilfeller er det neppe noe problem å planlegge seg utenom de arverettslige regler som kan legge uheldige bindinger på generasjonsskifter. Men dødsfall kan inntre brått og uventet, og tallene fra EU (jfr. pkt. 2 foran) kan indikere at uplanlagte generasjonsskifter ved dødsfall likevel er ganske utbredt. Det er særlig to av arverettens regler som kan skape problemer, nemlig reglene om pliktandel (tvangsarv, laglott) og lengstlevendes rett til å sitte i uskiftet bo.

4.1 *Pliktdelsreglene* er et eget tema på dette juristmøtet. Noen bemerkninger hører likevel med her.

Pliktdelsreglene vil ofte gjøre det umulig å testamentere foretaket til den av flere livsarvinger som senior anser best egnet til å drive foretaket videre. Men flere forhold gjør at pliktdelsreglene likevel ofte ikke vil hindre: I boer med betydelige verdier vil beløpsgrensene (norsk arvelov § 29) redusere pliktdelsreglenes betydning (pliktdelen er begrenset til NOK 1 mill for hvert barn og NOK 200 000 for hver fjernere livsarving). Er verdiene i boet utenom foretaket store nok, kan regelen om at testator kan gi en livsarving rett til å få bestemte gjenstander på sin lodd (norsk arvelov § 30), likevel gjøre testasjon av foretaket til en bestemt livsarving mulig. Endelig gir bestemmelsen i norsk arvelov § 33 Justisdepartementet kompetanse til å samtykke i unntak fra pliktdelsreglene, men bestemmelsen brukes i praksis visstnok ikke.

Også i visse situasjoner hvor generasjonsskiftet er planlagt i live, kan pliktdelsreglene komme inn i bildet. Dommen i NRt. 1937 s. 544 gir et godt eksempel: Far og sønn drev virksomhet i kompaniskap. I selskapsavtalen var det bestemt at ved den enes død skulle den lengstlevende ha rett til å utløse den annens arvinger. Da faren døde, hevdet sønnens medarvinger at løsningsretten måtte anses som dødsdisposisjon. Men de fikk ikke medhold. Det ble lagt avgjørende vekt på at formålet med løsningsretten var å sikre partenes "forretnings fremtid mot forstyrrelser", ikke "å ordne med egne etterlatte midler". Pliktdelsreglene hindrer altså ikke hensiktsmessige selskapsavtaler av denne typen.

Samlet kan det sies at hensynet til gjennomføring av generasjonsskifte i familiebedrifter taler med *en viss, men ikke særlig stor, vekt for å oppheve pliktdelsreglene.*

4.2 Reglene om *lengstlevende ektefelles rett til å sitte i uskiftet bo* kan skape problemer. (Dette tilsvarer i svensk rett lengstlevende ektefelles arverett, med sekundærarverett for førstavedes arvinger.)

Norsk rett går langt i å beskytte lengstlevendes rett til å sitte uskiftet bo selv om førstavede har gitt uttrykk for noe annet i testament (norsk arvelov § 11): Hvis arvelater i testament har gitt uttrykk for at en eller flere av livsarvingene bør få arveoppgjør, skal spørsmålet avgjøres av skifteretten ut fra en interesseavveining: "Ved avgjerda skal det takast omsyn både til arvingane og attlevande ektemake". Bestemmelsen kan lede til at lengstlevende blir sittende som den reelle eier av foretaket selv om vedkommende skulle være helt uegnet til dette og selv om avdøde i testament har forsøkt å forebygge denne situasjonen. Det er særlig uheldig at lovens ordlyd ikke synes å åpne for at skifteretten tar hensyn til den allmenne interesse i at foretaket drives videre; denne interesse faller ikke uten videre sammen med

arvingenes interesse. I forarbeidene (Utkast til lov om arv, 1954, s. 177) står heller ikke overføring av foretak på noen måte sentralt. *Bestemmelsen bør mykes opp slik at hensynet til videreføring av foretaket kan få en sikrere rettslig forankring.*

I dansk rett synes spørsmålet også aktuelt i og med at arvelater ikke ved testament kan påvirke lengstlevendes rett til uskifte for så vidt gjelder lengstlevendes boslodd og livsarvingenes pliktdelsarv, dvs. 3/4 av boet. I svensk rett står imidlertid spørsmålet i en annen stilling: Lengstlevendes arverett er overhodet ikke beskyttet mot førstavedes testamentariske disposisjoner (bortsett fra regler om minimumsarv), og tilsvarende problemer oppstår derfor ikke.

Også hvor det ikke foreligger testament kan lengstlevendes rett til uskifte skape problemer hvor lengstlevende ikke er egnet til å drive foretaket videre. Dette kan særlig skje hvor dødsfallet skjer uventet slik at generasjonsskiftet ikke har vært forberedt. Men et inngrep i lengstlevendes rett til å sitte i uskiftet bo reiser større motforestillinger i denne situasjon.

Uskifteregulene kan også skape visse problemer i andre situasjoner, nemlig når det gjelder *lengstlevendes rådighet over uskifteboet*. Hvis lengstlevende sitter med foretaket i uskifte, oppstiller norsk arvelov § 19 forbud mot at lengstlevende i uskifte gir bort fast eiendom eller gir gaver som står i misforhold til boet. Bestemmelsen kan skape vanskeligheter hvor lengstlevende i uskifte ønsker å gjennomføre et generasjonsskifte i levende live. Sett f.eks. at ektefellene har felleseie, at mannen driver et enmannsforetak, at hustruen så plutselig dør og mannen overtar boet til uskifte. Begrensningene i hans rådighet kan vanskeliggjøre overføring av foretaket til junior mens lengstlevende (senior) lever. Giertsen (1995 s. 358 ff) har undersøkt disse spørsmål grundig. Han fremhever tendenser i praksis til å legge til grunn at det skal mer til for at det skal foreligge gave etter arvelovens § 19 når overføringen til junior først og fremst er begrunnet i å sikre foretaket og ikke i å gi junior en økonomisk fordel. En slik utvikling av praksis synes forstandig, men kan neppe løse alle problemer. Giertsen (1995 s. 481–82) foreslår at *forbudet mot å gi bort fast eiendom bør oppheves* og at *forbudet mot å gi gaver som står i misforhold til boet bør liberaliseres slik at den bare rammer misbruk*. Referenten er tilbøyelig til å være enig i dette, men vil peke på muligheten for at liberaliseringen begrenses til å gjelde ved overføring av næringsvirksomhet. Det noteres for øvrig med interesse at dansk og svensk rett ikke inneholder tilsvarende restriksjoner i lengstlevende rådighet inter vivos.

Et tilsvarende spørsmål oppstår for dødsdisposisjoner fra lengstlevende

i uskiftet bo. Norsk arvelov § 18, 2. ledd bestemmer at lengstlevende ektefelle i uskiftet bo ikke kan disponere i testament over eiendeler som førstavdøde alene har brakt inn i boet. Tilsvarende begrensninger finnes i dansk og svensk rett. Hvor førstavdøde var virksomhetsutøveren, vil bestemmelsen altså forhindre lengstlevende i uskiftet bo i å testamentere virksomheten til f.eks. en av barna. Giertsen (1995 s. 483) foreslår bestemmelsen opphevet, ut fra det syn at lengstlevende er "best i stand til å vurdere hvem som bør arve de enkelte eiendelene". Referenten er noe i tvil om styrken i dette argumentet og vil dessuten peke på at dersom lengstlevendes rådighet mht. livsdisposisjoner utvides, vil behovet for slike testasjoner bli redusert (jfr. stillingen i dansk og svensk rett). Også på dette punkt kan en eventuell reform begrenses til å gjelde foretaksformue.

4.3 *Verdsettelse* av foretaksformuen ved generasjonsskifte er viktig for om junior kan make å overta foretaket på vilkår som han kan leve med. Den gamle norske *åsetesretten* har interesse her (se den norske odelslovens kap. XII). Åsetesretten er for det første en rett for bestemte arvinger til på skiftet å overta en jordbrukseiendom. For det annet gjelder det en særlig regel om verdsettelsen av eiendommen: "Åsetesarvingen har krav på at det ved skjøn blir fastsett ein overtakingspris som er rimeleg etter dei tilhøva som ligg føre. Verdsetjinga skal gjerast med særleg tanke på at overtakaren kan make å bli sitjande med egedomen" (odelslovens § 56). I praksis leder dette til verdsettelse betydelig under omsetningsverdien. (Selv om åsetesretten bare gjelder ved dødsfall, synes det klart den forsiktige verdsettelse ofte gjennomføres også ved livsdisposisjoner.) Bestemmelsen innebærer at den som overtar foretaket (jordbrukeiendommen), overtar større verdier enn de andre arvingene, og det er hensynet til kontinuiteten i foretaket som begrunner dette. Dette fremgår også av at hvis junior selger eiendommen innen ti år "med en monaleg vinst", kan de andre arvingene kreve at det skal skje et etteroppgjør slik at ikke junior blir sittende med hele gevinsten (odelslovens § 57).

Reglene om åsetesretten og om evt. etteroppgjør synes på en avbalansert måte å ta hensyn til at foretaket skal drives videre, uten at junior oppnår urimelige fordeler i tilfelle hvor foretaket selges. Man kan reise spørsmål om en lignende regel bør gjelde også for andre foretak. Basert på norske erfaringer er det grunn til å tro at lavere verdsettelse av foretaksformue i noen grad legges til grunn i praksis. Dette kan være basert på det syn at formue som er bundet opp i et foretak, og som derfor ikke står direkte til disposisjon for personlig forbruk, har en lavere (subjektiv) verdi for erververen.

En advokat har spissformulert dette slik: Én krone i kontanter er verd to kroner i aksjer i familieselskap er verd tre kroner i direkte eid foretaksformue. Også etteroppgjør etter modell av odelsloven avtales visstnok også i atskillig utstrekning. Men lav verdsettelse av foretaksformue ved skifteoppgjør kan ikke anses som gjeldende rett.

Et tema til diskusjon er *om det bør lovfestes en verdsettelses- og etteroppjørregel etter modell at åsetesretten også utenfor landbruksforhold eller om åsetesretten som verdsettelsesregel tvert om bør oppheves.*

5. Skatterettslige regler

Flere skatter og avgifter kan komme inn i bildet i forbindelse med generasjonsskifte. Viktigste er inntektsskatt og arveavgift (arvs- og gávoskatt), men innledningsvis berøres først et par andre skatteformer.

5.1 *Merverdiavgiften* vil normalt ikke skape problemer ved generasjonsskifte. Riktignok kan overdragelser mens senior lever tenkes å bli rammet av de alminnelige regler om avgiftsplikt ved uttak (norsk merverdiavgiftslov § 14, 2. ledd). Men avgiftsplikt avverges av et generelt unntak fra avgiftsplikt når foretaket overdras til ny eier (merverdiavgiftslovens § 16, 1. ledd nr. 5).

5.2 *Dokumentavgift* er en skatt på overdragelse av og rettighetsstiftelser i fast eiendom. Det er tinglysningen av dokumentet som utløser avgiftsplikt, og ved overdragelse av fast eiendom skal avgift etter loven beregnes av salgsverdien. Avgiftssatsen er 2,5 %. Også (helt eller delvis) vederlagfrie overdragelser er avgiftspliktige, altså også overdragelser i forbindelse med typiske generasjonsskifter. Men loven og det tilhørende avgiftsvedtaket oppstiller unntak for overdragelser til ektefelle og for overføring ved arv for en så stor del av eiendommen som erververen er arving for i hele boet (en arving for 1/3 i boet som overtar en fast eiendom på skifte, slipper altså dokumentavgift av 1/3 av eiendommens verdi). For gaver og testamentsarv gjelder ingen unntak.

Denne avgrensning av fritaksreglene virker temmelig tilfeldig. Først og fremst disfavoriserer den generasjonsskifte mens senior lever. Videre favoriserer den legalarv fremfor testamentsarv. Endelig skaper den økt avgiftsbelastning hvor den faste eiendom utlegges til én av flere arvinger (slik det typisk er i generasjonsskiftesituasjoner).

Reglene om fritak for dokumentavgift bør endres slik at de virker mer nøytralt ved generasjonsskifter.

5.3 *Arveavgift* (arvs- og gåvoskatt i finsk og svensk rett, bo- og gaveavgift i dansk) er en skatt på arve- og (visse) gaveervert og griper derfor direkte inn i generasjonsskifter. Arveavgiften treffer i alle de nordiske landene alle arveervert (med visse unntak, særlig for ektefellers arv i norsk rett). I typiske generasjonsskiftesituasjoner vil også gaveoverdragelser bli truffet av avgiften.

Gaveavgiften er imidlertid merkelig ulikt utformet i de nordiske land: I Sverige og Finland gjelder en generell gåvoskatt, dvs. at alle gaveervert omfattes uansett slektskapsforhold e.l. mellom giver og mottaker. I Danmark er gaver prinsipielt *inntektsskattepliktig*, men det er gjort unntak fra inntektsskatteplikten for gaver til ektefeller og nærstående personer, og nærstående personer skal i stedet betale gaveavgift. I norsk rett er det – forenklet sagt – bare gaver til potensielle arvinger som rammes av arveavgift, og gaveervert er ikke omfattet av inntektsskatteplikten. Tross de ulike utgangspunkter i de nordiske landene, blir regelen altså likevel stort sett den samme ved generasjonsskifter i alle de nordiske landene, nemlig at det skal svares arveavgift (gaveavgift, gåvoskatt).

Arveavgiften spiller i alle de nordiske landene en beskjeden fiskal rolle (i det norske statsbudsjettet for 1996 er det regnet med inntekter fra arveavgiften på NOK 900 mill.). Og avgiftssatsene kan ikke sies å være særlig høye i de nordiske land (i Norge er høyeste avgiftsats 20% for barn og 30% for andre). Men ved generasjonsskifter spiller arveavgiften en stor og ganske generende rolle. Arveavgiften kan bidra til å tappe foretaket for verdifull kapital i forbindelse med generasjonsskiftet. Arveavgiften skaper også en del besværlige problemer i samspillet med inntektsskatten (se pkt. 5.5 nedenfor). Man kan på den bakgrunn spørre om *arveavgiften overhodet har noen berettiget plass i skattesystemene i de nordiske landene*.

Arveavgiften er en gammel skatt, iallfall i Norge betydelig eldre enn inntekts- og formuesskatten, og dens prinsipielle begrunnelse forsvinner i historiens halvllys. Argumentene for en slik skatt kan hovedsakelig føres langs to linjer, en "skatterettslig" og en "arverettslig": Allerede ved innførelsen i Norge og Danmark i 1792 ble *skatteevnesynspunktet* fremhevet: Den som ervert verdier ved arv, har større skatteevne enn den som ikke gjør det. Tas dette argument på alvor, er det en viss mangel på logikk i at gavebeskatningen ikke er generell i norsk rett. Beslektet er det synspunkt at moderne inntektsskattesystemer bygger på vide inntektsbegreper der det må kreves gode begrunnelser for å gjøre unntak. Av forskjellige grunner svarer det seg å beskatte arv (og gaver) særskilt og ikke som del av inntektsskatten. Et generelt fritak ville være i strid med dette prinsipp. Fra økonomhold har det imidlertid vært innvendt at arveavgiften gir senior et

(uheldig) incitament til å forbruke verdiene selv, fremfor å føre dem videre til neste generasjon (Møller og Nielsen: Økonomers og juristers syn på arv. I Jura på mange måter, Festskrift til Børge Dahl, København 1994, s. 188). Effekter av denne type er imidlertid velkjente innenfor skattesystemet (om enn lite ønskelige), og det er vel grunn til å tro at et slikt incitament er mindre for foretaksformue enn for formue som står til disposisjon for personlig forbruk.

Den arverettslige argumentasjonslinje er i norsk teori særlig fremhevet av Knoph – og med begeistring: ”det er arveavgiftens regler, og ikke den materielle arveretts, som særlig har overtatt arbeidet med å omlegge arveordningen efter mere samfundsmessige linjer” (Knoph: Norsk arverett, 3. utg. ved E. Sandene, Oslo 1959, s. 380). Det kan kanskje hevdes at arveavgiften har bidratt til å legitimere den private arverett i samfunn som ellers er svært opptatt av likhet.

Etter referentens oppfatning er det gode grunner for å opprettholde arveavgiften i nordisk rett. Men det er også gode grunner for å holde avgiftsatsene på et moderat nivå, særlig etter skattereformene i de nordiske land som har ledet til at skattesatsen på kapitalinntekt er blitt vesentlig redusert.

Gitt at man har en arveavgift, oppstår flere nye spørsmål. En gruppe spørsmål gjelder *den nærmere utforming av denne skatteform*. Først kan man spørre om skatten skal tas ut på avdødes etterlatenskaper som sådan (”boskatt”) eller på den enkelte arvinges arvelodd (”arveloddsatt”); i en periode på 1940– og 1950-tallet hadde man faktisk begge deler i svensk rett. En arveloddsatt gir større muligheter for tilpasning til skatteevnen; i en boskatt er det vanskelig å ta hensyn til tidligere gaver fra arvelater (sammenlegningsprinsippet) og til hvor mye den enkelte arving mottar (progressive skattesatser og skattefrie beløp, skjønt de skattefrie beløp kan avpasses etter antall arvinger); se til dette Silfverberg 1992 s. 394–99. Men en boskatt er sannsynligvis langt enklere å praktisere. Den seneste utviklingen i dansk rett representerer et interessant eksempel på overgang til boskatt (lov om afgift af dødsboer og gaver fra 1995): Ved at skattesatsene er gjort proporsjonale (og således ikke stiger med arveloddens størrelse) kan man ta ut avgiften på boet istedenfor på arveloddene, og det blir heller ikke noe behov for sammenlegning med tidligere gaver til loddeierne i boet. Reglene om skattefrie bunnfradrag måtte imidlertid legges om: Boet gis nå et fradrag uavhengig av tidligere gaver til loddeierne. Det har imidlertid vært mulig å videreføre systemet med to grupper arvinger med ulike skattesatser: I den grad loddeierne ikke tilhører (nærmere definerte) nære slektninger, skal det betales en ”tilleggsboavgift”, også den proporsjonal.

Et annet spørsmål er *om det har noe for seg at fjernere arvinger skal betale høyere arveavgift enn nære arvinger*. Ser man arveavgiften nærmest som et supplement til inntektsskatten, er det vanskelig å se noe grunnlag for slike regler. Også ut fra hensynet til videreføring av foretak etter generasjonsskifte – et hovedperspektiv i dette referat – , kan regelen kritiseres: Den gjør det dyrere å overføre foretaket til en fjernere slektning også hvor denne er best egnet til å drive foretaket videre. Det er først og fremst den arverettslige begrunnelse for arveavgiften som begrunner de høyere avgiftssetninger for fjernere arvinger: Slik arv har et svakere legislativt grunnlag. – Den kan på denne bakgrunn *diskuteres om reglene om høyere avgift for fjernere arvinger bør oppheves*.

Endelig er det spørsmål om det bør innføres visse *lettelser i arveavgiften for familieforetak* for å forhindre at gjennomføring av generasjonsskiftet vanskeliggjøres. Slike lettelser kan gjennomføres på flere måter. Enklest ut fra en rettslig vurdering er regler som gir *utsettelse med avgiftsbetalingen*. Og fordi generasjonsskifter kan lede til likviditetsbelastninger, kan slike regler synes adekvate. I norsk rett er betalingsutsettelse regulert i forskrift 12. april 1994 som bl.a. bestemmer at det skal betales renter i utsettelsestiden; lignende regler finnes visstnok i de andre nordiske land.

En annen type tiltak er å *verdsette gjenstander knyttet til familiebedrifter lavere enn annen formue*. Slike regler har ganske lang tradisjon i svensk rett, der regelen nå er at foretaksformue kan kreves verdsatt til 30% av substansverdien (Englund/Silfverberg: Beskattning av arv och gåva, 10. utg., Stockholm 1994, s. 42 ff.) Regelen gjelder også foretaksformue som eies via aksjeselskap, og den gjelder såvel ved arv som ved gave (men med noen særvilkår ved gave, særlig at mottakeren må beholde det mottatte i minst fem år). I norsk rett er det lang tradisjon for lav verdsettelse også ved arveavgiftsberegningen for jordeiendom undergitt åsetesrett, og fra 1992 skal ikke-børsnoterte aksjer og andeler i ansvarlige selskaper og kommandittselskaper verdsettes til 30% av selskapets skattemessige verdier.

Slike regler kan synes godt begrunnet ut fra det syn at det er en vesentlig forskjell på foretaksformue og annen formue: Foretaksformuen skal inngå i fortsatt økonomisk virksomhet og står ikke til disposisjon for personlig forbruk. Men slike særregler har også diskutabile sider: De vil reise til dels besværlige avgrensningsspørsmål, rekkevidden av lettelsesreglene og omfanget av lettelsen vil lett bli nokså tilfeldig, særregler kan skape omgåelse-smuligheter og ikke minst kan det spørres om ikke slike regler strider mot grunnleggende nøytralitetshensyn i skattelovgivningen (hensynet til at skattereglene i minst mulig utstrekning skal påvirke ressursallokeringen i

samfunnsøkonomien). Men skal det først gis skattelettelse i forbindelse med generasjonsskifte, er formodentlig lettelse av denne art å foretrekke.

Vil man innføre slike særregler, må det gjøres på en mest mulig nøytral måte: Lettelsesreglene bør gjelde uansett organisasjonsform, de bør gjelde både ved arv og gave og de bør være basert på en bevisst holdning til hvor store lettelse de innebærer. På slike punkter kan de rettes sterk kritikk mot de norske reglene om verdsettelse av ikke-børsnoterte aksjer og selskapsandeler. De gjelder riktignok både ved arv og gave. Men det er grunnleggende unøytralt når reglene bare gjelder for aksjer og selskapsandeler og ikke for direkte eid foretaksformue. Reglene gir dessuten sterkt incitament til å overføre også privatformue til ikke-børsnoterte selskaper (selv om de grovere tilfeller vil rammes av den ulovfestede omgåelsesnormen). Endelig gir regelen ofte betydelig større fritak enn man skulle tro: De 30% skal beregnes på basis av selskapets skattemessige verdier som igjen er basert på til dels temmelig lave (og varierende) verdsettelse for formuesskatt. En annen anomali er at foretakets goodwill ikke skal regnes med ved verdsettelsen av aksjer (goodwill anses ikke formuesskattepliktig), mens det skal svares arveavgift av "direkteid" goodwill. En viktig forklaring på disse skjevheter er at lovbestemmelsene ble konsipert i Stortinget under tidsnød.

5.4 *Inntektsskatten* reiser en rekke spørsmål ved generasjonsskifte som kan grupperes i to: Et grunnspørsmål er hva som skjer med seniors skatteposisjoner og hvordan juniors skatteposisjoner bestemmes. Et annet viktig spørsmål er hvordan inntektsskatten og arveavgiften skal eller bør samordnes (se pkt. 5.5).

Når det gjelder seniors og juniors *skatteposisjoner*, kan man skille mellom to grunnprinsipper: kontinuitet og diskontinuitet. (Med skatteposisjoner siktes til slikt som skatterettslig relevante verdier, fondsavsetninger, rett til fradrag for underskudd et senere år, eiertid hvor dette er relevant, osv.; i det følgende has først og fremst skatterettslig relevante verdier for øye.)

Kontinuitet bygger på at det – på samme måte som ved salg – skal være sammenheng mellom de utgående verdier hos senior og de inngående verdier hos junior; det blir altså intet brudd i beskatningen. Slik kontinuitet kan oppnås først og fremst på to måter: Enten ved at generasjonsskiftet (gaveoverdragelsen eller arvefallet) utløser skatteplikt som om gjenstandene var blitt solgt til omsetningsverdi og slik at junior får de samme verdier som sine inngående verdier (*uttak* eller *oppgjør*). Eller ved at junior trer inn i seniors skatteposisjoner (*suksesjon*), typisk at junior overtar seniors skattemessige verdier – *Diskontinuitet* bygger på at juniors skatteposisjoner fastsettes helt uavhengig av seniors skatteposisjoner og at seniors skatteposisjoner faller bort.

Løsninger basert på uttaks- eller oppgjørssynspunkter har den fordel at seniors skatteposisjoner gjøres opp og bringes ut av verden en gang for alle. Men metoden krever verdsettelse som kan være besværlige. Den avgjørende motforestilling er imidlertid at denne løsningsmodellen vil innebære et meget alvorlig anslag mot foretakets likviditet ved generasjonsskifte. Ved siden av utløsning av medarvinger og betaling av arveavgift vil generasjonsskiftet også kunne utløse betydelige inntektsskatter. (Inntektsskattene ville riktignok være fradragsberettigede ved arveavgiftsberegningen. Og hvor verdiene er sunket, ville en slik regel kunne innebære fradragsrett for tap ved generasjonsskifte.) Slike løsninger bør derfor avvises. Men det kan noteres at det norske LO i en høringsuttalelse midt på 1970-tallet gikk sterkt inn for denne modellen.

Norsk rett og dansk rett inneholder regler som kan kritiseres i dette perspektiv. I dansk rett anses gave og arveforskudd som realisasjon som utløser skatteplikt. Men regler om såkalt familiesuccession gjør unntak og legger i stedet et suksesjonsprinsipp til grunn (se nærmere nedenfor). Reglene om familiesuccession gjelder imidlertid bare ved overdragelser til nærmere angitte slektninger (barn og barnebarn og søsken og deres barn og barnebarn). I norsk rett er det skattelovens alminnelige regel at overføring av avskrevne formuesgjenstander ved gave utløser skatteplikt for differansen mellom gjenstandens omsetningsverdi og ligningsmessig nedskrevet verdi. Men det er gjort unntak fra dette hvor erververen overtar hele eller deler av overdragets næringsvirksomhet og erververen plikter å betale arveavgift (se norsk skattelov § 42, 1. ledd, 3. til 6. punktum). Dette unntaket vil bare komme til anvendelse ved overdragelser innen familien (og til testamentsarvinger). For både dansk og norsk rett blir konsekvensen skattlegging av gevinster som ved salg hvis senior i stedet mener at det er best for foretaket at det gis bort til en eller flere av de ansatte eller til andre utenfor slekten. En slik disposisjon vil derfor være meget vanskelig å gjennomføre selv om det kanskje ville være til det beste for foretaket.

En annen norsk regel er verd å nevne i denne sammenheng: Hvis avdøde hadde solgt driftsmidler med gevinst, men disse ved dødsfallet ikke var beskattet hos ham pga regler om rett til utsettelse med skatteplikten, bestemmer norsk skattelov § 44 A-10 at gevinstene skal beskattes i dødsåret, selv om avdøde først ville blitt skattepliktig senere år om han hadde levet; skattekreditten går altså tapt. (Til gjengjeld vil realiserte, men ikke periodiserte tap komme til fradrag i dødsåret.) Hvis lengstlevende ektefelle i uskiftet bo eller enarving overtar boet udelt, gjelder imidlertid denne oppgjørsregel ikke: Lengstlevende ektefelle i uskifte og enarving beholder avdødes skattekreditt. Denne avgrensning av den fordelaktige regel virker helt tilfeldig.

Hvorfor skal en enearving stilles skatterettslig annerledes og bedre enn en arving som har fått foretaket utlagt på skifte med sine søsken? Og hvorfor skal det gis skattemessig incentiv til at lengstlevende overtar boet uskiftet når dette tvert om i mange tilfeller kan være foretaksøkonomisk uheldig?

Valget må etter dette stå mellom en ordning hvor junior trer inn i seniors skatteposisjoner (*suksesjon*) eller en ordning hvor junior får sine skatteposisjoner bestemt etter sitt eget forhold og seniors skatteposisjoner faller bort (*diskontinuitet*).

Eksempel: Seniors inventar og maskiner er nedskrevet til 500 ved tidspunktet for overføring av foretaket til junior. Inventar og maskiner anses imidlertid på dette tidspunkt å være verd 800. Suksesjon innebærer at junior overtar verdien på 500 og fortsetter avskrivningene der senior slapp. – Diskontinuitet innebærer at junior kan legge 800 til grunn for sine avskrivninger, og uten at det leder til noen beskatning hverken av senior eller junior for differansen på 300. Var verdien ved overføringen i stedet 400, vil dette beløp utgjøre juniors inngangsverdi, uten at det gis fradragsrett for de 100 (differansen mellom seniors og juniors inngangsverdi).

Skatteposisjoner som ikke knytter seg til gjenstander, kan etter norsk rett ikke overføres til junior ved gavetransaksjon. Dette gjelder f.eks. retten til å fremføre et underskudd til fradrag et senere år eller retten til skattekreditt for gevinster på driftsmidler. Disse skatteposisjonene forblir hos senior (og kan etter omstendighetene falle bort). Hvis foretaket drives i aksjeselskaps form, vil imidlertid disse skatteposisjonene være knyttet til selskapet og ikke til senior og vil derfor være uberørt av gavetransaksjonen. Spørsmålet om suksesjon eller diskontinuitet knytter seg i slike tilfeller til *aksjene* og ikke til selskapets eiendeler og posisjoner.

Et nordisk utsyn viser at suksesjonsprinsippet er gjennomført i det store og hele i dansk (valgfritt med oppgjør), finsk og svensk rett, men at prinsippet om diskontinuitet gjelder i norsk rett.

Hvilket prinsipp bør foretrekkes?

Det er referentens oppfatning at dette spørsmål bør drøftes og avgjøres uten at de økonomiske forutsetninger for å gjennomføre generasjonsskifte trekkes inn i vurderingen. Prinsippet om diskontinuitet vil riktignok ofte kunne gi skattefordeler som kan lette gjennomføring av generasjonsskifte (se eksemplet foran som viser at junior ofte vil få større avskrivninger). Men fordeler og ulemper vil slå altfor ulikt ut til at prinsippet kan anbefales: Et foretak med store ubeskattede reserver vil komme heldig ut, mens et foretak uten ubeskattede reserver ikke vil få noen glede av prinsippet og et foretak med latent fradragsberettigede tap tvert om vil oppleve at prinsippet om diskontinuitet (konsekvent gjennomført) vil lede til lavere avskrivninger og til at tapsfradrag kan gå tapt. For et foretak med fremførbart underskudd

vil diskontinuitet innebære at retten til fradrag et senere år bortfaller. Og drives foretaket i aksjeselskaps form, vil fordelene (og ulempene) referere seg til aksjenes verdi og ikke til foretakets skatteposisjoner; det blir altså også en betydelig forskjell mellom selskapsformene.

Likevel var det overveielser av denne art som var avgjørende da det norske Stortinget i 1992 besluttet at suksesjonsprinsippet ikke skulle gjennom-føres i norsk rett. Avvisningen er begrunnet med "den vanskelig økonomiske situasjon og den høge arbeidsløsheten", "sysselsetningen i bedriftene" osv., men det er ingen nærmere overveielser om hvorvidt opprettholdelse av diskontinuitet er et adekvat tiltak for å nå slike mål (Innst. O. nr. 47 1991/92).

Spørsmålet bør etter dette avgjøres *ut fra skatterettens egne premisser, praktiske hensyn o.l.* I et slikt perspektiv er det uten videre klart at suksesjon skaper større konsistens i skattereglene. Man unngår de tilfeldige skattemessige fordeler og ulemper som prinsippet om diskontinuitet bringer med seg.

I den norske debatt har det likevel vært hevdet at suksesjonsprinsippet skulle stå i et tvilsomt forhold til grunnprinsipper i inntektsskatteretten: Inspirert av et innspill fra revisjonsfirmaet Ernst & Young la iallfall en del stortingsrepresentanter sentral vekt på at søkelyset bør rettes mot *skattyteren* mer enn mot *foretaket*, og for skattyteren (junior) dreier det seg om et nyerverv som kan begrunne nye inngangsverdier. Dette grunnsyn - som i og for seg har holdepunkt i inntektsskattens karakter av å være en personskatt - leder imidlertid svært langt om det tas på alvor, og ganske sikkert lenger enn forslagsstillerne er forberedt på å gå: Det vil jo med tilsvarende tyngde kunne anføres mot innføring av kontinuitetsregler ved fisjon, fisjon, endring av foretaksform osv.. - I forarbeidet til den norske skattereform la den såkalte Aarbakkegruppen (jfr. NOU 1989: 14) til grunn som et generelt prinsipp at kontinuitet skulle gjelde ved slike endringer, med sikte på å oppnå at skattereglene i minst mulig utstrekning påvirker foretaksform osv.

Suksesjonsprinsippet kan imidlertid skape visse arverettslige problemer: Den arving som på skiftet overtar foretaket, vil gjerne overta latent skatteplikt i større eller mindre utstrekning. Det er rimelig at det tas hensyn til dette ved verdsettelsen av gjenstandene på en eller annen måte. Hvis ikke, vil arving som overtar foretaket, lett få utlagt lavere verdier enn arvinger som på skifte får utlagt gjenstander uten latent skatteplikt knyttet til seg. En vanskelighet ligger i at størrelsen av den latente skatteplikt vanskelig lar seg bestemme eksakt: Den latente skattens verdi er jo avhengig av fremtidige begivenheter. Det prinsipielt riktige må være å gjøre seg opp en mening om hvor store de latente skatteforpliktelsene er, når de vil bli oppløst og hvilke

skattesatser som da vil gjelde, og så diskontere dem ned til nåverdi. En slik fremgangsmåte vil være besværlig og ikke sjelden umulig å gjennomført i praksis, først og fremst fordi man ikke vet når reservene blir oppløst og hvilke skattesatser vi da vil ha. Praktiske hensyn taler derfor sterkt for sjablonregler på dette punkt. Lengst synes dette å være drevet i dansk rett, der det i kildeskatteloven (§ 33 A) er gitt såkalte "passiveringsregler", dvs. regler om at gjenstandenes verdi ved skifteoppjøret skal reduseres med en post som reflekterer nåverdien av den latente skatteforpliktelse. Hovedregelen er at verdien skal reduseres med 30% av de latent skattepliktige verdier. (Ved vurderingen av prosentsatsen må det tas i betraktning at de danske skattesatser er høyere enn i de andre nordiske land). I Norge foreslo Aarbakkegruppen (som forberedte den norske skattereformen, se NOU 1989: 14) også en lovregel av samme type, men forutsatte at skatteforplikelsen skulle verdsettes ut fra en forutsetning om at den latente skatteplikt ble realisert med en gang. Det må imidlertid anses som prinsipielt uriktig ikke å ta hensyn til diskonteringsfaktoren. (Forslaget om suksesjon ble – som nevnt foran – ikke vedtatt.)

Midt på 1970-tallet bidro disse arverettslige problemer sterkt til at et forslag om innføring av skattemessig suksesjon ikke ble vedtatt: Dommerforeningen (anført av dommerne i Oslo skifterett) hevdet sterkt at forslaget ville innebære en meget betydelig komplikasjon av skifteoppjørene.

Reglene bør være *mest mulig like ved gave- og arveoverføring* fordi dette gir best nøytralitet. Det kan imidlertid være vanskelig å gjennomføre dette fullt ut, særlig fordi gaveoverføringer i større grad kan benyttes til skatteplanlegging. Uttaksregler o.l. (dvs. skattlegging av gaver som om gjenstanden var blitt solgt til omsetningsverdi) har derfor vært ansett for påkrevet. Det er i så måte karakteristisk at både i Danmark, Norge og Sverige gjelder det unntak fra de generelle uttaksreglene for typiske generasjonsskifter.

Referentens konklusjon er at *suksesjonsprinsippet bør innføres i norsk rett.*

Suksesjonsprinsippet innebærer også at junior overtar *gunstige* skatteposisjoner fra senior (høyere inngangsverdi enn omsetningsverdi; rett til fremføring av underskudd). Prinsipielt sett burde junior betale de andre arvinger på skiftet for dette; det er motstykket til at junior kompenseres for ulempen ved å overta latent skattepliktige verdier. Men regler om slikt finnes neppe i noen av de nordiske land, og det forekommer fremmed om man ved skifteoppjøret skulle regne gjenstander for verd mer enn sin omsetningsverdi eller operere med egne poster i oppjøret som reflekterer skatte-

fordelen. Men reelt sett er det logisk, og innføring av slike regler bør derfor vurderes nærmere.

5.5 Spesielt hvor suksesjonsprinsippet skal gjelde, oppstår det spørsmål om *samordning mellom inntektsskatt og arveavgift*. At junior overtar seniors skattemessige verdier, bør det på en eller annen måte tas hensyn til ved arveavgiftsberegningen.

Mest konsekvent synes dette gjennomført i dansk rett: De ”passiveringsregler” som er omtalt i forrige punkt, gjelder også for verdsettelse for arveavgift. I svensk rett gjelder visst intet tilsvarende generelt prinsipp, men bestemmelser om at børsnoterte aksjer skal verdsettes til 75% av børskurs og om verdsettelse av visse fordringer anses begrunnet i hensynet til den latente inntektsskattegjeld (Englund/Silfverberg op.cit. s. 29, 35–36 og 45). Og de generelle lettelsesregler (jfr. pkt. 5.3 foran) kan sies å ta hensyn også til den latente skattegjelden. Dette siste er særskilt fremhevet i finsk teori, der det også antas at det skal tas hensyn til latent inntektsskattegjeld selv om lovgivningen ikke gir anvisning på det (Andersson: Inledning til skatterätten, 5. utg., s. 124).

De ganger suksesjonsprinsippet har vært foreslått innført i norsk rett, har det som regel vært kombinert med forslag om at det skal svares arveavgift av de nedskrevne skattemessige verdier som junior overtar (unntatt i det aller seneste, men ikke vedtatte, forslag, i Ot. prp. nr. 16 1991–92 s. 20–21). Men dette gir en lite nøytral løsning: Den ”gjeld” det kan være riktig å gi fradrag for, er (nåverdien av) den latente skattegjeld på differansen mellom de overtatte skattemessige verdier og gjenstandenes omsetningsverdi ved overføringen til junior. Å anse hele denne differansen for gjeld, gir altfor stor lettelse i arvebeskatningen.

Eksempel: En gjenstand har ved overføringen til junior skattemessig nedskrevet verdi 300 og omsetningsverdi 500. Det prinsipielt riktige er å anse nåverdien av latent skattegjeld av $500 - 300 = 200$ for gjeld i arveavgiftsoppgjøret. (Etter norske skattesatser – 28% – vil dette utgjøre 56 hvis man ser bort fra neddiskonteringen.) Det vil gi altfor stor fordel om latent skattegjeld anses å utgjøre 200. Dette kan også vises via et annet resonnement: Hvis senior solgte gjenstanden umiddelbart før overføring av foretaket til junior, ville det utløst skatt av 200, dvs. 56; et tilsvarende mindre beløp ville da blitt overført til junior (ved gave), eller junior ville overtatt skattebeløpet som gjeldsforpliktelse (ved arv). Fradragsposten ved arvebeskatningen bør i prinsippet være den samme om junior overtar gjenstanden og selger den (umiddelbart) etterpå.

Det har vært hevdet at det å beregne arveavgiften av nedskrevne verdier

kan være en grei måte å gi visse skattefordeler ved generasjonsskifte på. Et slikt syn kan ikke tiltres. En slik utforming av skattelettelsesregler vil slå altfor tilfeldig ut: Den som overtar størst latent skattepliktige verdier, vil oppnå størst skattefordel. Eventuelle skattefordeler ved generasjonsskifte bør gis på andre og mer nøytrale måter.

Ved innføring av suksesjonsprinsippet ved inntektsbeskatningen bør det etter dette *ved arvebeskatningen gis fradrag for latent skattegjeld, men heller ikke mer.*

5.6 Hvor foretaket overføres mot *delvis vederlag*, oppstår visse særspørsmål. Typisk kan slikt vederlag bestå av gjeldsovertakelse eller pensjonsytelser til senior.

Gaveelementet ved arve- og gavebeskatningen kan i slike tilfeller bare utgjøre differansen mellom omsetningsverdien og vederlaget. Hvis vederlaget er en pensjonsforpliktelsen, må verdien finnes ved en kapitalisering. I norsk rett vil junior få fradrag ved inntektsbeskatningen for pensjonsytelsene etter hvert som de betales. For at det ikke skal gis fradrag både ved inntektsbeskatningen og ved arveavgiftsberegningen, bestemmer loven at fradraget for kapitalisert verdi av pensjonsforpliktelsen ved arveavgiftsberegningen skal reduseres med en faktor som tilsvarer fordelene ved inntektsfradraget (norsk arveavgiftslov § 15, 3. ledd bokstav c).

Ved inntektsbeskatningen vil etter norsk rett senior ved gavesalg bli gevinstbeskattet i den grad vederlaget overstiger hans skattemessige verdier (og som vederlag skal trolig også regnes beløp som junior etter gavevilkårene er forpliktet til å betale til andre enn senior, f.eks. til medarbeidere). Men hvis vederlaget er lavere enn seniors skattemessige verdier, vil det likevel ikke bli gitt fradrag for noe "tap". Dette "tapet" skyldes en gavetransaksjon, og gaver gis det ikke fradrag for. Hvis juniors vederlag består i en pensjonsytelse, vil senior bli beskattet for pensjonsytelsene etter hvert som de betales uavhengig av seniors skattemessige verdier på den overførte eiendom.

I svensk inntektsskatterett er reglene om slike såkalte "blandade fång" meget kompliserte. Reglene er forskjellige for fast eiendom og løsøre (herunder aksjer o.l.). For fast eiendom gjelder den såkalte "huvudsaklighetsprincippet", dvs. at en overdragelse i sin helhet skal klassifiseres som enten gave eller kjøp. Grensen trekkes på grunnlag av eiendommens "taxeringsvärde": er vederlaget lavere enn dette, foreligger gave og det blir da ikke tale om noen gevinstbeskatning. For løsøre gjelder det såkalte "delningsprincippet"; transaksjonen skal anses forholdsmessig som gave og kjøp. Så

er det ytterligere et spørsmål hvordan disse prinsipper skal anvendes når det er et foretak som helhet som overdras. Se nærmere Silfverberg 1992 s. 322 ff. – Referenten har ofte undret seg over kompleksiteten i de svenske regler på dette punkt.

6. Sammenfatning

Generasjonsskifter reiser spørsmål på mange rettsområder, men særlig sentralt står arveretten og skatteretten. Et overordnet hensyn de lege ferenda bør være hensynet til at foretaket bør kunne føres videre i rasjonelle former.

Reglene om *pliktdelsarv* kan i enkelte tilfeller skape problemer for rasjonelt gjennomføring av generasjonsskifte, men ved planlegging vil det normalt ikke være vanskelig å komme utenom dem, hvor det måtte være ønskelig.

Reglene om *uskiftet bo* kan reise flere problemer, særlig hvor dødsfall inntreer plutselig. Det bør overveies om testament fra senior bør tillegges større vekt enn etter dagens regler (i norsk rett) ved vurderingen av om foretaket skal inngå i uskifteboet eller utlegges til en arving; iallfall bør hensynet til foretaket og dets videre drift komme klarere i fokus som vurderingsmoment. – Det bør også overveies om disposisjonsretten til lengstlevende ektefelle som sitter i uskiftet bo bør utvides, med sikte på å legge til rette for rasjonelle generasjonsskifter. Spørsmålet kan reises både for livs- og dødsdisposisjoner.

Verdsettelsen av foretaksformuen er viktig ved skifte mellom flere arvinger og også ved arveforskudd. Et tema til diskusjon er om et prinsipp tilsvarende den norske åsetesretten (med forsiktig verdsettelse supplert med evt. etteroppgjør ved salg innen en viss tidsfrist) bør innføres også i andre næringer.

De norske reglene om *dokumentavgift* bør gjøres mer nøytrale mht formen for generasjonsskifte.

Arveavgiften griper kraftig inn i overveielser omkring generasjonsskifte. Et grunnspørsmål er om den overhodet fortjener noen plass i et moderne skattesystem. Referenten tror det. Spørsmålet er videre om denne skatten bør utformes som en boskatt eller som en arveloddsskatt og om det er tilstrekkelig gode grunner til å ha høyere arveavgiftssatser for arv til fjernere slektninger (og testamentsarvinger) enn til nære slektninger.

Skal det gjennomføres skattelettelser rettet mot generasjonsskifter, gjøres dette trolig best ved regler om lavere verdsettelse enn omsetningsverdien ved arveavgiftsberegningen av gjenstander som overføres som ledd i generas-

jonsskifte i foretak. Men reglene må utformes slik at de er nøytrale mht foretaksform, og de bør gjelde likt ved overføring som gave eller ved arv. Et tema for diskusjon er i hvilken utstrekning det er behov for slike særregler. Ved *inntektsbeskatningen* er det en hovedsak at reglene bør være så nøytrale som mulig. Særregler om inntektsskatten egner seg derfor dårlig som instrument for evt. skattelettelse.

Suksesjonsprinsippet bør gjelde, dvs. at junior bør tre inn i seniors skatteposisjoner.

Ved arveavgiftsberegningen bør det gis fradrag for (sjablonmessig beregnet) nåverdi av den latente skattegjeld som junior overtar, men ikke mer.

Generationsskiftets rättsliga problem i det moderna samhället

Sektionsmöte

Referatskrivare: tingsnotarien *Mathilda Berglin*, Sverige

Debattledaren, skifterettsjustitiarius *Anne Catherine Frøstrup*, Norge, hälsade alla välkomna, redogjorde för mötets tema och lämnade ordet till referenten.

Referenten, professor dr. jur. *Frederik Zimmer*, Norge, inledde med en kort genomgång av huvudpunkterna i sin uppsats.

Korreferenten, advokaten *Magnus Kindstrand*, Sverige: Jag är verksam som advokat i Mannheimer Swartling Advokatbyrå i Stockholm och har kommit att syssla med frågor rörande generationsskiften rörande särskilt innehavare av större jordegendomar och där inte minst med en företeelse som i svensk rätt kallas fideikommiss. Det är en rättsfigur som innebär att innehavet och successionen av egendomen styrs av ett förordnande - ett testamente eller gåvobrev - enligt vilket egendomen disponeras av en person som inte har rätt att vare sig sälja eller belåna egendomen. Vid en innehavares död övergår egendomen enligt den i fideikommissurkunden bestämda successionen, oftast till hans äldste son. Fideikommissen är nu föremål för avveckling i Sverige. Den typ av företag som utgörs av egendomar som gått i samma släkts ägo under lång tid är i generationsskifteshänseende urtypen av företag, där ägarkretsen i allmänhet anser att det är ytterst viktigt att egendomen vid ett generationsskifte kan övergå till en innehavare i nästa generation utan att förminska eller utsättas för påfrestningar. På sin tid instiftades fideikommissen ofta av nyrika entreprenörer. Jag förväntar mig

inte att diskussionens slutsats skall bli en rekommendation att återinföra fideikommissen, men en tillbakablick ger ofta perspektiv på olika lösningar.

Beträffande planläggningen av generationsskiften är det svårt med utgångspunkt från förekomsten av rättspraxis att generellt säga om generationsskiften planeras och genomförs i seniors livstid, om de planlägges under livstiden och genomförs efter dödsfallet eller om de inte planläggs alls och därför genomförs efter dödsfallet, varvid gällande arvsregler träder in. Den sistnämnda kategorin leder måhända till minst antal tvister, men är nog från andra synpunkter, både när det gäller företagets bestånd och dess bibehållande inom seniors familj, mindre framgångsrik.

Ett problem i detta sammanhang är ju ofta att senior själv har mot varandra stridande och oförenliga önskemål, nämligen dels att han vill att företaget skall leva vidare inom familjen som om ingenting hade hänt, dels att alla hans barn skall komma i åtnjutande av det ekonomiska värde som företaget representerar. Det kan ju åstadkommas genom att de delar på företaget, men en sådan ägarbild där företaget har flera ägare, som har olika önskemål och som i varierande grad är verksamma inom företaget medför ofta svårigheter. Passiva och aktiva ägare har inte sällan olika önskemål. Medan passiva ägare gärna vill ha avkastning på det värde som motsvarar deras andelar, alternativt önskar få ut kapitalet för andra ekonomiska behov, vill aktiva ägare hellre utveckla företaget utan krav på omedelbar avkastning. Sådana ägarstrukturer leder ofta till att majoritetsaktieägaren löser ut övriga eller att företaget säljs till utomstående.

Advokatens roll i generationsskiftet och på vilket stadium han inträder i arbetet varierar från fall till fall. En annan fråga som kan uppkomma är vem advokaten företräder och kan företräda. Är han bolagets advokat och i vilken mån kan han vara både bolagets, seniors, familjens och juniors ombud? I Sverige kan han insättas i seniors testamente som testamentsexekutor och skall då normalt förordnas som boutredningsman. Om han utses till boutredningsman på begäran av dödsbodelägarna blir han i högre grad alla arvingars advokat.

Beträffande de svenska laglottreglerna kan noteras att de i vissa avseenden är strängare samtidigt som de i andra avseenden är lindrigare än de norska pliktodelsreglerna. I svensk rätt finns inte, som i norsk rätt, någon beloppsbegränsning till en miljon kronor, men å andra sidan är laglotten hälften av arvslotten och inte två tredjedelar som i Norge. För företag över en viss storlek eller ett visst värde får de svenska reglerna nog större inverkan än de norska. Enligt min uppfattning är det emellertid relativt få företagare som är beredda att gynna en arvinge på de övrigas bekostnad i sådan

utsträckning. Laglottens avskaffande skulle i och för sig medföra att testator skulle kunna testamentera hela egendomen till personer utanför familjen och ett starkt skäl för laglottens bevarande har varit skyddet för familjen. En regel som innebär att laglotten för viss arvinge skulle avskaffas för sådana fall där testator testamenterar mer till en annan arvinge men inte till utomstående skulle i och för sig kunna diskuteras för företagsförmögenhet. Man kan också tänka sig olika regler för egendom som testator ärvt respektive sådan förmögenhet som han själv skapat. I ärvd förmögenhet skulle föreligga rätt till laglott men inte i nyskapad. Här uppkommer emellertid stora praktiska svårigheter att vid seniors frånfalle dra gränsen mellan dessa båda kategorier.

Efterlevande makes arvsrätt har i svensk rätt en något annorlunda reglering än i dansk och norsk rätt. Enligt svensk rätt har från 1988 arvsrätt införts för make, som ärver all kvarlåtenskap med fri förfoganderätt framför gemensamma barn. Testator kan dock i testamente utesluta make från arvsrätt. Denna regel har emellertid tillkommit utan tanke på generationsskiften inom företag och tar snarare sikte på normalfamiljen, där man önskade att änkan skulle kunna bo kvar i familjens villa och inte behöva sälja den för att kunna ge barnen deras arvslotter.

Bland ägare av jordegendomar är det regelmässigt så att innehavaren, som normalt är en man, med förbigående av hustrun testamenterar egendomen till barnen. Egendomen är för det mesta enskild egendom, varför hustrun inte har någon giftorätt i egendomen. Dessutom är åldersförhållandena sådana att om man också skall invänta hustruns död kommer junior ofta att närma sig pensionsåldern innan han får tillträda.

Hur man förfar i andra företag kan väl variera och i någon mån bero på i vilken mån hustrun varit aktiv i företaget eller eljest har kvalifikationer att leda detta.

Professor Zimmer har redogjort för den norska åsetesrätten, som medför att värdering av lantbruk kan ske under marknadsvärdet vid arvsskifte. Dessa regler kompletteras av s.k. etteroppgjør som innebär att junior kan få dela med sig till arvingarna om företaget säljs. I svensk rätt finns inte några regler om särskilt förmånlig värdering vid beräkning av laglott eller eljest vid arvsskifte, utan normalt skall marknadsvärdet tillämpas. För att en arvinge skall ha råd att ta över en jordegendom eller ett företag och kunna driva detta vidare med någon ekonomisk säkerhet, erfordras ofta att medarvingarna utlöses till ett värde som understiger marknadsvärdet. I praktiken förekommer det att senior i testamente, då viss arvinge tillerkänts egendom på fördelaktiga villkor, eller att arvingarna i arvsskifte då medarvinga-

ma låtit junior lösa till sig företaget på fördelaktiga villkor, infört en bestämmelse som liknar etteropgjör. Man kan där föreskriva att om junior inom en viss tid säljer egendomen till ett värde som överstiger det som han betalat för den vid skiftet, skall han dela med sig av köpeskillingen till övriga medarvingar. För att inte få tröskeeffekter, så att junior väntar ut tidsfristen och sedan säljer kan man successivt avtrappa den andel som medarvingarna får, så att de får full andel om egendomen säljs inom en tioårsperiod. Sedan avtrappas andelen under en femårsperiod så att de efter femton år inte får någon del av mervärdet om egendomen säljs. Om fråga är om ett företag i utveckling kan å andra sidan ett ökat värde vara hänförligt till juniors egna insatser vilket försvårar en sådan enkel regel och i sådant fall kanske man förkortar den tid under vilken han skall dela med sig av eventuell vinst vid försäljning. Man får därvid också ta hänsyn till den skatt som junior har att betala vid försäljning av hela företaget, så att medarvingarna får ut sin andel netto efter den skatt som han har betalat.

När det gäller hänsynstagande till latent realisationsvinstskatt har denna fråga behandlats i svensk rättspraxis (NJA 1975 s. 288), där högsta domstolen fastställt principen att latent realisationsvinstskatt får beaktas. I arvskiftet, som träffas genom överenskommelse är det nog numera inte ovanligt att man tar hänsyn till latent realisationsvinstskatt. Ofta tar man i sådana fall inte hänsyn till hela skatten utan till en del därav beroende på hur sannolikt det är att egendomen kommer att säljas och i så fall inom vilken tid.

Även om arvsskatten svarar för en obetydlig del av statens inkomster, betyder det emellertid inte att den inte är kännbar för den som vid ett generationsskifte skall betala arvsskatten. Människan har en stor förmåga att vänja sig vid nya regler och detta gäller också skattesatser. När man talar om rimliga arvsskattesatser är det möjligen så att det inte finns någon absolut sanning. Man kan konstatera att den högsta skattesatsen vid arv mellan föräldrar och barn före 1959 var 20 % för att sedan i mitten av 1980-talet uppgå till 65 % och numera är den 30 %. Reglerna om hur egendom värderas har också förändrats och därvidlag har numera i svensk rätt införts en regel som innebär att företagsförmögenhet värderas till ett värde som är 30 % av ett på visst sätt uträknat substansvärde. Även om det nog inte är politiskt möjligt att avskaffa arvsskatten, kan man i och för sig tycka att om arvsskatten under en dryg trettioårsperiod varierar upp och ner på ett sådant sätt skulle man kunna sänka den med ytterligare lika många procentenheter, varvid den skulle vara nere i noll.

Vid arv beskattas i Sverige företagsförmögenhet efter en värdering till 30 %. Så sker också vid gåva, men det förutsätter att hela egendomen ges

bort utan villkor till förmån för givaren och för att förvärvskällan inte fysiskt uppdelas utan ges bort med lika ideella andelar. Företagaren kan därför inte dela upp sitt företag genom att ge en viss del därav till ett barn och en annan del till ett annat barn utan måste ge dem ideella andelar, varefter de får lösa ut varandra om de vill dela upp företaget, något som i sin tur kan föranleda skattekonsekvenser.

I svensk rätt finns inte några bestämda regler av innebörd att latent skatteskuld skall beaktas vid värderingen för beskattningsändamål, men å andra sidan upptages börsnoterade aktier schablonmässigt till reducerade värden, vilket i sig kan ge utrymme för beaktande av latent skatteskuld. Dessa schablonregler ger dock inte något utrymme för att låta företag med högre latent skatteskuld behandlas mildare än företag med lägre. Reglerna om att värdera aktier på A-listan till 75% har sin grund i ett rättsfall där i ett rikt dödsbo aktier i Astra upptogs till fullt pris, varpå aktiekursen sjönk och försäljningen dessutom föranledde realisationsvinstskatt, vilket i sin tur medförde att skatten blev högre än värdet på aktierna och dödsboet gick i konkurs.

När det gäller frågan om hänsynstagande till latent skatteskuld är det svårt att hitta en allmängiltig regel, eftersom det är osäkert om och när skatten kommer att realiseras, varför man nog får finna en schablon.

Med hänsyn till den framfarna tiden skall jag stanna här. Jag vill samtidigt nämna att utöver de regler som nu behandlats har även associationsrättsliga regler avseende främst aktiebolag och handelsbolag, liksom de skatte-regler som gäller för dessa, stor betydelse för möjligheten att genomföra generationsskiftet, även om de inte tar sikte just på företagets övergång.

T.f. professor *Christer Silfverberg*, Sverige, redogjorde för de svenska lättnadsreglerna beträffande värdering av egendom och bakgrunden till deras införande och anförde i huvudsak följande. Det finns två olika särregelsystem i Sverige i dag. Det ena rör möjligheterna att få anstånd med erläggandet av arvs- och gåvoskatt, det andra är de särskilda s.k. lättnadsreglerna vid värdering av egendom. Anståndsreglerna innebär att man under vissa förutsättningar kan få upp till tjugo år på sig att betala skatten. Vad gäller företagsvärdering har man den s.k. 30-regeln som innebär att man värderar företagsförmögenhet till 30 % av substansvärdet. Regeln omfattar inte all egendom och gäller bara rörelse och jordbruk; således omfattas inte förvaltande verksamhet. Rörelseformen är utan betydelse - däremot omfattas inte noterade bolag. Det finns en betydande rättsosäkerhet angående villkoren för att 30-regeln skall få användas och detta är ett av de områden där rådgivaransvaret oftast görs gällande.

Han fortsatte: Jag håller med professor Zimmer om att det finns en konflikt mellan de regler som skall möjliggöra en överlåtelse av företagsförmögenhet med rimliga skattekonsekvenser samtidigt som de inte ska kunna utnyttjas för skatteplanering. Idealet torde vara att sänka skattesatserna och samtidigt förändra värderingsreglerna och införa en marknadsmässig värdering av egendom. Som systemet ser ut idag är det alltför heterogent för att vara nöjaktigt.

Advokaten *Anne Birgitte Gammeljord*, Danmark, redogjorde för de danska reglerna om boavgift, vilka trädde i kraft den 1 juli 1995, och anförde därvid följande. De nya reglerna förändrar det tidigare gällande systemet så tillvida att det skall betalas en skatt på boets behållning i stället för på varje arvslott. Boavgiften beräknas på den godkända bobehållningen och utgör 15 % av den del av boets värde som överstiger 180 000 DKr (1995 års nivå). I stället för tre arvsklasser finns numera två - arvsklass A och arvsklass B - där arvsklass A omfattar barn och barnbarn med flera närmare anhöriga medan arvsklass B omfattar övriga arvsberättigade. För arv till arvsberättigade i arvsklass A betalas en boavgift på 15 %. För större bon kan detta innebära en väsentlig lättnad jämfört med tidigare medan mindre bon i vissa fall fått kännas vid en mindre ökning av skatten. Arvsberättigade i arvsklass B betalar utöver boavgiften på 15 % en proportionell tilläggsboavgift på 25 %. Tilläggsboavgiften beräknas efter avdrag för boavgiften på så sätt att den effektiva boavgiften maximalt kan uppgå till 36,25 %. Arv till efterlevande make är fritt från boavgift liksom försäkringar o. dyl. som tillfaller maken utan att vara egentligt arv. Beträffande gåva kan nämnas att gåvoavgiften efter reformen uppgår till en proportionell avgift på 15 % av gåvan, med rätt för vissa gåvomottagare, bl.a. föräldrar och barn, till ett fri-belopp på 40 000 kr årligen.

Advokaten *Frantz Dahl*, Danmark: Det är glädjande att man nu intresserar sig för generationsskiftesproblematiken med tanke på att de problem - i vart fall i Danmark - som hänger samman med generationsskiften är så kolossala. Egentligen är det skandalöst att det tas ut arvsskatt i de nordiska länderna där skattetrycket överlag är så högt. Ett förslag för att underlätta för den som inte kan betala sin arvsskatt skulle kunna vara att göra som man gör med fastighetsskatten i Danmark, nämligen att den inestår som en prioriterad fordran med säkerhet i egendomen. Ett annat alternativ, om staten nödvändigtvis skall ta ut arvsskatt vid företagsarv, skulle kunna vara att staten fick samma roll som en aktieägare; går företaget bra får staten pengar, går det dåligt får staten ingenting.

Debattledaren skifterettsjustitiarius *Anne Cathrine Frøstrup*, Norge: Tack för de synpunkterna. Man kan fråga sig vilka hänsyn som egentligen bör tas till junior - vilka skäl talar för att det ska vara så mycket enklare att överta företag inom familjen? Det kan hävdas att det samhällsekonomiska perspektivet - främst att arbetstillfällen bibehålls - skulle motivera särregler. Detta kan emellertid kanske tillgodoses oberoende av om företaget stannar inom familjen.

Professor dr. jur. *Peter Lødrup*, Norge: Min första reflektion rörande professor Zimmers uppsats var att regelverket om generationsskifte inte är anpassat till de enskilda delarna i vårt juridiska system. Det grundläggande måste vara att tillse att minsta möjliga hinder läggs i vägen för en ändamålsenlig överföring av företaget till nästa generation.

Man kan fråga sig om det viktigaste är den ur företagets synvinkel mest ändamålsenliga överföringen eller om det finns andra intressen som i detta sammanhang väger tyngre. Personligen anser jag att ändamålsenlig överföring av företaget till nästa generation är viktigast, men det har hävdats från andra håll att t.ex. hänsynen till efterlevande make är ett hänsyn som skall väga tyngre. I det avseendet skiljer sig regelverken åt i de olika nordiska länderna, vilket inte tycks ha sin grund i sakliga skillnader i förhållandena i respektive land.

Den reflektionen kan göras att laglotsreglerna inte är något större problem så länge generationsskiftet är planlagt, d.v.s. det är fråga om en livsdisposition och inte en dödsdisposition. Vid plötsliga förändringar, antingen vid ett oväntat dödsfall eller vid ett väntat dödsfall där skiftet inte planerats, bör då de privaträttsliga reglerna ställa sig i vägen för en för företaget ändamålsenlig överenskommelse? I detta sammanhang kommer de privaträttsliga reglerna in med större styrka, särskilt beträffande den efterlevande makens ställning. I dessa avseenden skiljer sig dansk och norsk rätt å ena sidan och svensk rätt å den andra åt. I Norge och Danmark innebär oskiftesordningen att efterlevande maken kan överta stora och blomstrande företag utan att barnen eller andra efterlevande kan göra något åt det. Man måste fråga sig om rätten att sitta i oskiftat bo bör ha den genomslagskraft den har i dag. Min åsikt på den här punkten är att vissa inskränkningar borde kunna göras, något som även professor Zimmer tycks förespråka.

Slutligen vill jag påpeka att det i Norge finns en märklig effekt i gåvobeskattningen som inte finns i övriga Norden. Det finns ingen allmän gåvoskatt i Norge med mindre det rör sig om gåvor till barn eller barnbarn. Den företagsledare som inter vivos vill skänka bort sitt företag till en kompanjon eller

medarbetare kan således göra det fullständigt skattefritt, medan om mottagaren är ett av hans barn utlöses arvsskatt med maximalt 20 procent.

Advokaten *Ole Linnemann-Schmidt*, Danmark: Det som i uppsatsen om oskiftat bo tycks vara en feluppfattning av referenten beträffande förhållandena i Danmark. Det är således så i dansk rätt att den som sitter i oskiftat bo har en skyldighet att förvalta egendomen i efterarvingarnas intresse. Den danska ordningen är, såvitt jag förstår, mycket lik den norska, i det avseendet att man inte får sälja fast egendom eller ge gåvor som står i missförhållande till boets värde.

Som praktiserande advokat undrar jag varför man inte helt enkelt tar och vänder upp och ner på hela arvsordningen. Reglerna fortsätter att fungera på samma sätt som de av tradition har gjort sedan de infördes i början av 1800-talet utan några mer omvälvande förändringar. Samhället är emellertid ett helt annat nu än då. På den tiden var en femtioårig man en gammal man och hans barn var tjugofem år gamla när han dog, typiskt sett. I dag kan det väl vara så att mannen dör vid femtio, men änkan kan sitta i oskiftat bo tills hon blir åttio eller mer. Vår Herres barmhärtighet och den moderna läkarvetenskapen har gått hand i hand och gjort att våra rättsregler hamnat på efterkälken. En sjuttioårig son har föga användning för kapitalet när hans föräldrar dör. Det enda riktiga vore att hoppa över en generation så att inte barn utan barnbarn ärvde sina mor- och farföräldrar. Svårigheten ligger bara i när man skall införa nyordningen - en generation blir ju då utan arv.

Slutligen vill jag förespråka en ingående och förutsättningslös diskussion av reglerna om rätten att sitta i oskiftat bo.

Förvaltningsrådet *Olof Olsson*, Finland: Jag vill inledningsvis påpeka att jag här kommer att ge uttryck för mina egna synpunkter och inte högsta förvaltningsrådets åsikter.

Rättsläget i Finland överensstämmer i huvudsak med det svenska. Det som skiljer de båda länderna åt är att den finska arvsskatten är klart lägre än den svenska. Vi har i Finland av hävd haft en låg arvsskatt och har därigenom skiljt oss från den övriga nordiska länderna. I övrigt är vår skattenivå som de övriga ländernas. Detta har fått till följd att vi i Finland har haft betydligt mindre problem med arvsskatten i samband med generationsskiftet. Dessutom är statens intäkter av arvsskatten överraskande nog ganska goda - väl i nivå med de svenska - trots den lägre skattesatsen. Det här antyder att skatteplaneringen i Finland nog har väsentligt blygsammare omfattning, vilket är en naturlig effekt av låga skattesatser.

Finland har en del av de lättnadsregler som professor Silfverberg redo-

gjorde för tidigare. I fråga om dem kan sägas att trots att problemen överlag har varit färre i Finland än de tycks ha varit i Sverige så är problemen av samma art när de dyker upp. Ett konkret, lite grovhugget system med lite lägre skattesatser har fördelen av att vara robust och bestående över tiden, lättare att tåla och mindre inbjudande till skatteplanering. Jag tror således att professor Silfverbergs idé om ett mer homogent system med lägre skattesatser och marknadsmässig värdering av egendomen är god.

Korreferenten hänvisade till fideikommiss; något som i Finland avskaffades på 40-talet, vilket socialt sett var en viktig reform. Men är det inte egentligen en ganska bra och tilltalande ordning? Där är det ju så att man har avstått från att disponera kapitalet men får disponera avkastningen. Samma sak försöker man ju ibland uppnå genom att sätta kapitalet i en stiftelse och ha ett verksamhetsbolag som bedriver verksamheten. Effekten blir att man från generation till generation kan njuta avkastningen men att kapitalet består. I dessa fall skall ju inte kapitalet beskattas utan endast det kapitaliserade värdet av avkastningen. Det är möjligt att en sådan lösning skulle vara att vrida klockan tillbaka så till den grad att det inte är meningsfullt att ens diskutera det, men det skulle vara intressant att höra referentens synpunkter på det. Om det finns något sunt i den här tankegången så borde det finnas tillgängliga instrument i rättsordningen för att tillskapa de här effekterna så att det inte är beroende av innovationsförmågan hos de enskilda rådgivarna.

Debattledaren, skifterettsjustitiarius *Anne Cathrine Frøstrup*, Norge: Jag vill ge en kort kommentar angående fideikommiss. Det kan självklart vara en frestande lösning för vår tids nyrika att upprätta fideikommiss med tanke på sina efterlevande. I Norge är det emellertid förbjudet i grundlagen att tillskapa fideikommiss. Skälet till det är att man vill undvika ett nytt adelsskap.

Høyesterettsadvokaten *Jan Fredrik Dahl*, Norge: Man kan fråga sig vilka våra största problem beträffande generationsskiftena är idag. Tre delområden är därvid intressanta. För första är det de generella reglerna om arvsskatt. Ingen är särskilt förtjust i skatter men det är något som man får leva med på alla områden i samhället. Det är således inte det allvarligaste problemet. För de andra är det möjligheterna att genomföra generationsskiftet under seniors livstid. Det går i stort sett bra om man kan sitt ämnesområde och gör det grundligt. Visserligen innebär vissa regler svårigheter och de skulle naturligtvis kunna förbättras men rent praktiskt så går det att genomföra. Inte heller här ligger den allvarligaste problematiken. För det tredje är det

fallet att senior dör och det blir ett reguljärt skifte och det finns ett företag med i bilden. Häri ligger de största svårigheterna. Problemen blir självfallet störst när det finns en efterlevande make och barn som håller på sina rättigheter och de blir strid. Men det är faktiskt också problematiskt även i de fall när efterlevande maken och barnen har en vilja att lösa det hela och när de är beredda att göra eftergifter för att få till stånd ett generationsskifte som är bra för familjeföretaget. Det är här som regelverket fallerar och här måste vi arbeta för att få en förändring till stånd.

Domaren *Finn Kløvstad*, Norge: Jag blev engagerad av det sista inlägget. Som domare i Oslo skifterett så är det ju konflikterna efter det att senior dött som kommer till oss.

Det är ju uppenbart ett klart gränssnitt mellan politik och juridik och det är det senare jag vill befatta mig med. Politiken är det underliggande och jag intresserar mig inte för om arvsskattesatsen är låg eller hög eller om det råder kontinuitet eller diskontinuitet i beskattningen. Utifrån skatterättsliga betraktelser är det politik. Jag ser bara på i vilken grad reglerna komplicerar ett förnuftigt skifte mellan arvingarna. Det är ju inte så att det är givet vem som skall överta företaget. Så är det bara i de fall när det endast finns en arvinge eller att det, enligt norska regler, är en efterlevande make som tar allt som minimiarv. Inte heller är det några problem när junior är ensam - då kan han lika gärna skattas ihjäl för min del. Problemet är när det är flera arvingar varvid huvudregeln enligt norsk rätt är att alla som utgångspunkt är likaberättigade och att var och en av arvingarna kan kräva att företaget säljs. Den lösning man väljer är ointressant - det är politik. Min huvudtes är att man inte kan börja diskutera skatterättsliga konsekvenser förrän vi har löst frågan om vem som skall överta företaget. Finns det något motiv för att junior skall ha bättre villkor när han övertar företaget än en utomstående köpare? Den som så starkt vill ha företaget till förfång för sina bröder och systrar kanske till och med skall betala lite mer. Då får ju i vart fall syskonen bättre kompensation.

Debattledaren, skifterettsjustitiarius *Anne Cathrine Frøstrup*, Norge: Är detta synpunkter som hela församlingen delar eller finns det andra kommentarer? Flera har varit inne på generella frågeställningar här, t.ex. värdering - skall det vara fördelaktigare för den som skall överta att få en lägre värdering också i förhållande till sina medarvingar eller skall ett regelset gälla mellan arvingarna och ett annat i förhållande till beskattningen?

Referenten, professor, dr. jur. *Frederik Zimmer*, Norge: Jag vill kommen-

tera Finn Kløvstads inlägg. Han tycks ha väldigt lite förståelse för behovet av kontinuitet i verksamheten och sätter saken på sin spets och prioriterar likhet mellan arvingarna före alla andra hänsyn. Det må ju vara hänt, men man kan inte avfärda alla andra frågeställningar med att det skulle vara politik och därför ointressant.

Inlägget från Christer Silfverberg aktualiserade ett par viktiga saker. Han visade t.ex. på det dilemma som lättnadsregler medför. Det är en sak att skapa regler som underlättar generationsskiften och som gör att arvsskiften inte behöver skapa så stora problem, en annan sak att samtidigt undvika regler som möjliggör skatteplanering utöver det som var avsett. Detta är ett dilemma som skattelagstiftaren alltid måste leva med och det är svårt att ge några regler för hur det skall hanteras, men jag tror att ett recept kan vara att ha mesta möjliga konsekvens i reglerna.

Den redogörelse advokat Gammeljord gjorde angående de nya danska reglerna om boskatt ger många intressanta perspektiv. Ett av de stora problemen med arvsskatt är ju att den förutsätter att det i anslutning till dödsfallet används likvida medel som företaget behöver till annat för betalning av skatt. Vidare är skattnedläggningen ett stort administrativt problem och såvitt jag har förstått så är ju en av huvudtankarna bakom den danska reformen att man får ett system som administrativt är mer lätthanterligt. Vidare har man avskaffat progressionen. Även om jag kanske inte vill gå så långt som advokaten Frantz Dahl och säga att arvsskatten är en skandal så anser jag att den danska modellen är något att överväga även för de andra nordiska länderna.

Professor *Bertil Wiman*, Sverige: Jag är verksam som professor i internationell skatterätt vid Handelshögskolan i Stockholm och jag tänkte ta tillfället i akt och peka på några andra skattekonsekvenser som aktualiseras inför ett generationsskifte. Vi har hittills diskuterat utifrån ett arvs- och gåvoskatteperspektiv, men det finns skäl att notera att det även inkomstskatterättsligt kan uppkomma effekter för företaget vid eller inför ett generationsskifte. Det är ofta så i samband med företagöverlåtelser inför generationsskiften att man har ett behov av att omstrukturera verksamheten. Skäl härför kan vara att man vill lösa ut partners, dela upp verksamheten så att barnen kan få var sin del eller kanske ta in anställda som delägare. Omstruktureringen kan då utlösa inkomstskatterättsliga effekter. Det finns i Sverige och i övriga nordiska länder regler om s.k. uttagsbeskattning i en eller annan form. Således gäller att om man har en värdereserv i en tillgång som flyttas ut från skattesubjektet, t.ex. från ett aktiebolag till ett annat, så utlöser det

enligt huvudregeln uttagsbeskattning, d.v.s. man skall intäktsföra marknadsvärdet på tillgången i fråga. Detta kan medföra att en omstrukturering försvåras eller till och med förhindras. I Sverige finns det undantagsregler som innebär att man om särskilda skäl finns kan undvika uttagsbeskattningen och i stället få en kontinuitet när det gäller det skattemässiga värdet på tillgångarna. I svensk rättspraxis har generationsskiftesplanering i vissa fall ansetts utgöra sådana särskilda skäl. Ett krav som därvid uppställts har varit att det skall föreligga ett ägarsamband mellan de båda företagen, vilket det inte alltid gjort i generationsskiftesfallen. Problemet kan ju också uppträda efter dödsfallet såtillvida att man inte har hunnit planera generationsskiftet och efter dödsfallet står med en ogynnsam ägarstruktur. Om man vill se över reglerna för generationsskiftet och kanske skapa regler som underlättar sådana, så menar jag att man även bör se över de inkomstskatterättsliga reglerna om uttagsbeskattning och se till att de inte försvårar omstruktureringar.

Debattledaren, skifterettsjustitiarius *Anne Cathrine Frøstrup*, Norge: Det finns många olösta frågor i de här sammanhangen. Vi har bl.a. varit inne på frågan om efterlevande makes ställning där vi hört om oskiftesproblematiken i Norge och Danmark medan man i Sverige har en lösning där efterlevande maken ärver allt. Är oskifte i sig själv något som förhindrar generationsskiftet? Vi har hört advokaten Magnus Kindstrand berätta att hans erfarenhet är att i de fall generationsskiftena är planlagda så hoppar man ofta över den efterlevande maken till förmån för barnen. Är det något som är allmänt önskvärt?

Domaren *Jytte Scharling*, Danmark: Från en praktikers synvinkel upplever jag att reglerna om oskiftat bo och efterlevande makes ställning är något som ligger allmänheten mycket varmt om hjärtat. Jag har inte hört någon som har önskat att begränsa den efterlevande makens ställning. Den lagstiftning som har varit på senare tid har stärkt den efterlevande makens ställning och det gäller också den nya boskatten där vi i Danmark precis fått en regel som säger att efterlevande maka inte skall betala någon boavgift/boskatt på de medel de ärver. Min uppfattning är att det inte finns stöd för några försämringar av dessa rättigheter.

Advokaten *Jan Fredrik Ottesen*, Norge: I praktiken går generationsskiftet alldeles utmärkt trots våra skatteregler. Vi har ju också något som heter *lex Michelsen* som gör det möjligt att hoppa över ett par medarvingar så att junior i princip kan ärva allt. Problemet är de oplanerade generationsskiftena där mannen dör relativt ung och där den efterlevande maken tycker att

junior nog är lite för ung för att ta över det hela så tidigt. I dessa fall är innebär reglerna om oskifte stora problem och jag anser att rätten att sitta i oskiftat bo borde begränsas till att avse bostad och bohag och inte innefatta företag. Åsetesrätten tror jag inte är någon god lösning; den som vill ha företaget bör lösa ut de andra till fullt pris. Dock kan han få några år på sig att betala de andra arvingarna så att han inte får likviditetsproblem.

Advokaten *Tove Dahl*, Danmark: Jag vill kommentera det som Jytte Scharling sa tidigare om oskiftat bo. Min erfarenhet som praktiserande advokat är att de som kommer för att få råd om upprättande av testamente i allmänhet är mycket måna dels om att efterlevande maken skall kunna sitta i oskiftat bo och dels att särkullbarnen tillgodoses. Jag tror inte att det finns något så dumt och dåligt som reglerna om oskiftat bo. Det går väl an i de fall där den efterlevande maken är mycket gammal. Då är det bra att hon inte skall behöva sälja villan. Men i de allra flesta andra fall är det en riktigt dålig idé. Det tycks i allmänhet vara männen som tycker att det är en bra lösning. Det säkrar honom såtillvida att hans hustru inte gifter om sig för det har hon inte råd med med mindre hon försöker få till stånd ett avtal med barnen. Rätten till oskiftat bo bör begränsas till de helt allmänna situationerna när kvarlåtenskapen endast består av villa och bil och man har en ganska normal ekonomi. I bon där man har en mera omfattande affärsverksamhet kan reglerna om oskiftat bo leda till de mest förfärliga resultat, både för den efterlevande och för företaget.

Advokaten *Erik Hovgaard*, Danmark: Jag hör till de advokater som är mycket begeistrade över de regler vi i Danmark fått rörande både boskatt och succession, vilka innebär att vi stort sätt inte behöver planlägga generationsskiften. Jag kan inte ansluta mig till kravet på begränsning av rätten till att sitta i oskiftat bo. För mig är det helt avgörande att den efterlevande maken oavsett om det är mannen eller kvinnan skall kunna fortsätta leva samma liv som före dödsfallet.

Referenten, professor, dr. jur. *Frederik Zimmer*, Norge, redogör för det norska reglerna om diskontinuitet och ställer frågan till debattdeltagarna om inte de norska reglerna måste anses vara helt förlegade.

Domare *Finn Kløvstad*, Norge: Jag blir lite provocerad av diskussionen om diskontinuitetprincipen, som jag tror att man ser lite för lösryckt ur sitt sammanhang. Det viktigaste är att ha regler som är praktiska för den gängse arvingen i denna situation. Beträffande frågan om junior skall få överta företaget till ett lägre värde eller till marknadsvärde så ser man genast att

om man tar in värderingsproblem, som t.ex. latent skatteförpliktelser, så blir det en arvstvist. Arvingarna måste ju i princip vara eniga för att en skall få rätt att ta över hela företaget på de andras bekostnad. Om man alltså som utgångspunkt har flera arvingar som är likaberättigade så krävs, för att den skall få företaget som är mest kvalificerad, att arvingarna kommer överens och de måste då också komma överens om vilket värde företaget skall anses ha. Den svårighet som arvingarna ställs inför av att behöva diskutera är de latent skatteförpliktelserna och deras betydelse för arvsskiftet. Reglerna får inte bli för komplicerade och förutsätta att allt skall prövas av domstol. Arvingarna måste kunna klara detta själva med eventuell hjälp av advokat. Alla regler som är konfliktskapande bör undvikas och det är konfliktskapande att behöva diskutera till vilket värde en person skall få överta ett företag. Det är min poäng.

Byfogden *Lars Borge-Andersen*, Norge: Jag blir lite provocerad när en domare i Oslo skifterätt menar att det skulle vara helt omöjligt att praktisera regler som de andra nordiska länderna praktiserar till synes utan några större problem, liksom att det framställs som ett problem att det finns en rätt för arvingarna att kräva att boets egendomar skall säljas. Det behöver inte innebära några som helst problem. Inte heller behöver det vara något problem att ha en skatterättslig schablonregel. Jag utgår från att man i de andra länderna löser detta på ett praktiskt sätt.

Debattledaren, skifterettsjustiarius *Anne Cathrine Frøstrup*, Norge, tackade debattdeltagarna och övriga åhörare för visat intresse och en intressant diskussion och lämnade ordet till referenten och korreferenten.

Referenten, professor, dr. jur. *Frederik Zimmer*, Norge, kommenterade bl.a. professor Bertil Wimans inlägg och redogjorde kort för de norska reglerna om uttagsbeskattning samt tackade alla för en bra debatt med många friska inlägg.

Gruppdiskussion

Bekämpandet av den organiserade brottsligheten

Referent: Advokat *Thomas Rørdam*, Danmark,
samt afdelingschef *Lars Bay Larsen* och
vicepolitidirektør *Henning Thiesen*, Danmark
Referatskrivare: Tf. hovrättsassessor *Ragnar Palmkvist*, Sverige

BEKÆMPELSE AF DEN ORGANISEREDE KRIMINALITET

Af advokat *Thomas Rørdam*, Danmark

1. Indledning

Afdelingschef Lars Bay Larsen og vicepolitidirektør Henning Thiesen har udarbejdet et skriftligt indlæg om bekæmpelse af den organiserede kriminalitet.

I det følgende vil jeg supplere dette indlæg til brug for debatten på juristmødet.

Det er ikke første gang, at politiets efterforskningsmuligheder m.v. i sager om organiseret kriminalitet er til debat på et nordisk juristmøde. På det 30. nordiske juristmøde i Oslo i 1984 var således efterforsknings- og bevisspørgsmål ved narkotikaforbrydelser på dagsordenen.

Referenten, statsadvokat Ole Stigel, Danmark, konkluderede i sit skriftlige indlæg til dette juristmøde bl.a. følgende:

”Narkotikasager udgør efterforskningsmæssigt et sådant problem, at ekstraordinære metoder må tages i anvendelse. Der må være nøje kontrol med anvendelsen af disse efterforskningsmetoder, som i øvrigt først bør tages i brug, når sædvanlige efterforskningskridt har vist sig ikke at slå til.

Det er nødvendigt, at det sikres, at de professionelle narkotikakriminelle ikke får mulighed for at terrorisere sig fri for retsforfølgning.”

De metoder, som blev drøftet på mødet, var bl.a. brug af agenter og anonym vidneførelse. Dengang var situationen i Danmark den, at disse to metoder ikke var omfattet af lovregulering, men at metoderne havde været forelagt for domstolene til vurdering.

For så vidt angår agenterne var det fastslået i retspraksis, at politiet i et vist omfang var berettiget til at anvende agenter – herunder civile agenter – under forudsætning af, at der ikke ved denne handle måde blev fremkaldt en forbrydelse, som ellers ikke ville være blevet begået.

Domstolene foretog en konkret vurdering af, om agenten skulle føres som vidne under retssagen mod den tiltalte. Oftest var domstolene lydhøre over for politiets protester mod, at agenten blev ført som vidne, på grund af

risikoen for at kompromittere agentens sikkerhed. Som eksempel kan nævnes afgørelsen i UfR 1976.236 Ø, hvor landsretten til forsvarerens begæring om indkaldelse af en civil agent som vidne i en narkotikasag udtalte:

”Det bemærkes, at den bevistvivl, der måtte følge af, at den i sagen omtalte ”Mustafa” ikke føres som vidne i retten, må komme de tiltalte til gode såvel i henseende til skyldspørgsmålet som med hensyn til eventuel strafudmåling. Herefter finder retten efter sagens karakter og det i øvrigt oplyste ikke tilstrækkelig anledning til mod anklagemyndighedens begrundede vægring at pålægge anklagemyndigheden at indkalde ”Mustafa” til afhøring som vidne under domsforhandlingen.”

Ved lov nr. 319 af 4. juni 1986 blev der gennemført en regulering af politiets anvendelse af agenter. Disse regler, som stadig er i kraft, går bl.a. ud på, *at* kun politifolk kan anvendes som agenter, *at* der ikke ved anvendelse af en agent må ske en forøgelse af lovovertrædelsens omfang og grovhed (provokationsforbuddet), *at* der skal gives forsvareren underretning, dersom en agent har været anvendt, *at* det undtagelsesvis kan pålægges forsvareren ikke at give denne oplysning videre til den sigtede/tiltalte eller andre og *at* agenten kan pålægges at afgive vidneforklaring i retten, hvis sagens beskaffenhed og dens betydning for vedkommende part og for samfundet findes at berettiger dertil.

1986-loven bygger på Justitsministeriets Strafferetsplejeudvalgs betænkning nr. 1023/1984 om politiets indgreb i meddelelshemmeligheden og anvendelse af agenter.

Med hensyn til anonyme vidner var situationen i 1984 den, at Højesteret netop havde fastslået, at ”hvis omstændighederne giver grundlag for at antage, at afgivelse af forklaring ... indebærer en nærliggende risiko for vidnet eller vidnet nærstående personer for at lide overlast, findes hensynet til vidnet at kunne begrunde, at vidnets identitet hemmeligholdes for tiltalte, såfremt hensynet til retshåndhævelsen på grund af sagens alvor samt forklaringens betydning ganske undtagelsesvis måtte gøre det påkrævet, at forklaringen afgives” (UfR 1984.81 H).

Højesterets afgørelse gav anledning til debat og kritik, og ved lov nr. 321 af 4. juni 1986, som til dels byggede på Retsplejerådets betænkning nr. 1056/1985 om anonyme vidner m.v., blev vidneanonymitet udelukket. Dette har siden været retstilstanden i Danmark, omend der har været gjort flere forsøg på at få gennemført en ordning med adgang til anonym vidneførsel.

Der er til stadighed debat i Danmark om agenter og anonym vidneførsel og om politiets efterforskningsmuligheder i det hele taget. Som noget af det

seneste har en arbejdsgruppe under Justitsministeriet (bestående af repræsentanter for Justitsministeriet, politiet og dets organisationer, anklagemyndigheden og dens organisationer samt fængselspersonalets organisationer) i marts 1995 udsendt en handlingsplan om organiseret kriminalitet og rockerkriminalitet. Debatten har fået næring i forbindelse med den aktuelle optrapning af det væbnede opgør mellem forskellige rockerbander.

Handlingsplanen indeholder bl.a. forslag om et vidnebeskyttelsesprogram, om udelukkelse af bandemedlemmer fra retsmøder, om hemmelig ransagning, om anvendelse af civile agenter, om strafansvar for afgivelse af falsk forklaring til politiet, om omvendt bevisbyrde ved udbyttekonfiskation og om lempelse af muligheden for at anvende tilfældighedsfund som bevis. Derimod foreslås ikke etablering af en adgang til anonym vidneførsel.

Om omfanget af den organiserede kriminalitet i Danmark siges følgende i handlingsplanen på side 4:

”Den eksisterende kriminalstatistik gør det ikke muligt – og kan ikke muliggøre – at udarbejde en opgørelse over omfanget af den organiserede kriminalitet i Danmark. Bl.a. er det vanskeligt at foretage en præcis afgrænsning af den organiserede kriminalitet. Der er imidlertid grund til at tro, at den organiserede kriminalitet i Danmark fortsat befinder sig på et relativt beskedent stade – set i forhold f.eks. til den organiserede kriminalitet, der kendes fra visse andre lande – omend den er i vækst.”

Når der skal tages stilling til, hvilke efterforskningsmuligheder m.v., politiet skal have med henblik på at bekæmpe kriminalitet, herunder organiseret kriminalitet, er der tradition for at foretage en afvejning af på den ene side hensynet til, at politiet har sådanne metoder til rådighed, at efterforskningens effektivitet bliver så optimal som mulig, og på den anden side, at reglerne om politiets metoder udformes således, at de tiltaltes retssikkerhed tilgodeses, navnlig med henblik på at undgå urigtige domfældelser.

Det er min opfattelse, at denne afvejning nødvendigvis må føre til, at der er visse metoder, man helt må afstå fra at tage i brug, selv om prisen bliver, at et antal kriminelle ikke kan rammes. Det skyldes, at den pris, som omvendt skal betales for at tage metoderne i brug, er langt højere i form af risiko for urigtige domfældelser og risiko for, at den høje moralske standard, som består hos politiet i Danmark og i de øvrige nordiske lande, kompromitteres.

I den forbindelse kan der være grund til at minde om, hvad debatlederen, højesteretsdommer Jørgen Gersing, sagde efter debatten på juristmødet i 1984 (forhandlingerne side 120-121):

”Jeg vil mene, at anklagemyndigheden og politiet, når de udfolder den fantasi i efterforskningsskridtene, som jeg finder er helt nødvendig i disse særprægede sager, måske engang imellem også skulle tage bestemmelserne her (menneskeretskonventionens bestemmelser, red.) og prøve dem lidt af for at sikre det, som i alle de europæiske lande har været grundtanken og det, der har ligget bag ved konventionen, nemlig at den tiltalte får ”a fair trial”.”

2. Civile agenter

I den handlingsplan, der er omtalt i indledningen, er følgende anført på side 15:

”Det er af stor betydning for at kunne slå ned på bagmændene til den organiserede kriminalitet – der som nævnt karakteriseres af en lukket, hierarkisk struktur – at der åbnes mulighed for, at udenforstående kan infiltrere de kriminelle organisationer og ad denne vej yde bistand til optrevlingen. Omvendt er det ikke realistisk at forestille sig, at polititjenestemænd i overensstemmelse med den gældende regel om agentvirksomhed kan indgå som agenter i sådanne organisationer.

Det foreslås på denne baggrund, at retsplejeloven ændres, således at der åbnes mulighed for, at privatpersoner med rettens godkendelse kan optræde som agenter i forbindelse med efterforskningen af alvorlige strafbare handlinger.”

Det er ikke uden grund, at de nugældende danske regler er udformet således, at agentvirksomhed kun må udføres af politifolk. I betænkning nr. 1023/1984 om politiets indgreb i meddelelshemmeligheden og anvendelse af agenter peges der side 176-179 og 206 på, at de krav, som må stilles til en agent, kan være vanskelige at opfylde for en civil person. Der kan navnlig være en risiko for, at en civil person ikke holder sig provokationsforbuddet klart. Kravene til en agent er beskrevet således i betænkningen side 176:

”Udførelsen af agentvirksomhed for politiet stiller store krav til de implicerede personer. Virksomheden foregår i narkotikasager i farlige og lyssky miljøer og skal udføres med en sådan naturlighed og indlevelse i miljøets adfærdsnormer, at de mistænkte ikke får anelse om, at de over for sig har en agent for politiet.

Agenten skal endvidere udøve sin virksomhed i nøje overensstemmelse med en af politiledelsen i forvejen lagt plan. Samtidig skal den pågæl-

dende være i stand til at overskue og vurdere hurtige og undertiden uventede ændringer i et begivenhedsforløb og herunder f.eks. tage stilling til, om det er nødvendigt at indhente nye instrukser. Agenten skal også være nøje bekendt med de normer, der gælder for agentvirksomhed, og under aktionens forskellige faser og omskiftelser sørge for, at disse normer, herunder navnlig provokationsforbuddet, ikke bliver overtrådt. Endelig skal han konstant tage hensyn til såvel egen som andres sikkerhed og sørge for, at aktionen ikke bliver røbet, hvilket f.eks. vil kunne være farligt for en eventuel meddeler.

Alle disse omstændigheder gør, at politiets agenter udover at have kendskab til og evne til at færdes naturligt i vedkommende kriminelle miljø, også skal opfylde visse kvalifikationskrav, herunder navnlig have hurtighed i opfattelsen, besindighed i afgørelsen og en betydelig loyalitet og disciplin i forhold til de normer og den ledelse, som de arbejder under.”

Udover de vanskeligheder, der er for civile personer med hensyn til at opfylde disse krav, er der en risiko for, at politiet ved brug af civile agenter kan blive inddraget i et spil, hvor en civil agent, som melder sig til politiets tjeneste, i virkeligheden selv er kriminel og f.eks. står for narkotikahandel, og hvor hans formål med agentvirksomheden er at komme en rivaliserende narkotikahandler eller blot en ”ubekvem” person til livs. Et sådant formål kan være meget svært at gennemskue. I en situation som den beskrevne vil der være en betydelig risiko for, at agenten ikke overholder spillereglerne og måske endda afgiver urigtige forklaringer om den tiltaltes virksomhed eller ”planter” bevismateriale, uden at dette på betryggende måde kan kontrolleres af politiet.

Det er også betænkeligt, at politiet i vid udstrækning kommer til at samarbejde med personer (civile agenter), som for at virke troværdige nødvendigvis selv må være enten kriminelle eller i hvert fald tæt knyttet til det kriminelle miljø. Det indebærer en risiko for moralsk forfald hos politiet, og det skaber også en risiko for, at agenten ikke vedbliver med at være loyal overfor politiet, hvis ellers han nogensinde har været det.

Hertil kommer væsentlige hensyn til de potentielle civile agenter selv. Civile agenter må forventes oftest at høre til de svagere grupper i samfundet, både socialt, økonomisk og intellektuelt, og de vil typisk have god brug for de penge, politiet kan stille dem i udsigt som vederlag for agentvirksomheden. De vil derfor kunne være lette ofre for forsøg fra politiets side på at overtale dem til at optræde som agenter. De vil imidlertid i mange tilfælde ganske savne de fornødne forudsætninger for ikke blot at opfylde

de ovenfor beskrevne krav til en agent, men også for at vurdere den personlige risiko, de udsætter sig for som agenter. Hele tankegangen bag diskussionen om anonyme vidner og civile agenter bygger jo på, at der er tale om farlige miljøer. I debatten overdramatiseres denne fare utvivlsomt, når det drejer sig om den risiko, almindelige borgere udsætter sig for ved at afgive vidneforklaringer om, hvad de tilfældigt har iagttaget. Men hvor der er tale om medlemmer af en kriminel organisation, som har "forrådt" organisationen over for politiet, må faren vurderes som reel. En person hørende til miljøet omkring narko- eller rockergrupper, som politiet får overtalt til mod betaling at optræde som "stikker", udsætter sig i virkeligheden for en personlig risiko, der langt overstiger den personlige risiko, som de professionelle politifolk, der arbejder på området, er udsat for.

Man skal ikke tro, at betænelighederne kan overvindes ved domstolskontrol i form af forudgående godkendelse af agentforretningen. Det er nemlig umiddelbart indlysende, at domstolene normalt ingen mulighed har for på forhånd at vurdere, om en civil agent vil udføre agentvirksomheden i overensstemmelse med reglerne, og det kan også være svært for domstolene at vurdere, om det i det hele taget er påkrævet at iværksætte agentforretningen. Som landsdommer Holger Kallehauge har udtrykt det i et interview i dagbladet Politiken den 15. marts 1996:

"Domstole er gode til efterfølgende at bedømme, om noget er sket, men vi er ikke gode til at stille prognoser. Vi vil have meget svært ved at efterprøve bevismaterialet mod den pågældende, for det bygger typisk på anonyme meddelelser. Det er svært at kontrollere på forhånd."

Et andet aspekt af problemstillingen vedrørende civile agenter er spørgsmålet om at føre agenten som vidne under retssagen mod den tiltalte. Dette spørgsmål er indgående behandlet af landsdommerne Ole Unmack Larsen, Poul Rønnev og Peter Rørdam i en artikel i *Juristen* 1985 side 276-278. I artiklen redegøres der for, at hvis man overhovedet vil ind på tanken om i et eller andet omfang at legalisere anvendelse af civile agenter, så må der samtidig indføres en undtagelsesfri regel om vidnepligt for agenten.

I den forbindelse kan der være grund til at gøre en bemærkning om den fremgangsmåde, der blev anvendt i afgørelsen UfR 1976.236 Ø, nemlig at vidneførsel af agenten afskæres med en tilkendegivelse af, at den bevisvivl, dette måtte føre med sig, må komme tiltalte til gode.

I et retssystem, der bygger på et princip om fri bevisbedømmelse, er en sådan tilkendegivelse reelt intet værd. Det kan ikke forventes, at en nævning, domsmand eller – for den sags skyld – juridisk dommer er i stand til at

afveje de oplysninger, der er kommet frem i retten, overfor en hypotetisk mulighed af, at oplysningerne på et eller flere punkter er urigtige eller mangelfulde. Det er de oplysninger, der er kommet frem i retten, som psykologisk virker. I den ovennævnte artikel i Juristen er det da også på side 277 anført, at der forfatterne bekendt ikke foreligger noget eksempel på, at der er sket frifindelse, fordi beviset er fundet for svagt.

På baggrund af det anførte er det min opfattelse, at det nuværende forbud i Danmark mod brug af civile agenter må opretholdes.

3. Anonyme vidner

Som tidligere nævnt gælder der i Danmark også et forbud mod anonym vidneførsel. Når spørgsmålet alligevel behandles, skyldes det, at der ved flere lejligheder har været fremsat forslag i Folketinget om i visse tilfælde at kunne anvende anonyme vidner i straffesager.

Det forslag, som på det seneste har været drøftet, går ud på, at der i visse tilfælde og med rettens godkendelse efter procedure om spørgsmålet skal kunne træffes bestemmelse om, at et vidne kan afgive sin forklaring i retten, uden at tiltalte er til stede. Efterfølgende skal tiltalte gøres bekendt med vidnets forklaring, men uden oplysninger, som kan røbe vidnets identitet.

Et eksempel kan illustrere betænkelighederne ved anonym vidneførsel:

Et vidne henvender sig til politiet med oplysning om, at han på et værtshus har overværet et narkotisk stof blive overdraget af en person (tiltalte) til en anden, idet tiltalte samtidig fik betaling for stoffet. Som følge af vidnets oplysninger bliver der rejst tiltale. Under efterforskningen og under domsforhandlingen i retten opnår vidnet anonymitet, således at tiltalte ikke får mulighed for at være til stede i retten, mens vidnet afgiver sin forklaring. I overensstemmelse med det forslag, der netop er omtalt, bliver tiltalte efterfølgende i retten gjort bekendt med vidnets forklaring, men uden angivelse af oplysninger, der kan røbe vidnets identitet.

Dersom man anerkender anonym vidneførsel som i eksemplet, vil det indebære en uacceptabel risiko for urigtige domfældelser.

Forsvareren kan ikke på betryggende måde forberede en straffesag og varetage tiltaltes interesser udelukkende på grundlag af politirapporter, som må betragtes som anklagemyndighedens arbejdsmateriale.

Det er først ved drøftelse af sagens oplysninger med klienten, at forsvareren bliver i stand til at varetage forsvaret på betryggende måde.

Forsvareren har imidlertid ikke mulighed for at trænge ind i, hvad der eventuelt kan have motiveret et vidne til at afgive en bestemt belastende forklaring mod den tiltalte, hvis forsvareren ikke må drøfte vidnets identitet med klienten.

I eksemplet kunne man forestille sig, at tiltalte, hvis han bliver gjort bekendt med vidnets identitet, kunne fortælle forsvareren, at vidnets forklaring ikke kan være rigtig, fordi tiltalte tilfældigvis ved, at det pågældende vidne var et andet sted end på værtshuset på det tidspunkt, hvor narkotikaoverdragelsen skulle have fundet sted. Eller situationen kan være den, at tiltalte kan fortælle forsvareren, at man ikke kan lægge vægt på vidnets forklaring, fordi han på grund af bestemte begivenheder kan have et motiv til at skade tiltalte (eller modtageren af det narkotiske stof).

Det hjælper ikke, at der gennemføres en ordning, hvorefter den anonyme vidneførsel skal godkendes af retten, da forsvareren – som det fremgår af det anførte – ikke altid er i besiddelse af alle relevante oplysninger. Retten er selvsagt i samme situation, og den afgørelse, retten skal træffe, må derfor nødvendigvis basere sig på politirapportmaterialet, og det vil ikke altid være et betryggende grundlag. Domstolsgodkendelsen er derfor ikke nogen reel garanti for, at der ikke sker en urigtig domfældelse.

Det må i øvrigt tages i betragtning, at de nugældende regler om forbud mod anonyme vidner er medvirkende til at forebygge urigtige vidneforklaringer. Man kan nemlig frygte, at et vidne, som får at vide, at vedkommende afgiver forklaring, uden at tiltalte gøres bekendt med vidnets identitet, lettere vil kunne komme til at afgive en urigtig eller unøjagtig forklaring.

Anonym vidneførsel kan ud fra et teoretisk synspunkt kun accepteres, såfremt man er sikker på, at vidner altid giver objektivt sande forklaringer. Erfaringer fra praksis viser imidlertid, at denne forudsætning ikke altid er rigtig.

Endvidere vil det i mange tilfælde være at stikke vidnet blå i øjnene, når man stiller anonymitet i udsigt. Det skyldes, at det i praksis reelt vil være vanskeligt at holde vidnets identitet skjult for den tiltalte, som ofte efter indholdet af vidnets forklaring kan regne ud, hvem forklaringen er afgivet af. I den forbindelse bemærkes tillige, at det fra dommerside har været anført, at allerede de bygningsmæssige forhold ved mange retter er til hinder for, at vidnet ikke kan genkendes af tiltalte eller dennes bekendte før eller efter, at vidnet har afgivet forklaring.

Herudover rummer anonym vidneførsel et alvorligt problem i relation til menneskeretskonventionens artikel 6, stk. 1, om "retfærdig rettergang" og stk. 3, litra d, om tiltaltes ret til "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”.

Spørgsmålet om anonym vidneførsels forenelighed med menneskeretskonventionens artikel 6 har været behandlet af Menneskeretsdomstolen i bl.a. sagen Kostovski mod Østrig (dom af 20. november 1989) og i sagen Windisch mod Østrig (dom af 27. september 1990). I begge sager statuere- des krænkelse af artikel 6.

I Kostovski-sagen begik 3 maskerede mænd et væbnet røveri mod en bank. Efterfølgende fik politiet henvendelser fra nogle personer, som af frygt for repressalier ønskede at forblive anonyme. Disse personer gav oplysning om røveriet og herunder, at den senere tiltalte havde taget del i røve-riet. Under sagens efterforskning fik tiltaltes forsvarer mulighed for gen- nem undersøgelsesdommeren at indgive skriftlige spørgsmål til et af vid-nerne, men de fleste spørgsmål blev ikke besvaret, idet man frygtede, at en besvarelse ville kunne røbe vidnets identitet. Under straffesagen blev det anonyme vidne ikke afhørt, men de undersøgelsesdommere, der havde med- virket under efterforskningen, blev afhørt om deres indtryk af det anonyme vidne. Retten tillod endvidere, at politiets og undersøgelsesdommernes rap- porter om de anonyme vidners udsagn blev anvendt som bevis. Menneske- retsdomstolen udtalte bl.a., at alle beviser principielt skal fremlægges i et offentligt retsmøde i nærværelse af den tiltalte, således at denne får mulig- hed for kontradiktion. Dette udelukker dog ikke, at forklaringer afgivet før retssagen kan anvendes som bevis, såfremt forsvarers rettigheder er blevet respekteret. Som hovedregel indebærer dette, at den tiltalte skal have or- dentlig og tilstrækkelig mulighed for på et tidspunkt under sagen at imøde- gå og udspørge den, der vidner imod ham. Domstolen fandt ikke, at tiltalte havde haft denne mulighed. På intet tidspunkt havde de anonyme vidner kunnet udspørges direkte af tiltalte eller hans forsvarer. Tiltaltes forsvarer havde haft mulighed for ved begge retsinstanser at afhøre en af de politi- folk, som havde afhørt de anonyme vidner, og de 2 undersøgelsesdommere, som havde afhørt et af vidnerne. Forsvareren havde også haft mulighed for at stille skriftlige spørgsmål til et af de anonyme vidner gennem en under- søgelsesdommer. Arten og omfanget af de spørgsmål, som kunne stilles i disse sammenhænge, havde imidlertid været væsentligt begrænset på grund af beslutningen om, at vidnernes anonymitet skulle bevares. Domstolen udtalte, at denne begrænsning var udtryk for, hvilke vanskeligheder tiltalte havde haft under sagen. Såfremt en forsvarsadvokat ikke kender et vidnes identitet, kan muligheden for at påvise, at vidnet er forudindtaget, fjendtligt eller upålideligt blive afskåret. Inkriminerende vidneudsagn kan være be-

vidst usande eller blot fejlagtige, og forsvareren vil næppe være i stand til at påvise dette, hvis der ikke er mulighed for at prøve vidnets pålidelighed eller så tvivl herom. Farerne ved en sådan situation er indlysende. Hertil kom, at ingen af de anonyme vidner havde været til stede ved retsmøder i sagen. Domstolen gav udtryk for en forståelse for en øget indsats mod organiseret kriminalitet, men påpegede, at retten til en retfærdig retspleje indtager så fremtrædende en plads i et demokratisk samfund, at den ikke kan ofres, blot fordi det er formålstjenligt. Konventionen udelukker ikke, at man under de indledende undersøgelser i en sag lægger vægt på kilder som eksempelvis anonyme vidner. Det er imidlertid en anden sag efterfølgende at gøre brug af anonyme udtalelser som tilstrækkeligt grundlag for en fældende dom, således som det var sket. Domstolen fandt således, at der var sket begrænsninger i retten til et forsvar, som var uforenelig med de garantier, der er indeholdt i artikel 6.

I Windisch-sagen optrådte 2 kvinder som anonyme vidner i en sag om indbrudstyveri. Kvinderne havde afgivet forklaring til politiet om, at de havde set 2 mænd i en minibuss på gerningsstedet. De havde noteret minibussens nummerplade og oplyst politiet om bilens nummer. Under efterforskningen havde kvinderne genkendt tiltalte ved fotoforevisning og ved skjult konfrontation. I forbindelse med retssagen mod tiltalte (og en medtiltalt) forklarede 2 politibetjente i retten om kvindernes udtalelser. Kvindernes identitet forblev skjult under domsforhandlingen, og forsvarers anmodning om at lade kvinderne blive ført som vidner blev afvist. Menneskeretsdomstolen statuerede krænkelse af artikel 6 med præmisser, der i alt væsentligt svarer til præmisserne i Kostovski-sagen.

Jeg er opmærksom på, at omstændighederne i de 2 menneskeretssager adskiller sig fra omstændighederne i eksemplet ovenfor og dermed også fra det forslag til anonym vidneførsel, som på det seneste har været drøftet i Danmark, fordi de anonyme vidner i menneskeretssagerne ikke blev ført i retten og derfor ikke var til rådighed for forsvarers spørgsmål. Jeg er også opmærksom på, at Menneskeretskommissionen den 10. juli 1985 afviste at realitetsbehandle en klage over anonym vidneførsel i den sag, som blev afgjort ved UfR 1984.81 H, idet man lagde vægt på, at forsvareren havde været til stede i retten med adgang til at stille spørgsmål, da den anonyme vidneførsel fandt sted. De principielle betragtninger, domstolen har anført i de 2 sager, har imidlertid efter min opfattelse også gyldighed i en situation som den, eksemplet og forslaget vedrører, og det er et åbent spørgsmål, om den retstilstand, kommissionens afgørelse er udtryk for, kan opretholdes efter de afgørelser fra Menneskeretsdomstolen, som nu foreligger.

Der kan i øvrigt henvises til den tidligere omtalte artikel i Juristen 1985 side 273 ff.

Som følge af det anførte er det min opfattelse, at det nugældende forbud mod anonym vidneførsel må opretholdes.

4. Plea bargaining

Som anført i Lars Bay Larsen og Henning Thiesens indlæg, findes der i den danske lovgivning ikke egentlige bestemmelser, der regulerer plea bargaining. De eneste bestemmelser, som kommer i betragtning, er retsplejelovens § 752, stk. 3, 2. punktum, hvorefter politiet ved afhøringer ikke må anvende løfter, urigtige foregivender eller trusler, og straffelovens § 84, stk. 1, nr. 9, hvorefter en straf kan nedsættes, hvis gerningsmanden frivilligt har angivet sig selv og aflagt fuldstændig tilståelse.

Er der tale om et *plea bargaining arrangement, der alene vedrører den tiltaltes egne forhold*, er der normalt ikke de store problemer set i forhold til den tiltalte.

I forhold til den tiltalte synes den eneste betænkelighed at være, at der kan bestå en vis risiko for, at han vælger at afgive en (eventuelt delvis) urigtig tilståelse af frygt for en videregående og ligeledes urigtig domfældelse. Denne risiko kan imidlertid imødegås ved, at der altid, når et plea bargaining arrangement skal indgås, beskikkes en forsvarer, således at forsvareren kan sikre, at arrangementet er i den tiltaltes interesse, og at den tiltalte ikke erkender noget, han ikke har gjort.

I andre relationer kan sådanne plea bargaining arrangementer give anledning til problemer. Det hænger sammen med, at anklagemyndigheden ikke uden videre kan frafalde bevisbare forhold. I et notat af 13. december 1994, som den 10. august 1995 er udsendt af Rigsadvokaten til anklagemyndigheden, er der redegjort for, i hvilke tilfælde anklagemyndigheden som led i et plea bargaining arrangement kan frafalde bevisbare forhold. Dette spørgsmål skal ikke forfølges nærmere her, men det er min opfattelse, at anklagemyndighedens beføjelser er så tilpas vide, at rimelige og smidige resultater kan opnås i praksis.

Den i praksis mest almindelige plea bargaining situation er formentlig den, at der afholdes et retsmøde med henblik på, at en sag, der omfatter en lang række forhold, afgøres som tilståelsessag. I retsmødet kan det vise sig, at den sigtede erkender nogle forhold, mens han nægter andre. I den situation forekommer det ganske ofte, at anklagemyndigheden frafalder de ikke erkendte forhold med henblik på, at sagen kan blive afsluttet. Denne prak-

sis er godt indarbejdet og ses ikke at give anledning til væsentlige problemer.

De her beskrevne situationer, hvor *plea bargaining* arrangementet alene vedrører den tiltaltes egne forhold, er normalt uden interesse for spørgsmålet om bekæmpelse af økonomisk kriminalitet.

For så vidt angår *plea bargaining arrangementer i sager, der omfatter medgerningsmænd*, er situationen en anden. Det er her klart, at politiet og anklagemyndigheden kan have en interesse i at indgå en handel, således at politiet får oplysninger om medgerningsmænd mod at meddeleren slipper billigere i sin egen sag.

Det, politiet og anklagemyndigheden kan handle med, er i første omgang en tilskæring af meddelerens sag, men der kan også blive tale om at handle med et løfte om at lægge sagen blødt op i retten, når der skal tages stilling til strafudmålingen, eventuelt således at der ligefrem fra anklagemyndighedens side nedlægges påstand om en bestemt (mild) straf. Domstolene er ganske vist ikke bundet af anklagemyndighedens strafpåstand, men i praksis er domstolene tilbageholdende med at straffe strengere, end hvad anklagemyndigheden lægger op til.

Efter min umiddelbare opfattelse må en aftale, hvor en meddeler forklarer om andres medvirken til forbrydelsen, mod at anklagemyndigheden indrømmer meddeleren fordele i form af en tilskæring af meddelerens sag formentlig vurderes som værende utilstedelig, hvis det er tanken, at meddeleren senere skal afgive forklaring som vidne under sagen mod de andre, eller hvis meddelerens forklaring på anden måde skal anvendes som bevis i sagen mod dem. Det samme gælder, hvis meddelerens således fremkaldte oplysninger i øvrigt skal benyttes i sagen. Med sådanne aftaler etableres et klart motiv hos meddeleren til at afgive en belastende forklaring om andre for selv at slippe så billigt som muligt. Derved øges risikoen for urigtige domfældelser. Betænkelighederne opvejes ikke af, at der gives fuldstændig underretning om aftalen til retten og forsvarerne for de andre. Der henvises i den forbindelse til de forsvarersynspunkter, som er kommet til udtryk i publikationen *Fagligt Ethiske Problemer i Strafferetsplejen*, som Danmarks Jurist- og Økonomforbund har udsendt i april 1994.

Endvidere henvises til højesteretsdommen UfR 1982.1027 H, som er refereret i Lars Bay Larsen og Henning Thiesens indlæg. I Rigsadvokatens notat af 13. december 1994 er det da også angivet, at tilbud om påtalebegrænsning som modydelse for forklaringer om medgerningsmænd ikke bør afgives, fordi risikoen for urigtige forklaringer nok er for stor, og at det samme helt klart gælder løfter om at unklade at nedlægge påstande om

rettighedsfrakendelse og konfiskation.

Et mere tvivlsomt spørgsmål kan være, om det også er utilstedeligt, at politiet og anklagemyndigheden handler med en ydelse bestående i, at anklagemyndigheden i retten vil fremhæve tiltaltes omfattende forklaringer om medgerningsmænd som strafnedsættende faktor, eventuelt således at der nedlægges påstand om en bestemt (mild) straf.

I den højesteretsdom, der er refereret i UfR 1978.155 H, afviste Højesterets flertal at tillægge det betydning ved straffastsættelsen, at den tiltalte havde bistået politiet ved sagens opklaring, men Rigsadvokaten har i sit notat oplyst, at domstolene ikke desto mindre ganske ofte giver rabat til tiltalte, der bistår med en sags opklaring. Dette svarer også til mine egne erfaringer. Denne praksis er imidlertid efter min opfattelse betænkelig. I forhold til den tiltalte ses der ikke at være nogen reel forskel mellem på den ene side den situation, hvor den tiltalte får tilbud om en tilskæring af sagen, således at visse forhold udgår, og på den anden side den situation, at tilbudet består i en tilkendegivelse om lavere straf. Slutresultatet (straffen) kan meget vel blive det samme i de to situationer, og dermed kan også den tiltaltes tilskyndelse til at afgive en urigtig forklaring, der belaster medtiltalte, være den samme.

Hvis domstolene rent faktisk udvikler en mere eller mindre fast praksis gående ud på, at man får rabat, hvis man angiver medgerningsmænd, er det i øvrigt vanskeligt at forestille sig, at politiet skulle være afskåret fra at orientere en mulig meddeler om denne praksis i forbindelse med de afhøringer, som finder sted under efterforskningen.

Problemet er selvfølgelig ikke så meget den rabat, meddeleren eventuelt kan opnå, som brugen af hans forklaring i forbindelse med afgørelsen af sagen mod medgerningsmændene.

I Rigsadvokatens notat af 13. december 1994 er følgende anført:

”En tilkendegivelse om, at anklagemyndigheden i retten vil fremhæve tiltaltes omfattende forklaringer om medgerningsmænd som strafnedsættende faktor, anser forsvarerne i DJØF’s etiske gruppe og de fleste teoretikere for utilstedelig på grund af risikoen for urigtige forklaringer.

De fleste praktikere i anklagemyndigheden vil formentlig være uenige heri, idet den manglende mulighed for en sådan tilkendegivelse (vel navnlig i narkosager) kan indebære en væsentlig begrænsning i opklaringsmulighederne. Retspraksis i byretterne og måske også landsretterne synes da også forudsætningsvis at acceptere sådanne tilbud, hvorimod dette ikke synes at være tilfældet for så vidt angår Højesteret, jf. U 1978.155

H. På grund af denne doms alder kunne der være grund til ved lejlighed at forelægge dette strafudmålingselement for Højesteret på ny.

Den anførte risiko for urigtige forklaringer kan næppe ganske afvises. På den anden side vil dette moment, der åbent bliver lagt frem i retten i sagerne mod medgerningsmændene, ligesom mange andre forhold, kunne indgå i rettens frie bevisbedømmelse. Når der henses til, at virkningen heraf helt overlades til retten, der er bekendt med bl.a. U 1978.155 H, kunne noget tale for, at fremgangsmåden bør kunne anvendes. De mange usikkerhedsmomenter i virkningen bør dog formentlig medføre, at sådanne aftaler ikke indgås. En ren omtale af bestemmelsen i straffelovens § 84, stk. 1, nr. 9, med den usikkerhedsfaktor i virkningen, der er anført ovenfor, er dog næppe uacceptabel.”

Efter min opfattelse står man sig formentlig bedst ved at fastholde den retstilstand, som afgørelsen i UfR 1978.155 H er udtryk for. Jeg kan i øvrigt tiltræde det, Rigsadvokaten anfører som konklusion i det sidst citerede afsnit.

5. Afslutning

I dette indlæg har jeg valgt at indskrænke mig til at behandle 3 vigtige emner, som er aktuelle i den retspolitiske debat i Danmark i forbindelse med overvejelserne om bekæmpelse af organiseret kriminalitet og rockerkriminalitet.

Som det fremgår af den omtalte handlingsplan, befinder den organiserede kriminalitet sig i Danmark fortsat på et relativt beskedent stade. Det udelukker ikke, at der skal og bør gøres en indsats for at bekæmpe og forebygge organiseret kriminalitet, men på baggrund af oplysningerne om udbredelsen af kriminaliteten i Danmark er der god grund til at udvise en betydelig besindighed med hensyn til at gennemføre kontroversielle ændringer i den gældende retstilstand.

Ændrer kriminalitetsmønsteret sig, således at der opstår behov for nye efterforskningsmetoder, bør sådanne metoder inden en eventuel gennemførelse gøres til genstand for grundige overvejelser. I Danmark findes der indenfor strafferetsplejen 2 alsidigt sammensatte lovforberedende organer, nemlig Retsplejerådet og Strafferetsplejeudvalget. Der er i tidens løb afgivet en række betænkninger fra disse 2 organer om væsentlige straffeprocessuelle spørgsmål, og en behandling i disse organer sikrer, at et problem bliver grundigt og sagligt belyst, og at risikoen for hurtige og følelseslade-

de politiske beslutninger formindskes. Det er allerede nævnt, at Strafferetsplejeudvalget i 1984 har afgivet betænkning om anvendelse af agenter, og at Retsplejerådet i 1985 har afgivet betænkning om anonyme vidner. Det vil være naturligt, at et af de to organer får til opgave at se på spørgsmålet om plea bargaining og eventuelt også på de initiativer, der foreslås i handlingsplanen om organiseret kriminalitet og rockerkriminalitet.

I den forbindelse kan der også være grund til at se nærmere på spørgsmålet om ulovligt indhentede beviser. I Danmark er retsstillingen på dette område den, at politiet og anklagemyndigheden som alt overvejende hovedregel får lov til at bruge beviser, som er indhentet på ulovlig måde. I visse tilfælde har domstolene i forbindelse med en tilladelse til, at et ulovligt indhentet bevis kunne benyttes, angivet, at virkningerne af ulovligheden må vurderes i forbindelse med afgørelsen af skyldspørgsmålet.

Denne praksis virker ikke befordrende for politiets vilje til at overholde retsplejelovgivningens bestemmelser. Netop i sager om organiseret kriminalitet kan der formentlig være en risiko for, at politifolk bliver for ivrige i efterforskningen, og der er derfor behov for at overveje retstilstanden vedrørende ulovligt indhentede beviser. I udlandet kendes reguleringer, hvorefter domstolene enten ikke må gøre brug af ulovligt indhentede beviser eller kan forkaste sager, der fremmes på et sådant grundlag. Jeg har allerede i afsnittet om civile agenter redegjort for, at det ikke er en tilfredsstillende løsning, at domstolene tillader et tvivlsomt bevis ført med angivelse af, at bevisets vægt må vurderes i forbindelse med afgørelsen af skyldspørgsmålet.

Det, jeg har anført vedrørende ulovligt indhentede beviser, svarer til anbefaling nr. 46 i det retssikkerhedsprogram, det danske advokatråd udsendte i 1994.

BEKÆMPELSE AF DEN ORGANISEREDE KRIMINALITET

Af afdelingschef *Lars Bay Larsen* och
vicepolitidirektør *Henning Thiesen*, Danmark

1. Indledning

I debatten om kriminalitetsbekæmpelse er der naturligt nok en tendens til at fokusere på områder, der anses for at udgøre et særlig aktuelt problem. I 1970'erne og begyndelsen af 1980'erne drejede debatten i en række vesteuropæiske lande sig således i betydeligt omfang om bekæmpelse af terrorisme. I de følgende år – det vil sige i slutningen af 1980'erne og begyndelsen af 1990'erne – blev spørgsmål om imødegåelse af narkotikakriminalitet dominerende i debatten.

I disse år er der næppe tvivl om, at det er indsatsen mod den såkaldte organiserede kriminalitet, der – i hvert fald i overskriftsform – indtager den væsentligste plads i debatten om kriminalitetsbekæmpelse. Den organiserede kriminalitet anses med andre ord for et af tidens væsentligste kriminalitetsproblemer.

2. Afgrænsning af organiseret kriminalitet

Rent sprogligt kan betegnelsen organiseret kriminalitet dække en lang række former for kriminalitet, hvor de kriminelle aktiviteter begås af en flerhed af personer. Enhver forbrydelse, som begås af mere end én person, kan således for så vidt siges at være organiseret kriminalitet.

Når der tales om organiseret kriminalitet, er det imidlertid normalt en mere specifik afgrænsning, der er forudsat. I denne forstand forstås fænomenet som kriminalitet, der begås af såkaldte kriminelle organisationer – eller rettere af medlemmer af sådanne organisationer. Der peges i den forbindelse navnlig på følgende sociologiske¹ forhold, der kan være kendetegnende for disse organisationer og deres aktiviteter:²

¹ Der ses ikke i de nordiske lande at være tilfælde, hvor der er opstillet en almindelig retlig afgrænsning af fænomenet organiseret kriminalitet. I tilknytning hertil kan det nævnes, at et rundspørge i 1995 blandt medlemmerne af Den Europæiske Uni-

- at den forbryderiske virksomhed udøves af flere i forening³
- at gerningspersonerne indgår i en udpræget hierarkisk organisation
- at organisationen er opbygget således, at forbindelsen mellem den centrale ledelse og organisationens ydre områder – hvor kriminaliteten begås – sløres
- at en del af organisationen driver lovlig virksomhed, hvor det kriminelle udbytte kan investeres eller hvidvaskes
- at organisationen kendetegnes ved hård disciplin, hvor voldsud øvelse såvel indadtil som udadtil indgår for at beskytte organisationen og dens aktiviteter
- at organisationen ved vold, trusler, chikanerier, bestikkelse m.v. søger at hindre efterforskning af de kriminelle aktiviteter
- at der er tale om alvorlig kriminalitet, der giver betydeligt økonomisk udbytte, f.eks. narkotikakriminalitet, menneskesmugling og prostitution
- at udførelsen af kriminaliteten er teknisk avanceret, ressourcerig og ofte international.⁴

Som det fremgår, er formålet med aktiviteterne i kriminelle organisationer som oftest at tilvejebringe et økonomisk udbytte – f.eks. i forbindelse med narkotikakriminalitet, berigelseskriminalitet eller afpresning. Hertil kommer – som midler til at nå dette mål – en række meget alvorlige, personfarlige forbrydelser såsom drab, vold og trusler, der typisk er med til at sikre en streng disciplin indadtil samt at opretholde organisationens magtposition.

3. Status i Norden

Traditionelt forbindes organiseret kriminalitet med de store forbryderorganisationer, herunder navnlig de italienske mafia-organisationer, de sydamerikanske narkotikakarteller, de kinesiske triader og den japanske yaku-

on viste, at en række af de øvrige europæiske lande har regler, der selvstændigt kriminaliserer medlemskab/deltagelse i en kriminel organisation.

² De nævnte karakteristika er omtalt s. 2 i Organiseret kriminalitet * Røckerkriminalitet (en handlingsplan fra Justitsministeriet i Danmark af marts 1995).

³ Efter § 80, stk. 2, i den danske straffelov anses det i reglen for en skærpende omstændighed, såfremt en forbrydelse er udført af flere i forening.

⁴ De anførte karakteristika er vejledende på den måde, at de ikke alle behøver at foreligge som forudsætning for, at der er tale om organiseret kriminalitet. Man kunne fristes til at sige, at organiseret kriminalitet på den ene side ikke kan defineres, men at ingen på den anden side er i tvivl, når man står over for fænomenet.

sa. For disse store organisationer er der meget ofte tale om særdeles omfattende grænseoverskridende, kriminelle aktiviteter.

Det synes at være den generelle opfattelse, at de nævnte kriminelle organisationer kun udgør – og fremover kun vil udgøre – et relativt beskedent problem i de nordiske lande.⁵ Det skyldes blandt andet, at de pågældende organisationer gennem tiderne har foretrukket at ”slå sig ned” på steder, hvor der i forvejen eksisterer en omfattende etnisk, kulturel og sproglig basis – som f.eks. i nogle af de store amerikanske byer. Hertil kommer, at de nordiske lande må betragtes som ganske gennemregulerede og til dels -kontrollerede samfund, hvilket gør det vanskeligere at etablere sig som kriminel organisation.⁶ Man kan derfor håbe på, at de nævnte store internationale forbryderorganisationer heller ikke i fremtiden primært vil sigte på at etablere sig i Norden, og at deres kriminelle aktiviteter i de nordiske lande derfor vil være mere begrænsede, end det er tilfældet i en række andre europæiske lande. På visse områder – særligt narkotikakriminalitet og med hensyn til hvidvask af penge – må visse af disse organisationer dog også i fremtiden forventes at ville sætte et vist præg på kriminaliteten.

For en række central- og østeuropæiske forbryderorganisationer,⁷ der navnlig er dukket frem efter ”jernetæppets fald”, er situationen en anden. I de nordiske lande er der stigende bekymring for, at en række af disse organisationer skal få fodfæste. Dette skal ses i lyset af, at der i de senere år navnlig i Tyskland er sket en betydelig udbredelse af den internationale,

⁵ Der tænkes i denne sammenhæng på, i hvilket omfang disse organisationer står direkte for udførelse af kriminelle aktiviteter i de nordiske lande. Der er således ingen tvivl om, at de pågældende internationale organisationer i meget vidt omfang står i indirekte forbindelse med kriminalitet i Norden. Som det væsentligste eksempel kan nævnes, at forbryderorganisationer i Asien og Sydamerika i meget vidt omfang forestår produktion og eksport af narkotika til den vestlige verden, herunder de nordiske lande.

⁶ I mange lande hører korrupsion og bestikkelse i forhold til offentlige myndigheder med som et væsentligt led i beskrivelsen af den organiserede kriminalitet. Denne side af den organiserede kriminalitet har indtil nu kun vundet ringe indpas i de nordiske lande.

⁷ Disse organisationer kaldes ofte med en ikke særlig velegnet betegnelse for den russiske mafia. Den organiserede kriminalitet i de tidligere østblok-lande er imidlertid ikke begrænset til Rusland, men eksisterer også i de øvrige central- og østeuropæiske lande. Dernæst er der ikke tale om én sammenhængende organisation, men derimod om formentlig 5.000-6.000 forskellige organisationer og bander, der har et mere eller mindre professionelt tilsnit.

organiserede kriminalitet med tilknytning til Central- og Østeuropa. Det gælder blandt andet kriminelle aktiviteter som narkotikasmugling, tyveri af biler, prostitution og indsmugling af anabolske steroider.⁸

På den baggrund er det naturligt, at de nordiske lande er meget opmærksomme på risikoen for en tilsvarende udvikling i Norden, selv om der kun er et relativt begrænset – men dog formentlig fortsat stigende – antal (kendte) eksempler på aktiviteter med direkte forbindelse til forbryderorganisationer i de central- og østeuropæiske lande.⁹

Endelig bemærkes det, at den såkaldte rocker-kriminalitet allerede i adskillige år har udgjort et meget væsentligt problem i en række nordiske lande. Rocker-grupperne søger blandt andet at opretholde og håndhæve en streng disciplin og magtposition ved anvendelse af vold, trusler om vold og i visse tilfælde drab på personer fra rivaliserende grupper. På den måde er der adskillige elementer i rockergruppernes aktiviteter, der svarer til det, der i øvrigt gælder for organiseret kriminalitet.

4. Generelt om mulighederne for at bekæmpe organiseret kriminalitet

Det kan ikke lade sig gøre inden for rammerne af nærværende oplæg mere udtømmende at gennemgå, hvilke muligheder der kan være for at imødegå og bekæmpe organiseret kriminalitet i Norden.

I det følgende er der derfor ingen nærmere omtale af de mange initiativer, der i disse år tages med henblik på at styrke det internationale politisamarbejde til brug for den operative indsats i de enkelte lande. Det bør dog nævnes, at der i det såkaldte PTN-samarbejde (Politi-Told i Norden) er et meget tæt – og internationalt set temmelig enestående – samarbejde mellem de 5 nordiske lande navnlig om indsatsen mod narkotikakriminalitet.

⁸ De central- og østeuropæiske forbryderorganisationer er i øvrigt karakteriseret ved deres kreativitet med hensyn til, hvad der – ulovligt – kan tjenes penge på. Der er ikke blot tale om mere traditionelle kriminelle aktiviteter som narkotikahandel, spil, prostitution og afpresning. Til illustration kan nævnes, at pressen i efteråret 1995 kunne berette, at en række fodboldledere i Ukraine var blevet dræbt tilsyneladende som et resultat af en forbryderorganisations involvering i topfodboldens pengeinteresser.

⁹ Blandt andet har politimyndighederne i de nordiske lande i 1995 iværksat et projekt, der løbende skal analysere omfanget af kriminelle aktiviteter med tilknytning til Central- og Østeuropa. Det første led i projektet er en analyse på biltyveri-området.

Også i andre fora – herunder FN og Den Europæiske Union – samarbejdes der om bekæmpelse af forskellige former for organiseret kriminalitet – blandt andet med et øget samarbejde om udveksling af generelle erfaringer samt konkrete oplysninger til brug for den politimæssige efterforskning. Ikke mindst konventionen om etablering af EUROPOL må betragtes som et meget væsentligt skridt i retning af et mere intensivt efterretnings- og analysesamarbejde mellem EU's medlemslande.

Tilsvarende er der i det følgende ikke nogen nærmere behandling af en række overordnede samfundsmæssige spørgsmål, der også er af afgørende betydning for bekæmpelsen af organiseret kriminalitet, herunder navnlig det forhold, at de kriminelle aktiviteter ofte har deres base i samfund, der er præget af politisk og social ustabilitet.

Den videre behandling af emnet organiseret kriminalitet vil i stedet være koncentreret om en række overvejelser vedrørende nogle strafferetlige og straffeprocessuelle forhold, der kan have særlig betydning for indsatsen mod denne kriminalitetsform.

Det er som nævnt karakteristisk for kriminelle organisationer, at de ofte søger at håndhæve en intern disciplin og en ekstern magtposition ved anvendelse af vold, trusler om vold m.v. Det betyder i praksis, at det ofte er meget vanskeligt at få personer – herunder tidligere medlemmer af en kriminel organisation – til at bistå politi og anklagemyndighed med forklaringer om organisationernes kriminelle aktiviteter. Dette har blandt andet ført til en politisk drøftelse i Danmark af, om der bør være mulighed for at anvende civile agenter og anonyme vidner. Nedenfor i afsnit 5 og 6 redegøres for nogle af de synspunkter, der har været fremme i denne debat.

Et yderligere forhold, det kan være relevant at drøfte i den sammenhæng, er spørgsmålet om anvendelse af de såkaldte plea bargaining-aftaler. Da dette emne kun i mindre grad ses at være blevet drøftet i de nordiske lande i forbindelse med debatten om en effektiv indsats mod organiseret kriminalitet, vil vi omtale emnet nærmere nedenfor i afsnit 7.

Som nævnt er det et kendetegn for kriminelle organisationer, at deres aktiviteter i stort set alle tilfælde har som formål at opnå et betydeligt økonomisk udbytte. Dette kan rejse nogle særlige spørgsmål om mulighederne for udbyttekonfiskation. Disse spørgsmål berøres nedenfor i afsnit 8.

Som det vil fremgå, rejser de anførte emner nogle mere generelle spørgsmål af blandt andet retssikkerhedsmæssig og etisk karakter. Af samme grund kan de følgende overvejelser forhåbentlig have relevans for alle de nordiske lande, selv om der ved behandlingen af de enkelte spørgsmål tages udgangspunkt i den danske retstilstand.

5. Civile agenter

Det har i de seneste 10-15 år med jævne mellemrum været debatteret i Danmark, om der til brug for opklaring af alvorlig kriminalitet bør være mulighed for at anvende civile agenter. På det seneste er denne debat rejst igen i forbindelse med drøftelser af indsatsen mod den organiserede kriminalitet.

Efter §§ 754a – 754e i retsplejeloven kan politiet under visse omstændigheder anvende agenter under efterforskningen.¹⁰ Ved definitionen af denne agentvirksomhed opereres der i loven med to grænser – en nedre og en øvre grænse.

Ved den nedre grænse forstås den skillelinje, der er mellem agentvirksomhed og visse andre former for efterforskning, der ikke er undergivet nogen særlig retlig regulering. Det karakteristiske for agentvirksomhed er således, at politiet ved agentens handlinger påvirker de omstændigheder, under hvilke den mistænkte lovovertrædelse kommer til at fremtræde – og naturligvis med det sigte, at politiet herved kan afsløre lovovertrædelsen og sikre sig bevis i sagen.¹¹

Herudover er der opstillet en øvre grænse med hensyn til, hvilke former for agentvirksomhed der er tilladt. Af § 754b – også kaldet provokationsforbudet – fremgår det således, at agentens indflydelse på den strafbare handling udførelse eller fortsættelse ikke må medføre en forøgelse af lovovertrædelsens omfang eller grovhed.¹²

Det fremgår af § 754b, at personer, der anvendes som agenter, skal være polititjenestemænd. Denne bestemmelse blev indsat under Folketingets

¹⁰ Reglerne blev indført i 1986. Indtil da havde politiets anvendelse af agenter bygget på de retningslinjer, der var opstillet i teori og retspraksis, og som blandt andet gav mulighed for i et vist omfang at anvende civile agenter.

¹¹ Den nedre grænse indebærer således, at reglerne om agentvirksomhed ikke omfatter blandt andet skygning af personer eller overvågning af bestemte adresser.

¹² Retsplejelovens § 754a indeholder et krav om, at agentvirksomhed under efterforskningen kun kan anvendes, såfremt der foreligger en særlig bestyrket mistanke om, at lovovertrædelsen er ved at blive begået eller forsøgt. Af retssikkerhedsmæssige grunde skal dette krav begrænse anvendelsen af agenter til tilfælde, hvor der med meget stor sandsynlighed foreligger strafbare forhold. Man bør dog samtidig være opmærksom på, at netop i sådanne tilfælde – hvor der er en særlig bestyrket mistanke (f.eks. fordi vedkommende tidligere har begået kriminalitet og nu igen plejer omgang med kriminelle personer) – er risikoen for at kunne friste (provokere) de pågældende formentlig størst.

behandling af det samlede lovforslag og var en fravigelse af et lovudkast, der var opstillet af Strafferetsplejeudvalget.¹³ Efter dette lovudkast var der lagt op til, at civile personer efter omstændighederne kunne optræde som agenter for politiet. En civil person skulle dog være udelukket som agent, såfremt vedkommende var mistænkt for strafbart forhold i en verserende straffesag, såfremt vedkommende var idømt frihedsstraf, der ikke var endelig afsonet, eller såfremt vedkommende i øvrigt kunne befrygtes at stå i et særligt afhængighedsforhold til politiet.

Den eksisterende begrænsning, hvorefter civile personer ikke kan anvendes som agenter, er blevet kritiseret af blandt andet politiet. Det er navnlig blevet anført, at ansatte hos politiet ikke i praksis kan anvendes som egnede agenter, fordi de socialt, kulturelt og efter omstændighederne heller ikke sprogligt og etnisk kan "falde ind" i det kriminelle miljø. En politimand, der søges anvendt som agent i et kriminelt miljø, vil derfor (alt for) hurtigt kunne blive afsløret.

På den baggrund har der også været forslag fremme om,¹⁴ at politiet i et vist begrænset omfang skal kunne anvende civile agenter. Der er i den forbindelse henvist til, at det i sager om mere organiserede former for kriminalitet, herunder narkotikakriminalitet,¹⁵ meget ofte er vanskeligt at skaffe vidner, som er villige til at løbe en personlig risiko ved at stå frem og afgive belastende forklaring om gerningsmændene. Hensynet til mulighederne for at fremskaffe bevismateriale kan derfor også på denne led tale for at tillade civile agenter i disse tilfælde.

Kritikere af forslag om at indføre civile agenter har navnlig peget på, at civile agenter først og fremmest vil skulle hentes fra en personkreds, der i forvejen er integreret i det kriminelle miljø. De personer, som i praksis kan komme på tale som civile agenter, vil således ikke sjældent – og formentlig nærmest som hovedregel – i en eller anden sammenhæng være eller have

¹³ Betænkning nr. 1023/1984 om politiets indgreb i meddelelshemmeligheden og anvendelse af agenter. Som begrundelse for ikke at følge betænkningens forslag om i visse tilfælde at kunne anvende civile agenter anføres det helt kort i Folketingets Retsudvalgs betænkning: "Det er efter forslagsstillernes opfattelse ikke muligt at afgrænse en kreds af privatpersoner, som på betryggende måde kan anvendes som agenter".

¹⁴ Jf. blandt andet den i note 2 nævnte handlingsplan.

¹⁵ Efter retsplejelovens § 754a kan agentvirksomhed i almindelighed kun anvendes under efterforskningen af lovovertrædelser, der kan medføre fængsel i 6 år eller derover.

været involveret som sigtede eller tiltalte i en straffesag. En almindelig vurdering af sådanne personers baggrund og troværdighed kan derfor føre til frygt for, at de ikke vil overholde de regler, der gælder for agentvirksomheden. Hertil kommer, at de pågældende gennem deres indblanding i en straffesag efter omstændighederne kan stå i et afhængighedsforhold til politiet, der i sig selv kan motivere dem til som agenter at overdrive deres forklaring om andres strafbare gerninger eller ligefrem til at fremprovokere nogle forbrydelser.

Det er et spørgsmål, om betænelighederne ved at anvende civile agenter kan opvejes ved at opstille regler om forudgående administrativ godkendelse og domstolskontrol. Herved kunne man opnå, at politiet på forhånd skulle have den overordnede anklagemyndigheds og rettens godkendelse af vedkommende civile agent. Ved sin bedømmelse af agent-kandidaten skulle retten således søge oplyst og afklaret, om vedkommende må antages at ville udføre agentvirksomheden på betryggende måde, eller om vedkommende i stedet må afvises som agent ud fra en samlet troværdighedsvurdering, herunder en vurdering af den pågældendes mulige afhængighedsforhold til politiet.

I tilknytning til debatten om civile agenter er det – også fra nogle politifolks side – blevet påpeget, at der kan være behov for en mere præcis afgrænsning mellem på den ene side agentvirksomhed og på den anden side meddelere og observationsvirksomhed, herunder ”controlled deliveries” (d.v.s. situationer, hvor myndigheder observerer gennemførelse af f.eks. en narkotikasmugling). Det er således blevet anført, at det kan være vanskeligt at definere det præcise anvendelsesområde for de gældende regler om agentvirksomhed, og at dette kan føre til, at politiet efter omstændighederne afstår fra at benytte sig af et af de nævnte efterforskningskridt, fordi det er usikkert, hvilket regelsæt der i så fald ville være gældende. På den baggrund overvejes det i Danmark, om der i lovgivningen bør ske en mere klar præcisering af dette anvendelsesområde med henblik på, at politiet i højere grad kan vide, hvilke regler man i det konkrete tilfælde skal rette sig efter – og at politiet som følge heraf kan få forbedrede muligheder for en effektiv planlægning af den konkrete efterforskning.

6. Anonyme vidner

Et andet emne, der har indtaget en fremtrædende rolle i den danske debat om bekæmpelse af alvorlig – herunder organiseret – kriminalitet, er mulighederne for at anvende anonyme vidner.

Efter retsplejelovens § 848 kan retten bestemme, at den tiltalte skal forlade retssalen, medens et vidne afgiver forklaring, såfremt særlige grunde taler for, at en uforbeholden forklaring ellers ikke kan opnås. Når forklaringen er afgivet, skal den tiltalte efter bestemmelsen gøres bekendt med indholdet.

Herudover kan retten på begæring bestemme, at et vidnes bopæl ikke må oplyses, såfremt afgørende hensyn til vidnets sikkerhed taler herfor, og det i øvrigt må anses for at være uden betydning for tiltaltes forsvar. Derimod er der ikke hjemmel til at holde selve vidnets identitet skjult for tiltalte.

Der er ved flere lejligheder fremsat forslag i Folketinget om efter omstændighederne at kunne anvende anonyme vidner i straffesager. Tilhængere af forslaget har herved henvist til, at de ovenfor nævnte regler ikke i alle tilfælde yder den fornødne beskyttelse af vidner, der med føje kan frygte for ubehagelige repressalier, såfremt de afgiver belastende forklaringer under en retssag.¹⁶ I tilknytning hertil er det fremhævet, at anvendelse af anonyme vidner vil kunne løse en række af de bevisproblemer, der kan opstå i sager, hvor et vidne af frygt for sin sikkerhed viger tilbage fra at afgive forklaring.¹⁷

Over for disse hensyn til vidnet samt til den samfundsmæssige interesse i at kunne opklare kriminalitet står navnlig, at et vidnes anonymitet i nogle tilfælde formentlig kan forringe tiltaltes muligheder for at forsvare sig. Det kan således efter omstændighederne være vanskeligere for tiltalte at imødegå et vidnes forklaring, såfremt tiltalte ikke kender vidnets identitet.¹⁸

¹⁶ Efter retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 3, kan et vidne fritages for vidnepligten, såfremt det må antages, at vedkommende selv eller dennes nærmeste vil blive påført væsentlig skade. Retten kan dog også i disse tilfælde pålægge vidnet at afgive forklaring, såfremt forklaringen anses for at være af afgørende betydning for vedkommende part eller samfundet findes at berettige hertil, jf. stk. 3 i den nævnte bestemmelse.

¹⁷ Set i lyset af, at der hidtil har vist sig ikke at være politisk flertal for efter omstændighederne at kunne anvende anonyme vidner, er der i den i note 2 nævnte handlingsplan umiddelbart set bort fra denne mulighed. I stedet peger handlingsplanen på en række andre måder, hvorved vidner kan beskyttes, f.eks. gennem praktisk beskyttelse mod overgreb, økonomisk hjælp til flytning, navneændring m.v. Handlingsplanen peger også på muligheden for i højere grad at benytte anteciperet vidneførsel i straffesager.

¹⁸ Det bemærkes, at den tiltalte i formentlig ikke få tilfælde vil kunne identificere det anonyme vidne på baggrund af indholdet af dennes forklaring. I disse situatio-

Det vil naturligvis være uacceptabelt, såfremt det fører til, at retten ved sin bevisbedømmelse lægger en vidneforklaring, der er urigtig, til grund.

Også her er det centrale spørgsmål, om hensynet til tiltalte kan tilgodeses i tilstrækkeligt omfang ved bestemmelser om domstolskontrol. Regler herom måtte blandt andet indebære, at anonyme vidner kun kunne anvendes, såfremt retten efter en konkret vurdering ikke har fundet det betænkeligt af hensyn til tiltaltes muligheder for at forsvare sig.¹⁹

7. Plea bargaining

Plea bargaining er navnlig kendt i amerikansk og engelsk ret²⁰ som betegnelse for tilfælde, hvor der ved behandlingen af en straffesag indgås en aftale mellem politiet/anklagemyndigheden og tiltalte, der i en eller anden form indebærer en tilskæring af sagen mod, at tiltalte til gengæld ”leverer” en modydelse som f.eks. en tilståelse eller et løfte om at vidne mod andre personer.²¹

En drøftelse af mulighederne for at anvende plea bargaining synes særlig relevant, når der er tale om organiseret kriminalitet. De kriminelle organisationer søger som nævnt ofte at håndhæve deres magt ved anvendelse af vold med den konsekvens, at det er overordentligt vanskeligt at få et medlem af organisationen til at forklare om organisationens strafbare handlinger. Det kan gøre det nærliggende at overveje, hvilke muligheder der bør være for at indgå plea bargainingaftaler med et medlem, som til trods for

ner vil formålet med at sikre vidnets anonymitet kun kunne opfyldes, såfremt vidneanonymiteten udstrækkes til også at omfatte selve forklaringen – eller de dele heraf, der afslører, hvem vidnet er.

¹⁹ Med henblik på rettens behandling af dette spørgsmål vil det være nødvendigt, at tiltaltes forsvarer kender vidnets identitet. Bestemmer retten, at vidnet skal føres anonymt, vil forsvareren altså i forbindelse med domsforhandlingen i straffesagen have en viden (vidnets identitet), som den tiltalte ikke har. Denne omstændighed er i sig selv anført som et argument mod anvendelse af anonyme vidner, idet det kan vanskeliggøre et tillidsfuldt samarbejde mellem tiltalte og forsvareren om rettelæggelse af sagens førelse.

²⁰ Også i række andre lande anvendes plea bargaining. Det gælder blandt andet i forbindelse med retsopgør mod mafiaorganisationer i Italien.

²¹ Af og til bruges begrebet også om tilfælde, hvor politiets/anklagemyndighedens ”ydelse” består i andet – f.eks. et løfte om at se velvilligt på en ansøgning om prøveløsladelse. I det følgende anvendes imidlertid en mere snæver forståelse af udtrykket, jf. det i teksten anførte.

den personlige risiko er villig til at forklare om andre medlemmers kriminelle aktiviteter.

I dansk ret findes ikke nogen almindelig lovgivning om plea bargaining.²² Adgangen til at indgå aftaler af den nævnte karakter begrænses imidlertid af § 752, stk. 3, 2. punktum, i retsplejeloven, hvorefter det om politiets afhøringer hedder, at

”løfter, urigtige foregivender eller trusler... ikke (må) anvendes.”

I tilknytning til denne bestemmelse er det i den juridiske teori²³ anført, at fremsættelse af løfter om helt eller delvist tiltalefrafald som modydelse for en tilståelse ikke er tilladt. Det er endvidere anført, at dette også (så meget desto mere) gælder for tilsagn, som anklagemyndigheden ikke er herre over – for eksempel strafnedsættelse –, og som afgives for at fremkalde en tilståelse. Til støtte for det anførte fremhæves det, at der i forhold til den sigtede vil være en risiko for, at denne vælger at afgive en (delvis) urigtig tilståelse af frygt for en videregående og ligeledes urigtig domfældelse, og at der desuden er risiko for, at plea bargaining vil føre til forklaringer fra sigtedes side, hvorved medgerningsmænd belastes i et overdrevent omfang.²⁴

Der findes enkelte retsafgørelser vedrørende plea bargaining i Danmark. Den væsentligste er formentlig Højesterets dom af 13. september 1982 (refereret i Ugeskrift for Retsvæsen 1982, side 1027).

I en sag om (omfattende) narkotikakriminalitet ønskede anklagemyndigheden at føre et vidne, som såvel i USA, hvor han opholdt sig, som i Danmark var sigtet for overtrædelse af narkotikalovgivningen. Vedkommende havde i USA i overværelse af repræsentanter for den danske anklagemyndighed afgivet forklaring under edsafleggelse om sine og andres aktiviteter vedrørende indsmugling af narkotika i USA og Danmark. Der var indgået (skriftlig) aftale om, at der i Danmark ikke ville blive iværksat yderligere retsforfølgning, og at en udleveringsbegæring ville blive trukket tilbage, hvis han i USA blev dømt for de forhold, hvori

²² Jf. herved om emnet Rigsadvokaten i Danmarks notat af 13. december 1994.

²³ Jf. Hans Gammeltoft-Hansen, *Strafferetspleje I*, 1991, s. 208 ff.

²⁴ Også Elsebeth Rasmussen synes i Ugeskrift for Retsvæsen 1980 B. 153 ff. og 1983 B. 311 ff. under henvisning til risikoen for urigtige forklaringer at afvise enhver anvendelse af plea bargaining i hvert fald i forhold til forklaringer om medgerningsmænd. Jf. ligeledes Kallehauge i *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab* 1983, side 81 ff., hvor plea bargaining omtales som en alt for høj pris at betale for nogle beviser (forklaringer) af meget tvivlsom værdi.

han havde tilstået, og i øvrigt indgik på at afgive (sandfærdig) forklaring under retssagen i Danmark om disse forhold. Landsretten tillod vidneførsel og henviste herved blandt andet til, at vidnet ønskedes afhørt om omstændigheder, der måtte anses for at være af afgørende betydning for sagens oplysning. Landsretten bemærkede desuden udtrykkeligt, at vidnets afgivne forklaring ville være undergivet de almindelige regler om fri bevisbedømmelse. Højesteret ændrede landsrettens afgørelse, idet man efter at have henvist til vidnets åbenbare interesse i at forklare som under efterforskningen udtalte: ”Når endvidere henses til de omstændigheder, hvorunder disse forklaringer... er tilvejebragt, findes det uanset sagens omfang og karakter betænkeligt at tillade den begærede bevisførelse”.

Dommen synes til dels at bygge på en helt konkret vurdering af sagens hændelsesforløb, og det kan derfor være vanskeligt at vurdere, hvilken generel rækkevidde dommen har.²⁵

Overordnet set er der en række forhold, der kunne tale for at tillade anvendelse af plea bargaining. Udsigten til en mildere straf som følge af en plea bargaining-aftale kan således efter omstændighederne føre til, at den pågældende med sin forklaring vil afdække en række (alvorlige) forbrydelser. Yderligere kan det anføres, at plea bargaining betyder, at den pågældende opnår en gunstigere retsstilling (mindre straf), og at aftaler af denne karakter derfor ikke kan være i strid med den omtalte regel i retsplejelovens § 752, stk. 3, 2. punktum, hvis formål navnlig må være at undgå ”fælder”, hvorved vedkommende forringer sin retsstilling.

Over for disse synspunkter står blandt andet risikoen for, at en person, der tilbydes – eller selv tilbyder – et plea bargaining- arrangement, kan være fristet til at afgive urigtig forklaring om medgerningsmænds strafbare handlinger. Motivet til at gøre dette er således helt indlysende til stede. Hertil kommer, at plea bargaining kan hævdes at være en retlig og etisk tvivlsom sjakren med spørgsmål om skyld og straf på den måde, at det velvillige vidne efter omstændighederne slipper for at blive straffet – eller straffet fuldt ud – for forhold, som han eller hun bevisligt har begået.

Ved den nærmere vurdering af forskellige typer af plea bargaining-aftaler opstår ud fra de anførte generelle betragtninger blandt andet det spørgs-

²⁵ Jf. også J.P. Andersen i *Juristen* 1985 side 167 ff., hvor det siges, at dommen ikke indeholder nogen principiel stillingtagen til plea bargaining, men alene udelukker vidnesførslen efter en konkret troværdighedsvurdering.

mål, om politi og anklagemyndighed bør have mulighed for at ”handle med” en sigtet person, således at man kan love vedkommende *en lavere straf*, hvis han/hun afgiver en (fuldstændig) tilståelse. Svaret må blive benægtende. Politi og anklagemyndighed er ikke – og bør heller ikke – være herre over strafudmålingen og bør derfor heller ikke *love* den sigtede noget desangående.

Noget andet er, om politiet og anklagemyndigheden over for den sigtede bør kunne tilkendegive, at man i retten vil fremhæve vedkommendes samarbejde med myndighederne som en omstændighed, der bør tillægges betydning ved strafudmålingen.

I den forbindelse kan omtales en sag, der blev afgjort ved Højesterets dom af 12. januar 1978 (refereret i Ugeskrift for Retsvæsen 1978, side 155):

En narkotikahandler, som i byretten aflagde fuld tilståelse, bidrog under efterforskningen med oplysninger, der gjorde det muligt at optræfle forbryderorganisationen. Vedkommende blev i Højesteret idømt 8 års fængsel, hvilket henset til sagens omfang formentlig var i overensstemmelse med sædvanlig praksis for strafudmåling. Én dommer dissentierede imidlertid og ville alene idømme 6 års fængsel med følgende begrundelse: ”... det (er) ... i sager om denne alvorlige kriminalitet, hvor efterforskningen kan være meget vanskelig, af stor betydning, at en gerningsmand som i nærværende sag bistår politiet ved sagens opklaring”. Flertallet tog tilsyneladende afstand fra dissensen, hvilket muligt kan skyldes, at der – som anført ovenfor – fandtes at være risiko for, at den tiltalte ved udsigt til nedsat straf ville inddrage andre i sagen på en måde, der ikke var belæg for.

Såfremt en person afgiver tilståelse om egne forhold, er der ikke tvivl om, at dette i praksis efter omstændighederne tillægges betydning ved strafudmålingen, jf. herved direkte den danske straffelovs § 84, stk. 1, nr. 9, hvorefter straffen kan nedsættes, når domfældte frivilligt har angivet sig selv og aflagt fuldstændig tilståelse.

Herudover er der en række nyere sager, hvor den tiltaltes forklaring har omfattet medgerningsmænd, og hvor der – på linje med den dissentierende dommer i den ovenfor anførte dom fra 1978 – er sket strafnedsættelse under henvisning til vedkommendes bistand i opklaringsarbejdet.²⁶ Efter vo-

²⁶ Jf. herved Carten Egebjerg Christensen i ”Tilståelsens betydning for strafudmålingen” i Ugeskrift for Retsvæsen 1993, B. side 44 ff. I artikelen nævnes det, at ”rabatprincippet” også er anvendt i en række sager i Sverige og Norge i tilfælde, hvor den

res opfattelse bør denne praksis formentlig videreføres. Domstolene bør med andre ord efter omstændighederne kunne idømme en mildere straf til en person, som med sine forklaringer har været med til at afdække kriminelle forhold, som er begået af andre. Det er naturligvis en forudsætning herfor, at vedkommendes forklaring om andres kriminelle aktiviteter er sand. Ved denne bedømmelse af vedkommedes troværdighed bør man være opmærksom på, at der – objektivt set – er et ikke fjernliggende motiv for den tiltalte til at fremkomme med falske eller i hvert fald vidtløftige forklaringer om medgerningsmænd. Domstolene er imidlertid vant til at foretage troværdighedsbedømmelser i en række sammenhænge, og den generelle risiko for fremkomsten af falske oplysninger om medgerningsmænd kan derfor efter vores mening ikke bære et absolut forbud mod at benytte strafnedsættelse i forhold til en person, som ved denne konkrete bedømmelse fremtræder som troværdig. En sådan person bør kunne få ”rabat”, fordi han til trods for en formentlig i mange tilfælde ikke ubetydelig risiko for represalier og social udstødelse vælger at hjælpe politiet.²⁷ Som følge heraf bør der heller ikke være noget i vejen for, at politi og anklagemyndighed på forhånd ved at henvise til straffelovens § 84, stk. 1, nr. 9, tilkendegiver over for vedkommende, at hans medvirken til at opklare kriminalitet begået af andre kan blive tillagt betydning i retten som et forhold, der bør føre til en mildere straf.²⁸

I modsætning til afgørelser om strafudmåling, hvor politi og anklagemyndighed ikke er kompetente, træffes beslutning om tiltale af disse myndigheder (anklagemyndigheden). Henset til opportunitetsprincippet kunne man derfor forestille sig tilfælde, hvor politiet/anklagemyndigheden ville indgå en aftale med den sigtede om *påtalebegrænsning*, såfremt vedkommende vil afgive tilståelse vedrørende sig selv og/eller afgive forklaring vedrørende medgerningsmænd.

tiltalte har afgivet forklaring om andres forhold med deraf følgende mulighed for at opklare et større sagskompleks.

²⁷ Det bør nævnes, at nedsat straf for tilståelse om egne forhold efter straffelovens § 84, stk. 1, nr. 9, vel i vidt omfang svarer overens med den moralske bedømmelse af den, som melder sig selv. Den moralske vurdering af den, som angiver andre, forekommer derimod at være mere kompliceret.

²⁸ Til sammenligning kan i øvrigt her nævnes, at det i praksis anses for tilladt at vejlede en sigtet person om, at han eller hun ikke vil blive fremstillet med henblik på varetægtsfængsling, såfremt vedkommende afgiver en fuldstændig tilståelse.

²⁹ I Juristen 1985, side 167 ff. nævner J.P. Andersen nødretsgrundsætningen som en regel, der efter omstændighederne kan begrunde plea bargaining.

Det må formentlig være rimeligt at indgå sådanne aftaler i tilfælde, hvor de forhold, der "tages ud" af tiltalen, er bevismæssigt tvivlsomme og/eller af underordnet²⁹ betydning sammenlignet med de forhold, der er omfattet af tilståelsen eller forklaringen.³⁰ Om der herudover som led i en aftale med den sigtede bør kunne ske en begrænsning af tiltalen er mere tvivlsomt – også selv om retten får oplysning om aftalens eksistens og dermed i givet fald er fuldt ud opmærksom på, at vedkommende kan have et motiv til at afgive falsk forklaring om andres kriminelle handlinger. Til støtte for at tillade dette kunne det anføres, at der som nævnt gælder et opportunitetsprincip for anklagemyndigheden, og at denne derfor ud fra et samlet skøn bør kunne afgøre, om og i hvilket omfang der bør rejses tiltale.

Efter vores opfattelse bør dette princip dog ikke kunne begrunde, at der som led i en aftale med en tiltalt gives løfte om ikke at retsforfølge for alvorligere former for kriminalitet. Ud over at risikoen for falsk forklaring i disse tilfælde formentlig er endnu mere fremtrædende på grund af udsigten til at slippe for en relativt streng straf, forekommer aftaler om plea bargaining i disse situationer at være udtryk for en retligt og etisk set betænkelig særbehandling f.eks. på den måde, at en tiltalt, som vil – og kan – forklare politiet om medgerningsmænd, opnår en langt gunstigere stilling i forhold til andre tiltalte, som ikke har nogen medgerningsmænd og derfor ikke i samme grad har "noget at handle med".

Ikke desto mindre er der næppe tvivl om, at det i et vist omfang er forekommet, at politi og anklagemyndighed efter drøftelse med en sigtet og dennes forsvarer ved udformningen af tiltalen i sagen har undladt at påberåbe sig bestemte strafskærpselsgrunde – som for eksempel straffelovens § 88³¹ – og at man i den forbindelse har tillagt det betydning, at sigtede i så fald ville være villig til at aflægge tilståelse. Udenfor grænsetilfælde, hvor

³⁰ Ud fra tilsvarende synspunkter anses det i praksis for tilladt at love frit lejde til personer, som måske har begået en mindre alvorlig lovovertrædelse f. eks. overtrædelse af våbenlovgivningen, og som kan være politiet behjælpelig med væsentlige oplysninger i meget grove sager, herunder drabssager. Også bestemmelsen i retsplejelovens § 722, stk. 1, nr. 5, om tiltalefrafald af procesøkonomiske grunde må antages til dels at bygge på synspunkter af den nævnte karakter.

³¹ Efter straffelovens § 88, stk. 1, skal der i tilfælde, hvor tiltalte har begået flere lovovertrædelser, fastsættes en fælles straf inden for den foreskrevne strafferamme eller, hvis flere strafferammer kommer i betragtning, den strengeste af disse. Under særdeles skærpende omstændigheder kan straffen overstige den højeste for nogen af lovovertrædelserne foreskrevne straf med indtil den halve.

rent procesøkonomiske hensyn i sig selv kan bære en sådan (ensidig) beskæring af tiltalen,³² forekommer anvendelsen af sådanne "quasi-aftaler" – selv hvor sigtedes tilståelse alene angår egne forhold – ikke ganske ubetænkelig. Det må i al fald normalt være en forudsætning, at den ret, der skal pådømme sagen, loyalt orienteres af anklagemyndigheden og tiltaltes forsvarer om sådanne "aftaler", hvis anvendelsesområde under alle omstændigheder bør være snævert.

8. Udbyttekonfiskation

Organiseret kriminalitet indebærer ofte tilvejebringelse af et betragteligt økonomisk udbytte – ikke mindst i sager om narkotikakriminalitet.

Efter § 75 i straffeloven kan der ske konfiskation af udbyttet ved en strafbar handling eller af et beløb, der svarer hertil. Efter almindelige strafprocesuelle bevisregler påhviler det anklagemyndigheden at føre bevis for udbyttets eksistens og størrelse. I § 75 hedder det i den forbindelse, at såfremt der savnes fornødent grundlag for at fastslå beløbets størrelse, kan der konfiskeres et beløb, som skønnes at svare til det indvundne udbytte. Der er således tale om en bevislættelsesregel, hvor der i strid med den almindelige grundsætning om *in dubio pro reo* er hjemmel til udbyttekonfiskation efter et bevisskøn.³³

Udbyttekonfiskation bygger på et selvfølgeligt princip om, at forbrydelse ikke bør kunne betale sig. Imidlertid kan det selv med de nævnte lempe- de bevisregler være vanskeligt for politi og anklagemyndighed at bevise det kriminelle udbyttes størrelse. I så fald vil det kunne betyde, at forbrydelsen har kunnet betale sig for de pågældende.

Oftest opstår politiets mistanke om et strafbart forhold ved, at en person, som på anden måde er kommet i politiets søgelys, er i besiddelse af et (større) pengebeløb, uden at dette umiddelbart kan forklares med vedkommen-

³² Jf. retsplejelovens § 772, stk. 1, nr. 5, hvorefter tiltale kan helt eller delvist frafalde i tilfælde, hvor sagens gennemførelse vil medføre vanskeligheder, omkostninger eller behandlingstider, som ikke står i rimeligt forhold til sagens betydning og den straf, som i givet fald kan forventes idømt.

³³ I særlovgivningen er der eksempler på regler, der yderligere letter beviskravet ved konfiskation. Blandt andet kan nævnes § 44 i lov om saltvandsfiskeri (lovbk. nr. 798 af 29. september 1993), hvorefter den indvundne fiskefangst kan konfiskeres, selv om det ikke med sikkerhed kan godtgøres, at fangsten i det hele hidrører fra ulovligt forhold.

des lovlige indtægtskilder.³⁴ Et eksempel kan være, at politiet tager en person på fersk gerning i forbindelse med salg af et parti narkotika. Under den videre efterforskning af sagen opnås viden om, at vedkommende person i de seneste 5 år løbende har indsat betragtelige beløb på en udenlandsk bankkonto. På den baggrund får politiet mistanke om, at den pågældende har erhvervet disse penge fra andre narkotikahandler.³⁵

Selv om der også i øvrigt – f.eks. gennem en tilståelse – fremskaffes beviser for, at vedkommende gennem de seneste 5 år har fungeret som narkotikahandler, kan det være svært for politi og anklagemyndighed med tilstrækkelig vægt at bevise, at (hele) beløbet på bankkontoen hidrører fra den kriminelle virksomhed. Det kan således være svært at tilbagevise den sigtedes (udokumenterede) påstande om, at beløbet – helt eller delvist – er tilvebragt ved lovlig virksomhed. Dette gælder navnlig i tilfælde, hvor der er tale om organiserede former for kriminalitet, der er begået over et længere tidsrum. I sådanne sager vil den kriminelle organisation nemlig – ud over sine kriminelle aktiviteter – ofte drive tilsyneladende lovlige former for

³⁴ Som led i indsatsen mod organiseret kriminalitet i Danmark blev der i øvrigt ved nr. 348 af 9. juni 1993 (hvidvaskloven) indført pligt for en række finansielle virksomheder, herunder pengeinstitutter, til at give politiet meddelelse om økonomiske transaktioner m.v., der kan give anledning til mistanke om hvidvask. Loven bygger på EU-direktiv nr. 308/1991.

³⁵ Udbyttekonfiskation er en strafferetlig følge af en domfældelse. Under efterforskningen kan situationen imidlertid som nævnt umiddelbart fremtræde ”omvendt” for politiet forstået på den måde, at mistanke om strafbare forhold opstår som følge af opdagelse af et (større) pengebeløb. Selv om der efter omstændighederne på dette grundlag kan være meget stor sikkerhed for, at beløbet hidrører fra kriminalitet, kan det være mere vanskeligt at bevise, hvilke *konkrete* kriminelle handlinger der er tale om. I Højesterets dom af 1. december 1995 var forholdet det, at der efter fund af et større pengebeløb blandt andet blev rejst tiltale for ”i årene 1989-1993 i forning med ikke nærmere identificerede personer, at have forestået indførsel og overdragelse af et betydeligt, ukendt kvantum hash, hvorved T opnåede en fortjeneste på ikke under 1 mill. kr”. Flertallet (4 dommere) afviste dette anklagepunkt under henvisning til kravet i retsplejelovens § 831 om tilstrækkelig og tydelig angivelse af de forhold, for hvilke tiltale er rejst. En dommer ville ikke afvise og henviste blandt andet til, at anklageskriftet indeholdt de oplysninger, det havde været muligt at fremskaffe, og at der i øvrigt ikke var forhold, der gav grundlag for at antage, at tiltalte og dennes forsvarer ikke kunne vide, hvad sagen drejede sig om. Afgørelsen indebærer i forhold til en række utrykte by- og landsretsdomme en skærpelse af kravene til anklageskrifters udformning og kan derfor begrænse mulighederne for at rejse tiltale i sager af den nævnte karakter.

virksomhed, således at udbytte fra kriminelle handlinger er kanaliseret over i disse i sig selv lovlige foretagender.

Blandt andet med inspiration i britisk ret er der i Danmark som følge af de anførte bevisproblemer fremkommet forslag om at indføre omvendt bevisbyrde ved udbyttekonfiskation.³⁶ Begrundelsen er, at der på denne måde formentlig i et ikke ubetydeligt omfang vil være forbedrede muligheder for at konfiskere beløb, der faktisk stammer fra kriminalitet.³⁷

Gennemførelse af forslaget vil til en vis grad indebære en afvigelse fra mere traditionelle bevisregler inden for straffeprocessen. Dette betyder dog ikke, at forslaget efter vores opfattelse uden videre bør afvises. Der kan derimod være grund til at overveje, om en regel om omvendt bevisbyrde i konfiskationssager kan udformes således, at en række bevismæssige problemer for anklagemyndigheden løses samtidig med, at hensynet til den tiltalte i fornødent omfang tilgodeses.

I den forbindelse må det naturligvis nærmere overvejes, hvilken udstrækning en regel om omvendt bevisbyrde bør have. Der vil således for det første være et behov for at overveje, om en sådan bestemmelse alene skal gælde for grov narkotikakriminalitet, hvor der meget ofte kan forekomme bevisproblemer efter de gældende regler, eller om reglen bør udstrækkes til også at omfatte andre former for grov, udbyttegivende kriminalitet.

Der næst må der tages stilling til, om der med en regel om omvendt bevisbyrde udelukkende skal være mulighed for at foretage konfiskation vedrørende udbytte af den kriminalitet, som vedkommende er dømt for i den pågældende straffesag, eller om der også bør kunne ske konfiskation, såfremt vedkommende er ude af stand til i tilstrækkelig grad at sandsynliggøre, at det pågældende pengebeløb m.v. ikke stammer fra anden (grov) kriminalitet.

9. Afslutning

I vort oplæg har vi knyttet nogle bemærkninger til omfanget af organiseret kriminalitet i Norden. På den baggrund har vi søgt at redegøre for nogle af

³⁶ Jf. den i note 2 omtalte handlingsplan, hvor det foreslås at overveje indførelse af omvendt bevisbyrde ved udbyttekonfiskation i forbindelse med grov narkotikakriminalitet og grov berigelseskriminalitet.

³⁷ Efter artikel 5, stk. 7, i FN's konvention af 20. december 1988 inod ulovlig handel med narkotika og psykotrope stoffer kan medlemslandene overveje at anvende omvendt bevisbyrde for så vidt angår konfiskation af udbytte fra narkotikahandel.

de spørgsmål, der relaterer sig til strafferetlige og straffeprocessuelle muligheder for – og vanskeligheder ved – at bekæmpe denne form for forbryderisk virksomhed.

Efter vores opfattelse er der ikke tvivl om, at bekæmpelsen af den organiserede kriminalitet også i de kommende år vil spille en væsentlig rolle i den retspolitiske debat. Det centrale udgangspunkt for denne debat vil være de to hovedhensyn, der også i andre sammenhænge danner grundlag for overvejelser om, hvilke regler der bør gælde for indsatsen mod kriminalitet.

På den ene side er det således hensynet til, at myndighederne har tilstrækkelige muligheder for at kunne opklare kriminalitet. Hermed tilgodeses dels den overordnede samfundsmæssige interesse i, at der kan gribes ind med straf til personer, som faktisk har begået kriminalitet, dels den anerkendelsesværdige interesse, som de umiddelbare ofre for en forbrydelse har i, at den eller de skyldige ikke slipper ustraffet fra deres ugerning.

Over for dette står på den anden side hensynet til de personer, som bliver sigtet og tiltalt i en straffesag. Navnlig skal det sikres, at disse personer kun bliver idømt straf eller andre retsfølger, såfremt de uden rimelig tvivl er skyldige i den pågældende forbrydelse.

Det er i den vanskelige politiske afvejning af disse modstående hensyn, man må søge de overordnede ledetråde for, hvilke retlige muligheder der bør være i forbindelse med bekæmpelse af den organiserede kriminalitet.

Bekämpandet av den organiserade brottsligheten

Gruppdiskussion

Referatskrivare: Tf. hovrättsassessor *Ragnar Palmkvist*, Sverige

Afdelningchef *Lars Bay Larsen*, Danmark, hälsade alla välkomna och tog upp vissa mötetekniska frågor. Bl.a. enades de närvarande om att istället för som tänkt ha diskussioner i grupper hålla diskussionen i plenum.

Vice politidirektør *Henning Thiesen*, Danmark, berörde i sitt inledande inlägg fyra delproblemställningar som också upptagits i den av honom och Lars Bay Larsen utarbetade rapporten. Därvid berördes

- 1) definitionsproblem,
- 2) den organiserade kriminalitetens uttrycksformer i Norden,
- 3) kriminalitet relaterad till MC-gäng och
- 4) polisens arbetssätt.

Lars Bay Larsen berörde och utvecklade de i den av honom och *Henning Thiesen* utarbetade rapporten, särskilt uppställda frågorna om

- 1) civila agenter,
- 2) anonyma vittnen,
- 3) plea bargaining och
- 4) vinningskonfiskation.

Advokat *Thomas Rørdam*, Danmark, berörde och utvecklade de av honom i det skriftliga materialet uppställda frågorna.

Advokat *Christian Wiig*, Norge, redogjorde för sina erfarenheter som försvarare för medlemmar i Hell's Angels och anförde bl.a. att det är naivt att tro att man i en sådan miljö som MC-gängen utgör kan använda civila agenter; ingen blir upptagen som medlem utan att gruppen är helt säker på att

vederbörande inte har någon knytning till polis. Han konstaterade avslutningsvis att diskussionen om användning av t.ex. telefonavlyssning kommit längre i Danmark än i Norge, vilket han var tacksam för.

Høyesterettsdommer *Ivar Axel Oftedahl*, Norge, berörde inledningsvis problem med att polisen ofta är osäker på vad som är tillåtet eller inte och att de är av uppfattningen att regelsystemet lägger hinder i vägen för deras arbete. Han påpekade att ett förslag som skall klargöra dessa frågor snart skall läggas fram i Norge. Därefter tog han upp och utvecklade två andra problemområden, nämligen 1) frågan om utnyttjande av de elektroniska spår som lämnas efter en människa, t.ex. genom användning av kreditkort och mobiltelefoner, och 2) frågan om i vilken omfattning och hur polisen skall tillåtas att utnyttja information som andra myndigheter, t.ex. skatteväsendet, har om människor. - Avslutningsvis diskuterades frågan om vinningskonfiskation, där den synpunkten framfördes, att man borde överväga att införa regler som presumerar att egendom som tillhör den som dömts ett antal gånger för grova brott härrör från kriminalitet och således skall kunna förverkas.

Henning Thiesen och *Lars Bay Larsen* diskuterade här efter särskilda problem anknutna till samkörning av registeruppgifter, varvid *Lars Bay Larsen* avslutningsvis anförde att detta bör vara tillåtet vid konkreta misstankar om brott men att systematiska samkörningar för att hitta mönster som kan ge uppslag till ytterligare utredning inger större betänkligheter.

Professor *Mads Bryde Andersen*, Danmark, diskuterade ytterligare frågor med anknytning till informationsteknologi och användning av sådant vid brottsbekämpning. Han anförde bl.a. följande. När det blir tal om att samköra dataregister möter man omedelbart politiskt motstånd. Liknande motstånd kommer man att möta när det blir tal om att utnyttja elektroniska spår. Varje nytt sätt att söka elektroniska spår kommer också att mötas av nya motdrag.

Rigsadvokat *Henning Fode*, Danmark, diskuterade olika frågor i anslutning till det skriftliga materialet. Han påpekade särskilt problemet med avsaknaden av en internationellt accepterad definition av vad organiserad kriminalitet är samt att de upptagna frågeställningarna också är aktuella vid annan grov kriminalitet, som inte kan definieras som organiserad.

Byrettsdommer *Helge Bjørnstad*, Norge, berörde bl.a. frågor om internationellt olagligt informationsutbyte i samband med t.ex. högteknologisk industri. Han anförde att den organiserade kriminaliteten utnyttjar rätts-

säkerhetsprinciperna i samhället till att angripa samhället och att den organiserade kriminaliteten måste angripas organiserat. Som ett ytterligare problem påpekades risken av att polis- och åklagarmyndigheter blir infiltrerade av kriminella och att information läcker ut.

Lars Bay Larsen påpekade bl.a. vikten av att bevara en god kultur inom polisväsendet.

Lagman *Teuri Brunila*, Finland, berörde förhållandena i Finland och diskuterade särskilt frågor om beväpning samt lagstiftning om civila agenter.

Politimester *Jørgen Høidahl*, Norge, diskuterade frågor om polisens arbetsmetoder och påpekade särskilt betydelsen av internationellt samarbete.

Politiassessor *Tove Binzer*, Danmark, påpekade bl.a. betydelsen av att analysera de grundläggande strukturerna i samband med organiserad brottslighet, t.ex. familjeförhållanden. Hon poängterade också betydelsen av information hos andra myndigheter; t.ex. kan fusk med skatter och tull utgöra betydelsefulla tecken på organiserad brottslighet.

Avdelningsdirektör *Magnar Aukrust*, Norge, berörde i sitt inlägg bl.a. följande frågor. Den snabba utvecklingen inom telefonin, med bl.a. flera stora nätoperatörer, medför nya problem när det gäller t.ex. avlyssning; nya möjligheter till kryptering kan också komma att begränsa möjligheten till utredning. - Registrering av information om enskilda är ett område med många delproblem; kvaliteten på informationen, vad informationen kan användas till, vem som får ta del av den m.m.

Chefsjuristen *Ulf Berg*, Sverige, konstaterade att diskussionen, som vidgats till att omfatta fler än de från början angivna frågorna, hela tiden berörde frågor om balansen mellan effektivitet och integritet. Han påpekade bl.a. att det finns ett samband mellan frågan om civila agenter och plea bargaining; de civila agenterna kan ju bli tvungna att begå brott och i sådana fall ha behov av att förhandla om påföljder. I detta sammanhang berördes också möjligheterna av att låta utländsk polis delta i operationer i det egna landet.

Lars Bay Larsen avslutade diskussionen och tackade de närvarande för visat intresse.

Gruppdiskussion

Parallellimport

Referent: Universitetsstipendiat *Ole-Andreas Rognstad*, Norge

Korreferent: Professor *Lars Pehrson*

Debattledare: Professor, dr. juris *Hans Petter Graver*, Norge

Referatskrivare: Sakkunnige *Magnus Rydén*, Sverige

PARALLELLIMPORT. TENDENSER OG PERSPEKTIVER I LYS AV DEN EF-RETTLIGE INNFLYTELSE PÅ NORSK RETT

Av cand. jur. Ole-Andreas Rognstad, Norge

Parallellimport er et problemområde som må sies å ha fått økt aktualitet i norsk og nordisk rett som følge av at EF-rettens regulering nå er del av samtlige av de nordiske lands rett. Problemkomplekset er omfattende og mangesidig, og inneholder en lang rekke kompliserte rettslige og rettspolitiske spørsmål. Her vil jeg forsøke å peke på noen hovedtrekk og tendenser ved problemkomplekset. Særlig oppmerksomhet vil bli rettet mot enkelte hensyn og økonomiske argumenter, mot spenningsforholdet mellom nasjonal (norsk) rett og EF-retten på området, og mot den holdning til problemet parallellimport som kan spores i EF-retten.

1. Parallellimport: Begrep, insentiver og rettslig rammeverk

1.1 Hva er parallellimport?

En diskusjon om problemet parallellimport og dets rettslige og økonomiske betydning forutsetter en klarlegging av begrepet. Da det dreier seg om et begrep som ikke har noe fast definert innhold i lovgivingen i de nordiske land, blir det i stor utstrekning en smaksak og et hensiktsmessighetsspørsmål hva en skal legge i det. All diskusjon omkring parallellimport, enten det dreier seg om en rettslig eller en økonomisk analyse (eventuelt en kombinasjon), må imidlertid sies å fokusere på følgende to særtrekk som kjennetegner den faktiske situasjon: For det første vil det i importstaten være etablert et distribusjonsnett instituert av produsenten av en viss type varer, basert på at virksomheter involvert i distribusjonen har en avtalebestemt rett til distribusjon på hjemmemarkedet. For det andre skjer det en import og påfølgende distribusjon av tilsvarende varer utenfor det «autoriserede» forhandlernettet; det vil si at importen og den videre distribusjon på importmarkedet foretas av personer og/eller virksomheter som ikke tilhører

det forhandlernet som produsenten har instituert. Det vesentlige er med andre ord at forhandlerne i stat B får konkurranse fra samme eller tilsvarende varer som er distribuert av produsent eller autoriserte forhandlere i stat A, men der avtakerne ikke har noen avtalebestemt rett til distribusjon av disse varene i stat B. I denne forbindelse er det grunn til å påpeke at når det er vanlig å tale om «parallellimport», dreier det seg om import av varer som er lovlig framstilt i produksjonslandet. Tidligere var da også «ektevareimport» den vanlige betegnelse på nevnte situasjon.¹

Når jeg her bruker uttrykket «samme eller tilsvarende varer» er det meningen å inkludere situasjoner der varer på en eller annen måte kan tilbakeføres til samme produsent og der det dreier seg om varer med tilnærmet like egenskaper. I så måte tas det høyde for at det kan dreie seg om varer som selges under ulike varemerker i de ulike land, at varene kan tenkes produsert og markedsført på lisens i eksportstaten, eventuelt importstaten, og at det kan være noe avvik med hensyn til produktens innhold og sammensetning.

Om de nevnte to særtrekk danner et slags minste felles multiplum for hva det er vanlig å betegne parallellimport, kan det ellers sondres mellom flere ulike importsituasjoner.

For det første nevnes den situasjon der den autoriserte distribusjonen er importbasert, slik som tilfellet vil være der produsenten er etablert i utlandet mens importen foretas av en eneimportør i importstaten. Her skjer det altså en parallell import mellom den som finner sted innenfor, respektive utenfor, det etablerte distribusjonsnett. Enkelte har villet reservere begrepet parallellimport for slike tilfeller, eller i det minste kalt denne situasjonen for den «egentlige parallellimportsituasjon».² Innenfor denne kateogori kan det være hensiktsmessig å foreta en sontring mellom de tilfeller der eneimportøren og parallellimportørens varer stammer fra samme produsent og der de parallellimporterte varene er produsert på lisens i et annet land enn det eneimportøren får sine produkter fra. I det sistnevnte tilfellet har produktene altså ikke samme produsent.

En annen situasjon, som rent terminologisk ikke er noen egentlig parallellimportsituasjon, er de tilfeller der varene produseres i importstaten, enten på lisens eller av de(n) som har produsentrettighetene der. I en slik situasjon vil det ikke skje noen parallell *import*, i motsetning til de(n) foregående

¹ Jfr. *Birger Stuevold Lassen*: Oversikt over norsk varemerkerett, Oslo 1989, s. 318.

² Jfr. *Peter Blok*: «Immaterialrettighetene og den fri varecirkulation inden for EF», NIR 1975 s. 429 flg., særlig s. 437.

nevnte; det er bare distribusjonen på det innenlandske markedet som vil være parallell. Om denne forskjellen prinsipielt kan tenkes rettslig relevant,³ vil de autoriserte distributørene også her få konkurranse fra de importerte varene innenfor «sitt eget» område. Situasjonene har følgende likhetspunkter som gjør at en ikke ubetinget bør se bort fra konstellasjonen nasjonal produksjon/uautorisert import når problemet parallellimport skal diskuteres.

Hittil har vi unnlatt å fokusere på hvem som forsyner («parallell-») importøren med varer. Det «normale» vil være at importøren kjøper varene fra en tredjemann som i sin tur har kjøpt de av de autoriserte forhandlere; såvel selger som kjøper vil i en slik situasjon stå utenfor det autoriserte forhandlernetet. Det hender imidlertid også at den uavhengige importør skaffer seg varene direkte fra produsenten eller noen som tilhører forhandlernetet i eksportstaten. Også mellom disse situasjoner er det forskjeller som kan tenkes rettslig relevante, samtidig som det finnes en felles realitet, nemlig at eneimportør får konkurranse fra andre salgskanaler. Om en dermed velger å holde direkte-importsituasjonene utenfor definisjonen av parallellimport, for å ta høyde for eventuelle relevante ulikheter, bør en samtidig holde blikket åpent for at situasjonene kan få samme rettslige behandling i enkelte henseende.

Endelig kan en også særlig framheve den situasjon at parallellimportøren forsynes med varer som i sin tur har vært eksportert fra importstaten (re-importsituasjonen). Her kan en på samme måte stille spørsmål om det rettslig sett spiller noen rolle at de parallellimporterte varene opprinnelig stammer fra produsenten eller forhandleren i importstaten, slik at re-importsituasjonen får en annen rettslig behandling enn andre parallellimport-situasjoner.

Som det framgår kan begrepet parallellimport dels dekke ulike situasjoner der det kan tenkes rettslig relevante forskjeller, dels vil det finnes situasjoner som iallfall delvis kan tenkes å få lik behandling som de egentlige parallellimportsituasjonene, men der terminologien parallellimport er mindre dekkende. I en oversiktsframstilling som denne er det mest hensiktsmessig å behandle alle de nevnte situasjoner, uavhengig av hvordan selve begrepet parallellimport passer på situasjonen. Samtidig understrekes at ulikheter i faktum kan ha visse rettslige implikasjoner. I så måte kan begre-

³ Se Blok op.cit. og nærmere av samme forfatter i Patentrettens konsumtionsprincip, København 1974 s. 171 flg.

pet «parallellimport» i det følgende brukes som en fellesbetegnelse på de tilfeller der selve mottaket av varene i importstaten skjer av personer eller foretak utenfor det autoriserte distribusjonssystemet. Der det er behov for å skille mellom situasjonene vil terminologien finslipes, slik at en kan snakke om egentlig og uegentlig parallellimport (fra uavhengige tredjemenn), direkte import og re-import.

1.2 Insentiver til parallellimport

Det vesentlige insentiv til virksomheten parallellimport er prisforskjeller mellom samme eller tilsvarende produkter i de ulike land. Som et utgangspunkt kan en anta at det ikke finnes grunnlag for parallellimport der de autoriserte forhandlerne tar samme eller lavere priser for produktene til forbruker i importstaten som i eksportstaten. Samtidig bør en være åpen for at en slik antakelse ikke alltid holder, og at det kan finnes situasjoner der parallellimport skjer på tross av ubetydelige prisforskjeller mellom statene.⁴

Om det foreligger prisforskjeller på de ulike nasjonale markeder, er det ikke gitt at årsakene til prisforskjellene er insentiver til parallellimport. Typisk vil de ikke være det dersom det er naturgitte forhold som forårsaker prisforskjellene. Som eksempel kan nevnes ulikheter i transportkostnader til de ulike markeder. I en slik situasjon må prisøkingen antas å være symmetrisk for den ordinære import og parallellimporten. Videre vil det tilsvarende gjelde der prisforskjellene skyldes høyere grad av offentlig importbelastning i importstaten; tollsatser på import fra X er f.eks. høyere i A enn i B. Annerledes forholder det imidlertid seg hvis prisforskjellene skyldes offentlige intervensjoner i *eksportstaten* som gjør prisnivået *lavere* der. Et typisk eksempel er at det offentlige setter maksimalpriser på en viss type varer i B, mens prissettingen er «fri» i A. Her vil det typisk kunne foreligge et insentiv til parallellimport fordi de autoriserte forhandlerne i A vil være tilbøyelige til å prise varene høyere der, mens parallellimportøren kan dra nytte av prisreguleringen i B til å skaffe seg billigere varer. Ulik prisregulering i ulike stater anses bl.a. som hovedårsaken til at parallellimport er særlig attraktivt på legemiddelsektoren.

Årsaker til prisforskjeller som utløser insentiv til parallellimport vil ellers for det første være kostnadsineffektivitet fra eneimportørens (eller produsent

⁴ Se *Frank Gieseke: Die Untersagung von Parallellimport-Beschränkungen durch EG-Kommission und EuGH, Frankfurt am Main 1994 s. 65* med henvisninger.

i importstaten) side som fører til at en mer effektiv parallellimportør kan utnytte handelsmarginer. Videre vil manglende informasjon om etterspørselsforholdene og/ eller kunnskap om optimal prissetting kunne medføre at eneimportøren priser sine produkter høyere enn konkurransesituasjonen tilsier at han bør. Forsåvidt gjelder salg av merkevarer vil det dessuten lett eksistere en monopolistisk konkurranse eller et hetereogent oligopoli, noe som innebærer at produsenten har en viss markedsrett. Så lenge eneimportøren følgelig også har markedsrett vil det forhold at såvel produsenten som eneimportøren søker likhet mellom egne grenseinntekter- og kostnader kunne føre til at endelig pris til forbruker blir for høy (såkalt «dobbel marginalisering»). Endelig kan prisforskjellene skyldes en bevisst prisdiskriminering på internasjonalt nivå fra produsentens side blant annet på grunn av varierende etterspørselsforhold i de ulike statene. Under gitte forutsetninger, blant andre at parallellimportøren er uberørt av prisdiskrimineringen, vil en slik prispolitikk skape et marked for parallellimport.

Når det som nevnt også kan finnes situasjoner der parallellimport kan være attraktivt selv om prisene på salg til forbruker ikke er høyere i import- enn i eksportstaten, vil det typisk kunne være et utslag av at de autoriserte forhandlerne har utgifter som parallellimportøren ikke har. Det kan dreie seg om før-salgstjenester som markedsføring og demonstrasjon, samt etter-salgstjenester som reparasjoner etc. I slike tilfeller vil parallellimportøren kunne forhandle til seg en innkjøpspris i eksportstaten som ligger uvesentlig over leverandørens innkjøpspris, idet han ikke betaler for ekstra-tjenester samtidig som han etterspør store kvanta. Dermed vil parallellimportøren kunne operere med nokså rommelige handelsmarginer selv om utsalgsprisene i de enkelte markeder ikke er vesentlig forskjellige.⁵ Ved utnyttning av produsentens markedsføringskostnader utnyttes samtidig en ekstern effekt som det er spørsmål om skal komme en parallellimportør til gode (såkalt «free riding»). Dette er et annet spørsmål som vil bli behandlet som et hensyn som taler mot parallellimport, jfr. nedenfor i avsnitt 2.

1.3 Rettslig rammeverk

Såpass sammensatt som parallellimportproblematikken er, vil det i regelverket kunne finnes instrumenter både til å hindre parallellimport og instrumenter som skal motvirke uheldige virkninger av parallellimportbegrens-

⁵ Jfr. Gieseke op.cit.

ninger. I norsk og nordisk rett idag kan en trygt si at en finner spor av begge deler.

På den ene side vil *prinsipper om avtalefrihet og alminnelig handlefrihet* gi grunnlag for at private aktører skaper arrangementer for å begrense parallellimportvirksomheten. Distribusjonsavtaler mellom produsenter og forhandlere kan f.eks. skape bindinger med hensyn til hvem som får tak i de aktuelle varer, som rent faktisk kan virke som en begrensning på omfanget av parallellimport. Et eksempel på ensidige handlinger som kan ha samme virkninger er trusler og press mot potensielle leverandører eller importører, f.eks. om leveringsnektelse. Videre kan en ha regler som gir enkelte en *lovbestemt rett til å tillate eller forby import og/eller viderespredning av en viss type varer*. Det typiske her er de enerettsposisjoner som en finner i *immaterialrettslovgivingen*. Utover dette kan en i lovgivingen finne regler som på en eller annen måte virker begrensende på adgangen til parallellimport eller å nyttiggjøre seg parallellimporterte varer. *Reglene i markedsføringsloven* kan således hjemle forbud mot eller inngripen overfor selve parallellimporten eller markedsføring av parallellimporterte varer. Endelig kan også *offentligrettslige regler* som ikke nødvendigvis er rettet mot parallellimport rent faktisk virke som en hindring, eksempelvis det forhold at produkter som typisk parallellimporteres ikke tilfredsstillt sikkerhetskrav fastsatt i offentlige forskrifter.

På den annen side finnes det også regler som skal hindre eller motvirke parallellimportbegrensninger. I samtlige nordiske land har vi *konkurranseregler* som enten forbyr eller gir myndighetene kompetanse til å gripe inn overfor private foretaks forsøk på å hindre parallellimport. I tillegg til nasjonalt fastsatte regler er særlig EF-/EØS-reglene viktige.⁶ Videre har vi regler som *begrenser rekkevidden av immaterialrettsreglene* i relasjon til rettighetshaverens mulighet for å motsette seg import og/eller viderespredning av importerte produkter på det nasjonale marked. En del slike regler kalles ofte «*konsumpsjonsregler*», idet reglene gjerne er utformet slik at de gir rettighetshaverne enerett til å kontrollere distribusjon av varer, men hvor denne retten kan være «konsumert» ved omsetning i utlandet slik at importen av de samme varene ikke kan hindres. I tillegg finnes det et «*konsumpsjonsprinsipp*» i EF-/EØS-retten, dels basert på traktatreglene om fritt varebytte og dels på direktiver til harmonisering av statenes immaterialrettsregler, som i korthet innebærer at en ikke skal kunne

⁶ Jfr. EF art. 85 og 86, tilsvarende EØS art. 53 og 54, med supplerende forordninger.

hindre eller begrense import av varer som er bragt på markedet i en (annen) EØS-stat av rettighetshaveren selv eller med hans samtykke.⁷ *EF-/EØS-reglene om fritt varebytte* samt regler i den såkalte «sekundærlovgivingen» legger videre føringer på nasjonale myndigheters rett og kompetanse til å treffe tiltak som hindrer parallellimport mellom statene. Endelig kan også *andre folkerettslige forpliktelser* skape føringer på norske og de andre nordiske lands myndigheter i så måte.

Særlig oppmerksomhet knytter seg til WTO-avtalen (tidligere GATT), selv om instrumentene til regulering av parallellimportbegrensninger er heller ufullendte på nåværende stadium. Det foreligger et forslag til et verdensomspennende konkurranserettsregime i WTO-regi – DIAC (Draft International Antitrust Code) – som inneholder instrumenter bl.a. til bekjemping av vertikale salgsbindinger som hindrer de frie varebevegelser (DIAC Sec. 5.2). Disse reglene er imidlertid fortsatt bare i støpeskjeen, og det er ennå for tidlig å si noe om utfallet. Hva angår den delen av WTO-avtalen som regulerer handelsrelaterte aspekter ved immaterielle rettigheter – TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) – lyktes det ikke å oppnå noen enighet om en felles «konsumpsjonsregel», noe som uttrykkelig framgår av TRIPS art. 6. WTO-avtalen legger følgelig ikke klare føringer regulering av parallellimportbegrensninger på nåværende tidspunkt, selv om andre aspekter ved avtalen enn de som her er nevnt kan ha betydning for parallellimportproblematikken.

2. Hensyn bak parallellimport og parallellimportbegrensninger

2.1 Konkurransopolitiske hensyn

Enhver diskusjon om og eventuelt i hvilken utstrekning en bør tillate eller forby parallellimport vil være sterkt preget av økonomiske argumenter. I et samfunn som bekjenner seg til markedsøkonomien vil spørsmålet i stor utstrekning dreie seg om hvilke virkninger parallellimport og parallellimportbegrensninger har på konkurransen i markedet, og om det følgelig vil ha overveiende positive eller negative følger for velferden om en tillater eller forbyr parallellimport. Såvel på lovgivings- som på rettsanvendelsesplan vil det være tendenser til å skjele til økonomisk teori for å få svar.

⁷ Jfr. EF art. 30 og 36, tilsvarende EØS art. 11 og 13, dir. 89/104 art. 7 (varemerker), dir. 91/250 art. 4.c (edb-programmer) og dir. 92/100 art. 9 (opphavsrettsbeslektete rettigheter). I EØS-avtalen finnes en uttrykkelig henvisning til at det konsumpsjonsprinsipp som er utviklet i fellesskapsretten også skal gjelde innenfor EØS-området, jfr. protokoll 28 art. 2.

Blant økonomer gis det imidlertid ofte uttrykk for at spørsmålsstillingen er kompleks og at teoriene er relativt dårlig utviklet,⁸ noe som må antas å bidra til at oppfatningene av hvordan problemet bør behandles rettslig divergerer betydelig.⁹ I denne sammenheng vil det ikke bli gjort noe forsøk på å trenge inn i økonomisk teori på dette området, men som en bakgrunn for de rettslige problemer som oppstår i forbindelse med parallellimport er det nødvendig å komme inn på noen av de sentrale økonomiske argumenter og synspunkter som har vært fremme ved behandlingen av denne problematikken – om enn i forenklet form.

Som et utgangspunkt vil en nokså umiddelbart – selv med beskjedne kunnskaper om økonomi og markedsfunksjoner – kunne konstatere at hindringer mot parallellimport i noen utstrekning kan virke begrensende på konkurransen. Følgen vil jo være at utvalgte næringsdrivende får selge produktet, mens andre potensielle forhandlere søkes holdt borte fra distribusjonen av tilsvarende varer. Den umiddelbare konkurransebegrensningen skjer med andre ord på *forhandlernivået* for de samme eller tilsvarende varer. En annen måte å uttrykke det på er at det skjer en konkurransebegrensning «intra-brand»; altså berørende varer av samme «merke».¹⁰ Så lenge konkurranse på markedet anses som en garanti for at samfunnets ressurser blir utnyttet på en rasjonell og effektiv måte, vil det følgelig være grunn til å kaste et kritisk blikk på handlinger og tiltak som begrenser eller hindrer adgangen til parallellimport. Som «belegg» for en påstand om at parallellimport har positive samfunnsmessige konsekvenser vil en kunne anføre at det bidrar til å holde prisnivået nede. Idet det finnes insentiver til at varene kan selges billigere av parallellimportøren kan dette forhold trekkes fram som et indisium på at det autoriserte forhandlernettet ikke driver kostnadseffektivt og at det er for stort gap mellom pris og ytelse. Parallellimport vil ut fra et slikt

⁸ Se f.eks. *F.M. Scherer*: The economies of vertical restraints, 52 *Antitrust Law Journal* (1983) s. 687 flg.

⁹ Som en illustrasjon på dette kan nevnes rettsstillingen forsåvidt gjelder «vertikale konkurransebegrensninger» i USA, som har variert over tid, avhengig av administrasjonens økonomiske og politiske syn. Se nærmere hos *Jens Fejø*: Monopolret og marked, København 1985 s. 268-282.

¹⁰ «Merke» bør ikke forstås bokstavelig i denne sammenheng, på den måte at det er et vilkår at den aktuelle vare har et godkjent varemerke, selv om dette er tilfellet i de fleste sammenhenger. Videre kan det være aktuelt å snakke om «intra-merke-konkurranse» selv om samme produsent benytter ulike varemerker på samme eller tilsvarende produkter i ulike land.

perspektiv virke som en korleksjon til prissettingen innenfor det ordinære distribusjonsnett.

Mot dette vil det vil kunne hevdes at en i så fall bare har tatt hensyn til at det er påvist en konkurransebegrensning «intra-brand», mens virkningene for konkurransen mellom ulike merker eller produsenter («inter-brand») ikke er vurdert. I den forbindelse er det relevant å stille spørsmål om det aktuelle merket har (potensiell) konkurranse fra andre merker. Om dette er tilfellet, vil markedet selv kunne gi indikasjon på om prisen er for høy i forhold til det som ytes. I så fall vil produsenten/forhandlerne «straffes» ved at forbrukerne i stedet foretrekker andre merker. Dersom det foreligger effektiv konkurranse på inter-brand-markedet vil det med andre ord ikke være noe å tjene på å hindre parallellimport dersom dette øker forskjellen mellom pris og ytelse på produktet.¹¹ På den annen side vil en kunne hevde at en begrensning i konkurransen intra-brand er en forutsetning for at produktet kan konkurrere med andre merker (inter-brand), idet produsent og/eller forhandlerne ikke vil foreta de investeringer som knytter seg til utvikling, introduksjon og opprettholdelse av produktet på markedet med mindre de beskyttes for konkurranse fra andre forhandlere av produktet. På nevnte bakgrunn tas ofte det standpunkt at en ved spørsmålet om parallellimport kan forbys eller må tillates, må ta hensyn til markedsstrukturen i inter-brand-markedet. Videre vil holdningen til parallellimport kunne være avhengig av om en begrensning virker negativt på inter-brand-konkurransen.¹²

Hvis en aksepterer argumentasjonen vil begrensninger på parallellimport under nevnte forutsetninger kunne ses på som forsøk på å bedre forholdet mellom ytelse og pris for det aktuelle produkt.¹³ Det vil i så fall være en presumpsjon for at den høyere pris på importmarkedet skyldes tilsvarende høyere kostnader for å øke salget og kvaliteten på ytelsen. Det vil typisk være investeringer knyttet til salget av produktet på det nasjonale marked,

¹¹ Slikt uttrykt av Gieseke op.cit. s. 51.

¹² Om denne debatten, se bl.a. *Fejøl* såvel i *Monopolret og marked* s. 340 flg. som i artikkelen *The Application of Economics in Competition Law Cases*, *Scandinavian Studies of Law* 1985 s. 51 flg. Jfr. også *J.S. Chard*. «The economics of exclusive distributorship arrangements with special reference to E.E.C. competition policy», *Antitrust Bulletin* 1980 s. 405 flg. For den situasjon at «inter-brand-konkurransen» er svak, se f.eks. Scherer op.cit. s. 704 og 705.

¹³ Jfr. f.eks. *Richard A. Posner*, *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, 48 *The University of Chicago Law Review* (1981) s. 6 flg.

som f.eks. før-salgsytelser som reklame og demonstrasjon av produktet samt etter-salgsytelser som service, garantier og reparasjoner for produsentens/forhandlerens regning.¹⁴ Parallellimportørens eventuelle fortjenestemargin vil i så fall skyldes at han selv ikke presterer slike ytelser. Om forbrukerne likevel foretrekker parallellimportørens produkter kan dette skyldes såkalt «free-riding»; at parallellimportøren drar nytte av produsentens og ordinære distribusjonsnetts markedsføring og tilleggsytelser og i det hele tatt opparbeiding av goodwill uten selv å bidra til dette. Spørsmålet blir i så fall om dette skal aksepteres.

«Free-rider-argumentet» spiller en betydelig rolle i diskusjonen om hvilken holdning en skal ha til parallellimport.¹⁵ Argumentet går i korthet ut på at «free riding» vil ha til følge at de produsenter/forhandlere som virker til utvikling og salg av det aktuelle produkt, vil opphøre med dette som følge av parallellimporten, fordi de selv ikke vil dra nytte av de kostnader de har. Forutsatt at deres ytelser fører til en bedring i forholdet pris/ytelse og en øking i den totale etterspørsel, vil parallellimporten føre til et samfunnsøkonomisk tap.¹⁶ «Free-rider-argumentet» kan hevdes å gjøre seg særlig sterkt gjeldende for luksusprodukter og teknisk kompliserte produkter, idet de førstnevnte vil forutsette høye markedsføringskostnader mens de sistnevnte fordrer høy grad av demonstrasjons-, og serviceytelser.¹⁷

Det har vært stilt spørsmålsteget ved holdbarheten av «free-rider-argumentet». *Scherer* har påpekt at argumentet har sine begrensninger såvel forsåvidt gjelder før-salgsytelser som etter-salgsytelser.¹⁸ Spørsmål stilles

¹⁴ Om så ikke er tilfellet, slik at konkurransebegrensninger ikke er legitime, kan det hevdes at markedet likevel vil «straffe» produsenten ut fra betraktninger om markedets «usynlige hånd». Som Gyselen påpeker bygger imidlertid dette argumentet på forestillinger om fullkommen konkurranse og absolutt gjennomsiktighet i markedet, en forutsetning som sjelde vil være oppfylt i «the real world». Se *Luc Gyselen: Vertical restraints in the distribution process, Common Market Law Review (CMLR) 1984 s. 647 flg. på s. 663.*

¹⁵ Se Gieseke op.cit. s. 64-71 med henvisninger.

¹⁶ Jfr. *Lester G. Telser. Why should manufacturers want free trade?*, *Journal of Law and Economics*, vol 3 (1960) s. 86 flg., som vel var den første til å trekke inn «free-rider-argumentet» som grunnlag for å godta vertikale konkurransebegrensninger.

¹⁷ Jfr. Gyselen op.cit. s. 648 og Gieseke op.cit. s. 66.

¹⁸ Jfr. *Scherer/Ross: Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3. utg. Boston 1990, s. 551-555 og op.cit. s. 694-697, som direkte drøfter problemet med vertikale prisbindinger, men argumentet kan like fullt gjøres gjeldende i forhold til territoriale begrensninger.

til den praktiske betydningen av før-salgsserviceytelser som demonstrasjoner m.v., samtidig som faren for at forbrukerne i stor utstrekning drar nytte av slike tjenester for så å kjøpe produktene hos parallellimportørene, ikke anses som overhengende. Når det gjelder etter-salgsservice anses muligheten for parallellimportøren for i det hele tatt å kunne dra nytte av produsentens/andre forhandleres innsats mindre sannsynlig. Videre har også den samfunnsøkonomiske nytten av reklame vært gjenstand for debatt; problemstillingen er om reklame bidrar til høyere etterspørsel totalt eller bare bidrar til at produsenter nøytraliserer hverandres forsøk på å oppnå en høyere markedsandel.¹⁹ Ellers kan det stilles spørsmål ved om for stor grad av produkt differensiering fører til et samfunnsøkonomisk tap, og om ikke parallellimport kan virke som et korrektiv.²⁰

2.2 Andre hensyn

Også *andre overveielser* enn rent konkurransepolitiske kan ligge til grunn for holdningen til parallellimport. Hensynet til *markedsintegrasjon* kan tilsi en åpen holdning. Dette gjelder dersom en søker å skape eller opprettholde et marked som går på tvers av de enkelte stater. Synspunktet er i så fall at begrensninger på adgangen til parallellimport rent faktisk virker som et hinder for vareflyten innad i markedet, i og med at visse aktører avskjæres fra å importere varer.²¹ Det spørsmål som kan stilles i den forbindelse er om det i realiteten er andre hensyn enn samfunnsøkonomisk effektivitet som ligger til grunn for en slik integrasjonsmålsetting, eller om denne målsettingen styres av samme bakenforliggende hensyn som konkurransepolitikken.²² I sistnevnte fall kan det hevdes at det som er positivt for konkurransen i markedet også bidrar til størst mulig grad av markedsintegrasjon.²³

¹⁹ Jfr. Scherer/Ross op.cit. s. 571-600. Se også Gyselen op.cit. s. 664 og 665 med ytterligere henvisninger til debatten.

²⁰ Jfr. EF-domstolen i sak 56 og 58/65, Consten/Grundig mot Kommisjonen, Sml. 1966 s. 321 flg. (tysk utgave) som uttaler at «inter-merke-konkurransen» i markedet vil tape på at produsentene lykkes i sine bestrebelser etter å gjøre sitt merke forskjellig fra alle andre merker i forbrukernes øyne, og at det av den grunn er viktig med «intra-merke-konkurranse». Til debatten om økonomiske virkninger av produkt differensiering, se bl.a. Scherer/Ross s. 600 flg. med henvisninger.

²¹ Dette har blant annet vært et av EF-domstolens absolutte hovedargument mot private eller offentlige tiltak som hindrer parallellimport medlemsstatene imellom. Jfr. nærmere nedenfor i avsnitt 3.2.

²² Dette blir en mål/middel-diskusjon som vi ikke skal gå inn på i denne sammenheng.

²³ Jfr. Fejø i Scandinavian Studies of Law op.cit. på s. 68 og 69, som bl.a. påpeker

Motsatt vil ønsket om å beskytte eget marked – *proteksjonistiske hensyn* – kunne motivere begrensninger på adgangen til parallellimport. Typisk vil en kunne ha et ønske om å skjerme innenlandsk produksjon; altså i den situasjon vi ovenfor har kalt «den uegentlige parallellimportsituasjon». Her kan igjen ulike hensyn ligge bak et slikt ønske, f.eks. hensynet til lokale arbeidsplasser. I handelsområder som består av flere stater – som typisk EU/EØS – kan begrensninger på parallellimport fra land utenfor området være begrunnet i hensynet til konkurranseforholdene på «hjemmemarkedet». Dette kommer vi nærmere inn på nedenfor. Ved slike vurderinger er det på samme måte relevant å stille spørsmål om forholdet til målsettingen om samfunnsøkonomisk effektivitet.

Også andre hensyn blir ofte trukket inn i debatten om parallellimport. *Kulturpolitiske hensyn* kan f.eks. på den ene side anføres som støtte for parallellimport av kulturprodukter som bøker, grammofonplater og videokassetter etc., idet det sikrer brukerne tilgang til slike produkter til lavere pris. Motsatt kan en anføre at parallellimport skader kulturlivet. Et eksempel gir forarbeidene til den norske lovendring om fonogram- og videogramimport i 1993, som ga tilvirkerne rett til å motsette seg parallellimport. Begrunnelsen var bl.a. at parallellimporten medvirket til reduserte inntekter for plate- og filmselskapene for de internasjonale «bestselgerne», med den følge at selskapene fikk tilsvarende begrensede ressurser til å satse på nye norske artister.²⁴ Tilsvarende kan også *forbrukerhensyn* anføres både til støtte for parallellimport og for hindringer av parallellimport, uavhengig av hvilke typer varer det er snakk om. I hvilken utstrekning de nevnte hensyn kan ivaretas av konkurransepolitiske vurderinger er et komplisert spørsmål som jeg ikke vil gå inn på her.

3. Holdningen til parallellimport i norsk rett og i EF-retten

Som nevnt innledningsvis lar det seg ikke gjøre å foreta noen inngående analyse av rettsstillingen på dette område i Norge (og de andre nordiske land) i lys av EF-tilpasningen. I stedet vil det bli pekt på noen tendenser i det regelverk som har betydning for norsk rett og som kan avspeile holdningen til parallellimport. I den forbindelse vil det først kort gis uttrykk for

at absolutt områdebeskyttelse for en forhandler på et nytt marked kan ha til følge en øking i den inter-statlige handel.

Se også Gieseke op.cit. (kap. 2.1 og 5.4.).

²⁴ Jfr. stortingsdok. 8:30 (1992-93), særlig s. 2.

hvordan grunninnstillingen tradisjonelt har vært i norsk rett og hvordan den er i EF-retten, for så å se på hvilke forandringer EF-retten – i grove trekk – fordrer og innebærer for den norske reguleringen av parallellimport (avsnitt 3.1). Med dette som bakgrunn vil hovedtendensene i EF-retten på dette området bli presentert nærmere (avsnitt 3.2). Såpass stor betydning som EF-reglene har for utviklingen av norsk og nordisk rett på dette området er det viktig å kjenne til hovedtendensene på EF-/EØS-nivå.

Om jeg her tar utgangspunkt i norsk rett er det grunn til å presisere at mye av det som sies i den forbindelse også vil ha relevans for de andre nordiske lands vedkommende da det norske regelverket på dette området i en viss utstrekning bygger på en fellesnordisk tradisjon med høy grad av gjensidig påvirkning.

3.1 Løsningen i norsk rett og i EF-retten. Generelle tendenser

3.1.1 Norge

Som et hovedinntrykk kan en nok si at norske myndigheter har vist en nok så åpen holdning til parallellimport, selv om området ikke har vært viet stor oppmerksomhet i norsk rettsliv forut for EØS-avtalen. Samtidig må det også sies at inntrykket av myndighetenes holdning varierer noe i forhold til hvilke næringsområder det er snakk om, og hvilke interesser som skal beskyttes. Et visst spenningsforhold myndighetene imellom kan en også spore.

Når det gjelder konkurransepolitikken og konkurransemyndighetenes holdning, er det verd å merke seg at i de relativt få sakene som konkurransemyndighetene har hatt oppe til prøving, har de nedlagt forbud mot avtaler og handlinger som har søkt å hindre parallellimport.²⁵ Dette gir et visst inntrykk av at norske konkurransemyndigheter har vært positive til parallellimport, selv om en må være oppmerksom på at de norske konkurranse-reglene i stor utstrekning bygger på et inngreps- og ikke et forbudsprinsipp.²⁶ Videre er det grunn til å nevne at Prisdirektoratet (nå: Konkurransetilsynet) i 1992 la fram et forslag til forskrift om forbud mot å forby parallellimport

²⁵ Jfr. f.eks. *Pristidende* 1978/13 s. 274 (fonogramimport), *Prist.* 1982/15 s. 598 (Levi's), *Prist.* 1984/10 s. 450 (nekting av annonse for salg av fotoutstyr i tidskrift), *Prist.* 1985/13 s. 550 (leveringsnektelse for hobbyartikler).

²⁶ Riktignok setter nåværende konkurranselov av 11. juni 1993 nr. 65 § 3–3 forbud mot markedsdelingsavtaler, men det er i praksis gjort såpass vidtgående unntak for vertikale distribusjonsavtaler at forbudet sjelden vil være aktuelt på arrangementer som bidrar til å hindre parallellimport, jfr. §§ 3–3, siste ledd og 3–7.

av fonogrammer, som imidlertid strandet da Stortinget i 1993 i stedet ga fonogram- og videogramprodusenter rett til å forby parallellimport (åndsverkl. § 54.1.e). Forøvrig bør en kunne anta at norske konkurransemyndigheters holdning til parallellimport framover vil være sterkt preget av EØS-myndighetenes holdning, idet det er grunn til å tro at de alt overveiende antall tilfeller av parallellimport til Norge vil berøres av EØS-reglene. Dette gjør at Konkurransetilsynets rolle i parallellimportsaker i stor utstrekning vil være å bistå EFTAs Overvåkingsorgan i håndhevingen av EØS-reglene.

På immaterialrettsområdet har tendensen i norsk rett – som i de andre nordiske land – vært noe vekslende, avhengig av hvilke rettigheter det har vært snakk om å beskytte. *Patent- og mønsterlovgivingen* ga forut for EØS-avtalen rettighetshavere rett til å hindre import av patent- og mønsterbeskyttede produkter. Forbudet i patentloven var da også et vesentlig hinder for at parallellimport av legemidler ikke var aktuelt i Norge før 1. januar 1995. På *varemerkerettens område* har det derimot vært anerkjent et prinsipp om «global konsumpsjon», noe som kort fortalt innebærer at merkeinhaveren ikke kan hindre import av «ektevarer» som innføres fra en annen stat.²⁷ Hva angår *opphavsrettigheter* ble det på lovgiverhold i forbindelse med de enkelte revisjoner av åndsverkloven på 1980-tallet gitt uttrykk for den oppfatning at rettighetene ikke er til hinder for parallellimport.²⁸ På den annen side fikk fonogram- og videogramprodusentene i 1993 – på tvers av arbeidet med EØS-tilpasningen – som nevnt en særlig importrett som følge av et privat lovforslag på Stortinget, etter en nokså intens lobbyvirksomhet fra plateselskapenes og interesseorganisasjonenes side.²⁹ Hvordan dette forbudet harmonerer med EØS-avtalen og EF-myndighetenes holdning til parallellimport vil vi straks komme tilbake til. Hvis en holder denne lovendring opp mot uttalelser i tidligere lovforarbeider, samt konkurransemyndighetenes forutgående forslag om å forby forbud mot parallellimport, får en godt øye på spenningsforholdet mellom ulike interesser og hvordan dette slår ut i lovgivingen.

Når det gjelder spørsmålet om hvilke handlinger parallellimportøren kan foreta seg med de parallellimporterte varer med tanke på den nærmere bruk

²⁷ Jfr. Lassen op.cit. s. 318-321 med bl.a. henvisning til den svenske Polycolordommen, NJA 1967 s. 458. Fra norsk rettspraksis, se NIR 1987 s. 371 (Oslo Byrett) og RG 1992 s. 1242.

²⁸ Se særlig NOU 1983:35 s. 78 og Ot.prp. nr. 34 (1987-88) s. 27-29.

²⁹ Jfr. lov av 11. juni 1993 nr. 91 (nytt pkt. e til åndsverklovens § 54, første ledd).

og markedsføring, har holdningen i norsk/nordisk rett tilsynelatende vært streng, særlig når det gjelder varemerkebeskyttete varer.³⁰ Spørsmålet om EU-tilpasningen må antas å endre på dette i noen grad vil bli berørt i avsnitt 3.1.3 nedenfor.

3.1.2 EU/EØS

For EU/EØS må en sondre mellom parallellimport innad i området og parallellimport fra land utenfor området.

Hva angår parallellimport *innad* i området er det neppe noen hemmelighet at EF-myndighetene totalt sett viser en positiv holdning til fenomenet; parallellimport må som det klare utgangspunkt kunne skje fra ett EU-land til et annet. Såvel konkurransereglene som reglene om fritt varebytte samt regler i sekundærlovgevingen til gjennomføring av det indre marked tolkes strengt i forhold til private og offentlige forsøk på å hindre parallellimport. Dette inkluderer prinsippet om EF-/EØS-regional konsumpsjon av immaterielle rettigheter, som kort fortalt innebærer at innehaveren av en immateriell rettighet ikke kan hindre import av varer som er bragt i omsetning innenfor Fellesskapet/EØS-området av rettsinnehaveren selv eller med hans samtykke.³¹ Den positive holdningen til parallellimport må dels ses på som uttrykk for et konkurransepolitisk standpunkt til arrangementer som begrenser konkurransen på forhandlernivå («intra-brand») og dels som utslag av hensynet til markedsintegrasjon innad i det indre marked.³²

Den situasjon der produkter importeres fra en stat som *ikke tilhører EØS* skaper større grunn til tvil om EF-myndighetenes holdning. Ut fra en overflatisk betraktning kunne det være nærliggende å slutte at EF-/EØS-reglene ikke får anvendelse på forholdet, fordi det ikke er snakk om transaksjoner innad i EØS-området, men et slikt standpunkt står ikke for nærmere prø-

³⁰ Om disse spørsmålene, se for norsk retts vedkommende Lassen op.cit. s. 320 og 321. For øvrig i nordisk litteratur, se særlig *Ulf Bernitz: Åberopande av annans varumärke vid parallellimport*, NIR 1981 s. 41 flg., *Hannu Pokela og Virpi Tilli: Om parallellimport och marknadsföring av parallellimporterade produkter*, NIR 1982 s. 423 flg. og *Per Jonas Nordell: Att åberopa, använda, begagna eller utnyttja annans varukännetecken*, NIR 1992 s. 482 flg. Se også *Mogens Kockvedgaard: Lærebog i immaterialret*, 4. utg. København 1996 s. 317-322 og *Mogens Kockvedgaard/Marianne Levin: Lärobok i immaterialrätt* 3. oppl. Stockholm 1995 s. 307-310.

³¹ Jfr. ovenfor i avsnitt 1.3 (note 7).

³² Dette illustreres godt av den såkalte Grundig-dommen (jfr. ovenfor i note 20), som vel var den første av en lang rekke dommer der EF-domstolen har tilkjennegitt sitt syn på parallellimport innad i Fellesskapet.

ving. Hvis vi ser på *konkurransbegrensningsreglene* (EF art. 85 og EØS art. 53) er det et vilkår at *konkurransen begrenses innen EØS-området*, samt at *samhandelen mellom avtalestatene påvirkes*. Etter EF-domstolens praksis hindrer det ikke anvendelse av konkurransereglene at en vareprodusent er hjemmehørende i et tredjeland når avtalens virkninger inntreffer på Fellesmarkedet.³³ En avtale som søker å hindre parallellimport fra et tredjeland til et EØS-land vil kunne ha den virkning at potensielle konkurrenter til det autoriserte forhandlernettet ikke får levering,³⁴ og det er – i henhold til EF-myndighetenes praksis – normalt ikke noe problem å påvise at det er en potensiell fare for at samhandelen mellom EU-/EØS-statene kan påvirkes.³⁵ Om konkurransemyndighetene finner at arrangementer som hindrer parallellimport er betenkelig fra et konkurransepolitisk synspunkt – og det vil de altså normalt gjøre – er det med andre ord sjelden noe bærekraftig argument at importen skjer fra et tredjeland.³⁶ Poenget er nettopp at et slikt arrangement kan vri konkurransen for de aktuelle varer innad i EØS-området, på den måte at enkelte næringsdrivende i området skaffer seg konkurransemessige fordeler på bekostning av andre ved hjelp av konkurransebegrensende arrangementer.

Hva angår reguleringen av nasjonale *immaterialrettsregler* kan situasjonen være noe annerledes. EF-domstolen har fastslått at EF-reglene om fritt varebytte (EF art. 30-36) ikke er til hinder for at statene kan ha regler som gir innehaverne av immaterielle rettigheter rett til å hindre import av varer som er bragt i omsetning utenfor Fellesskapet.³⁷ På den annen side kan en stille spørsmål om ikke de direktiver som slår fast prinsippet om EF-regional konsumpsjon må tolkes slik at de pålegger statene en plikt til å gi de respektive rettighetshavere rett til å motsette seg (parallell-)import. Dette

³³ Jfr. sak 22/71, Beguelin mot SAGL, Sml. 1971 s. 949 flg. (tysk utgave) premiss 12 (s. 959 og 960), der EF-domstolen fastslo dette uttrykkelig.

³⁴ Jfr. saker 51/75, 86/75 og 96/75, EMI mot CBS, Sml. 1976 s. 811 flg., 871 flg. og 913 flg. (hhv. premiss 28, 22 og 14).

³⁵ Jfr. f.eks. *Bellamy & Child: Common Market Law of Competition*, 4. utg. London 1993 avsnitt 2-126 og *Gleiss/Hirsch: Kommentar zum EG-Kartellrecht*, 4. oppl. Heidelberg 1993, Art. 85(1), 1.Kap. D avsnitt 253.

³⁶ En må også merke seg at EØS-avtalens konkurranseregler kommer til anvendelse på tredjelandsvarer. Begrensningen i avtalens art. 8(2) gjelder bare reglene om fritt varebytte.

³⁷ Dette fastslo EF-domstolen uttrykkelig i de nevnte EMI/CBS-sakene, jfr. bl.a. Sml. 1976 s. 811 flg. premiss 9 og 10. At det tilsvarende må gjelde i EØS anses ikke som tvilsomt.

spørsmålet vil jeg komme nærmere inn på nedenfor. Her skal bare nevnes at blant andre handelspolitiske hensyn kan tilsi en slik løsning, og at selve strukturen i EFs handelspolitikk med fri bevegelighet innad og like inntredevilkår i Fellesmarkedet for varer fra tredjeland kan innebære at behandlingen av parallellimportspørsmålet blir diametralt forskjellig avhengig av om importen skjer fra et annet medlemsland eller ikke.

Også for rent offentligrettslige hindringer for parallellimport, som f.eks. nasjonale godkjenningsordninger, må en skille mellom import fra et annet EU-/EØS-land og import fra andre land. Innad i EØS-området vil nasjonale tiltak som hindrer parallellimport bli vurdert som et tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative restriksjoner (EF art. 30/EØS art. 11), som bare vil bli godtatt dersom de er tilstrekkelig begrunnet i legitime hensyn (f.eks. hensynet til folkehelsen). Disse reglene kommer imidlertid – som ovenfor nevnt – ikke til anvendelse på import fra en tredjestat inn i EØS-området.³⁸ Dersom den nasjonale ordningen ikke omfattes av et fellesskapsdirektiv kan parallellimportøren *ikke* angripe den ved hjelp av EF-/EØS-reglene. Dreier det seg om et direktivregulert område vil iallfall rent produktrelaterte standarder normalt gjelde uavhengig av produktenes opprinnelse, slik at direktivstandarden også vil få betydning for importen fra tredjeland.³⁹ I EU kan dessuten tilfellet være regulert av regler under den felles handelspolitikk med tredjeland, som derimot ikke er noen del av EØS-avtalen.⁴⁰

En må altså kunne fastslå at den positive holdningen til parallellimport i EU/EØS for såvidt gjelder inter-statlig handel ikke uten videre lar seg overføre til de tilfeller at parallellimporten skjer fra en tredjestat. Dels kan dette være et utslag av at EF-/EØS-reglene ikke får anvendelse, og dels kan behandlingen i motsatt fall være helt ulik, idet andre hensyn enn de som gjelder i internsituasjonen styrer løsningen av problemet parallellimport fra tredjeland.

3.1.3 Forholdet mellom norsk rett og EF-retten

a. Konkurransbegrensningsreglene

På konkurranserettsområdet skaper en eventuell divergens mellom de norske reglene og EØS-reglene neppe noen store problemer fordi det her reelt

³⁸ Jfr. EMI-/CBS-dommen, op.cit.

³⁹ Se *E.L.M. Völker: Barriers to External and Internal Community Trade*, 1993 s. 178 og 179.

⁴⁰ Jfr. EF-traktatens art. 110 flg.

sett vil være snakk om en kompetansefordeling. Det er grunn til å tro at Konkurransetilsynet vil avstå fra å gripe inn mot hindringer mot parallellimport dersom det gjelder arrangementer som påvirker samhandelen mellom EØS-statene. I de tilfeller der EØS-reglene ikke vil komme til anvendelse kan det på den annen side tenkes at norske konkurransemyndigheters vurdering av hva som er skadelig for konkurransen vil være noe annerledes enn hva som er tilfellet i EØS, selv om grunninnstillingen nok vil være at parallellimport har positive virkninger for konkurransen.⁴¹ Så lenge vurderingstemaet da vil være virkningene av konkurransen på det norske marked – slik at hensynet til markedsintegrasjon i EØS ikke spiller noen rolle – kan det være grunn til å anta at en i større utstrekning enn hva som er tilfellet i EU/EØS vil ta hensyn til markedsstrukturen og la være å gripe inn dersom tiltaket antas å ha positive virkninger på «inter-brand-konkurransen».⁴² En noe mer forsiktig holdning til tiltak som hindrer parallellimport i forhold til hva som er tilfellet i EU kan det med andre ord være grunn til å forvente.

b. Immaterialrettsområdet

På immaterialrettsområdet er perspektivet et noe annet enn i konkurransebegrensningsretten, idet det her er tale om å tilpasse nasjonale immaterialrettsregler til EØS-reglene av hensyn til det indre markeds funksjon. Muligheten for en direkte konflikt mellom regelsettene er derfor atskillig større. Her skal nevnes noen punkter der det enten har vært nødvendig med en tilpasning til EF-regelverket, eller fortsatt er en viss divergens mellom EF-reglene og de norske/nordiske reglene.

På områdene for patent- og mønsterrettigheter har prinsippet om EØS-regional konsumpsjon medført en rettsendring. Mens rettighetshaverene som nevnt tidligere hadde rett til å motsette seg uautorisert import, samtidig som retten til utnyttelse ble «konsumert» når produktet ble bragt i omsetning innenfor Norges grenser, er yttergrensen for konsumpsjonsvirkningene nå flyttet til EØS-området, jfr. patentl. § 3, tredje ledd nr. 2 og mønsterl. § 5, tredje ledd.⁴³ Noen mulighet for å beskytte innenlandsk produksjon,

⁴¹ I første rekke vil det være snakk om inngrep etter konkurranselovens § 3–10 pkt. b, som gir Konkurransetilsynet kompetanse til å gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som stenger konkurrenter ute.

⁴² I motivene til konkurranseloven finner en støtte for en slik antakelse, jfr. særlig NOU 1991: 27 s. 140 flg.

⁴³ Jfr. hhv. lover av 15. desember 1967 nr. 9 (patentloven) og 29. mai 1970 nr. 33 (mønsterloven).

eller å søke og sikre rettighetshavernes kompensasjon ved å skjerme dem mot parallellimport fra andre steder i EØS, skulle i prinsippet ikke lenger foreligge. På den annen side kan import hindres fra land utenfor EØS, noe som skulle være uproblematisk i forhold til EØS-avtalen.

Unntak fra hovedregelen om EØS-regional konsumpsjon gjelder i tilfellet av særbestemmelser og overgangsordninger i de respektive traktater. Såvel i EØS-avtalen som i de ulike tiltrædelsestraktatene for EU-medlemskap gjelder det særlige regler for legemidler på den måte at konsumpsjonsprinsippet settes ut av kraft for såvidt gjelder import fra slike land, inntil en viss periode etter at vedkommende land har åpnet for patentbeskyttelse «av slike produkter». For norske domstoler har det i den forbindelse kommet opp en nokså spesiell sak vedrørende import av legemidler fra Spania, idet produsenten motsetter seg import bl.a. på grunnlag av art. 47 i Spanias tiltrædelsestraktat som inneholder et slikt unntak. Problemet er imidlertid at nevnte bestemmelse ikke er gjort til noen del av EØS-avtalen. Asker og Bærum Namsrett ga likevel produsenten medhold i begjæring om midlertidig forføyning mot parallellimportøren ut fra den betraktning at bestemmelsen var bindende for Norge, idet retten la prinsippet om at norsk rett presumeres å stemme overens med folkeretten til grunn for avgjørelsen, jfr. kjennelse av 13. juni 1995. Borgarting Lagmannsrett kom imidlertid til motsatt resultat i kjæremålssaken, da den fant at overgangsperioden allerede var utløpt pr. 31.12.95, jfr. kjennelse av 15. januar 1996. Hvis en ser bort fra sistnevnte forhold er det i alle tilfeller grunn til å stille spørsmål om det er grunn til å praktisere prinsippet om fritt varebytte (uttrykt ved konsumpsjonsprinsippet) slik at en parallellimportør i et EØS-land skal ha større frihet til å importere de aktuelle varer enn en tilsvarende importør i et EU-land, jfr. EØS-protokoll 28 art. 2.

På *opphavsrettsområdet* må en skille mellom opphavsmannsrettighetene og «de nærstående rettigheter». ⁴⁴ De norske myndighetene har gjennomgående holdt fast ved prinsippet om «global konsumpsjon» for såvidt gjelder opphavsmannens spredningsrett og importvern, ⁴⁵ med den følge at *opphavsmannen* ikke kan motsette seg spredning av verkseksemplarer på det nor-

⁴⁴ De «nærstående rettighetene» omfatter «vern for tekniske prestasjoner, løsrevet fra de åndsverk de gjerne er bærere av» (jfr. Lassen i LoR 1994 på s. 454). Det er her snakk om fonogram- og lydprodusentenes rett til sine respektive opptak samt kringkasternes vern for sine sendinger. Videre omfatter de nærstående rettigheter også utøvende kunstneres vern for sine kunstneriske prestasjoner.

⁴⁵ Strukturen i de norske reglene om spredningsrett og importvern er den samme som i de andre nordiske land, se *Gunnar Karnell: Den obetydlige importrätten – dess innebörd och skydd*, NIR 1971 s. 284 flg. og samme forfatter i *Videogramspredning och upphovsrätt*, NIR 1982 s. 276 flg.

ske markedet som er solgt i utlandet med hans samtykke (i praksis: parallellimport).⁴⁶ Hva angår «de nærstående rettighetene» ga Norge i 1993 som nevnt lydopptak- og filmprodusenter et generelt vern mot parallellimport, som imidlertid måtte begrenses i forhold til import av eksemplarer fra andre EØS-land ved EØS-avtalens ikrafttredelse 1. januar 1994.⁴⁷ Argumentene om at fortsatt parallellimport ville være en trussel mot norsk kulturliv, idet produsentene fikk reduserte inntekter som følge av denne importen, og at parallellimportørene snyllet på produsentselskapenes investeringer bl.a. med markedsføring, måtte med andre ord vike for prinsippet om fritt varebytte i EØS basert på hensynet til markedsintegrasjon og konkurransepolitikk innad i EØS-området.⁴⁸ På den annen side har produsentene rett til å motsette seg parallellimport fra tredjeland – typisk USA – noe som kan harmonere med tendensen i EF-retten til å ville gi innehavere av immaterielle rettigheter rett til å motsette seg parallellimport fra tredjeland.⁴⁹

Det er i den forbindelse verd å merke seg at den særlige importretten suppleres av regler som gir innehavere av nærstående rettigheter en særlig spredningsrett til eksemplarer av sine prestasjoner.⁵⁰ Denne spredningsretten konsumeres imidlertid bare ved omsetning innenfor EØS, slik at rettighetshaverne – i motsetning til selve opphavsmannen – kan hindre spredning på det innenlandske marked av varer som parallellimporteres fra et tredjeland.⁵¹ Regelen gjennomfører EF-direktiv 92/100 art. 9, og vi ser her at norske myndigheter har tolket direktivet slik at konsumpsjon bare inntre innenfor EØS-området. Muligheten for å hindre parallellimport for eksempel av fonogrammer fra USA med grunnlag i *denne spredningsretten* er

⁴⁶ Jfr. åndsverkloven av 12. mai nr. 2 1961 § 19 sammenholdt med uttalelser i forarbeidene til lovendringen i 1995, jfr. Ot.prp. nr. 15 (1994-95) s. 86.

⁴⁷ Jfr. Kulturdepartementets forskrift av 3. januar 1994 som begrenser rekkevidden av åndsverklovens § 54.1.e. Mens § 54.1.e forbyr innførsel av eksemplarer av lydopptak og film i den hensikt å gjøre dem tilgjengelig for almenheten i ervervsøyemed når tilvirkeren ikke har samtykket til innførselen, gjør forskriften unntak for innførsel av eksemplar som lovlig er bragt i handelen og innføres fra en annen EØS-stat. Forbudet gjelder ikke såkalt «spesialimport», dvs. import av eksemplarer som ikke omfattes av den ordinære distribusjon.

⁴⁸ Jfr. Stortingsdok. nr. 8:30. (1992-93).

⁴⁹ Jfr. ovenfor i avsnitt 3.1.2 og nærmere nedenfor i avsnitt 3.2.2 b.

⁵⁰ Dette gjelder i tillegg til tilvirkerne av film- og lydopptak også de utøvende kunstere.

⁵¹ Jfr. åndsverkl §§ 42, tredje ledd (utøvende kunstnere) og 45, annet ledd (tilvirkerne av film- og lydopptak).

imidlertid begrenset, idet den bare gjelder for opptak og prestasjoner som er foretatt innen EØS-området.⁵² De aller fleste grammofonplater som importeres fra USA inneholder jo innspillinger foretatt der. Det er grunn til å stille spørsmålstegn ved om denne begrensningen av direktivets rekkevidde er i samsvar med *intensjonen* i EU.⁵³ I Norge får imidlertid ikke denne begrensningen store konsekvenser for muligheten til import av fonogrammer og videogrammer på grunn av den særlige importretten som er nevnt over. Annerledes er situasjonen i de andre nordiske land.⁵⁴

Det har videre vært noe diskusjon i Norge med hensyn til om EØS-avtalen også innebærer at parallellimport av fonogram- og videogrameksemplarer *framstilt utenfor EØS-området* men importert fra et annet EØS-land, *må* tillates. Spørsmålet kommer særlig på spissen idet EØS-avtalen bestemmer at reglene om fritt varebytte innad i EØS bare gjelder for varer som har sin opprinnelse i EØS, jfr. EØS-avtalens art. 8(2). På den annen side bestemmer protokoll 28 art. 2 at det i EØS skal gjelde de samme regler om konsumpsjon av immaterielle rettigheter som det som er fastsatt i fellesskapsretten. Med utgangspunkt i den oppfatning at prinsippet om EF-konsumpsjon også gjelder tredjelandsvarer som omsettes innenfor EU-området har det vært hevdet at det tilsvarende dermed også gjelder i EØS, slik at statene ikke kan gi regler som gir innehaverne av immaterielle rettigheter rett til å motsette seg import av varer som er bragt i omsetning innenfor EØS-området av rettighetshaveren selv eller med hans samtykke.⁵⁵ Norge har lagt dette standpunktet til grunn, og dermed åpnet for parallellimport av fonogrammer og videogrammer produsert i et tredjeland men innført fra en annen EØS-stat. Etter min oppfatning er det mye som taler for at prinsippet om EØS-regional konsumpsjon får anvendelse også på varer med opprinnelse i et tredjeland. På den annen side er ikke spørsmålet om Norge er avskåret fra å gi innehavere av immaterialrettigheter vern mot import av slike produkter dermed løst. Spørsmålet er blant andre om ikke prinsippet om EU-/EØS-konsumpsjon *forutsetter* at det foreligger samtykke fra rettighetshaveren til omsetning innenfor EØS-området. Dette spørsmålet vil ikke bli behandlet i denne sammenheng.

⁵² Jfr. åndsverkl. § 58 annet ledd og forskrifter til § 59.

⁵³ Jfr. nærmere nedenfor i avsnitt 3.2.2.b.

⁵⁴ Sverige, Finland og Danmark har tolket det nevnte EF-direktiv på samme måte som Norge, uten at det i disse landene finnes noe særlig importvern for film- og grammofonplateprodusentene slik vi har i åndsverkl. § 54.1.e. I realiteten innebærer dette at det i stor utstrekning er «fritt fram» bl.a. for USA-import. Spørsmålet er nokså inngående drøftet i de svenske forarbeidene til lovendringen i 1995, jfr. spesielt Lagutskottets betenkande 1994/95: LU 4 s. 6-13.

⁵⁵ Jfr. bl.a. *Felix Prändl*: The Principle of Exhaustion Applies to Third-country Goods Placed on the EEA Market, ECLR 1993 s. 43 flg.

Innenfor *varemerkeretten* synes innstillingen på lovgiverhold å være at en holder fast ved prinsippet om global konsumpsjon, som altså innebærer at parallellimport skal tillates uavhengig av hvor den skjer fra.⁵⁶ Her kan det tenkes en viss konflikt med forpliktelsene etter EØS-avtalen, idet det kan stilles spørsmål om ikke varemerkedirektivets art. 7(I) forutsetter at rettighetshaverne gis rett til å stanse parallellimport fra land utenfor EØS-området.⁵⁷ I så fall skyldes konflikten altså at de norske reglene er *mer liberale* til parallellimport enn EF-reglene.

Et problem som har særlig aktualitet er hvilken bruk en parallellimportør kan gjøre av varemerket til det produktet som importeres ved videresalg på det nasjonale marked. Problemet oppstår typisk når parallellimportøren ønsker å pakke om varene for å tilpasse disse det nasjonale marked, og når merket ellers brukes i markedsføringen av parallellimportørens produkter. Oppfatningen i Norge har vært at parallellimportøren ikke under noen omstendighet kan påføre merkeinnhaverens merke på de importerte varer.⁵⁸ Denne oppfatningen blir utfordret av EØS-avtalen, idet EF-domstolen i *Hoffmann La Roche*-dommen signaliserte at det i nærmere bestemte tilfeller vil være legitimt for parallellimportøren å pakke om varene og påføre produsentens varemerke på pakningen.⁵⁹ For tiden er den norske rettstilstanden på dette området oppe for prøving i domstolene, idet legemiddelprodusenten Merck motsetter seg at selskapet Paranova AS kjøper legemidler fra andre europeiske land og pakker dem om i pakninger tilpasset det norske markedet påført produsentens varemerke for så å selge dem i Nor-

⁵⁶ Jfr. Ot.prp. 72 (1991-92) s. 55. I likhet med hva som er tilfellet i Sverige har imidlertid norske lovgivere latt være å lovfeste konsumpsjonsregelen i varemerkeretten, til tross for at EFs varemerkedirektiv uttrykkelig inneholder en konsumpsjonsregel, jfr. dir. 89/104 art. 7. Det er grunn til å stille spørsmålstegn ved om dette tilfredsstillende kravene til riktig gjennomføring av direktivforpliktelser i EU/EØS, uavhengig av om innholdet i direktivregelen er riktig er galt forstått. Jfr. *Koktvedgaard/Levin*: Lærobok i immaterialrett, op.cit. s. 307.

⁵⁷ Jfr. nedenfor i avsnitt 3.2.2.b.

⁵⁸ Jfr. Lassen op.cit. s. 320.

⁵⁹ Jfr. sak 102/77, Sml. 1978 s. 1139 flg, se premiss 7-14. De forutsetninger dommen nevner er at rettighetshaverens utøvelse av varemerkeretten bidrar til en kunstig markedsoppdeling mellom medlemsstatene, at ompakkingen ikke kan påvirke varens tilstand, at rettighetshaveren får forhåndsvarsel om salget av det ompakkete produkt og at det framgår på pakningen hvem som har ompakket produktene (premiss 14).

ge.⁶⁰ En tilsvarende konflikt har vært oppe for domstolene i Danmark, som igjen har forelagt tolkingsspørsmål for EF-domstolen. Dom i denne samt flere liknende saker er «like rundt hjørnet».⁶¹ Sentralt i disse sakene står også spørsmålet om betydningen av EFs varemerkedirektiv hva angår konsumpsjonsprinsippets rekkevidde (jfr. art. 7.2), om dette direktivet medfører en endring i forhold til rettspraksis basert på reglene om fritt varebyte, og eventuelt i hvem sin favør; parallellimportøren eller rettighetshaveren. Vi kommer noe tilbake til dette spørsmålet nedenfor i avsnitt 3.2.2.a.

Tilsvarende har det i norsk (og nordisk) rett vært lagt til grunn snevre rammer for bruken av varemerket i markedsføringen av produktet.⁶² Prinsippet synes bl.a. å være at parallellimportøren ikke skal bruke kjennetegn som tilhører andre på en måte som gjør at varene framstår som parallellimportørens egne eller antyder en forretningsmessig forbindelse mellom han og produsenten.⁶³ Det er ikke grunn til å anta at et slikt prinsipp i seg er uforenelig med EF-retten, men grensene forsåvidt gjelder hva som anses som illojal bruk av varemerket vil kunne tenkes strengere i EF-retten av hensyn til faren for at et forbud mot bruken fører til uønskete markedsdelinger innad i Fellesskapet (EØS-området).

For samtlige immaterialrettigheter kan det generelt stilles spørsmål om det nærmere innhold i de norske konsumpsjonsreglene er i samsvar med prinsippet om EØS-konsumpsjon. I første rekke kan det oppstå et problem dersom de norske reglene er *strengere* enn det som følger av EØS-reglene. I flere sammenhenger kan dette bli mer et teoretisk enn et praktisk problem, idet det foreligger svært lite både av praksis og uttalelser i forarbeidene som nærmere kan belyse rekkevidden av de norske konsumpsjonsreglene. En kan imidlertid tenke seg visse ulikheter blant annet med hensyn til hvilken adgang det er til å dele opp rettighetene med virkning for import- og distribusjonsadgangen på det norske markedet.

c. Offentligrettslige hindringer for parallellimport

En har flere eksempler på ordninger i lovgivingen som, uten å være direkte rettet mot parallellimport, kan ha som virkning at muligheten for slik im-

⁶⁰ Asker og Bærum Herredsrett har i en kjennelse av 17. oktober 1995 avslått å ta begjæring om midlertidig forføyning mot Paranova til følge, idet retten fant at Merck ikke hadde sannsynliggjort noe krav. Begrunnelsen bygger på en tolking av varemerkedirektivets art. 7 og i første rekke EF-kommisjonens forståelse av dette slik den framgår av Kommisjonens innlegg i de saker som er oppe for EF-domstolen. Jfr. noten nedenfor.

port vanskelig- eller umuliggjøres. Her skal nevnes et par eksempler på tilfeller der de norske reglene iallfall *har vært* i strid med EF-reglene på dette punkt, og der en har søkt å gjøre ordningene forenelige med EØS-avtalen.

Nærliggende er legemiddelovgivningen der Norsk Medisinaldepot tidligere hadde lovbestemt enerett til innførsel (og salg) av legemidler.⁶⁴ I tillegg til at patentlovgivingen var til hinder for at legemidler beskyttet av norsk patent kunne importeres uten patenthaverens samtykke utgjorde importmonopolet til Medisinaldepotet en ytterligere hindring for parallellimport. Her skjedde det en betydelig lovendring i forbindelse med gjennomføringen av EØS-avtalen, idet importmonopolet ble opphevet samtidig som parallellimportører gis mulighet for import- og markedsføringstillatelse på lik linje med andre importører, herunder mulighet til å kunne bygge på dokumentasjon framlagt i forbindelse med godkjenning av «originalproduktet».⁶⁵

Et annet eksempel gjelder forskrifter for dokumentasjon og registrering av elektrisk utstyr, der tilpasningen til EØS-reglene har voldt visse problemer. I forskriftene fra 1990 ble det stilt et generelt krav om framlegging av fabrikanterklæring som dokumentasjon på at utstyret oppfylte de tekniske krav fastsatt i Norge.⁶⁶ Plikten ble pålagt alle importører – inklusive parallellimportører – og problemet for sistnevnte oppsto ved at produsenten ikke ville utlevere dokumentasjon for å beskytte egne datterselskaper som eneleverandører. Etter at EFTAs overvåkingsorgan i 1994 fastslo at det generelle krav om fabrikanterklæring for å kunne omsette elektrisk utstyr på det

⁶¹ Forente saker C-427/93, C-429/93 og C-436/93, Bristol-Myers Squibb m.fl. mot Paranova. I denne saken har generaladvokaten avgitt uttalelse 14. desember 1995. Også han kommer stort sett til det resultat at ompakkingen og påføringen av varemerket må godtas både i henhold til reglene om fritt varebytte og varemerkedirektivets art. 7. Se nærmere i avsnitt 3.3.2.a nedenfor.

⁶² Jfr. *Lassen* op.cit. s. 320 og 321 med henvisning bl.a. til Oslo byretts dom i NIR 1987 s. 381. For øvrig nordisk litteratur, se ovenfor i note 30.

⁶³ Op.cit.

⁶⁴ Jfr. den tidligere legemiddellov av 20. juni 1964 nr. 5 § 6.

⁶⁵ Jfr. ny legemiddellov av 4. desember 1992 nr. 132 kap. VI, forskrift om grossistvirksomhet av legemidler av 21. desember 1993 samt Statens helsetilsyns retningslinjer for ervervsmessig inn- og utførsel av legemidler, inklusiv parallellimport av 20. januar 1994.

⁶⁶ Forskrift om utførelse og kontroll av elektrisk utstyr som tilbys eller omsettes til bruk i elektriske anlegg av 7. desember 1990.

norske markedet var i strid med direktivreguleringen på området og reglene om fritt varebytte, endret Elektrisitetstilsynet forskriften slik at en vare med offentlig godkjenning fra et annet EØS-land nå kan omsettes på det norske markedet uten at framlegging av fabrikanterklæring er nødvendig.⁶⁷

3.1.4 Noen sluttbemerkninger

Mens tendensen i norsk rett synes å ha vært noe vekslende i holdningen til parallellimport, avhengig av hvilket område det er snakk om, går det i EF-retten et skille mellom intern handel og import fra tredjeland. Hva angår den innenstatlige handel er det en viss tendens til at EF-reglene er mer liberale i forhold til parallellimport enn det som tradisjonelt har vært tilfellet i norsk rett. Dette må dels antas å skyldes at hensynet til markedsintegrasjon og konkurransepolitikk innad i EF-(EØS-)området i sterkere grad fordrer åpninger for parallellimport enn nasjonale frihandels- og konkurransehensyn. Dels setter EF-reglene forholdsvis snevre rammer for å kunne vektlegge andre forhold enn konkurransepolitiske hensyn og hensynet til markedsintegrasjon ved vurderingen av hvordan tiltak som hindrer parallellimport skal behandles.⁶⁸ Gjennom EØS-avtalen har det følgelig skjedd en endring i norske rett på dette området, samtidig som det ikke kan utelukkes at det fortsatt er en viss divergens.

Når det gjelder parallellimport fra tredjeland kan forholdet være slik at EF-/EØS-reglene ikke regulerer problemet. I så fall har nasjonale myndigheter frihet til å regulere parallellimportproblematikken, også slik at en kan ha regler som avviker fra behandlingen av innenstatlig parallellimport. Men som vi har sett er det tenkelig at EF-/EØS-reglene også regulerer denne situasjonen. Særlig på immaterialrettsområdet kan en dermed stille spørsmål om ikke de norske reglene er *mer liberale* til parallellimport enn hva som følger av EF-retten. Dette skyldes i så fall at det bl.a. gjør seg handelspolitiske hensyn gjeldende i EF-/EØS-retten, som kan komme i en viss konflikt med innholdet i nasjonale immaterialrettsregler. I forhold til norsk lovgiving er det i første rekke på varemerkeområdet det kan tenkes en slik konflikt, men da varemerkereglene står helt sentralt i parallellimportproblematikken har dette problemet i høyeste grad stor praktisk betydning.⁶⁹

⁶⁷ Jfr. forskrift om virkeområde samt om utfyllende regler og overgangsbestemmelser vedrørende dokumentasjon og registrering av elektrisk utstyr av 1. juli 1994.

⁶⁸ Jfr. nærmere nedenfor i avsnitt 3.2.

⁶⁹ Jfr. nærmere om dette nedenfor i avsnitt 3.2.

3.2 Nærmere om reglene om parallellimport i EU (EØS)

Det skulle etter dette være på det rene at EF-/EØS-regelverket fordrer en positiv innstilling til parallellimport fra andre medlemsstater (avtalestater) samtidig som bildet er mer komplisert hva angår parallellimport fra tredjeland. I det følgende vil jeg forsøke å nyansere bildet noe ved nærmere å peke på hovedtrekkene i det regelverk som har betydning for parallellimportproblematikken. Fortsatt er det i første rekke tendensene i reguleringen – og ikke løsningen av enkeltspørsmål – vi her konsentrerer oss om.

3.2.1 Konkurransbegrensningsreglene⁷⁰

Spørsmålet er om EFs konkurranseregler er slik å forstå at de utelukker næringsdrivende fra å lage ordninger som vanskeliggjør leveranser utenfor det autoriserte distribusjonssystem, eller om det finnes nyanser i så måte.

EF art. 85(1) forbyr samarbeid som har til *formål eller følge* å begrense konkurranse innad i Fellesmarkedet. I og med at det dermed er tilstrekkelig å konstatere at samarbeidet har et konkurransebegrensende formål, ligger det en mulighet for å avskjære hindringer mot parallellimport uten å prøve markedsforholdene nærmere; betingelsen er i så fall at en konstaterer at parallellimportbegrensninger alltid har et slikt formål. I motsatt fall gir bestemmelsen på den annen side grunnlag for en mer nyansert konkurransepolitisk betraktning, der fordeler og ulemper for konkurransen veies mot hverandre. Uavhengig av hvilken tilnærming en har til dette spørsmålet, gir art. 85(3) en mulighet for å frita fra forbudet i art. 85(1) bl.a. dersom samarbeidet fører til bedret produksjon og fordeling av varer eller fremmer den tekniske utviklingen og sikrer forbrukerne en rimelig andel av dette.

Om såvel EF-domstolen som Kommisjonen har inntatt en nokså restriktiv holdning til arrangementer som avskjærer en importør fra å få leveranse, er det ikke utelukket at den autoriserte forhandler gjennom avtaler o.l. kan oppnå en viss grad av områdebeskyttelse. EF-domstolen åpner til og med for at visse eksklusivitetsklausuler i enkelttilfeller ikke anses for konkurransebegrensende overhodet, idet den bl.a. har operert med et skille mellom «åpne» eksklusivitetsklausuler og klausuler som gir «full områdebeskyttel-

⁷⁰ Det finnes en omfattende litteratur som behandler hele eller deler av problematikken rundt forholdet mellom private parallellimportrestriksjoner og EFs konkurranseregler. Her kan det i første rekke henvises til de utenlandske standardverkene om EFs konkurranserett. For noenlunde oppdaterte nordiske framstillinger, se særlig *Jens Fejø*: EFs konkurranserett, København 1993, kap. VIII del D og kap IX (særlig s. 252-263), og *Lars Pehrson*: Eksklusivitets- og områdeskyddsklausuler inom EU, EES och Sverige, Juridiskt Tidsskrift 1994 s. 56 flg.

se».⁷¹ Kommisjonen har etter hvert fulgt opp, iallfall slik at visse klausuler godtas i henhold til art. 85(3), jfr. bl.a. de såkalte «gruppefritaksforordningene».⁷² Holdningen til eksklusivitetsklausuler varierer forøvrig noe avhengig av hvilke typer arrangementer det er snakk om; det er f.eks. en tendens til å behandle avtaler om overføring og lisensiering av immaterielle rettigheter (inklusive know-how) lempeligere enn andre avtaler.

Hva som nærmere ligger i begrepene åpen eksklusivitet og full områdebeskyttelse er ikke helt klart, men det er heller ikke så viktig i denne sammenheng. Generelt er såvel Domstolen som Kommisjonen positive til klausuler i avtaler mellom produsent og distributør om at førstnevnte ikke skal selge direkte inn i sistnevntes område («inter partes-forpliktelser»)⁷³ Videre fritar flere av gruppefritaksforordningene klausuler som binder forhandlere eller lisenstakere til å la være å aktivt markedsføre og selge sine produkter inn i andre forhandlers/lisenstakeres område på tidsbegrenset basis.⁷⁴ Forordningen for teknologioverføringsavtaler fritar dessuten også klausuler som stenger for at en lisenstaker i det hele tatt kan selge inn i en annens område; også på forespørsel («passivt salg»)⁷⁵ Mer usikkert er det med klausuler

⁷¹ Jfr. sak 258/78, *Nungesser mot Kommisjonen*, Sml. 1982 s. 2015, se premiss 53 og 58. Saken gjaldt lisensiering av immaterielle rettigheter (planteforedlingsrettigheter), men begrepsbruken lar seg overføre også til andre typer distribusjonsavtaler.

⁷² Generelt må imidlertid Kommisjonen sies å innta en noen annen innstilling til spørsmålet om eksklusivitetsklausuler er konkurransebegrensende enn det EF-domstolen gjør. Mens EF-domstolen åpner for en totalvurdering av klausulens virkninger på konkurranseforholdene (såkalt «rule of reason»), inntar Kommisjonen en mer restriktiv holdning til dette spørsmålet, men åpner på den annen side opp for at det kan gis fritak i henhold til art. 85(3); enten som såkalt «gruppefritak» eller som individuelt fritak. Se nærmere bl.a. i *Pehrson op.cit.*

⁷³ Jfr. bl.a. den nevnte *Nungesser*-dommen, der Domstolen fant at en slik forpliktelse i en planteforedlerlisensavtale ikke var konkurransebegrensende overhodet. For gruppefritak, se bl.a. forordning 1983/83 om enedistribusjonsavtaler art. 2.1, for. 1475/95 om distribusjonsavtaler for kjøretøy, og for. 240/96 om teknologioverføringsavtaler art. 1.1.2.

⁷⁴ Jfr. for. 1983/83 art. 2.3.d, for. 240/96 art. 1.1.5. Men eksportklausuler anses også av EF-domstolen som konkurransebegrensende, slik at fritak er nødvendig. Jfr. bla. sak 56 og 58/64, *Grundig mot Kommisjonen*, Sml. 1966 s. 321 flg., sak 19/77, *Miller mot Kommisjonen*, Sml. 1978 s. 131 og fra senere praksis fra førsteinstansretten, sak T-66/92, *Herlitz*, Sml. 1994 II s. 531.

⁷⁵ For. 240/96 art. 1.1.6.

som binder lisensgiveren til ikke å gi andre distributører rett til å selge inn i den andres område. Normalt vil det ikke være grunnlag for fritak for slike klausuler, men spesielt når det gjelder avtaler om lisensiering av immaterielle rettigheter kan det tenkes at de godtas.

En ser følgelig at det er *visse* åpninger for å tillate restriksjoner på adgangen til direkte eksport, noe som i slike tilfeller begrenser muligheten for importører til å kunne *importere direkte* fra autoriserte forhandlere i andre stater. Derimot er en generelt avvisende til å godta restriksjoner overfor avtakerne av varer utenfor det autoriserte forhandlernetet, skjønt en finner begrensede unntak i gruppefritaksforordningen om bildistribusjon.⁷⁶ Arrangementer som med andre ord søker å hindre *parallellimport* fra uavhengige tredjemenn vil gjennomgående rammes av art. 85(1), uten at det finnes grunnlag for å fritta etter art. 85(3).⁷⁷ Dette gjelder ikke bare klausuler i avtaler mellom distributører i forhandlernetet og tredjemenn.⁷⁸ Også andre typer tiltak med tilsvarende formål eller virkninger blir vurdert på samme måte. Et velkjent eksempel er den såkalte *Distillers*-saken, der en britisk whisky-produsent – etter å ha avskaffet territorial-klausuler i sine avtaler – opererte med et slags dobbelt system for videresalgspriser, hvor distributørene var pålagt å ta høyere pris for salg til utlandet enn innad i Storbritannia. EU-kommisjonen fant at et slikt dobbelt prissystem var i strid med art. 85 og EF-domstolen bekreftet avgjørelsen, skjønt Kommisjonen åpnet for en modifikasjon vedrørende ett av merkene etter blant annet å ha

⁷⁶ Jfr. for. 1475/95 art. 3.10.a som fritar en forhandlers forpliktelse til ikke å selge avtalevarene til en videreforhandler utenfor det autoriserte distribusjonssystem og art. 3.11 om ikke å selge til en mellomhandler med mindre denne har skriftlig bestilling fra en forbruker vedrørende et spesifikt kjøretøy.

⁷⁷ Fra domstolspraksis, se bl.a. den foran nevnte Nungesser-dommen og ellers Grundig-dommen op.cit., sak 100-103, Kommisjonen mot Pioneer, Sml. 1983 s. 1825, sak 86/82, Hasselblad mot Kommisjonen, Sml. 1984 s. 884, sak C-279/87, Tipp-Ex, Sml. 1990 s. 261 og sak T-43/92, Dunlop Slazenger mot Kommisjonen, Sml. 1994 II s. 441. Fsa. gruppefritaksforordninger se bl.a. «svartelistene» i hhv. for. 1983/83 art. 3.d., for. 240/96 art. 3.3.b.

⁷⁸ Merk at «avtale» i denne forbindelse også omfatter alle former for samordnet praksis, jfr. art. 85(1). For et tilfelle av samordnet praksis, der deltakerne i det autoriserte distribusjonsnettet på ulike måter samarbeidet for å hindre at parallellimportører fikk leveranse, se Pioneer-dommen, op.cit. Også ensidig påsatte klausuler om f.eks. eksportforbud av de aktuelle varer rammes, se sak C-277/87, Sandoz, Sml. 1990 I s. 45.

blitt utsatt for sterk kritikk i rettslitteraturen.⁷⁹ Det bør også nevnes at Kommisjonen nokså klart signaliserer at kjøpere av parallellimporterte varer skal kunne nyttiggjøre seg de garantier og serviceavtaler som produsentene tilbyr innenfor sitt eget salgsnett.⁸⁰

Denne korte og summariske presentasjonen av hovedtendensene i EF-myndighetenes tolking av konkurransebegrensningsreglene i forhold til private parallellimportrestriksjoner skal indikere at myndighetene er tilbakeholdne med å tillegge markedsforholdene vekt ved behandlingen av parallellimport. EF-domstolen har riktignok uttrykkelig tilkjennegitt at ved vurderingen av om et samarbeid er konkurransebegrensende må en også se hen til samarbeidets positive virkninger på markedet, og følgelig akseptert at en viss grad av områdebeskyttelse kan ha positive virkninger for «inter-brand-konkurransen».⁸¹ Dette har igjen i noen utstrekning påvirket Kommisjonens holdning til begrensninger på importørers mulighet til direkte import. Spesielt kan en positiv innstilling påregnes når det et nytt produkt skal innføres på markedet.⁸² På den annen side viser EF-myndighetenes rigide holdning til arrangementer som begrenser muligheten for parallellimport fra en uavhengig tredjemann, at en i det store og det hele er uvillig til å legge vekt på tilsvarende argumenter i tilfeller der det er fare for at import via alternative distribusjonskanaler helt avskjæres eller sterkt begrenses.⁸³

⁷⁹ Kommisjonsavgjørelse: Se EF-tidende 1978 L 50 s. 16. Domstolsavgjørelsen: Sak 30/78, Sml. 1980 s. 2229. Om modifikasjonen for Johnny Walker Red Label, se EFT 1983 C 245 s. 3. For kritikken av den første avgjørelsen, jfr. bl.a. *Valentine Korah*: Goodbye Red Label, *European Law Review* (ELR) 1978 s. 62 flg., *Th. Sharpe*: The Distillers Decision, *CMLR* 1978 s. 447 flg. og *Ivo v. Bael*: Heretical Reflections of EEC antitrust, *Swiss Review of International Competition Law* 1980 s. 46 flg.

⁸⁰ Se bl.a. Kommisjonens sekstende beretning om Konkurrencepolitikken pkt. 56 s. 66 samt gruppefritaket for bildistribusjon (for. 1475/95) art. 5.1.

⁸¹ Jfr. bl.a. sak 56/65, *Technique Miniere*, Sml. 1966 s. 282 (tysk utgave) og *Nungesser-dommen* op.cit.

⁸² Jfr. bl.a. premiss 57 i *Nungesser-dommen*, der EF-domstolen uttalte at en virksomhet som ikke er sikker på å være beskyttet fra andre lisenstakere vil være tilbøyelig til ikke å påta seg risikoen ved å bringe produktet i handelen, noe som vil være til skade for utbredelsen av ny teknologi og dermed også for konkurransen mellom det nye produkt og allerede eksisterende. Jfr. ellers det faktum at enkelte av fritakene for forbud mot aktivt og passivt salg i de nevnte gruppefritaksforordningene er tidsbegrensete.

⁸³ For et nokså ferkst ekesempel på at EF-myndighetene ikke maner til prøving av

Dermed synes også «free-rider-argumentet» å ha begrenset bæring ved praktiseringen av konkurransebegrensningsreglene, idet domstolene og Kommisjonen har vært lite beredte til å akseptere at prisforskjeller skyldes innsats som har positive virkninger på konkurransen og varedistribusjonen forøvrig. Dette understrekes av at Kommisjonen som nevnt søker å sørge for at også kjøpere av parallellimporterte varer får nyte godt av produsentgarantier og ettersalgsservice. Argumentet om at parallellimportbegrensninger er nødvendige for å kompensere for reklameutgifter er også problematisk i forhold til EFs konkurranseregler. I Distillers-saken forsvarte den britiske brennevinsprodusenten det dobbelte prissystem blant annet med at differensiererte priser på henholdsvis hjemme- og eksportprodukter var nødvendig for å opprettholde en prisforskjell som skulle utlikne utgifter til markedsføring av produktet på et marked der produsenten sto svakt. Kommisjonen unnlot imidlertid å etterprøve dette argumentet nærmere, men henviste snarere til at produsenten kunne trekke seg ut av den aktuelle del av markedet dersom markedsføringen ikke var regningssvarende. Den etterfølgende uttalelse forsåvidt gjaldt ett av brennevinsmerkene, der Kommisjonen varslet tidsbegrenset fritak, kan imidlertid sees som uttrykk for en viss innrømmelse av at dette standpunkt var noe for rigid.⁸⁴

Det er avslutningsvis grunn til å framheve at Kommisjonen for tiden er i ferd med å revidere sitt syn på vertikale distribusjonsavtaler. En ”grønnbok” der Kommisjonen redogjør for sitt reviderte syn er ventet om ikke alt for lang tid. Hvilke konsekvenser dette får for rettstilstander i forbindelse med parallellimportspørsmålet er det på nåværende tidspunkt for tidlig å si noe om.

3.2.2 Konsumpsjon av immaterielle rettigheter⁸⁵

a. Omsetning innad i Fellesskapet (EØS-området)

Tilsvarende innebærer prinsippet om regional konsumpsjon av immaterielle rettigheter at rettighetshaveren har begrenset mulighet til å hindre paral-

markedsforholdene i slike tilfeller, se førsteinstansrettens uttalelse i Dunlop Slazengersaken op.cit. (note 77), premiss 127.

⁸⁴ Jfr. EF-Tidende 1983 C 245 s. 3 flg. premiss 11.

⁸⁵ Også på dette området er litteraturen overveldende. For framstillinger i nordisk litteratur som dekker immaterialrettigheter generelt; se særlig *Blok*: Patentrettens konsumtionsprinsipp, op.cit. kap. 4 og 5, samt artikkelen i NIR 1975 s. 429 flg. op.cit., og *Lars Pehrson*: EG och immaterialrätten, Stockholm 1985 kap. 3 (som

lellimport av immaterialrettsbeskyttete varer. Prinsippet – enten det er hjemlet i traktatreglene om fritt varebytte eller særskilt regulert i direktivbestemmelser – må sies å bero på en interesseavveining mellom hensynet til beskyttelse av de immaterielle rettigheter og hensynet til frie varebevegelser innad i Fellesskapet.⁸⁶ Interesseavveiningen munner ut i kravet om at det aktuelle produkt må være bragt i omsetning i Fellesskapet av rettighetshaveren selv eller med hans samtykke.⁸⁷ Om så er tilfellet, vil parallellimport av produktet kunne skje.

Det sentrale spørsmål er hvorvidt konsumpsjonsprinsippets «subjektive vilkår» er oppfylt; hva må til for at produktet kan sies å være bragt i omsetning av *rettighetshaveren selv eller med hans samtykke*? Svaret vil kunne avhenge av hvilke rettigheter det er snakk om å beskytte. EF-domstolen har i så måte gjentatte ganger vist til at traktaten beskytter rettighetenes «særlige gjenstand», og at det må ses hen til rettighetenes «vesentlige funksjon». Nokså summarisk og forenklet bør en kunne legge til grunn at fokuset i forhold til patent-, opphavs-, og mønsterrettigheter *i denne forbindelse* ligger på *muligheten* for å få *kompensasjon* for sin kreative anstrengelse (som igjen henger sammen med insentivet til teknologiske, kulturelle og kunstneriske framskritt).⁸⁸ I forhold til varemerkerettigheter har EF-domstolen stadig henvist til at de skal beskytte rettighetshaveren mot at andre urettmessig drar nytte av varemerkets status og renommé, og dermed tjene som en garanti for produktets opprinnelse slik at forbrukerne ikke blir villedet.⁸⁹

vinkler framstillingen mot nordiske importregler), sammenholdt med samme forfatters oppdateringsartikkel i TfR 1989 s. 497 flg.

⁸⁶ Slik *Hefermehl, Ipsen, Schulze, Sieben*: Nationaler Markenschutz und freier Warenverkehr in der E.G, München 1979 s. 51 flg.

⁸⁷ Det EF-rettslige konsumpsjonskriterium ble første gang fastslått av EF-domstolen i *Deutsche Grammophon-dommen*, sak 78/70, Sml. 1971 s. 487 (tysk utgave), som gjaldt fonogramproduzenters spredningsrett. Siden har EF-domstolen gjentatt det samme kriteriet i en lang rekke dommer vedrørende ulike immaterialrettigheter. For direktivregulering av prinsippet, se henvisninger ovenfor i note 7.

⁸⁸ Særlig har EF-domstolen fokusert på kompensasjons- eller belønningsaspektet i patentsaker, jfr. sak 15/74, *Centrafarm mot Sterling Drug*, Sml. 1974 s. 1147 premiss 9, og sak 187/80, *Merck mot Stepar*, Sml. 1981 s. 2063 premiss 4. Det er imidlertid grunn til å anta at det ikke stiller seg noe annerledes med opphavs- og mønsterrettigheter i så henseende. Forsåvidt angår opphavsrettigheter kommer dette iallfall indirekte til uttrykk i sak 55 og 57/80, *Musik Vertrieb mot GEMA*, Sml. 1981 s. 147, se særlig premiss 12.

⁸⁹ Jfr. sak 102/77, *Hoffmann La Roche mot Centrafarm*, Sml. 1978 s. 1139 premiss

Når det gjelder patent- og opphavsrettigheter synes det avgjørende i EF-domstolens hittidige praksis å ha vært at rettighetshaverne skal ha kontroll over hvor produktet bringes i omsetning første gang, slik at de dergjennom skal ha mulighet av å få kompensasjon for sin innsats.⁹⁰ Synspunktet er at når samtykke til første gangs omsetning foreligger, må rettighetshaveren bære *konsekvensen* av sitt valg, uavhengig av om han rent faktisk får kompensasjon eller av kompensasjonens størrelse. Rettighetsinnehaveren må følgelig godta parallellimport av varer som med hans samtykke er bragt i omsetning et sted i markedet der beskyttelsen for rettighetene mangler, og uavhengig av om prisnivået i eksportstaten er lavere og hva som er årsaken til det.⁹¹ På den annen side er det subjektive vilkår ikke oppfylt der produktene er bragt i omsetning på grunnlag av tvangslisenser eller ordninger som kan likestilles med slike i eksportstaten.⁹² Tilsvarende gjelder der de aktuelle produkter er bragt i omsetning første gang av en uavhengig tredjemann i stater der rettighetshaveren av ulike årsaker mangler beskyttelse.⁹³

Derimot ble konsekvenssynspunktet ikke avgjørende for om innehaveren av en varemerkerett kunne stanse import av varer produsert under samme varemerke av en person som hadde fått overdratt rettighetene i eksportstaten, og som var rettslig og faktisk uavhengig av den opprinnelige rettighetshaver (som altså satt på rettighetene i importstaten).⁹⁴ Her var det i

7, sak 3/78. Centrafarm mot American Home, Sml. 1978 s. 1873 premiss 11 og 12, sak C-10/89, CNL Sucal mot Hag (Hag II), Sml. 1990 I s. 3711 premiss 14 og sak C-9/93, IHT mot Ideal Standard, Sml. 1994 I s. 2789, særlig premiss 33 og 45.

⁹⁰ Jfr. Merck/Stephar- (patent) og GEMA-(opphavsrett)dommene, op.cit. hhv. premiss 10 og 13.

⁹¹ Op.cit., hhv. premiss 11 og 25.

⁹² Jfr. sak 19/84, Pharmon mot Hoechst, Sml. 1985 s. 2281, som direkte omhandlet tvangslisenser på patentområdet. Det tilsvarende bør imidlertid også gjelde på opphavsrettens og mønsterrettens område, jfr. Pehrson i TfR 1989 på s. 518. Det oppstår i denne forbindelse videre et spørsmål om hvordan grensen skal dras mellom tvangslisenser og frivillige lisenser, jfr. Pehrson samme sted. Tilsvarende spørsmål har også vært oppe i nordisk høyesterettspraksis vedrørende nordisk opphavsrett, jfr. norsk dom i Rt. 1985 s. 883 (Electrc Circus) og to svenske i NJA 1961 s. 695 (Samson) og NJA 1975 s. 339 (Richard Berlin)

⁹³ Jfr. sak 341/87, EMI mot Electerola, Sml. 1989 s. 79.

⁹⁴ Jfr. sak C-9/93, Ideal Standard, op.cit. For en nærmere kommentar til denne dommen, se bl.a. Jesper Rasmussen: «Ideal Standard» – Styrkelse af varemerkrettigheders stilling i EU-retten, UfR B 1994 s. 447 flg. og Lars Pehrson: Common origin-principen – dens oppgång och fall, NIR 1995 s. 10 flg.

saken hevdet at overdragelsen av varemerket innebar at rettighetshaveren hadde gitt sitt samtykke til at erververen kunne omsette produktet i eksportstaten, og at han følgelig måtte bære konsekvensene av sitt valg.⁹⁵ EF-domstolen fant på sin side at konsumpsjonsprinsippet ikke fikk anvendelse, under henvisning til at det samtykke til omsetning som lå i overdragelsen av rettighetene ikke var det samme som det samtykke som utløste konsumpsjonsvirkninger.⁹⁶ Som en mer prinsipiell begrunnelse ble det vist til at varemerkerettens «avgjørende funksjon» var å tjene som garanti for produktets opprinnelse, og at innehaveren av varemerket kunne risikere å bli lastet for en dårlig varekvalitet som han ikke selv kunne ha ansvaret for.⁹⁷

Om det dermed er tillatt for en varemerkeinnehaver å hindre såvel direkte import som parallellimport under oppdelte varemerkerettigheter, er det likevel ikke sagt at det tilsvarende gjelder ved overdragelse av andre immaterielle rettigheter. I forhold til f.eks. patentrettigheter kan det godt tenkes at «konsekvenssynspunktet» også er gangbart i overdragelsestilfellene, idet patenthaveren gjennom rettighetsoverdragelsen har hatt mulighet til å skaffe seg tilstrekkelig kompensasjon.⁹⁸

Tendensen i EF-domstolens praksis synes videre å være at varer produsert på lisens fra rettighetshaveren likestilles med «ekte varer» produsert av den originære rettighetshaver (eller en konsernforbundet virksomhet), slik at samtykkekravet anses oppfylt i slike tilfeller.⁹⁹ Når det gjelder varemerkerettigheter har det vært hevdet at varemerkedirektivet endrer på dette, slik at rettighetshaveren nå skal kunne motsette seg import av lisensprodukter i tilfeller der rettighetene er oppdelt geografisk over landegrens-

⁹⁵ Synspunktet ble bl.a. fremmet av EU-kommisjonen i sitt innlegg for domstolen, jfr. dommens premiss 42.

⁹⁶ Jfr. premiss 43. Denne begrunnelsen er kritisert i Peter Oliver: *Free movement of goods in the European Community*, 3. utg. London 1996 s. 283 og 284.

⁹⁷ Jfr. premiss 45 med henvisning til Hag II-dommen, op.cit.

⁹⁸ Jfr. René Joliet: *Trade Mark Law and the Free Movement of Goods: The Overruling of the Judgment in Hag I*, *International Review of Industrial Property and Copyright Law (IIC)* 1991s. 303 flg. på s. 318.

⁹⁹ Dette følger dels såvel direkte som indirekte av EF-domstolens uttalelser og dels av at Domstolen har uttalt konsumpsjonsprinsippet i saker der varene var framstilt på lisens. Begrunnelsen for å likestille lisensprodukter med originalprodukter tør imidlertid være ulik avhengig av hvilke rettigheter som «konsumeres». For varemerkerettigheters vedkommende, se *Ideal Standard*-dommens premiss 37 og 38.

ene.¹⁰⁰ Det er imidlertid all grunn til å stille seg tvilende til en slik påstand.

Skillet mellom egentlig og uegentlig parallellimport er heller neppe relevant i relasjon til det EF-rettslige konsumpsjonsprinsipp. Det avgjørende er om rettighetshaveren har gitt sitt samtykke til omsetning av det aktuelle produkt, og ikke om han selv produserer de aktuelle varer på hjemmemarkedet. En annen sak er at det neppe er avklart om samtykkekravet er oppfylt i de tilfeller der patent-, mønster eller opphavsrettigheter i importstaten er overdratt til et rettssubjekt som er rettslig uavhengig av den originære rettighetshaver, og førstnevnte ikke har gitt samtykke til omsetning i eksportstaten.¹⁰¹ I slike tilfeller vil rettighetsserververen ofte selv produsere de aktuelle varer på det nasjonale marked, men dette er altså ikke det avgjørende rettslige kriterium.

Mens parallellimport fra uavhengige tredjemenn altså kan skje dersom produktene er omsatt av rettighetshaveren selv eller med hans samtykke, kan det derimot stilles spørsmål om ikke de immaterielle rettighetene i alle tilfeller kan brukes til å stanse *direkte import* fra innehaveren av rettighetene i eksportstaten. Spørsmålet er i realiteten om det EF-/EØS-rettslige konsumpsjonsprinsipp *forutsetter* at det aktuelle produkt har vært bragt på markedet i *eksportstaten* forut for importen. Uten at vi her skal gå inn på tolkingen av konsumpsjonsprinsippet i denne henseende, skal det nevnes én omstendighet som kan tale for at rettighetshaveren ikke kan gis ubegrenset rett til å motsette seg direkte import, nemlig forholdet til konkurransereglene. Som vi har sett åpner konkurransereglene for muligheten av å legge visse begrensninger på adgangen til direkte import, særlig gjennom avtaler om lisensiering av immaterielle rettigheter. På den annen side er hovedregelen snarere at eksportforbudsklausuler er forbudt etter konkurransereglene. Det kan hevdes at det ville virke nokså inkonsekvent om en på den ene side motarbeider eksportklausuler i avtaler med produsent og lisenshaver i stat A, dersom importen likevel kan hindres i kraft av patentrettighetene i stat B. EU-kommisjonen har følgelig lagt til grunn at konsumpsjonsprinsippet hindrer at rettighetshaverne kan motsette seg direkte import.¹⁰²

¹⁰⁰ Jfr. *Hans Peter Kunz Hallstein: Perspektiven der Angleichung des nationalen Markenrechts in der EWG*, GRUR Int. 1992 s. 81 flg. på s. 90.

¹⁰¹ Se f.eks. Joliet op.cit. som for patentrettigheters del er av den oppfatning at konsumpsjon ikke inntreer i slike tilfeller, «otherwise the assignor will be doubly advantaged: first through the consideration received for the assignment and, second, through still being able to sell in the territory of the assignee».

¹⁰² Jfr. bl.a. Kommisjonens innlegg i Pharmon-dommen, se generaladvokat Mancinis

Dersom en gjennomfører en slik regel kategorisk vil en imidlertid gjennom lisensavtalene bare ha kontraktsrettslig og ikke immaterialrettslig vern mot direkte import i fall eksportforbudsklausulene ikke er i strid med konkurransereglene. En tenkelig «mellomløsning» er å se konsumpsjonsprinsippet i sammenheng med konkurransereglene, slik at samtykkekravet ikke anses oppfylt dersom eksportøren overskrider avtaleklausuler som er forenelige med konkurransereglene. EF-domstolen har imidlertid ikke hatt anledning til å uttale seg om dette spørsmålet.¹⁰³

Endelig skal det sies noe om problemstillingen rundt parallellimportørens bruk av det varemerke som en produsent eller forhandler har rettigheter til på det nasjonale marked. Problemstillingen vil blant annet oppstå som følge av produkt differensiering på de enkelte deler av Fellesmarkedet; produkter som stammer fra samme produsent og som har samme eller liknende egenskaper forsynes med ulik emballasje og markedsføres undertiden under ulike navn i de ulike stater. Parallellimportøren vil følgelig ha interesse av å tilpasse de importerte produkter til «nasjonale forhold» for å kunne representere et alternativ for forbrukerne til det ordinære produkt.

Som vi var inne på ovenfor i avsnitt 2.1.3 har EF-domstolen åpnet for at ompakking av produktene og endog påføring av produsentens varemerke kan skje, forutsatt – som de sentrale vilkår – at et forbud ville medføre en kunstig markedsoppdeling og at varens kvalitet ville bli påvirket som følge av ompakkingen.¹⁰⁴ Denne forutsetningen er utslag av forbeholdet i EF art. 36(2) om at nasjonale tiltak ikke må virke som en vilkårlig handelshindring eller vilkårlig forskjellsbehandling. I en rekke nye saker for EF-domstolen vedrørende ompakking av legemidler har det dels vært spørsmål om hvordan de tidligere dommene nærmere skal forstås, og dels om varemerkedi- rektivet innebærer en forandring i denne henseende, og eventuelt i hvilken

uttalelse Sml. 1985 på s. 2285. Generaladvokaten er selv av samme oppfatning, se s. 2285 og 2286.

¹⁰³ Riktignok har den i flere saker hatt oppe tilfeller der importen skjedde direkte fra rettighetshaveren i eksportstaten. Jfr. Hag I og II-dommene samt GEMA-, Pharmon- og Ideal Standard-dommene, op.cit. Ikke i noen av disse dommene rettet EF-domstolen imidlertid oppmerksomheten mot direkte importproblemet, slik at dommene neppe gir grunnlag for å trekke sikre slutninger. I GEMA-saken tolket imidlertid den tyske domstol som behandlet den underliggende sak EF-domstolen slik at rettighetshaveren kunne hindre direkte import. Om EF-domstolen virkelig var slik å forstå er imidlertid tvilsomt. Jfr. *Pehrson*: EG och immaterialrätten op.cit. s. 43.

¹⁰⁴ Jfr. nærmere bl.a. i *Pehrson*: EG och immaterialrätten op.cit. s. 71-78.

retning.¹⁰⁵ Generaladvokaten har nylig avgitt uttalelse til EF-domstolen i disse sakene (Bristol Myers-saken).¹⁰⁶ Han tar til orde for at nasjonale varemerkeregler, verken med grunnlag i EF art. 36 eller i varemerkedirektivet, kan hindre en parallellimportør i å selge de importerte varene i nye ytterpakninger med det originale varemerket påført, forutsatt at ompakkingen ikke er gjort på en slik måte at den er i stand til å påvirke varekvaliteten eller på annen måte forringe varemerkets renommé. Generaladvokaten avviser i den forbindelse at parallellimportøren uten videre har bevisbyrden for at denne omstendighet er oppfylt. Han gir videre uttrykk for den oppfatning at det ikke er noen relevant forskjell mellom det tilfelle at merket påføres den nye ytterpakningen og den situasjon at importøren ikke selv påfører merket, men forsyner produktet med en ytterpakning hvorgjennom varemerket på innerpakningen er synlig.¹⁰⁷

Jeg skal ikke spekulere i hvordan EF-domstolen vil vurdere nevnte spørsmål. Min «tese» – som vi om kort tid kan få bekreftet eller avkreftet – er at det avgjørende vil være hva som oppfattes som varemerkets vesentlige funksjon, som beskyttes av EF-retten. Om EF-domstolen holder fast ved at varemerkets avgjørende funksjon er å garantere for produktets opprinnelse, er det grunn til å forvente at domstolen treffer avgjørelse i samsvar med generaladvokatens uttalelse.¹⁰⁸ Dersom EF-domstolen på den annen side finner at varemerkets funksjon må redefineres – f.eks. til også å tjene en markedsstyrings- og/eller reklamefunksjon – kan det tvert imot tenkes at praksis strammes inn i parallellimportørens disfavør.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Om problematikken: Se nærmere hos Karen Dyekjær-Hansen, *The Trade Mark Directive and the protection of brands and branding*, *European Intellectual Property Law Review (EIPR)* 1996 s. 62 flg.

¹⁰⁶ Forente saker C-427/93, C-429/93 og C-436/93, *Bristol Myers Squibb m.fl. mot Paranova*. Generaladvokat Jacobs avga sin uttalelse 14. desember 1995.

¹⁰⁷ EF-domstolen har nemlig tidligere gitt uttrykk for at en slik type ompakking er i orden, jfr. sak I/81, *Pfizer mot Eurim Pharm, Sml.* 1981 s. 2913.

¹⁰⁸ Jfr. generaladvokatens uttalelse, *op.cit.* premiss 78, der det framgår at generaladvokaten anser at varemerkets vesentlige funksjon i henhold til EF-retten (fortsatt) er å garantere for produktets opprinnelse.

¹⁰⁹ Spesielt blant tyske forfattere har det vært hevdet at varemerkedirektivet innebærer en omdefinering av hva som anses som varemerkets vesentlige funksjon. Se bl.a. *Kunz Hallstein, op.cit.* (note 100) på s. 90 og *Rainer Klaka: Erschöpfung und Verwirkung im Licht des Markenrechtsreformgesetzes*, *GRUR* 1994 s. 321 flg. på s. 326.

Når det gjelder spørsmålet om endring av selve varemerket, kan det synes som om EF-domstolen har oppstilt et enda strengere krav for at dette kan skje, idet den – også i en sak som gjaldt legemidler – fant at et forbud kunne utgjøre en skjult handelshindring dersom innehaveren benyttet forskjellige varemerker for samme produkt med det *formål* å foreta en kunstig oppdeling av markedet.¹¹⁰ Det kan således virke som om det her, i motsetning til hva som gjelder spørsmålet om påføring av varemerket, kreves at innehaveren bevisst søker å dele opp markedene.¹¹¹ Også her oppstår det et spørsmål om varemerkedirektivet endrer situasjonen, skjønt det er fullt mulig å hevde at varemerkeinnhaveren har «berettiget grunn» til å motsette seg salg med mindre han har hatt til formål å dele opp markedene (direktivets art. 7.2). Generaladvokaten påpeker i alle tilfelle i Bristol Myers-saken at «rather more difficult problems arise when the parallel importer changes the trade mark, as opposed to simply changing the packaging, and different solutions may be called for».¹¹² Det oppstår på den annen side bevisproblemer av betydelig art når noens formål eller hensikt gjøres til det avgjørende rettslige kriterium, og EF-domstolen har nokså gjennomgående avstått fra dette i andre sammenhenger.

b. Tredjelandsimport

Prinsippet om EF-konsumpsjon gjelder som nevnt bare omsetning innenfor Fellesskapet.¹¹³ Ved parallellimport fra et tredjeland inn i EU oppstår problemer i relasjon til handelspolitikken og konkurranseforholdene innad i Fellesskapet. Handelspolitikken i EU er basert på prinsippet om fri flyt av varer innenfor Fellesskapet og en koordinering av handelspolitikken overfor tredjeland, hvor det søkes å skape like inntrede vilkår til markedet for varer som er produsert utenfor Fellesskapet.¹¹⁴ Hvis statene får frihet til å

¹¹⁰ Jfr. American Home-dommen, op.cit (note 89) premiss 23.

¹¹¹ Jfr. Pehrson i EG och immaterialrätten, op.cit. på s. 77 og 78.

¹¹² Op.cit. premiss 84.

¹¹³ Jfr. EMI/CBS-dommen, se ovenfor i avsnitt 3.1.2. Unntak gjelder der EU har inngått avtaler om det motsatte. EØS-avtalen inneholder som nevnt uttrykkelig en forpliktelse til å la konsumpsjonsprinsippet få virkning innenfor hele EØS-området, jfr. EØS-protokoll 28 art. 2.

¹¹⁴ Det siste framgår av reglene i EF-traktaten om felles tolltariff og felles handelspolitikk overfor tredjeland. EF-domstolen har imidlertid fastslått at kompetansen under den felles handelspolitikk i henhold til EF art. 113 ikke omfatter immaterielle rettigheter, jfr. uttalelse i henhold til EF art. 228(b) av 15. november 1994, Sml. 1994 I s. 5267 flg.

bestemme om innehaverne av immaterielle rettigheter skal kunne motsette seg import fra tredjeland, vil dette kunne innebære at noen stater benytter seg av denne friheten, mens andre lar være. Dette kan resultere i at de samme produktene fritt kan parallellimporteres til én medlemsstat, men ikke til en annen, noe som igjen vil kunne føre til ulikheter innad i markedet. I noen stater vil rettighetshaverne kunne skjermes mot parallellimport, men ikke i andre, noe som vil påvirke retningen av varestrømmene inn i Fellesskapet og skaffe noen næringsdrivende i Fellesskapet fordeler i forhold til andre. Ulikheter i nasjonale immaterialrettsregler vil med andre ord komme på tvers av målsettingen om like inntredevilkår for tredjelandsvarer. Det finnes to måter å løse dette problemet på: Enten kan en pålegge statene å tillate parallellimport fra tredjeland (plikt til «global konsumpsjon»), eller en kan pålegge statene å gi rettighetshaverne rett til å forby tredjelandsimport (plikt til «EF/EØS-regional konsumpsjon»).

Til valg av løsning må en også trekke inn et par andre forhold. For det første kan handelsproteksjonistiske hensyn tilsi at en velger å gi rettighetshaverne rett til å hindre parallellimport fra tredjeland (se ovenfor); ikke minst vil dette kunne gjøre seg gjeldende som «motpolitikk» dersom eksportstaten selv fører en proteksjonistisk politikk. For det andre kan hensynet til sterk immaterialrettsbeskyttelse gjøre at en heller velger å pålegge statene å gi rettighetshaverne rett til å forby parallellimport enn det omvendte. For det tredje kan formelle begrensninger i traktatverket være til hinder for å gjennomføre den ene eller den annen løsning fullt ut.

I EU synes regelverket i grove trekk å signalisere følgende løsning: Reglene om fritt varebytte i Fellesskapet (EF art. 30) gjelder bare interstatlig handel. Følgelig er ikke EF-traktaten til hinder for at statene kan gi innehavere av immaterielle rettigheter rett til å motsette seg parallellimport fra tredjeland, samtidig som disse reglene heller ikke gir grunnlag for noen plikt til det motsatte. På ikke-harmoniserte områder vil en med andre ord ikke ha noen garanti for at betingelsene for import av varer fra tredjeland er like i hele området. På den annen side gir konsumpsjonsreglene i de ulike *immaterialrettsdirektiver* grunn til å stille spørsmål om ikke statene har en plikt til å gi rettighetshaverne rett til å motsette seg import. *Varemerke-direktivets* (dir. 89/104) art. 7 bestemmer f.eks. at varemerkerettigheter ikke gir innehaveren rett til å forby bruken av varemerket for varer som er bragt på markedet *innenfor Fellesskapet* av rettighetshaveren selv eller med hans samtykke, noe som kan friste til en motsetningsslutning: Er varene ikke bragt på markedet innenfor Fellesskapet har rettighetshaverne rett til å hindre parallellimport. Direktivet om de såkalte opphavsrettsbeslektete rettig-

heter («spredningsdirektivet») gir utøvende kunstnere, film- og fonogramprodusenter samt kringkastingsforetak enerett til spredning av eksemplarer av sine prestasjoner (dir. 92/100 art. 9), hvoretter denne spredningsretten uttømmes (konsumeres) når eksemplaret selges i Fellesskapet av rettighetshaveren eller hans samtykke. Her er ikke en gang noen motsetningsslutning nødvendig; etter en naturlig forståelse av direktivteksten skulle spredningsretten være i behold når samtykket til omsetning i Fellesskapet ikke er gitt. Det tilsvarende – om enn noe mindre tydelig – gjelder for direktivet om rettslig beskyttelse av edb-programmer (jfr. dir. 91/250 art. 4 c).

De nevnte direktiver har gitt foranledning til diskusjoner om hvorvidt bestemmelsene vitterlig skal forstås slik at statene har *plikt* til å gi de aktuelle rettighetshavere rett til å hindre import fra tredjeland.¹¹⁵ Hva angår varemerkedirektivet kan forarbeidene samt direktivets forhistorie gi støtte for en slik løsning, om enn ikke entydig.¹¹⁶ I tilknytning til det tilsvarende spørsmål vedrørende spredningsdirektivet har EF-kommisjonen i et spørsmål fra Europa-parlamentet gitt uttrykk for at statene har en slik plikt, under henvisning til hensynet til konkurransen i og funksjonen av det indre marked, samt rettighetshavernes beskyttelse¹¹⁷ EF-domstolen har imidlertid ennå ikke

¹¹⁵ Særlig varemerkedirektivet har forårsaket diskusjon om dette spørsmålet. For den oppfatning at direktivet må tolkes slik at statene har valgfrihet på dette punkt, se bl.a. *Lars Pehrson*: EG-rätt och immaterialrätt, TfR 1989 s. 497 flg. samt *Jens Fejø*: Varemerkeretten i EF-perspektiv, Vennebog til Mogens Koktvedgaard, 1993 s. 261 flg. For motsatt standpunkt se bl.a. *Lars Kjølbye*: Varemerkeretlige konsumtionsspørsmål, UfR 1994 B s. 58 flg. og *Jesper Rasmussen*: The principle of exhaustion of trade mark rights, EIPR 1995 s. 174 flg. For et mer avventende standpunkt, se *Koktvedgaard*: Lærebog i immaterialret, op.cit. s. 318 og *Koktvedgaard/Levin* op.cit. s. 312, skjønt tyngdepunktet her vel ligger på sistnevnte oppfatning. Nevnte spørsmål har også foranlediget debatt i andre land enn de nordiske, jfr. for tysk rettslitteraturs vedkommende bl.a. *Friedrich Karl Beier*: Gewerblicher Rechtsschutz und freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt und im Verkehr mit Drittstaaten, GRUR Int. 1989 s. 603 flg. (= IIC 1990 s. 131), *Hans Peter Kunz Hallstein* op.cit. og *Rainer Klaka*: op.cit. med ytterligere henvisninger.

¹¹⁶ Jfr. Fejø og Rasmussen (jfr. foregående note), som begge redegjør nokså grundig for direktivets forhistorie, men som trekker ulike slutninger derfra. Nokså sentralt i denne forbindelse står spørsmålet om hvordan en skal forstå Kommisjonens uttalelse om at den nasjonale domstol kan tillate konsumpsjon utenfor Fellesskapet dersom det foreligger en garanti for gjensidighet mellom eksport- og importstaten, jfr EF-Tidende 1984 C 230.

¹¹⁷ Se EF-Tidende 1994 C 340 s. 37

hatt anledning til å ta stilling til om en slik forståelse av de respektive direktiver er riktig. I denne sammenheng vil vi ikke gi oss til å spekulere i hva resultatet av en domstolsprøving ville bli. Det rekkes å peke på at standpunktet om at rettighetshaverne kan hindre import fra tredjeland lar seg forene med handels- og konkurransepolitiske målsettinger i EU. En annen sak er at et slikt standpunkt kan angripes ut fra ulike politiske og rettspolitiske betraktninger, men en eventuell saklig uenighet med EF-myndighetene med hensyn til valg av virkemidler gir ikke grunnlag for å avvise standpunktet «de lege lata».

Om de nevnte direktivbestemmelser skal forstås slik at de pålegger statene en plikt til «regional konsumpsjon», kunne en ut fra det som her er sagt stille spørsmål om det tilsvarende i så fall også bør gjelde i EØS, all den tid EØS-avtalen ikke inneholder regler som skal koordinere handelspolitikken overfor tredjeland. Dette er et komplisert spørsmål, som også henger sammen med spørsmålet om hvordan tredjelandsvarer skal behandles innad i EØS. Etter min oppfatning har konsumpsjonsreglene i EØS tilsvarende rekkevidde som i EU også på disse punkter, jfr. EØS-protokoll 28 art. 2, men det lar seg gjøre å argumentere for det motsatte.

3.2.3 Regulering av offentligrettslige hindringer

Utgangspunktet i fellesskapsretten er at nasjonale myndigheter ikke kan treffe tiltak eller lage ordninger som i realiteten gjør parallellimport vanskeligere enn «autorisert import». Det følger av flere dommer fra EF-domstolen at slike ordninger anses som tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative restriksjoner (EF art. 30). Følgelig har en blant annet i flere tilfeller slått ned på nasjonale krav om produktdokumentasjon som en parallellimportør rimeligvis har vært ute av stand til å skaffe til veie.¹¹⁸ Andre eksempler på tiltak som vanskeliggjør parallellimport og som EF-domstolen har slått ned på er etableringskrav for å selge en viss type vare, samt krav om ompakking av varene forut for *importen*.¹¹⁹ Interessant er det videre at EF-

¹¹⁸ Jfr. sak 8/74, Dassonville, Sml. 1974 s. 837 og sak 2/78, Kommissjonen mot Belgia, Sml. 1978 s. 1761 som begge gjaldt krav om framlegging av ekthets-sertifikater ved brennevinsimport og sak 104/75, de Peijper, Sml. 1976 s. 613 (produktdokumentasjon ved legemiddelimport). Se også sak 406/85, Gofette og Gilliard, Sml. 1987 s. 2525 og sak 154/85, Sml. 1987 s. 2717, som gjaldt unødvendig omfattende kontroll- og dokumentasjonskrav ved motorvognimport som særlig rammet parallellimport.

¹¹⁹ Jfr. henholdsvis sak 247/81, Kommissjonen mot Tyskland, Sml. 1984 s. 1111 og sak C-347/89, Freistaat Bayern mot Eurim Pharm, Sml. 1991 I s. 1747.

domstolen har fastslått at reklame for parallellimporterte biler ikke kunne anses som villedende i henhold til direktiv 84/450, til tross for at en bl.a. annonserte med «lavere priser» uten å opplyse om at det dreide seg om bilmodeller som var mer sparsomt utstyrt enn de tilsvarende modeller som ble solgt gjennom det autoriserte forhandlernetet. Dommen gir et signal om at nasjonale myndigheter skal være varsomme mot å gripe inn overfor markedsføringstiltak som særlig er egnet til å fremme parallellimport.¹²⁰

På tross av at den positive innstilling til parallellimport også gjør seg gjeldende på dette området, kan en ikke avvise fullstendig ordninger der parallellimport vanskeliggjøres i forhold til ordinær import. EF art. 36 åpner som nevnt for å gjøre unntak for importrestriksjoner dersom viktige samfunnsmessige hensyn tilsier det; utover hensynet til immaterielle rettigheter som alt er nevnt kan særlig hensynet til folkehelsen begrunne restriksjoner på parallellimport.¹²¹ Også her må en dra en grense mot tiltak som virker som en skjult handelshindring eller vilkårlig forskjellsbehandling, og spørsmålet foranlediger vanskelige bevisspørsmål.¹²²

På samme måte som når immaterielle rettigheter gjør seg gjeldende oppstår det spesielle problemer for såvidt gjelder *produkt differensiering*. Det forhold at produsentene differensierer sine produkter, f.eks. avhengig av hvor de bringes i omsetning, gjør det vanskelig for nasjonale myndigheter å likestille det ordinære produktet og parallellimportproduktet. Dette gjelder både differensiering med hensyn til merke og avvikelser med hensyn til produktets innhold og sammensetning. Problemet viser seg ikke minst på legemiddelsektoren, der det kreves særskilt markedsføringstillatelse for omsetning av hvert enkelt produkt, og der det foreligger høy grad av produkt differensiering, samtidig som det gjør seg sterke hensyn gjeldende for å unngå at uheldige produkter kommer på markedet. Det er derfor ikke overraskende at det eneste eksemplet fra domstolspraksis på at et tiltak som

¹²⁰ Sak C- 373/90, Forundersøkelse mot X, Sml. 1992 I s. 131. Se særlig premiss 12 der EF-domstolen uttaler følgende: «Inden denne undersøgelse bemerkes, at disse reklameargumenter er af stor praktisk betydning for parallellimportører av biler, samt at parallellimport, som det er fremhævet af generaladvokaten i punkt 5 og 6 i forslaget til avgørelse, nyder en vis beskyttelse i fællesskapsretten, idet den fremmer udviklingen af varebevægelserne og stimulerer konkurrencen».

¹²¹ Derimot er det tvilsomt om statene kan påberope seg «almene hensyn» som ikke er nevnt i art. 36 i slike tilfeller (skjønt miljøhensyn generelt nok vil bli godtatt).

¹²² Se *Sune Troels Poulsen: Parallellimport og sundhed*, TfR 1993 s. 88 flg., på s. 117 og 118.

utvilsomt vanskeliggjorde omsetning av parallellimportprodukter i forhold til omsetning av ordinære importprodukter – og som ble godtatt av andre hensyn enn hensynet til immaterielle rettigheter – nettopp gjelder et tilfelle som berørte produkt differensiering på legemiddelsektoren.¹²³

På den ene side fant EF-domstolen i den såkalte de Peijper-dommen fra 1976 at en forskjellsbehandling med hensyn til behandlingen av to varianter av legemidler bare var berettiget i fall forskjellene mellom variantene hadde ulik terapeutisk betydning.¹²⁴ I dommen om Royal Pharmaceutical Society i 1989 godtok den på den annen side regler som ga apotekene plikt til å utlevere det produkt legene hadde utskrevet resept for, og dermed avstå fra å erstatte produkt som hadde samme terapeutiske virkning, men som ble markedsført under et annet varemerke. Ifølge Domstolen kunne en ikke avvise at hensyn av psykosomatisk karakter kunne tale for at det ble ordinert en bestemt medisinsk spesialitet i stedet for et artsbestemt produkt eller enhver annen medisinsk spesialitet som hadde samme terapeutiske virkning.¹²⁵ Dommen viser at en her er inne på et vanskelig område, som i tillegg til å måtte ta hensyn til folkehelsen også berører den varemerkeproblematikk som er nevnt ovenfor, skjønt EF-domstolen var av den oppfatning at varemerkerettigheter ikke kunne berettige et forbud for en næringsdrivende mot å erstatte det bestilte varemerkeproduktet med et annet.¹²⁶

De nevnte problemer lar seg i en viss utstrekning motvirke av at fellesskapsmyndighetene gir regler om sentral prosedyre for godkjenning av produkter, eventuelt pålegger statene en gjensidig plikt til å godkjenne hverandres produkter.¹²⁷ Slike harmoniseringsprosesser er imidlertid ofte politisk kontroversielle, noe som dels gjør at prosessene tar lang tid før de blir gjennomført, og dels at harmoniseringen forblir ufullstendig i forhold til de problemer som oppstår.¹²⁸

Et særlig problem i forbindelse med oppfyllelse av nasjonale godkjenningskrav gjelder spørsmålet om parallellimportørene uten videre kan nyte godt av den dokumentasjon produsenten eller de autoriserte importører eller forhandlere skaffer til veie for å oppnå godkjenning. Dersom det er snakk om teknisk kompliserte produkter vil en slik dokumentasjon kunne med-

¹²³ Jfr. sak 266 og 267/87, Royal Pharmaceutical Society, Sml. 1989 s. 1295.

¹²⁴ Jfr. de Peijper-dommen op.cit. (note 118).

¹²⁵ Op.cit. (note 123) premiss 22.

¹²⁶ Op.cit. premiss 20.

¹²⁷ På det viktige legemiddelområdet har en nå fått et generaldirektiv om sentral godkjenning, jfr. dir. 2309/93, EF-Tidende 1993 L 214 s. 1.

¹²⁸ Se f.eks. *Leigh Hancher: The European Pharmaceutical Market: the problem of partial harmonisation*, European Law Review 1990 s. 9 flg.

føre atskillige utgifter, slik at det her oppstår et «free-rider-problem». Såvel uttalelser fra EF-domstolen som fra Kommisjonen om ordningene under fellesskapslovgivingen indikerer imidlertid at parallellimportøren kan bygge på dokumentasjon framlagt av innehaveren av godkjennelsen til markedsføring av det aktuelle produkt.¹²⁹ Også i denne henseende synes EF-myndighetene lite tilbøyelige til å godta «free-rider-argumentet» i tilfeller der det er store prisforskjeller mellom markedene.¹³⁰

3.2.4 Noen sluttbemerkninger

Som det skulle framgå har holdningen til parallellimport innad i Fellesskapet i hovedtrekk vært nokså konsekvent. Verken konkurransereglene eller reglene om fritt varebytte tillater begrensninger på parallellimport fra uavhengige tredjemenn i særlig utstrekning, mens det finnes noe større rom for å tillate begrensninger på adgangen til direkte import fra det autoriserte forhandlernetet. Den strenge holdningen overfor begrensninger på vareforsyningskilder mellom medlemsstatene må ses på bakgrunn av den sterke hensyntaken til markedsintegrasjon, noe som bl.a. framgår tydelig av domstolspraksis på hele feltet.¹³¹ På den annen side er holdningen også uttrykk for en bevisst konkurransepolitikk, der en viser grunnleggende skepsis ikke bare overfor konkurransebegrensninger på produsentnivå («inter-brand»), men også på forhandlernivå («intra-brand»). Det finnes klart nok en kopling mellom bestrebelsene på markedsintegrasjon og konkurransepolitikken og disse to grunnleggende elementer i fellesskapspolitikken kan vanskelig isoleres fra hverandre.¹³²

¹²⁹ Jfr. de Peijper-dommen, op.cit. premiss 21 og 22 og Kommisjonens meddelelse «om parallellimport af medicinske specialiteter for hvilke der allerede foreligger en markedsføringstillatelse», EF-Tidende 1982 C 115 s. 5. Om sekundærlovgivingen, se eksempel hos Poulsen op.cit. s. 127-130.

¹³⁰ Jfr. for såvidt EF-domstolens uttalelse i nevnte de Peijper-dom om at parallellimportører ofte er i stand til å tilby varen til lavere pris enn den som den autoriserte importør opererer med for samme produkt. Uttalelsen ignorerer fullstendig det forhold at parallellimportørens kostnader blir lavere enn den autoriserte importøren så lenge han kan dra nytte av den dokumentasjon sistnevnte har framlagt for godkjenning i den aktuelle sak.

¹³¹ Se nærmere hos *Warwick A. Rothnie* Parallell imports, London 1993, særlig kap. 6.

¹³² På dette punkt vil Kommisjonens varslete endring i holdning til vertikale distribusjonsavtaler kunne medføre en lempeligere instilling til parallellimport på sikt. Jfr. overfor i avsnitt 3.2.2 a.

Følgen av den steile holdningen overfor parallellimportbegrensninger er at det ikke gis stort rom for å ta hensyn til markedsforholdene og virkningene for «inter-brand-konkurransen». Noe vekt legges riktignok på argumentet om at en viss grad av områdebeskyttelse er nødvendig for å komme inn på markedet, men EF-myndighetene har vært kritisert for ikke å vektlegge dette argumentet sterkere, slik at det skjer en oppmyking også i forhold til situasjoner der forhandleren har absolutt områdebeskyttelse.¹³³

Når det gjelder «free-rider-argumentet» viser den avvisende holdningen til parallellimportbegrensninger at en er lite villig til å akseptere at prisforskjellene innad i Fellesskapet legitimeres på grunn av produsentens/forhandlerens innsats for å bedre forholdet mellom pris og ytelse. Dette indikerer at EF-myndighetenes sterke fokus på priskonkurranse og prisutjevning i noen grad utelukker en nærmere vurdering av ikke-prisrelaterte ytelsers betydning for konkurranseforholdene i markedet. En må videre skille mellom «free-riding» på produsentens/forhandlerens ekstrautgifter og investeringer på den ene side og utnyttelse av produsentens goodwill på den annen side. EF-domstolens praksis bl.a. på varemerkeområdet viser at det settes grenser for parallellimportørens «free riding» på produsentens gode navn og rykte.¹³⁴

Produktdifferensiering skaper et særlig problem i forhold til fellesskapsretten. EF-domstolen uttrykte i Grundig-dommen en negativ holdning til fenomenet, idet den uttalte at produktdifferensiering hadde negative konsekvenser for «inter-brand-konkurransen». ¹³⁵ På den annen side har den akseptert at det skjer en viss grad av markedsdeling som følge av merke- og/eller produktdifferensiering, idet begrensninger på parallellimport i slike tilfeller kan være egnet til å ivareta beskyttelsesverdige interesser.¹³⁶ Her oppstår det tydelig nok en konflikt i fellesskapsretten, som i noen grad søkes forebygget ved harmonisering av produktstandarder og krav om sentral godkjenning, uten at dette er tilstrekkelig for å avhjelpe alle problemer i denne forbindelse. Problemer oppstår også idet det knytter seg betydelige

¹³³ Jfr. ovenfor i note 79.

¹³⁴ En må imidlertid holde muligheten oppe for en mulig holdningsendring på dette punkt i og med at Kommisjonen er i ferd med å endre syn på "vertikale konkurransebegrensninger". Jfr. ovenfor i kap. 3.2.2.a.

¹³⁵ Jfr. ovenfor i avsnitt 3.2.1.

¹³⁶ Jfr. American Home- og Royal Pharmaceutical-dommene, op.cit. Om problemet rundt merkedifferensiering og forbrukerinteresser, se *Lars Pehrson: Varemerkerätten från et konsumentsynspunkt, Hälsingborg 1981 s. 91 flg.* og *Peter Blok: Varemerker og forbrukerinteresser, NIR 1983 s. 105 flg.*

bevisproblemer med hensyn til å avgjøre om produkt differensieringen ivaretar legitime interesser eller har som formål eller følge å bidra til en kunstig markedsdeling. Her ligger det med andre ord et potensiale for parallellimport hindringer som følge av problemer en ennå ikke har klart å løse fullt ut.

Endelig har denne framstillingen søkt å presisere at EF-myndighetenes holdning til parallellimport innad i Fellesskapet ikke lar seg overføre til det problem at parallellimporten skjer fra et tredjeland. Her kan en se tendenser til at hensynet til egen handelspolitikk og mer renskåret handelsproteksjonisme kan spille inn.¹³⁷ Noen klar bekreftelse på dette gjennom entydige lovbestemmelser og/eller domstolspraksis foreligger imidlertid ikke på nåværende tidspunkt.

¹³⁷ Jfr. avsnitt 3.2.2.b sammenholdt med avsnitt 2.2.

Parallellimport

Gruppdiskussion

Referatskrivare: Sakkunnige *Magnus Rydén*, Sverige

Professor dr. juris *Hans Petter Graver*, Norge: Välkomna till gruppdiskussion om parallellimport vid det 34:e Nordiska Juristmötet. Ett program har delats ut till deltagarna som anger hålltiderna för dagen.

Vi inleder med att Ole Andreas Rognstad får redogöra för sin uppsats: "Parallellimport. Tendenser och perspektiv i belysning av EG-rättsliga inflytandet på norsk rätt". Uppsatsen tjänar som ett underlag för de två arbetsgrupper som närmare skall behandla ämnet under dagen. De två arbetsgrupperna kommer att delas in enligt följande:

Grupp 1: Parallellimport och privata parter

Grupp 2: Parallellimport och statlig kontroll samt parallellimport och marknadsintegration

Efter att frågeställningarna har behandlats i arbetsgrupperna samlas vi åter till en plenarsession där vi redogör för slutsatserna från de två grupperna.

Ansvariga för dagens program är en arbetsgrupp från Senter for Europarett, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo bestående av professor dr. juris Hans Petter Graver, universitetsstipendiat Ole-Andreas Rognstad och vitenskaplig assistent Thomas Nordby.

En diskussion om begreppet parallellimport leder till många frågeställningar. För det första kan man fråga sig vad parallellimport är? Här krävs det en kartläggning av olika situationer för att kunna enas om en definition. Vad är orsakerna till parallellimport? Och hur fungerar den rättsliga regle-

ringen av parallellimport? Det finns regleringar i de nordiska ländernas nationella rättssystem inom ramen för t.ex. immaterialrätten och konkurrensrätten. Men det finns också bestämmelser inom EG/EES-rätten som i allra högsta grad påverkar parallellimporten.

Det är emellertid inte min uppgift att gå in på de olika detaljerna utan det överlåter jag till Ole-Andreas Rognstad.

Universitetsstipendiat *Ole-Andreas Rognstad, Norge:*

Hindre for parallellimport

Jeg har i referatet vært inne på hvilke rettslige som finnes for å hindre parallellimport og - på den annen side - adgangen til å motvirke slike hindringer. Og det er her de rettslige problemene ligger i spørsmålet om rekkevidden av disse instrumentene. Når det gjelder parallellimportbegrensninger kan man lage ulike kategorier eller skiller. Man kan skille mellom hindringer som skapes av private parter på den ene side, og hindringer som skapes av det offentlige på den annen. Man kan videre skille mellom hindringer som skapes hos kilden, altså der parallellimporten skjer fra; eksportstaten, og hindringer som skapes ved målet, altså der parallellimporten skjer inn i; importstaten. Og man kan skille mellom hindringer for selve importen eller omsetningen i importstaten og hindringer på måten parallellimporterte produkter omsettes og markedsføres på i importstaten. Disse skillene er bl.a. relevante for følgende typetilfeller av parallellimporthindringer:

Private hindringer

Rent private hindringer der private søker å hindre parallellimport med produsentens medvirken. Det vil typisk være ulike avtalearrangementer som skal hindre at varene importeres utenfor det autoriserte forhandlernett. Man kan også da tenke seg ensidige handlinger fra aktørene i eksportstaten som f.eks. nektelse av levering. Slike hindringer vil da typisk være hindringer ved kilden.

Statlige reguleringer

Dermed har man immaterialrettigheter som kan tenkes å brukes mot selve parallellimporten og måten det omsettes på; f.eks. regler som gir en varemerkeinnhaver rett til å forby parallellimportøren å benytte varemerke på annen måte enn å bar importere og selge de varemerkebeskyttede varer. I forlengelsen av disse reguleringene har man alminnelige konkurranseregler, altså regler som beskytter forhandlernett i importstaten mot illojal konkurranse fra parallellimportørens side. Det vil også da tenkes brukt mot

selve importen og måten varene selges på. Disse reglene vil typisk være hindringer ved målet, og ligger i en mellomstilling mellom private hindringer og statlig reguleringer. Ved statelig reguleringer tenker man først og fremst på regler som regulerer forholdet mellom det offentlige og parallellimporten. Dette vil typisk være regler som ikke tar sikte på å regulere de private parteres innbyrdes rettsforhold, men som allikevel indirekte vil påvirke adgangen til parallellimport, f.eks. nasjonale sikkerhetsforskrifter som gjør parallellimporten vanskeligere enn den ordinære import. Dette vil også være snakk om hindringer ved målet.

Mottiltak mot begrensninger i parallellimporten

Man kan tenke seg mottiltak mot slike parallellimportbegrensninger. Det vil være regler som på ulike måter begrenser adgangen til å hindre parallellimport på de her foreskrevne måter. For eksempel konkurransebegrensningsregler som tar sikte på å regulere adgangen for private parter til å hindre parallellimport. Det kan være regler som begrenser rekkevidden av de immaterielle rettigheter, det som typisk kalles konsumsjonsregler. Her kan man tenkes at man i nasjonal rett kan få regelkonflikter som kan løses ved forrangsprinsipper. Et eksempel er forrangsprinsippet i EF-retten, og vi har en tilsvarende i den norske gjennomføringsloven til EØS-avtalen som kort fortalt innebærer at EF- og EØS-rettslige regler går foran de nasjonale.

I referatet har videre kommet inn på hensyn for og imot parallellimport. Det skal jeg ikke komme i dybden inn på her, det kan vi heller ta under gruppediskusjonen. Som Hans Petter Graver var inne på er det jo ulike hensyn som kan tenkes gjøres gjeldene. For det første konkurransepolitiske hensyn; hva sikret på best mulig måte konkurranseforholdene på markedet? Vil det være parallellimporten eller hindringene mot parallellimport? Her står økonomisk teori sentralt. Et særlig forhold som jeg ikke har nevnt spesifikt i referatet er at de immaterielle rettigheter som bygger på at konkurransebegrensninger er nødvendig for å skape insentiver til fortsatt produksjon, typisk opphavsrettigheter og patentrettigheter, vil beskyttelse mot parallellimport la seg forsvare også fra et konkurransepolitisk synspunkt dersom det finnes nødvendig får å sikre slike insentiver. Et slikt konkurransepolitisk synspunkt vil kunne ha betydning i de tilfeller der immaterialrettsbeskyttelse mangler i eksportstaten. Dette vil jeg komme noe tilbake til senere. Videre kan man anføre hensynet til markedsintegrasjon som et hensyn som taler for parallellimport. Motsatt er proteksjonistiske hensyn som kan tale for at man er strengere. Ellers har vi kulturpolitiske hensyn, forbrukerhensyn og så videre.

Jeg har videre i referatet fokusert på tendenser i regelverket. Spørsmålet er om regelverket stiller seg positivt eller negativt til parallellimport, og finnes det nyanser i så måte. I referatet har jeg konsentrert meg om regler som har betydning for norsk rett, da i første rekke norske regler og EØS-regler. Men det blir ikke store forskjeller til de andre nordiske land som også vil være bundet av EF- og EØS-regler i tillegg til at bl.a. reglene og alminnelige konkurranseregler - altså reglene i markedsføringsloven - bygger på en fellesnordisk tradisjon. Rent oversiktsmessig kan man si at det tradisjonelt har vært begrenset adgang i nordisk rett til parallellimport av produkter som er omfattet av patent- og mønsterbeskyttelse i de nordiske land. Ellers må man også si at det er antatt å være forholdsvis strenge rammer for bruken av en produsents varemerke i forbindelse med ompakking og markedsføring fra parallellimportørens side. Grensene for parallellimportørens snylting på produsentens goodwill må også antas å være nokså strenge etter nordisk rett. Forøvrig - og iallfall i Norge - må man kunne si det har vært en nokså åpen holdning til parallellimport.

Når det gjelder EF- og EØS-regelverket er det gjennomgående preget av relativt sterk vektlegging av parallellimportens positive virkninger for markedsintegrasjon og konkurranse i fellesmarkedet/EØS-markedet. I så henseende har reglene forårsaket en oppmykning i de nordiske reglene på områder der adgangen til parallellimport tidligere har vært begrenset. Det er også grunn til å anta en viss oppmykning med hensyn til bruken av varemerke og markedsføring av varen på det nasjonale marked. Hvor grensene går har vært gjenstand for diskusjon, og noe avklaring synes å ha kommet nylig fra EF-domstolen. Det er videre en tendens i EF-retten til å akseptere begrensninger på adgangen til direkte-import fra det autoriserte forhandler-nettet i eksportstaten, men samtidig har man vært forsiktig med å godta restriksjoner på importørens tilgang på varer ut over dette; altså restriksjoner i retning av en forsterket eller absolutt områdebeskyttelse for det autoriserte forhandler-nettet. Mens man gjennomgående har vært positive til parallellimport innad i fellesmarkedet, blir det et spørsmål om ikke enkelte av EF- og EØS-reglene fordrer beskyttelse mot parallellimport fra tredjeland. Dette er spesielt representert ved direktivene om konsumpsjon av immaterielle rettigheter. Man kan da stille spørsmål om ikke disse påfører statene en plikt til å innføre såkalt regional konsumpsjon. Dette er et om-diskutert spørsmål, ikke minst i de nordiske land der ihvertfall innstillingen i Sverige og i Norge på lovgiverhold - og da spesielt på varemerkeområde - synes å være at man beholder internasjonal konsumpsjon inntil EF- eller EFTA-domstolen har truffet en avgjørelse om dette. I så fall blir det et spørs-

mål om ikke de nordiske lands lovgivning er mer liberal til parallellimport fra tredjeland enn det som strengt tatt følger av EF- eller EØS-regelverket. Dette er et tema til diskusjon i gruppene.

Særlig om parallellimport av legemidler

I dette innlegget vil jeg ikke komme nærmere inn på regelverket generelt. Det er berørt i referatet. Derimot vil jeg her i forlengelsen av referatet berøre noen temaer av høy aktualitet som har oppstått i forbindelse med parallellimport av legemidler. Det angår problemstillinger som kan tas opp under samtlige temaer for gruppediskusjonene. Et spesielt trekk ved legemiddel-sektoren er at det er et område med høy grad av statlig regulering av markedsbetingelsene og det blir spørsmål om hvordan dette får konsekvenser for privates adgang til å motsette seg parallellimport. Det kan for det første dreie seg om statlig reguleringer i importstaten, typisk krav til hvordan legemidlene skal selges, anatall tabletter, pakningens størrelse og så videre. Her kan man tenke seg variasjoner av statlig lovgivning som kan vanskeliggjøre parallellimport. Man vil også kunne tenke seg reguleringer i eksportstaten, og da typisk prisregulering eller andre reguleringer som har betydning for prisen på produktene som igjen kan medføre at prisene blir lavere i eksportstaten enn i importstaten. Dette gir insentiver til parallellimport som ikke har noe å gjøre med private parters opptreden på markedet å gjøre, altså insentiver til parallellimport som ligger utenfor partenes kontroll. Jeg skal her berøre to problemer som har sammenheng med det jeg nå har sagt.

Ompakking

Det ene er den såkalte ompakningsproblematikken, spørsmålet om en varemerke innehaver kan motsette seg at parallellimportøren pakker om varene og forskyner dem med ny innpakning hvor han f.eks. påfører produsentens varemerke på de nye pakningene. Det spesielle i legemiddelsektoren er som nevnt at nasjonale regler stiller krav til innpakning og at reglene kan variere fra land til land. EF-domstolen har i løpet av sommeren truffet tre avgjørelser om adgang til ompakking av varer som er importert fra en annen medlemsstat, bl.a. i den såkalte Bristol-Myers saken som er omtalt i referatet mitt. Denne dommen avklarer iallfall noen av de spørsmål som har vært omdiskutert. I den såkalte Hoffmann-La Roche saken fra 1978 stilte EF-domstolen opp fire krav som måtte være oppfylt for at parallellimportøren kunne pakke om produktene og da selge dem i importstaten i ompakket stand. For det første ville det være at et forbud fra varemerke innehaverens side mot ompakking ville medføre en kunstig markedsoppdeling innad i

felleskapet. For det andre var det et krav om at ompakkingen ikke kan påvirke varens tilstand på en negativ måte. For det tredje at pakningen fastslår hvem som har pakket om produktene. For det fjerde at rettighetshaveren får et forvarsel om salget av det ompakkede produkt. EF-domstolen har nå etter min oppfatning og kort fortalt gjentatt disse kravene og presisert innholdet i dem ytterligere. I likhet med generaladvokatens forslag til uttalelse, som jeg har nevnt i referatet, bygger EF-domstolen på tidligere avsagte dommer, men domstolens tolkning av kravene i Hoffmann-La Roche kan synes noe strengere enn generaladvokatens. Det er ikke noen klare holdpunkter for at EF-domstolen redefinerer sin tidligere oppfatning av hva som er varemerkets vesentlige funksjon, nemlig å garantere for produktets opprinnelse, men man kan diskutere om ikke varemerkeinnehaverens rettigheter går lenger enn det som er nødvendig for å ivareta en slik garanti-funksjon etter de dommene som EF-domstolen har avsagt. Det er en tydelig forskjell mellom dommen og generaladvokatens uttalelse, og det er at EF-domstolen i likhet med Hoffmann-La Roche saken opererer uttrykkelig med kravet om at forbudet mot ompakking ikke må føre til kunstig markedsdeling. Dette regnes således som et selvstendig krav. Hvis forbudet ikke får slike konsekvenser - kunstig markedsoppdeling - er det legitimt. Domstolen har presisert dette noe nærmere; hvis det importerte produkt ikke kan selges i importstaten - typisk fordi nasjonal lovgivning og/eller bransjepraksis i forbindelse med utskriving av resepter stiller krav til pakningens størrelse - vil et forbud mot ompakking medføre kunstige markedsskiller. Derimot vil varemerkeinnehaveren kunne motsette seg ompakking dersom parallellimportøren kan selge det importerte produkt i originalpakningen, f.eks. ved å forsyne pakningen med opplysningen på importstatens språk eller ved å legge ved bruksanvisninger på dette språket. Det kan ses på som en slags proposjonalitetsvurdering til fordel for varemerkeinnehaveren; parallellimportøren må velge den løsning som er minst inngripende for eneretten til å bruke varemerket. Denne forståelsen av kravet til kunstig markedsoppdeling indikerer at varemerkeinnehaveren har en enerett til å bestemme hvordan produktene skal se ut og at inngrep i denne eneretten bare kan skje dersom det ville medføre at salg av produktet i importstaten blir avskåret, typisk som følge av nasjonale krav til pakningens utforming i importstaten. Her ser man at statlige reguleringer i importstaten på den måten kan medvirke til at varemerkeinnehaveren taper sin rett til å hindre omsetning av det ompakkede produktet. Problemet som kan reises i kjølevannet av disse dommene er om det finnes andre grunner enn statlig regulering og praksis for utskriving av resepter som gjør det nødvendig for parallellim-

portøren å pakke om varene. Det gir dommene etter min oppfatning ikke noe svar på. På den annen side presiserer domstolen at varemerket ikke har som formål å tjene til markedsdelinger, og dermed bygge opp under prisforskjeller som eksisterer i de ulike medlemsstatene. Med andre ord kan varemerkeretten ikke legitimere forbud mot parallellimport som følge av prisforskjeller som har oppstått som en følge av statlige reguleringer, altså forhold som ligger utenfor varemerkeinnhaverens kontroll. Problemer som følge av slike forskjeller i markedet må løses på en annen måte.

Konsumpsjon av patentrettigheter

Dette leder over i det andre temaet jeg skal berøre her, konsumpsjon av patentrettigheter. Ved patentrettigheter kommer betydningen av statlig intervensjon i eksportstaten med følge på prisnivået der mer på spissen. Patentrettighetenes begrunnelse kan hevdes å være at de skal sikre insentiver til fortsatt innovasjon og teknisk utvikling, og at dette forutsetter at rettighetshaveren får tilstrekkelig kompensasjon for sine bestrebelse som sikres gjennom eneretten. Ved statlig intervensjon i eksportstaten kan det føre til at prisnivået blir så lavt at det skaper selvstendige insentiver til parallellimport. Det kan således hevdes at rettighetshaveren ikke har fått tilstrekkelig utbytte ved utnyttelse av eneretten i eksportstaten. Det kan for det første gjelde der hvor det er prisregulering i eksportstaten og eventuelt nasjonale refusjonsregler som bidrar til ulikt prisnivå. For det andre har man også et problem i de tilfeller der hvor det er manglende patentbeskyttelse i eksportstaten, og dette problemet er aktualisert ved at Spania og Portugal tidligere - altså før 1992 - ikke hadde regler om patentbeskyttelse av legemidler. Det resulterer i at et stort antall legemidler aldri får patentbeskyttelse der. Manglende patentbeskyttelse vil i seg selv gjerne innebære et lavere prisnivå i tillegg til at det har sammenheng med nasjonale prisreguleringer. Disse forholdene utfordrer det EF-rettslige konsumpsjonsprinsipp, altså prinsippet om at når et produkt er brakt på markedet i en stat av rettighetshaveren eller med hans samtykke, skal det fritt kunne importeres til en annen stat. Man kan si at konkurranse- og integrasjonspolitikken kan bli et tveegget sverd. På den ene siden skal parallellimporten forebygge ineffektivitet og for høy prissetting i markedet og bidra til å redusere barrierer mellom markedene. På den annen side får man et problem når markedsbetingelsene er ulike på grunn av ulik statlig regulering, hvilket vil innebære at fellesmarkedet ikke oppfyller forutsetningen om å være et indre marked med samme karakteristikk som et nasjonalt marked. Spørsmålet blir om man må ta hensyn til dette ved vurderingen av om parallellimport skal tillat-

tes eller forbys. I saken Merck mot Primecrown m.fl. som nå er opp for EF-domstolen har generaladvokaten tatt til ordet for at tidligere domstolspraksis må revurderes. Som jeg har nevnt i referatet mitt er det slik at i patent- og opphavsrettssaker har det avgjørende vært at rettighetshaveren har hatt mulighet til å bestemme om produktet overhodet skal føres på markedet i de enkelte land. Har det først gjort dette, må rettighetshaverene ta konsekvensene av sitt valg, noe som kan kalles valgfrihet- eller konsekvenssynspunktet. Dette får da betydning i de tilfeller der prisnivået er lavere i eksportstaten enn i importstaten slik at det oppstår insentiver til parallellimport. I den såkalte Merck/Stephar-dommen fra 1981 fant EF-domstolen med denne begrunnelsen at rettighetsinnehaveren ikke kunne hindre import til tross for at produktet var brakt på markedet i en stat der det manglet patentbeskyttelse. Følgende argumenter står sentralt til fordel for et avvik fra Merck/Stephar-doktrinen: For det første har det vært anført at senere praksis fra EF-domstolen om immaterielle rettigheter viser en mer immaterialrettsvennlig holdning enn hva som var tilfellet på 70- og tidlig 80-tallet. For det andre har det vært anført at man ved å tillate parallellimport i slike tilfeller importeres også eksportstatens lovgivning til importstaten. For det tredje kan det anføres at det ikke er konkurransepolitisk begrunnet å hindre parallellimport hvor patentbeskyttelse mangler i eksportstaten. Da mangler nettopp den beskyttelse insentiver til fortsatt produksjon forutsetter. Noe lignende kan også anføres ved prisregulering som gjør at patenthaveren ikke får maksimalt ut av markedet. For det fjerde kan man stille spørsmål forsåvidt gjelder Merck/Stephar-dommen; er valgfrihetssynspunktet dekkende på forholdene i legemiddelsektoren? I den såkalte Primecrown-saken er det vist til at produsenten har en etisk forpliktelse til å markedsføre produktene. Man kan således ikke si at han står fritt til med hensyn til om han vil føre produktet på markedet eller ikke. Det argumentet er så vidt jeg har forstått på lang vei akseptert av Kommisjonen. Argumentene kan synes overbevisende. Jeg synes imidlertid det er grunn til å nevne at EF-domstolens og Kommisjonens strenge holdning til absolutt områdebeskyttelse har vært vel så mye motivert i policy-betraktninger om markedsintegrasjon som i konkurransepolitiske hensyn. Derfor har man i tidligere praksis vært lite villig til å tillate begrensninger i vareflyten mellom statene som ikke eksisterer innad i de enkelte stater; nettopp av den grunn at det er statlige reguleringer og ikke aktørenes oppførelse som forstyrrer konkurranseforholdene i markedet. Slike forstyrrelser søkes forebygget på annen måte enn gjennom å styrke produsentens rett til å dele opp markedet for sine varer. Disse synspunktene er fremme i EF-

domstolens ompakkingssaker. Til den aktuelle sak kan det tilføyes at Spania og Portugal har vært pålagt å innføre patentbeskyttelse for legemidler fra 1992. I tillegg har patentinnehavere i andre stater hatt rett til å hindre import av legemidler fra Spania og Portugal i en tidsbegrenset periode etter at patentbeskyttelse ble innført i disse statene. Det følger av overgangsordningene i de respektive tiltredelsestraktater. Dersom man skulle fravike Merck/Stephar-doktrinen ville patenthaverene får vern ut over denne tiden, og det kan stilles spørsmål ved om det har vært intensjonen. Et fravik fra Merck/Stephar-dommen innebærer også at det legges avgjørende vekt på ulikheter i det prisnivået som statene selv foranlediger ved vurderingen av om parallellimport kan forbys. Slike ulikheter kan i det fall begrunne at det skapes varige skiller mellom markedene som ikke eksisterer på de nasjonale markedene; der forutsettes jo å være homogene. Etter min oppfatning gir ikke de dommer der EF-domstolen har gitt immaterialrettshaverene rett til å hindre parallellimport, helt umiddelbart støtte for dette. Det samme gjelder de siste dommene om varemerkerettigheter. Slik jeg se vil et fravik her innebærer en ny linje i rettspraksis som ikke direkte kan støttes på tidligere dommer. På det punktet er jeg uenig med generaladvokaten i Merck/Primecrown, men det synspunktet kan vi da eventuelt diskutere nærmere. I denne forbindelse må det også nevnes at Kommisjonen nylig har holdt fast ved sin tidligere strikte holdning til absolutt områdebeskyttelse i konkurransesaker også i tilfeller som omhandler legemidler og der arrangementene var en direkte følge av prisreguleringene i eksportstaten.

Problemer til nærmere diskusjon i gruppediskusjonene

De problemene som her tas opp har relevans for alle de temaer vi har satt opp til gruppediskusjon. Spørsmålene kan diskuteres såvel de lege lata som de lege ferenda. Når det gjelder parallellimport og private parter kan innfallsvinkelen være: Skal produsenten/forhandlerne kunne hindre parallellimport ved avtalearrangementer og/eller immaterielle rettigheter når ulikheter i prisnivået i de forskjellige stater relaterer seg til forhold utenfor partenes kontroll? Når det gjelder parallellimport og statlig regulering kan man stille spørsmål ved i hvilken utstrekning statlig regulering i importstaten - typisk ved prisregulering - kan få betydning for importstatens regler om parallellimport. Og når det gjelder parallellimport og markedsintegrasjon kan man stille spørsmål: Er det av hensyn til målet om et integrert marked irrelevant i vurderingen om parallellimport skal forbys eller tillates, å ta hensyn til at markedsforholdene i de ulike stater faktisk varierer?

Professor *Lars Pehrson*: Ole-Andreas behandlar i sin uppsats både viktiga ekonomiska förhållanden avseende parallellimport och det aktuella rättsläget. Rättsläget är så lika i de nordiska länderna att det blir svårt att komma med några nyheter och kommentarer men jag skall ändå göra ett försök.

Varför marknadsuppdelning?

Spegelbilden av parallellimport är väl marknadsuppdelning. Det är på grund av att det finns olika marknader som parallellimport kan uppkomma. Varför delar man då upp marknader? Ja, det kan vara fler olika skäl till det. Ibland är det produktens art som är orsaken. Vissa varor är inte lika efterfrågade på alla ställen. Det klassiska exemplet är att man inte säljer så många kylskåp på Grönland!

Det är inte tillåtet att dela upp marknaden inom EU. Men ibland kan det gå ändå p.g.a produktens art.

Ett exempel som kan nämnas är försäljning av dataprogram som styr ljuset i industrilokaler. Det kan vara avsett för t.ex. den tyska marknaden. Arbetstider och helger som finns inprogrammerade gör då dataprogrammet helt värdelös i andra EU-länder. Man kan således med den här typen av produkter uppnå marknadsuppdelning utan att ens antyda det i något distributionsavtal eller liknande.

En produkts art och karaktär leder i vissa fall till en marknadsuppdelning som kan definieras som "halvnaturliga monopol".

Standardiseringsregler på läkemedelsområdet - som Ole-Andreas nämner - är ett annat exempel. Det finns krav på antalet tabletter som får finnas i en förpackning, dennas utseende, vikt osv. Detta i kombination med pris-subsidier kan leda till marknadsuppdelning.

Ett tredje exempel är immaterialrätter. Det finns olika immaterialrättsligt skyddsmöjligheter i de skilda länderna. Man kan använda sig av de immaterialrättsliga skydd som finns i ett land för att hindra import av produkter som man sålt i något annat land. Resultatet blir en marknadsuppdelning efter landgränser. Eftersom vi skall prata om EU och marknadsintegration skall här bara nämnas att det också finns regionalt eller lokalt begränsade immaterialrätter t.ex. känneteckensrätter som baserar sig på enbart användning (inarbetning) i en viss region.

Varför vill man dela upp marknader och varför vill företagen förhindra parallellimport? En gammal studentkamrat och numera professor i nationalekonomi har förklarat att det för en ekonom är ganska lätt att påvisa de ekonomiska fördelarna. Om en tillverkare av en viss vara delar upp det

område han är verksam inom i olika delområden samt maximerar priset i varje delområde tjänar tillverkaren alltid mer än om samma pris skulle gälla för hela området - allt annat lika. Det är helt enkelt en fråga om att tjäna mer pengar eller göra mindre förlust.

Om vi ser det hela från ett annat perspektiv kan vi konstatera att en av de viktigaste aspekterna när det gäller om man skall tillåta parallellimport eller inte är vilka konkurrensbegränsande verkningar ett förbud mot parallellimport har. Är det så att man genom att motverka parallellimport ger företagen en otillbörlig stark ställning på marknaden bör man tillåta parallellimport. Blir resultatet det omvända bör kanske parallellimport kunna förbjudas.

Frågan är dock om det är så enkelt att parallellimport antingen bör vara helt tillåten eller helt förbjuden. Här tror jag det är två olika förhållanden som är viktiga att tänka på och nu har jag för avsikt att övergå till att tala om immaterialrätten.

Parallellimporten och immaterialrätten

För det första är det inte säkert att alla immaterialrätter bör behandlas lika. Det är snarare så att det finns många olika skäl som talar emot det. För det andra bör man kanske göra skillnad mellan produkter som befinner sig i början resp. slutet av sin livscykel.

Det sista först. När det är fråga om att lansera en produkt, d.v.s i början av en produkts livscykel, är ett företag inte särskilt intresserat av att investera pengar utan att vara någorlunda säker på att kunna räkna hem investeringen. Ett exempel är en licenstagare som först måste försäkra sig om att inte någon mer rutinerad tillverkare kan sälja samma sak till ett lägre pris. Som licenstagare vill man därför vara exklusiv. Resultatet kan annars bli att den tilltänkte licenstagaren avstår från att ingå något avtal vilket i sin tur minskar konkurrensen inom det produktområde som licenstillverkaren hade för avsikt att verka inom.

När det gäller ett senare skede av en produkts livscykel, då produkten är mogen och typiskt sätt har stor efterfrågan (t.ex. Levis-jeans), vill vi i de fall inte ge rättighetsinnehavaren möjlighet att förhindra parallellimportörer och därmed ta ut ett högre pris.

De olika immaterialrätternas fyller skilda funktioner. Vissa rättigheter syftar till att rättighetsinnehavarna skall kunna göra större vinster. Upphovsrätten är till för att upphovsmännen skall kunna leva på sin skapande verksamhet och det blir ju lättare om man kan dela upp marknader. Det samma gäller uppfinnare som kan erhålla patent samt designers som kan få en

mönsterrätt. Patenträttens syfte är att ge en belöning och incitament för den uppfinnande verksamheten och i sådana fall kan det vara lättare att acceptera att man kan förhindra parallellimport.

När det gäller känneteckensrätten är situationen lite annorlunda. Visserligen syftar användning av varumärken till att ge så hög avkastning som möjligt. Men frågan är om detta är lagstiftarens syfte. Det tror jag inte, utan lagstiftarens syfte med känneteckensrätt är att göra det möjligt att skall kunna särskilja olika produkter på marknaden.

Immaterialrätten och EG-rätten

Historiskt sett har man i de flesta europeiska länder kunnat hindra parallellimport på patenträttslig, mönsterrättslig och upphovsrättslig grund. Vi i de nordiska länderna har avvikit från denna princip genom att man hos oss inte har kunnat hindra parallellimport på upphovsrättslig grund. Nu har situationen emellertid ändrat sig för oss i de nordiska länderna p.g.a. den europeiska integrationen och gemenskapsrätten. Inom EU är det förbjudet att dela upp marknader med skilda patent. Det har tillkommit ett nytt argument, ett nytt skäl för att hindra parallellimport - den inre marknaden med fria varurörelser. Den inre marknaden skall i det här hänseendet fungera som en nationell marknad.

Immaterialrätten har också fått en ny funktion i gemenskapsrätten genom att vara någon sorts handelspolitiskt förhandlingsargument och här tycker jag det finns utrymme för viss kritik.

De centrala reglerna i EG-rätten avseende parallellimport har varit artikel 30 och 36. Artiklarna gäller handel mellan medlemsstaterna och inte import från tredje land vilket EG-domstolen slog fast på 70-talet. Det som numera diskuteras är hur man skall tolka direktiven från 80- och 90-talen som gäller harmonisering av nationell lagstiftning. Enligt vissa av dessa direktiv måste man kunna motsätta sig import från tredje land till EG. Tydligaste framgår det av spridningsdirektivet (spridning av upphovsrättsligt skyddade verk) där resultatet för svensk rätt blir att innehavaren av en närstående rätt kan förhindra import medan innehavaren av en upphovsrätt inte kan göra det. Om man t.ex importerar grammofonskivor kan musikererna motsätta sig importen men inte tonsättaren.

Varumärkesdirektivet reglerar enligt sin ordalydelse endast import mellan medlemsstaterna. Men hur skall det tolkas från tredje land? I Sverige lever vi som om global konsumtion gällde. Men vissa akademiker har en annan åsikt och i litteraturen finns det åtskilliga som hävdar att regional konsumtion skall gälla. Numer finns det också en dom från Högsta domsto-

len i Tyskland som anger att regional konsumtion gäller. Jag tycker de är olyckligt. Men det är något som ligger i tiden. Immaterialrätt blir mer och mer handelspolitik. Vi har t.o.m. fått en konvention som huvudsakligen baserar sig på detta, TRIPS. Jag tror att en hel del av de andra sofistikerade juridiska övervägande som vi berört kanske inte kommer att väga så tungt i konkurrens med de handelspolitiska realiteterna.

Professor dr. juris *Hans Petter Graver*: Vi har av både Lars Pehrson och Ole-Andreas Rognstad erhållit många intressanta frågeställningar som vi närmare kan belysa och diskutera i grupperna. Efter gruppdiskussionerna samlas vi alla återigen för att redovisa resultaten av gruppernas aktivitet.

Parallellimport och privata parter:

gruppdiskussion redovisad av professor *Lars Pehrson*

I gruppen diskuterade vi hur parallellimporten uppfattas av de företag som är involverade och framför allt hur rättighetsinnehavarna påverkas. Något som alltid dyker upp i detta sammanhang är "free-rider" problemet. Parallellimportören behöver inte bära alla distributionskostnaderna. Han kan normalt sett "surfa" på rättighetsinnehavarens och tillverkarens reklam och andra marknadsföringsansträngningar.

Vi kunde konstatera att "free-rider" problematiken återfinns särskilt på områdena för läkemedel eller bilreservdelar. De som ytterst skall betala d.v.s socialförsäkringssystemet (läkemedel) och försäkringsbolagen (reservdelar) kräver att man väljer det billigaste alternativet. Det betyder ofta att man måste välja parallellimportörens produkt och detta trots att parallellimportören kanske bara är något billigare.

Det här är en idealisk situation för parallellimportörer. Han kan hugga av kostnader samtidigt som han bara behöver sänka priset mycket litet i förhållande till den auktoriserade distributören. Är det däremot frågan om märkesvaror som säljs i stormarknader i förorterna behöver importören sänka priserna avsevärt mer.

En annan sak som vi pratade om var olika typer av produktdifferentieringar för att attrahera marknaden eller hindra parallellimport. På det sättet kom vi osökt in på de domar som i somras kom från EG-domstolen om ompaketering. En fråga som vi ställde oss var om domstolen skulle komma till samma slutsats oavsett vilken produkt det var fråga om.

Situationen kan vara väldigt olika beroende på produktens art och då speciellt på läkemedelsområdet. Det torde vara något oklart om domarna bara gäller läkemedel eller om utgången hade blivit densamma om det hade

varit fråga om någon annan typ av produkt. Något helt säkert svar fick vi naturligtvis inte på den frågan.

Det sista som vi diskuterade var regional resp. global konsumtion när det gäller tolkningen av de immaterialrättsliga direktiven. Det är varumärkesdirektivet som är mest oklart. Beträffande de övriga direktiven så gäller regional konsumtion. Såvitt vi känner till så förekommer en hel del parallellimport från icke EU-länder som varumärkesinnehavarna inte är så benägen att ingripa mot samtidigt som det finns vissa branscher, t.ex läkemedelsbranschen i Norge, som agerar som om regional konsumtion gäller. Man importerar inom dessa branscher helt enkelt inte från tredje land.

Det måste bli EG-domstolen eller EFTA-domsstolen som till syvende och sist får avgöra frågan om det är global eller regional konsumtion som gäller enligt varumärkesdirektivet.

Parallellimport och statlig kontroll samt parallellimport och marknadsintegration:

gruppdiskussion redovisad av professor dr juris *Hans Petter Graver*

Många av de teman som var uppe i första gruppen diskuterades även i vår grupp men kanske mer från ett offentligrättsligt perspektiv.

Vi började med att diskutera utifrån ett internationellt perspektiv och då främst WTO-reglerna och regional kontra global konsumtion. Frågan som diskuterades var vilken betydelse "stand-still" kravet i WTO har för tolkningen av varumärkesdirektivet. Vi var inne på spørsmålet om "stand-still" kravet kan leda till att man inte kan införa regional konsumtion i stater där man har global konsumtion.

Vi gick sedan in ett på snävare gemenskapsrättsligt och nordiskt perspektiv. Gruppen diskuterade en konkurrensrättslig tendens från Danmark. I Danmark har man tidigare aktivt agerat för stödja parallellimport men nu funnit behov att ingripa mot parallellimporten. För konkurrensmyndigheterna har det uppstått ett nytt problem eftersom parallellimportörerna samarbetar om olika villkor och priser.

Gruppen behandlade också frågan som Lars Pehrson nämnde i sitt anförande. Den om förhållandet mellan mogna produkter och nylanserade produkter och vilken grad det har rättslig relevans. Det är vanskligt att som parallellimportör komma in på en marknad som är mogen p.g.a. att det finns nationella standarder och krav som kan vara anpassad till produkterna. Det är lättare att stöta på tekniska handelshinder. När det gäller nylanserade produkter diskuterade vi om man inte kunde få en viss tidsfrist från parallell-

importerande konkurrenter. EG-domstolen har tidigare fokuserat på integrationshänsynen och rambetingelserna för den inre marknaden men nu kanske domstolen mera kan fokusera på marknadens funktionssätt. Större öppenhet skulle nu kunna visas från domstolens sida när det gäller skydd för nylanseringar av produkter.

Vi avhandlade spørsmålet om samarbete och informationsplikt avseende läkemedelsimport.

Den som parallellimporterar läkemedel kan i vissa fall inte få upplysningar om innehållet i produkterna för att på så sätt kunna dokumentera att det rör sig om parallellimport. Trots samarbetsförpliktelsen i EG-rätten är det svårt att få information från andra länders myndigheter. Om man inte får information kan det då vara en grund till att tillåta parallellimporten?

Gruppen diskuterade också frågan om man kan använda producentens varumärke. En speciell variant är en situation som dyker upp i praxis som innebär att producenten kodar sina produkter för att kunna identifiera var varorna är köpta och på så sätt "avslöja" parallellimportören. Det i kombination med att det finns nationella krav på märkning (p.g.a säkerhet och hälsa) kan vara en grund för att importören skall få ommärka sina produkter.

Mot slutet debatterade gruppen om det finns skillnader mellan kommissionen och EG-domstolen hållning när det gäller skyddet för nylansering av produkter. Det antydde i gruppen att det kanske vore bättre att ta upp frågan som ett förhandsavgörande enligt artikel 177 i EG-fördraget än som en sak för kommissionen för att slå fast i praxis.

Sektionsmöte

**Undersökningskommissioner och andra
metoder för granskning av händelser som
väckt offentligt intresse**

Referent: Advokat *Per Magid*, Danmark

Korreferent: Høyesterettsdommer *Ketil Lund*, Norge

Debattledare: Høyesterettspraesident *Niels Pontoppidan*, Danmark

Referatskrivare: Tingsnotarie *Christer Filis*, Sverige

GRANSKNING AF HÆNDELSER, SOM HAR VAKT OFFENTLIG INTERESSE

Af advokat *Per Magid*, Danmark

1. Indledning

Den særlige interesse som ekstraordinære undersøgelser har påkaldt sig

Konstatering af faktum og fastlæggelse af retsfølge er en funktion, som dagligt udøves af jurister og andre, der arbejder i den offentlige administration. I langt de fleste tilfælde er dette en ukompliceret og ukontroversiel funktion. En større sagsbehandling er i visse tilfælde påkrævet, og i en del sager er det nødvendigt, at politi, anklagemyndighed og domstole inddrages. Også andre myndigheder er til rådighed.

Ekstraordinære forhold kan medføre, at der opstår behov for at få undersøgt et sagsforhold, hvor de permanente organer ikke anses for egnede. Typisk har sager af denne art allerede før undersøgelsen er begyndt, påkaldt sig betydelig interesse, og det er ofte denne interesse, der har givet anledning til etablering af en undersøgelse af ekstraordinær karakter. Der er anledning til at se på ekstraordinære undersøgelsesorganers virksomhed og på de regler, der gælder for eller bør gælde for sådanne organer.

Der er tale om ekstraordinære foranstaltninger og om undersøgelse af forhold, som anses for betydningsfulde. Undersøgelsens forløb og udfald kan være væsentlig for de myndigheder, virksomheder og enkeltpersoner, der er genstand for undersøgelsen. Der er oftest knyttet medieinteresse ikke blot til det forhold, der skal undersøges, men også til den måde, hvorpå undersøgelsen gennemføres, til dens forløb, og dens resultat. Mediernes interesse for sagen indebærer en øget risiko for, at de, der er genstand for undersøgelsen, udsættes for unødvendig overlast.

Brugen af ekstraordinære undersøgelsesorganer i Norge og Danmark har givet anledning til debat og kritik. Det danske Advokatsamfund og Den Norske Advokatforening har uafhængigt af hinanden i henholdsvis 1993 og i 1994 stillet spørgsmål ved de ekstraordinære undersøgelsesmetoder,

som er blevet anvendt. I Danmark har præsidenten for Højesteret i 1993 over for Folketingets Præsidium udtrykt betænkelighed ved brugen af undersøgelsesretter, og den norske ombudsmand har i 1994 over for Justisdepartementet peget på retssikkerhedsmæssige problemer i forbindelse med granskingskommissioner. De retlige konfigurationer og regelsættet for ekstraordinære undersøgelsesorganer i Norge og Danmark er forskellige, men udviklingen har haft overraskende paralleller.

Norge

I Norge er ekstraordinære undersøgelser blevet gennemført af "*granskingskommissioner*". Granskingskommissioner er administrativt nedsatte organer, der skal klarlægge et bestemt faktisk sagsforhold og udtale sig om ansvarsforhold. Formanden for kommissionen er normalt jurist. Brugen af granskingskommissioner har på et tidligt tidspunkt givet anledning til debat. Granskningen af eksplosionsulykken på Svalbard i 1962 udløste ikke blot et mistillidsvotum mod den norske regering og et regeringsskifte, men tillige en kritik af den gennemførte granskning og en debat om brugen af granskingskommissioner. Det blev klart, at der var et behov for regler om granskingskommissioner, og i 1966 nedsatte den norske regering et udvalg, der skulle komme med forslag til regler for sådanne kommissioner. I udvalgets kommissorium er bl.a. anført, at det "*må legges vekt på å få regler som så vidt mulig kan sikre en betryggende saksbehandling særlig av hensyn til personer som kan bli gjenstand for kritikk som følge av granskingen*". Udvalget, der bestod af højesteretsdommer E.F. Eckhoff, højesteretsdommer Knut Blom og politimester Gullbrand Nyhus, afgav i 1968 "*Innstilling om Regler for granskingskommissioner*". Der var i udvalget enighed om, at området skulle reguleres, men ikke om karakteren af reguleringen. Et flertal fandt, at der burde gives visse vejledende forskrifter, medens mindretallet ønskede bindende regler fastsat ved lov.¹

I 1975 udsendte det norske Justis- og politidepartement en "*rundskriv*" om granskning: *Regler for granskingskommissioner*. Disse regler er vejledende og den norske regering fulgte således flertallets synspunkt.² Sigtet i disse regler var at sikre en betryggende sagsbehandling særlig af hensyn til de personer, som kunne blive genstand for kritik. På trods af dette var kernen i

¹ *Innstilling om Regler for granskingskommissioner, avgitt i november 1968; trykt Bergen 1969.*

² *Justis- og politidepartementets rundskriv af 4. mars 1975.*

en henvendelse fra Den Norske Advokatforening i juni 1994 til Justisdepartementet en ”uro” for de granskedes retssikkerhed.³ I en henvendelse i oktober 1994 fra den norske ombudsmand til Justisdepartementet er anført, at de klagesager, som han har haft til behandling, har vist et behov for en gennemgang og klargørelse af sagsbehandlingsreglerne for granskningskommissioner. Dette gælder i særlig grad spørgsmålet om, hvilke krav der kan stilles til kontradiktion og partsøffentlighed.⁴

Danmark

I Danmark har man ikke haft granskningskommissioner, men anvendt kommissionsdomstole, dommerundersøgelser, og undersøgelsesretter.

Kommissionsdomstole kan efter retsplejelovens § 21 nedsættes af regeringen. De skal efter retsplejelovens § 43, stk. 5, beklædes af personer, der opfylder betingelserne for at blive udnævnt til dommer, og så vidt muligt skal der beskikkes faste dommere. Kommissionsdomstole skal anvende retsplejelovens regler. I årene efter 2. verdenskrig har der været nedsat kommissionsdomstole, hvis virksomhed ikke har givet anledning til større debat. I slutningen af 1950'erne indledtes den praksis, at enkelte ministre uden særlig lovhjemmel iværksatte såkaldte dommerundersøgelser. Det var aldrig blevet fuldt ud klarlagt, efter hvilke regler disse undersøgelser, der blev ledet af en dommer, skulle foretages. Retsplejeloven fandt ikke anvendelse, og det antoges, at undersøgelserne blev gennemført efter almindelige forvaltningsretlige regler. Enkelte beretninger afgivet af sådanne organer gav anledning til overvejelse.⁵

³ Skrivelse af 15. juni 1994 fra Den Norske Advokatforening til Justisdepartementet.

⁴ Skrivelse af 19. oktober 1994 fra Stortingets Ombudsmann til Justisdepartementet.

⁵ I december 1987 blev der etableret en dommerundersøgelse, der skulle foretage en uvildig undersøgelse af omstændighederne i forbindelse med anvendelsen efter 1. januar 1986 af ikke-screenet donorblod. Undersøgelsen skulle derudover klarlægge, om der var sket fejl ved sagsbehandlingen og om Folketinget og offentligheden havde fået urigtige eller mangelfulde oplysninger om sagen. Det faktuelle område for undersøgelsen blev senere på undersøgelsesdommerens anmodning udvidet. I beretningen afgivet i maj 1988, bl.a på grundlag af en række ”samtaler” med implicerede tjenestemænd, er der udtalt kritik af Indenrigsministeriet og Sundhedsstyrelsen (Beretning om anvendelsen af ikke-screenet blod efter januar 1986, s. 384), alvorlig kritik af en overlæge i Sundhedsstyrelsen ”for at have medvirket på afgørende måde til” at et sagsforhold ”forblev skjult for ministeren” (s. 387-388), en overlæge ved Rigshospitalet kritiseret for at have medvirket til at

Præsidenterne for Højesteret, Østre Landsret, Vestre Landsret og Sø- og Handelsretten i København påpegede i maj 1988 i en henvendelse til Justitsministeriet, at den manglende retlige regulering af dommerundersøgelser "medfører en retsusikkerhed, der vil kunne give anledning til problemer, som muligt kunne svække undersøgelsernes autoritet og den almene tillid, der bør være knyttet til deres indhold og konklusion." Retspræsidenterne fandt, at behovet for undersøgelser kunne tilgodeses ved anvendelsen af bestemmelserne i retsplejelovens § 21, og så derfor ikke noget "udtalt behov" for tilvejebringelse af et andet særligt regelsæt om dommerundersøgelser.⁶

Denne henvendelse var dog medvirkende til, at der i 1990 i retsplejeloven blev indsat en bestemmelse, der gav justitsministeren hjemmel til at nedsætte undersøgelsesretter, jfr. retsplejelovens § 21 a.⁷ I de almindelige bemærkninger til lovforslaget var anført, at undersøgelser skal foretages efter retsplejelovens regler. Herved skulle det sikres, at afhørte havde vidnepligt, og at undersøgelsen blev foretaget med de retssikkerhedsgarantier, som følger af retsplejeloven. Det blev fremhævet, at iværksættelsen af sådanne undersøgelser er enklere end iværksættelse af kommissionsdomstole.⁸

Den første sag, der blev behandlet efter denne bestemmelse, var den såkaldte Tamil-sag om berostillelse af ansøgninger fra tamilske flygtninge om familiesammenføringer og om undladelse af at give Folketinget fyldestgørende oplysninger. Undersøgelsesretten bestod af en højesteretsdommer, der i januar 1993 afgav beretning. Beretningens beskrivelse af en række

Rigshospitalets direktion ikke besvarede en henvendelse fra ministeren i overensstemmelse med det faktisk passerede (s. 388-389), samt en alvorlig kritik af direktøren for Rigshospitalet for "at have accepteret, at sagsforholdet forblev skjult for ministeren" (s. 389). Om en kontorchef i Sundhedsstyrelsen finder dommeren "ikke fuldt tilstrækkelig grundlag for kritik" (s.403). En overlæge ved Statens Seruminstitut bliver alvorligt kritiseret for at undlade et efterkomme et pålæg fra Sundhedsstyrelsen (s. 411) og for at disponere uden godkendelse fra Seruminstitutets kvalitets-sikringsafdeling (s. 414). Ved efterfølgende tjenestemandssager mod de mange tjenestemænd, der var blevet kritiseret af dommeren, blev der alene over for en embedsmand pålagt en disciplinær sanktion i form af forflyttelse. De øvrige embedsmænd, der havde måtte tåle dommerens alvorlige kritik, blev alle frifundet.

⁶ Retspræsidenternes henvendelse er trykt i Folketingstidende 1989-90, tillæg A sp. 5701 - 5704.

⁷ Lov nr. 406 af 13. juni 1990 om ændring af retsplejeloven.

⁸ Folketingstidende 1989-90, tillæg A, sp. 5695.

ministres dispositioner førte til, at regeringen trådte tilbage, og at oppositionen overtog regeringsmagten. Også formanden for Folketinget trådte tilbage. Beretningen gav anledning til, at der blev rejst rigsretssag mod en tidligere justitsminister, som ved rigsrettens dom blev fundet skyldig i overtrædelse af ministeransvarlighedsloven. Beretningen indeholdt en overordentlig alvorlig kritik af en række embedsmænd i Justitsministeriet. Også embedsmænd i Statsministeriet og i Udenrigsministeriet blev kritiseret i beretningen.⁹

Den meget grundige efterforskning, der lå til grund for Tamil-beretningen, havde strakt sig over 2½ år. Undersøgelsen startede for lukkede døre, men efter en måneds forløb blev dørene efter statsministerens bestemmelse åbnet. De personer, der var genstand for undersøgelsen, blev herefter tillige genstand for en konstant mediebevågenhed. Dette forhold i forbindelse med den ganske hårde bedømmelse af nogle af de implicerede personer gav anledning til debat ikke blot af undersøgelsens resultat, men af betimeligheden af at bruge højesteretsdommere og andre dommere til at udføre efterforskningsarbejde og de manglende retssikkerhedsgarantier ved anvendelsen af undersøgelsesretter.

Det danske Advokatsamfund afholdt i april 1993 – tre måneder efter Tamil-beretningens afgivelse – en konference om de retssikkerhedsmæssige betænkeligheder ved brugen af kommissionsdomstole og undersøgelsesretter. Der blev på konferencen udtrykt ønske om, at spørgsmålet om brugen af undersøgelsesretter, disses opgaver og de regler, der bør gælde for undersøgelsesretter, blev behandlet i et udvalg.

Inden udgangen af 1993 var der i det danske folketing påny stemning for at spænde domstolene for en ny efterforskningsopgave med tilknyttede retlige vurderinger. En påstået ulovlig skattebegunstigelse til et pengeinstitut, der overtog nogle engagementer fra en nødlidende bank, var springbræt for oppositionens krav om endnu en dommerundersøgelse. Her med den opgave at afgøre, om staten havde givet det overtagende pengeinstitut en berettiget forventning om en skattebegunstigelse. Domstolene modsatte sig ikke at medvirke til denne undersøgelse, men ønsket om denne dommerundersøgelse gav anledning til, at Højesterets præsident i brev af 3. november 1993 til Folketingets Præsidium gav udtryk for ”betydelige principielle betænkeligheder” ved at ikke alene fastlægge af et faktisk hændelsesforløb, men også komplicerede juridiske tvivlsspørgsmål i en tvist mellem en privat

⁹ Beretning om Tamil-sagen s. 2192 ff.

part og staten, skulle forelægges for en undersøgelsesret. Det var anført, at disse betænkeligheder i væsentlig grad forstærkes af "de processuelle regler eller snarere mangel på samme", som gælder for undersøgelsesretter. Med henvisning til det på Advokatrådets konference udtrykte ønske om nedsættelse af et udvalg til at behandle brugen af undersøgelsesretter opfordrede præsidenten for Højesteret til, at et sådant udvalgsarbejde blev iværksat. I brevet meddeltes videre, at "man ...forbeholder sig sin stilling til fremtidige tilsvarende undersøgelser" hvis en afklaring om brugen af undersøgelsesretter, som et udvalgsarbejde som det nævnte vil kunne tilvejebringe, ikke fremkommer.¹⁰

Henvendelsen fra præsidenten for Højesteret til Folketingets Præsidium medførte, at den undersøgelsesret, der den 4. november 1993 blev nedsat til at undersøge visse forhold i forbindelse med Sparekassen Nordjyllands overtagelse af engagementer fra Himmerlandsbanken, blev den foreløbigt sidste. Regeringen har siden undladt at anmode dommere om at gennemføre undersøgelser. Der er siden november 1993 ved lov etableret en undersøgelseskommission uden deltagelse af dommere. Forskellige ministerier har anmodet rigsadvokaten, advokater og revisorer om at foretage en række undersøgelser.¹¹ En del af disse undersøgelser ville formentlig have været gennemført af undersøgelsesretter, hvis ikke domstolene med Højesterets præsidents brev med rette havde sagt fra. Brevet fra Højesterets præsident gav endvidere anledning til, at regeringen i juni 1994 nedsatte et udvalg, der skal foretage en samlet gennemgang og vurdering af undersøgelsesorganer, der kan belyse og klarlægge forhold inden for den statslige forvalt-

¹⁰ Brevet af 3. november 1993 fra Højesterets præsident til Folketingets Præsidium er trykt i Folketingstidende 1993-94, tillæg B, sp. 15-18.

¹¹ Ved lov nr. 356 af 8. juni 1995 blev der givet hjemmel til etablering af en kommission til undersøgelse af den færøske banksag, Justitsministeriet anmodede ved skrivelse af 31. maj 1993 rigsadvokat Asbjørn Jensen om at undersøge begivenhederne på Nørrebro den 18. og 19. maj 1993, Trafikministeriet anmodede i skrivelse af 31. oktober 1994 en advokat om at foretage en supplerende undersøgelse og vurdering af nogle kritikpunkter vedrørende DSBs forvaltning af færgedriften mellem Århus og Kalundborg med chartringen af Ask og Urd, og Skatteministeriet anmodede i foråret 1995 en advokat om at undersøge en række sager om overdragelse af pengeinstitutter. Erhvervsministeriet nedsatte i efteråret 1995 en såkaldt "revisionsundersøgelse" vedrørende skibsfinansieringsområdet og i slutningen af 1995 anmodede Skatteministeriet en advokat om at tage stilling til, om en verserende disciplinærundersøgelse skulle udvides.

ning. Udvalget skal bl.a. overveje den fremtidige anvendelse af undersøgelsesretter og foreslå eventuelle ændringer i de regler, der gælder for disse retters virksomhed. Udvalget forventes at afslutte sit arbejde i 1996.

2. Hvornår skal ekstraordinære undersøgelsesorganer anvendes?

En stat råder som nævnt over en række permanente organer, der er egnet til at undersøge forhold, som har vakt offentlig opmærksomhed. Centraladministrationen har mulighed for og undersøger rent faktisk en række af disse sager. Politi og anklagemyndighed kan træde i funktion, hvis der er mistanke om strafbare forhold. Ombudsmanden undersøger et stort antal sager af offentlig interesse. Rigsrevisionen arbejder med sådanne opgaver. I sager anlagt af det offentlige eller af private kan domstolene klarlægge og vurdere forhold af offentlig interesse. Der er således et rigt udvalg af myndigheder og organer, der kan træde i funktion, hvis en sag, der har vakt offentlig interesse, skal undersøges.

Undersøgelser bør så vidt muligt gennemføres af permanente organer. Anvendelse af et ekstraordinært undersøgelsesorgan bør alene finde sted, hvis det er utvivlsomt, at andre organer ikke vil kunne gennemføre opgaven. Ikke alle sager, der har vakt offentlig opmærksomhed, bør give anledning til etablering af en ekstraordinær undersøgelse. Sager, der vedrører en tvist mellem to private, bør næppe undersøges på den måde. Det må endvidere kræves, at der er tale om sager af væsentlig almen betydning. At en ekstraordinær undersøgelse kan bruges i en politisk kamp bør ikke i sig selv være en tilstrækkelig begrundelse. Hertil er menneskelige og økonomiske omkostninger for store. Man kan håbe, at det politiske liv vil udvise mådehold, når talen er om at etablere ekstraordinære undersøgelsesorganer.

Ser man på hvilke sager, der i Danmark ikke er fundet egnet til en ordinær sagsbehandling, kan man med den risiko for forenkling, som kategorisering medfører, pege på følgende kategorier:

1. Ulykker af et større omfang.¹²

¹² Sagen om RF.2's forlis, kommissionsdomstol nedsat i 1981, beretning afgivet den 4. juli 1982, kommissionsdomstol nedsat den 20. maj 1983, beretning afgivet den 2. april 1984, kommissionsdomstol nedsat den 3. september 1985, beretning afgivet den 26. januar 1988; sagen om Harpoon-missilulykken, kommissionsdomstol nedsat den 9. juli 1984, beretning afgivet den 1. oktober 1984.

2. Enkeltstående dramatiske tildragelser.¹³
3. Dispositioner i den offentlige forvaltning, der indicerer misbrug af offentlige midler eller manglende styring af offentlige projekter.¹⁴
4. Ulovlig eller stærkt kritisabel sagsbehandling, hvor der er mistanke om, at én eller flere ministre har været indblandet.¹⁵

Det er karakteristisk for de sager, der har fremkaldt ønsket om en ekstraordinær undersøgelse, at der på det tidspunkt undersøgelsen indledes, ikke er et så sikkert overblik over hændelsesforløbet, at der er tilstrækkeligt grundlag for at sigte enkelte personer for lovovertrædelser eller at rejse disciplinærsag. Endvidere er det karakteristisk, at sagerne har påkaldt sig en betydelig offentlig interesse. Endelig kan der i visse af disse sager være en væsentlig politisk interesse, hvis undersøgelsen kan føre til, at der kan rejses kritik af en eller flere ministre.

Man kan søge at indkredse området for anvendelsen af ekstraordinære undersøgelsesformer ved at se på, hvilke muligheder for at gennemføre en undersøgelse et sådant organ kan have, som de ordinære undersøgelsesorganer ikke har. Der kan peges på følgende forhold:

¹³ Rigsadvokatens undersøgelse af begivenhederne på Nørrebro den 18. og 19. maj 1993.

¹⁴ Sagen om undersøgelse af visse forhold vedrørende post- og telegrafvæsenet, kommissionsdomstol nedsat den 17. marts 1982, beretning afgivet den 23. april 1985; sagen om statens forskudsvisse udbetalinger til arbejdsløsheds-kasserne til dækning af udgifterne til arbejdsløshedsdagpenge m.v., dommerundersøgelse nedsat den 20. september 1983, beretning afgivet den 17. august 1984, kommissionsdomstol nedsat den 21. februar 1985, beretning afgivet den 25. oktober 1985; sagen om statens salg af aktier i Kryolitselskabet Øresund A/S, dommerundersøgelse nedsat den 17. december 1986, redegørelse afgivet den 22. oktober 1987; sagen om landbrugsfondene, kommissionsdomstol nedsat den 23. maj 1990, beretning afgivet den 19. december 1991; sagen om FNs flygtningehøjkommissærs (UNHCRs) anvendelse af danske bistandsmidler, som var bevilget til uddannelsesaktiviteter m.v. for flygtninge, undersøgelsesret nedsat den 8. marts 1991, beretning afgivet den 25. september 1992.

¹⁵ Tamil-sagen, undersøgelsesret nedsat den 10. juli 1990, beretning afgivet den 14. januar 1993; sagen om visse forhold inden for Skatteministeriets område, kommissionsdomstol nedsat den 7. marts 1990, beretning afgivet den 30. oktober 1992; sagen om visse forhold i forbindelse med Sparekassen Nordjyllands overtagelse af engagementer fra Himmerlandsbanken, undersøgelsesret nedsat den 4. november 1993, beretning afgivet den 19. september 1994.

Et ekstraordinært undersøgelsesorgan kan udstyres med beføjelser til at få oplyst et sagsforhold, som normalt ikke er til stede. Selvom adgangen til at få oplyst, hvad der er passeret i den offentlige forvaltning, er blevet øget ved gennemførelsen af offentlighedsloven, vil det fortsat ofte ikke være muligt at få fuldt kendskab til et sagsforhold, der har udspillet sig i offentligt regi. Regler om tjenestemænds tavshedspligt og begrænsninger i offentlighedsloven sætter grænser for, hvor effektivt en sag normalt kan oplyses.

Mulighederne for i forbindelse med en civil retssag at få fuldstændige oplysninger om de beslutningsprocedurer m.v., der er anvendt i det offentlige system, er begrænsede. Det hænger sammen med, at det offentlige ligesom enhver anden part i en civil retssag ikke kan pålægges at udlevere oplysninger. Der savnes således et modstykke til reglerne om discovery i amerikansk ret, hvor pligten til at fremlægge dokumenter håndhæves noget mere effektivt ved hjælp af strenge straffebestemmelser end de mere fredelige danske regler om processuel skadevirkning. Hertil kommer, at danske domstole næppe i civile sager vil være indstillet på at afsætte det antal retsdage, der skal til for at sikre en mere kompliceret sag fuldt oplyst, og at en privat part næppe vil få adgang til at gennemføre den nødvendige vidneførsel. Behovet for en fuldstændig sagsoplysning kan således tale for brug af en ekstraordinær undersøgelsesform.

Er talen om at undersøge forhold i den del af den statslige administration, som normalt står for gennemførelse af undersøgelser f.eks. politi og anklagemyndighed, og har ministre og overordnede embedsmænd haft berøring med sagen, vil brug af et ekstraordinært undersøgelsesorgan kunne være nødvendigt for at sikre, at undersøgelsen bliver opfattet som uvildig.

Er der behov for en særlig koncentreret efterforskningsindsats, vil det måske være lettere at få de nødvendige mandskabsressourcer og de nødvendige bevillinger, hvis det sker ved anvendelse af et ekstraordinært undersøgelsesorgan.

3. Hvilke opgaver skal et ekstraordinært undersøgelsesorgan kunne pålægges?

Den væsentligste opgave for et ekstraordinært undersøgelsesorgan er at indsamle oplysning om et hændelsesforløb og give en samlet redegørelse for sagens faktuelle forløb således, som det på grundlag af de foreliggende oplysninger må antages at forholde sig. Der indgår i en sådan opgave såvel et efterforskningsselement og en bevisvurdering af det indhentede materiale.

Om der er behov for at pålægge undersøgelsesorganet opgaver, der rækker herudover, må bero på den konkrete sag.

Organet bør ikke pålægges opgaver, der indebærer, at organets beretning vil kunne sidestilles med en dom. Organets bevisvurderinger kan ikke lægges oprøvet til grund ved en efterfølgende retlig afgørelse. Organet bør ikke befatte sig med udsagn, der fastslår, hvorvidt enkeltpersoner har pådraget sig ansvar, det være sig erstatningsansvar, disciplinæransvar eller strafansvar. Selvom sådanne begrænsninger anerkendes, vil der være en vifte af forhold af vurderingsmæssig karakter, som kan overlades til undersøgelsesorganet.

Det kunne tænkes, at et organ etableres ikke for at forberede en ansvarsplacering, men for på grundlag af det undersøgte sagsforløb at komme med forslag om, hvordan noget i fremtiden vil kunne gøres bedre.

Ser man på den hidtidige anvendelse af ekstraordinære undersøgelser, har det dog typisk været opgaven for sådanne organer at finde ud af, hvem der kan gøres ansvarlig for, at noget ikke er gået, som det skulle.

I Danmark har det i en periode været almindeligt at formulere kommissoriet for undersøgelsesretter således, at retten skulle tage stilling til, om der i forbindelse med et hændelsesforløb var ”udvist fejl eller forsømmelser, som kan give anledning til, at et retligt ansvar søges gennemført”. Denne formulering rummer to elementer: For det første den retlige vurdering om en handling eller en undladelse kan kvalificeres som en fejl eller forsømmelse. For det andet, om denne dadelværdige adfærd er så alvorlig, at der er anledning til, at et retligt ansvar søges gennemført.

Er kommissoriet udformet på denne måde, skal undersøgelsesretten udvise stor omhu i formuleringen, for at konklusionen ikke i de tilfælde, hvor retten finder, at der er udvist fejl og at der er anledning til at gøre ansvar gældende, kommer til at fremtræde som en fældende dom.

Det er praksis i Danmark, at kommissionsdomstole og undersøgelsesretter behandler ministre og embedsmænd forskelligt, selvom begge personkredse er omfattet af samme kommissorium. Kommissionsdomstole og undersøgelsesretter har med stor klarhed – men ikke altid med stor træfsikkerhed¹⁶ – taget stilling til fejl og forsømmelser hos embedsmænd, og om der er

¹⁶ Betænkelighederne ved den virksomhed, der er udført af kommissionsdomstole og undersøgelsesretter understreges af den efterfølgende prøvelse af eller reaktion på de resultater, som disse organer er nået. I flere tilfælde har kommissionsdomstole, dommerundersøgelser og undersøgelsesretter fremsat alvorlig kritik af enkeltpersoner. Denne kritik er undertiden slet ikke blevet fulgt op. I de tilfælde, hvor det

anledning til at gennemføre ansvar mod dem. Derimod har undersøgelsesretter, når talen er om ministre, indskrænket sig til at beskrive faktum og har ikke taget stilling til, om faktum gav grundlag for en antagelse om, at ministre havde overtrådt ministeransvarlighedsloven. Begrundelsen for denne forskelsbehandling mellem ministre og embedsmænd har været, at det udelukkende tilkommer Folketinget at tage stilling til, om der er grundlag for at gøre ansvar gældende mod en minister.

Undersøgelsesretten vedrørende Tamil-sagen anførte om det spørgsmål:

”Endelig skal bemærkes, at undersøgelsesretten for så vidt angår de involverede ministre – i det væsentligste har anset det for sin opgave at give en beskrivelse af det passerede, idet det under hensyn til de særlige regler om ministeransvar udelukkende tilkommer Folketinget at tage stilling til, om de konstaterede forhold kan begrunde, at et ansvar gøres gældende over for vedkommende ministre.”¹⁷

Det forekommer ikke hensigtsmæssigt, at ministre og embedsmænd på denne måde behandles forskelligt, når undersøgelsesretter skal konkludere. Begrundelsen for forskelsbehandlingen forekommer heller ikke overbevisende. Den omstændighed, at tiltalerejsning ”udelukkende” tilkommer en myndighed, ses ikke i sig selv at kunne bære denne forskelsbehandling. Kompetencen til at rejse tjenestemandssag tilkommer også ”udelukkende” den pågældende minister.

Men den anlagte praksis viser, at det efter omstændighederne kan være fyldestgørende at beskrive det faktiske hændelsesforløb uden at drage retlige

er sket, har resultatet ofte været, at de nedsatte tjenstemandsretter har bedømt de påtalte forhold væsentligt mildere. Se bemærkningerne til beretning om anvendelsen af ikke-screenet donorblod efter 1. januar 1986 ovenfor note 5. Beretningen vedrørende ”køb dansk klausul” i A/S Storebæltsforbindelsens udbudsbetingelser afgivet af kommissionsdomstolen af 1. maj 1990 indeholder kritik bl.a af en række embedsmænd. En kontorchefs adfærd blev betegnet som ”beklagelig” og hans manglende orientering af departementschefen og ministeren om sine overvejelser vedrørende et udbudsvilkårs forenelighed med EF-retten blev betegnet som en fejl. Også departementschefen fandtes at have begået fejl. En læsning af beretningen efterlader det indtryk, at der af en række personer inklusive embedsmænd var handlet ganske kritisabelt. Kommissionsdomstolens beretning gav ikke anledning til noget retligt efterspil over for tjenstemændene. Om undersøgelsesretten vedrørende Tamil-sagen se nedenfor ved note 19 og 20.

¹⁷ Beretning om Tamil-sagen, side 2192.

konklusioner. Man kan derfor rejse det spørgsmål, om det er nødvendigt at pålægge undersøgelsesorganer at fremkomme med retlige konklusioner.

Undersøgelsesorganer anvender en inkvisitorisk procesform. Der foreligger ikke et anklageskrift, og der er ikke nogen ligeværdig repræsentation. De retssikkerhedsmæssige mangler, der uomgængeligt er knyttet til en inkvisitorisk proces, bør føre til en tilbageholdenhed ikke blot i undersøgelsesorganets konklusioner, men også i de opgaver, der pålægges organet.

I det norske justis- og politidepartements *rundskriv af 4. marts 1975 om regler for granskingskommissioner* er anført, at som udgangspunkt bør kommissionen ikke tage stilling til, om der foreligger strafbart forhold, grundlag for at kræve erstatning eller grundlag for andre sanktioner. Disse spørgsmål skal vurderes af påtalemyndigheden, den myndighed, der har nedsat kommissionen eller af skadelidte og derefter eventuelt afgøres af domstolene. Herefter er anført:

*”Kommissionen bør likevel ikke føle seg avskåret fra å vurdere om det objektive gjerningsinnhold i bestemte straffebud er oppfylt, eller om et bestemt forhold ut fra alminnelige betraktninger må regnes som uheldig eller uforsvarlig.”*¹⁸

Denne vejledning afspejler de vanskeligheder, som en afgrænsning af et ekstraordinært undersøgelsesorgans arbejdsopgaver giver anledning til. På den ene side, at organet ikke må tage stilling til, om ansvar foreligger. På den anden side ønsket om, at organet skal give en retlig vurdering af det undersøgte sagsforløb.

Med erfaringerne fra praksis i danske undersøgelsesretter er det tankevækkende, at den norske vejledning afskærer granskingskommissioner fra at tage stilling til, om de subjektive betingelser for at pålægge ansvar er tilstede.

Undersøgelsesretten vedrørende Tamil-sagen udtalte sig ikke alene om objektive forhold, men også om den subjektive dækning hos de embedsmænd, der fandtes at have udvist fejl og forsømmelser. Undersøgelsesretten fandt, at en række embedsmænd med forsæt havde tilsidesat lovgivningen.¹⁹ Ved den efterfølgende tjenestemandssag blev det fastslået, at der ikke var tale om nogen forsættelig tilsidesættelse af lovgivningen, men alene uagtsom

¹⁸ Afsnit V i *Justis-og politidepartementets rundskriv af 4. mars 1976*.

¹⁹ Beretningen om Tamil-sagen s. 2198 ff.

adfærd.²⁰ For de berørte embedsmænd havde det været at foretrække, at undersøgelsesretten havde undladt at foretage en bedømmelse af den subjektive dækning hos de pågældende. Tamil-beretningens nyttevirkning var næppe blevet mindre, hvis undersøgelsesretten havde undladt at tage stilling til, om der forelå en forsætlig eller uagtsom adfærd.

Debatten, der blev ført efter Tamil-beretningen, har ført til en – muligvis kun midlertidig – undladelse af at anmode undersøgelsesretter og undersøgelseskommissioner om at tage stilling til, om der er udvist fejl eller forsømmelser, som kan give anledning til, at et ansvar søges gennemført.

I kommissoriet for undersøgelsesretten vedrørende Sparekassen Nordjyllands overtagelse af engagementer fra Himmerlandsbanken skulle retten udover at undersøge og klarlægge et begivenhedsforløb alene tage stilling til et civilretligt spørgsmål. Spørgsmål om fejl eller forsømmelser indgik ikke i kommissoriet.

I loven om undersøgelsen af den færøske banksag er der på dette punkt udvist en anerkendelsesværdig tilbageholdenhed. Det er i § 2, stk. 2, anført:

”Undersøgelsen skal give grundlag for, at det efterfølgende kan vurderes, om der kan gøres et retligt ansvar gældende over for involverede myndigheder, virksomheder og personer.”

Det er således ikke den ved loven nedsatte kommission, der skal foretage denne vurdering.

4. Sammensætning

Uvildig og uafhængig

Medlemmerne af det ekstraordinære undersøgelsesorgan må være uvildige og uafhængige af såvel de institutioner og personer, der er genstand for undersøgelsen, som af de myndigheder eller persongrupper, der har iværksat eller medvirket til undersøgelsens iværksættelse.

Det må antages, at habilitetskravene til medlemmer af undersøgelsesorganet er strengere, end hvad der følger af reglerne om advokaters habilitet til at påtage sig sager, der kan indebære en interessekonflikt. Der kan således tænkes at være tilfælde, hvor en advokat trods relationer til en virksomhed eller institution ikke er afskåret fra at repræsentere virksomhedens

²⁰ Beretning og indstilling i den tjenstlige undersøgelse i Tamil-sagen afgivet den 14. november 1995.

eller institutionens modpart, men hvor relationen utvivlsomt vil afskære advokatens adgang til at virke som undersøger.

Faglige kvalifikationer

Ekstraordinære undersøgelsesretters væsentligste opgave må antages at være at efterforske og redegøre for faktiske hændelsesforløb, herunder tilvejebringe materiale til brug for en efterfølgende vurdering af, om et ansvar som følge af forløbet kan gøres gældende.

Denne arbejdsopgave gør det nærliggende, at jurister kommer til at indtage en central plads i undersøgelsesretters virksomhed.

Det kan ikke på forhånd udelukkes, at der i visse sager kan være behov for særlig sagkundskab som bedst udnyttes ved, at denne sagkundskab bliver repræsenteret i organet.

Overvejelser i forbindelse med dommere som medlemmer af undersøgelsesorganer

I Danmark har arbejdet med ekstraordinære undersøgelser i det væsentligste været overladt til dommere. Undersøgelserne er blevet gennemført af kommissionsdomstole, dommerundersøgelser og undersøgelsesretter. Disse undersøgelsesorganer blev besat med dommere. I langt de fleste tilfælde har arbejdet været lagt i hænderne på en enkelt dommer. Skal der i kommissionsdomstole, der altid ledes af en dommer, være andre sagkyndige repræsenteret, må etablering af kommissionsdomstolen ske ved særlig lov.²¹

Ser man på tiden efter 2. verdenskrig, gav brugen af dommere til gennemførelse af ekstraordinære undersøgelser i mange år ikke anledning til debat.

Beretningen om Tamil-sagen (1993) og beretningen vedrørende visse forhold inden for Skatteministeriets område (1992) gav anledning til drøftelse af det hensigtsmæssige i, at dommere blev pålagt at udføre efterforskningsarbejde og afgive udtalelser om, hvorvidt der i den efterforskede sag var sket fejl eller forsømmelser, der burde give anledning til, at ansvar blev gjort gældende.

²¹ Se § 2 i lov nr. 85 af 17. marts 1982 om en undersøgelse af visse forhold vedrørende post- og telegrafvæsenet, hvor det er anført, at lederen af den af justitsministeren nedsatte kommissionsdomstol skal være højesteretsdommer, og at domstolens to øvrige medlemmer skal have særlig indsigt i ledelsesopgaver og offentlig forvaltning.

Brugen af dommere til gennemførelse af ekstraordinære undersøgelser er ikke uden problemer.

For det første bør en myndighed ikke pålægges opgaver, der kan svække den almene tillid, myndigheden nyder.

Det ligger uden for danske domstoles sædvanlige opgaver at foretage efterforskning og undersøgelser med henblik på placering af et strafferetligt eller disciplinært ansvar. Udøvelsen af denne funktion foretages normalt af politi- og anklagemyndighed eller andre administrative organer.

Er talen om undersøgelse af en sag, der kan anvendes i en kamp mellem de politiske partier om tilegnelse af regeringsmagten eller til svækkelse af den siddende regering eller dens medlemmer, og pålægges det dommere at udføre en sådan undersøgelse, bliver domstolene inddraget i sager af politisk karakter. Begås der under udførelsen af en sådan – ofte vanskelig – opgave fejl af den dommer, der er pålagt at udføre arbejdet, eller tilsidesættes undersøgelsesrettens vurderinger, kan det skade tilliden til domstolene.

Ønsket om at værne om tilliden til domstolene og om at sikre domstolenes integritet taler derfor for ikke at pålægge domstolene arbejde, der normalt udføres af politi- og anklagemyndighed.

For det andet bør en person ikke udsættes for en efterforskning, der indebærer, at personen af den offentlige mening stemples som dømt, fordi en dommer som led i en efterforskning finder, at personen har overtrådt lovgiver. Derfor bør man ikke udsætte personer for, at dommere tilkendegiver vurderinger af straffe- eller disciplinærretlig karakter, medmindre der er tale om domsafsigelse på grundlag af en retspleje, der opfylder de retssikkerhedsgarantier, der er fastlagt i bindende konventioner eller i forfatningen eller lovgivningen iøvrigt.

Disse forhold fører til, at dommere i princippet ikke bør pålægges efterforskningsarbejde. Er det i ganske særlige tilfælde ikke muligt at få opgaven løst af andre, bør dommerens opgave i almindelighed næppe gå videre end til at redegøre for faktuelle forhold, og eventuelt foretage en bevisbedømmelse med den forsigtighed, der er nødvendig, fordi faktum ikke er fremkommet ved en kontradiktorisk proces, men ved en inkvisitorisk, og at sagen derfor ikke med sikkerhed kan anses for fyldestgørende belyst.

Der er forskellige meninger om den rolle, som dommerne bør spille i forbindelse med efterforskningsarbejde. Det er værd at bemærke, at der bortset fra det opsigsvækkende brev fra præsidenten for Højesteret til Folketingets Præsidium ikke fra dommere i tjenesten offentligt er fremsat synspunkter om dette også for domstolene væsentlige spørgsmål.

Men en fhv. højesteretsdommer med erfaring fra undersøgelsesarbejde har fremsat bemærkninger om spørgsmålet. Frans Weber, der i 1985 var blevet udpeget til at lede kommissionsdomstolen i den såkaldte "dag-pengesag", gav på den nævnte Advokatrådskonference udtryk for betydelig skepsis med hensyn til dommeres medvirken ved sådanne inkvisitoriske undersøgelser. Weber udtalte bl.a. at "(j)eg følte mig ikke på hjemmebane i kommissionsdomstolen. Som dommer er det en uvant fornemmelse at skulle afgive retlige vurderinger, uden at faktum og jus var belyst af to parter". Weber rejste spørgsmålet, om det er nødvendigt og ønskeligt, at dommeren, når materialet er tilvejebragt, skal afgive indstilling om, hvorledes beviserne skal bedømmes, om der er begået fejl, og om disse giver anledning til at rejse sag mod nogen. Weber nævnte, at før 1920, hvor man havde det inkvisitoriske system, kunne det være naturligt at vælge dommere til sådanne opgaver, men brugen af dommere til sådant arbejde stemmer mindre godt med det bestående system.²²

Fra advokatside har det ikke skortet på kritik og advarsler mod dommernes inkvisitoriske virksomhed. Aage Spang-Hanssen har anført: "Vort politiske system misbruger simpelthen befolkningens tillid til domstolene ved at overlade politiske – ofte politisk betændte – spørgsmål til domstolene".²³

Om det problematiske ved rollen som undersøger skriver Bratholm:

*"For en jurist, som er fortrolig med rettergangslovgivningens parts-process, kan granskerrollen føles problematisk. Til å begynne med er kanskje dette ikke så merkbart. Medlemmerne begynner på bar bakke med å samle inn materiale og har ikke tatt noe standpunkt. Men etter hvert som beviserne kommer inn, vil medlemmerne lett gripes av jakt-iver. De får kanskje en følelse av at enkelte som berøres av granskingen, forsøker å skjule noe, eller at de forklarer seg direkte uriktig."*²⁴

I det omfang, det findes nødvendigt at anvende dommere til at gennemføre ekstraordinære undersøgelser, kan skadevirkningerne herved måske begrænses noget ved, at undersøgelsesorganet kvalificeres som et organ, der ikke er judicielt, og at det bliver klart ved titulatur eller på anden måde,

²² Beretning fra Advokatrådets konference om kommissionsdomstole og undersøgelsesretter, København 1994, s. 55 - 57.

²³ Lov og Ret 1993, s. 9.

²⁴ Anders Bratholm: *Kommisjonsgransking*, Festskrift til Torsten Eckhoff, Otta, 1986, s. 197.

at dommeren ikke agerer som dommer, men alene som undersøgelsesleder. Endvidere bør vægten lægges på en beskrivelse af det faktiske. I det omfang, der skal foretages en retlig vurdering, bør personer, der normalt udtrykker sig i det absolutte sprog, der er nødvendigt i domsaffattelser, søge et mere nuanceret sprogligt udtryk i de konkluderende bemærkninger. Et i indledningen af de konkluderende bemærkninger taget forbehold om, at undersøgelsesretten har foretaget sin vurdering uden en egentlig procedure fra sagens parter, og at det ikke kan udelukkes, at undersøgelsesretten kan have manglet oplysninger, der – hvis de havde foreligget for retten – kunne have ført til et andet resultat, afbøder ikke på tilstrækkelig måde virkningen af håndfaste konklusioner.^{25 26}

5. Procedureregler

5.1 Indledning

En undersøgelse er en proces, der væsentligt adskiller sig fra den, der anvendes, når en domstol skal træffe afgørelse i en straffesag, eller en domstol eller en voldgiftsret skal afgøre en civilretlig tvist. I de sidstnævnte

²⁵ Se f.eks beretningen om Tamil-sagen s. 2192 ff, og Gomard: En retskildemæssig vurdering af de konklusioner, anbefalinger m.v., der udgår fra kommissionsdomstole og undersøgelsesretter, *Juristen* 1993, side 325 ff.

²⁶ Fremtidige koncipister af beretninger fra ekstraordinære undersøgelsesorganer kunne måske også overveje at undlade sprogbrug, der kan komme til at virke som en unødigt kritik. Salget af statens aktier i Kryolitselskabet Øresund A/S gav anledning til, at Folketinget ved en motiveret dagsorden den 16. december 1986 opfordrede regeringen til at iværksætte en dommerundersøgelse af handlingsforløbet i forbindelse med salget af aktierne i Kryolitselskabet, herunder af, om der var sket fejl ved sagsbehandlingen, og om Folketinget på baggrund af disse oplysninger er blevet orienteret fyldestgørende forud for dets tilslutning til salget af aktierne. I den redegørelse, der som resultat af dommerundersøgelsen blev afgivet i oktober 1987, konkluderes, at der ikke er grundlag for at fastslå, at “der er forekommet egentlige, ansvarspådragende sagsbehandlingsfejl”. Der var heller ikke grundlag for at fastslå, at Folketinget var blevet forholdt oplysninger. Men når dette er resultatet, hvad er så behovet for i sætningen umiddelbart før konklusionen at fremhæve, at en strammere styring og tættere koordination af arbejdet i forbindelse med aktiesalget og nedlukningen af minen havde været ønskelig og muligvis medført, at visse oplysninger udtrykkeligt var blevet nævnt? (Redegørelsen s. 197-198). Sætningen, der i sig rummer en kritik og en hypotese, forekommer ikke nødvendig.

tilfælde må det antages, at faktum i det væsentligste er undersøgt og klarlagt, før sagen indbringes for det organ, der skal træffe afgørelse. Sagen forelægges og procederes af to i princippet ligestillede parter, og et af parterne uafhængigt organ – domstolen eller voldgiftsretten – træffer afgørelse på grundlag af det materiale, som parterne har produceret og i princippet på grundlag af de retlige synspunkter, parterne har gjort gældende.

Anderledes når talen er om en undersøgelse. Her er der som udgangspunkt ikke noget kendt faktum og ingen parter. Og ingen modparter – medmindre man betragter undersøgelsesretten og de personer, der er genstand for undersøgelsen, som modparter.

Undersøgelsesorganet får ikke materialet præsenteret. Det skal selv gennem en efterforskning fremskaffe materialet. Er talen om en sag, hvor de, der er genstand for undersøgelsen, mener at have noget at skjule, bliver en fyldestgørende oplysning af sagen selvsagt vanskeligere. Er undersøgelsesorganet pålagt at drage retlige konklusioner, skal organet, som har efterforsket, selv foretage den retlige analyse.

Det er væsentligt, at et ekstraordinært undersøgelsesorgan får mulighed for effektivt at gennemføre undersøgelsen. Dette selvfølgelig synspunkt nævnes her for at pege på det nødvendige i, at undersøgelsen gives sådanne vilkår, at den kan blive lige effektiv over for alle implicerede. Er der inden for den offentlige administration sager, som kan give anledning til, at ansvar skal søges gjort gældende, vil der ofte være en flerhed af personer impliceret. Der vil typisk være et over- og underordningsforhold mellem de pågældende. Personer, der har haft med sagen at gøre, kan være blevet suspenderet eller forflyttet, medens andre fortsat er centralt placeret i relation til bevismidler. Undersøgelsesorganet må sikres adgang til bevismidler på en så effektiv måde, at forskelle i placering i det administrative hierarki ikke giver skævheder i adgangen til at afdække faktum.

Vigtigt for at sikre en processuel ligestilling af de personer, der er genstand for en undersøgelse, er også, at personer ikke i kraft af en central stilling i samfundet eller af andre grunde får adgang til fortrolige dokumenter, f. eks. retsbogsudskrifter af andres forklaringer, og på dette grundlag kan søge at indrette deres forklaringer til gavn for sig selv på andres bekostning. Et undersøgelsesorgan må have midler til at gribe ind over for sådanne tilfælde og bør udnytte sådanne midler. Det er skæmmende for en undersøgelse, hvis en person upåtalte kan slippe afsted med at afgive en forklaring, der er tilrettelagt på grundlag af fortrolige retsbogsudskrifter.

I Norge er der som anført udsendt vejledende regler for granskningskommissioner. Der er bl.a. regler om afgivelse af forklaring, om ”visse

partsrettigheter” og om adgangen til at være repræsenteret ved advokat. I Danmark har man, for så vidt angår undersøgelsesretter, valgt at foretage en blanco-henvisning til retsplejelovens regler, men da retsplejeloven regulerer en virksomhed, som hviler på partsprincippet, giver denne henvisning ikke megen vejledning. Man kan i hvert fald ikke ved at læse retsplejeloven få megen viden om, hvilke procedureregler der bør anvendes af undersøgelsesretter.

5.2 Fremskaffelse af oplysninger

Skriftligt materiale

Den vigtigste opgave for et undersøgelsesorgan er at fremskaffe fyldestgørende oplysninger til belysning af et hændelsesforløb. Dette arbejde vil typisk starte på grundlag af det skriftlige materiale, som organet har fået adgang til. Undersøgelsesorganet bør hos offentlige myndigheder kunne få udleveret alle eksisterende sagsakter, herunder også håndskrevne noter. Udleveringspligten må omfatte alt tjenstligt materiale. Der bør ikke være pligt til at udlevere rent private optegnelser som f. eks. private dagbogs-optegnelser eller private breve. Undersøgelsesorganet bør have adgang til at indhente supplerende skriftlige redegørelser fra de implicerede myndigheder og andre berørte juridiske eller fysiske personer.

Afhøring

Gennemførelsen af undersøgelsen vil i almindelighed forudsætte, at personer bliver afhørt. Der opstår i den forbindelse en række spørgsmål: Om personer skal have pligt til at afgive forklaring for organet på samme måde som vidner for en domstol, og i bekræftende fald, om alle kan pålægges vidnepligt? I hvilket omfang har afhørte personer ret til før afhøringen at blive gjort bekendt med afhøringstemaer og det materiale, som undersøgelsesorganet afhører på grundlag af? Har afhørte personer ret til at overvære afhøringen af andre? Har advokater for afhørte personer en sådan ret?

Efter de norske vejledende regler kan kommissioner ikke pålægge nogen at afgive forklaring for kommissionen, men den myndighed, der har nedsat kommissionen, kan bestemme, at kommissionen kan kræve oplysninger af organer og tjenestemænd, der står under nedsættelsesmyndighedens kontrol. Granskningskommissioner, der er udnævnt af Kongen, Stortinget eller et departement har adgang til at begære bevisoptagelse ved domstolene. Denne adgang kan benyttes i de tilfælde, hvor en forklaring ikke gives frivilligt,

eller hvor det af andre grunde kan være hensigtsmæssigt at gennemføre vidneforklaringen for en domstol.

I Danmark har undersøgelsesretter adgang til at indkalde personer til at afgive forklaring. De pågældende har som udgangspunkt vidnepligt, jfr. retsplejelovens § 168, og de afgiver normalt forklaring under strafansvar, jfr. straffelovens § 158. Vidnepligten er begrænset af de sædvanlige vidneudelukkelses- og vidnefritagelsesgrunde, jfr. retsplejelovens §§ 169 – 172. Vidneudelukkelsesgrunden i retsplejelovens § 169 (om tavshedspligt i det offentliges interesse) finder dog ikke anvendelse, jf. retsplejelovens § 21 a, stk. 3.

I forarbejderne til retsplejelovens § 21 a er i overensstemmelse med de sædvanlige vidnefritagelsesgrunde anført, at en tjenestemand ikke har pligt til at udtale sig under strafansvar, hvis der er mulighed for, at der efter afslutningen af undersøgelsen vil blive indledt tjensteligt forhør eller almindelig strafferetlig forfølgning mod den pågældende.²⁷ Personer, som kunne risikere et disciplinært eller strafferetligt ansvar, er for undersøgelsesretter blevet afhørt med en tilkendegivelse om, at de ikke havde pligt til at udtale sig, og at forklaring blev afgivet uden sædvanligt vidneansvar.²⁸

Selvom en tjenestemand efter omstændighederne kan afgive en urigtig forklaring uden at ifalde ansvar efter straffelovens § 158 om falsk forklaring, kan det ikke udelukkes at urigtig forklaring, selv hvor der måtte være en vidnefritagelsesgrund, kan blive anset for en tjenesteforseelse.

Selvom det måtte være fristende for tjenestemænd at undlade at udtale sig for undersøgelsesretter, er det så vidt vides ikke i nyere tid hændt, at en tjenestemand har påberåbt sig en sådan ret. Det hænger muligvis sammen med, at en vægring ved at udtale sig for en undersøgelsesret vil kunne fremkalde en tjenestemandssag. Vægningen i sig selv kan ikke anses for en tjenesteforseelse, men tjenestemandens påberåbelse af en vidnefritagelsesgrund kan danne grundlag for en mistanke om en mulig tjenesteforseelse. Det er således ikke nogen enkel sag for en tjenestemand at beslutte sig til at påberåbe sig en vidnefritagelsesgrund.

Er undersøgelsen ikke blevet gennemført af en undersøgelsesret, men af en undersøgelseskommission bestående af andre end dommere, har det været

²⁷ Folketingstidende 1989-90, tillæg A, sp. 5700.

²⁸ Beretningen vedrørende Tamil-sagen s. 10 og beretningen om sagen vedrørende Himmerlandsbanken s. 14.

bestemt, at afhøring af vidner skulle ske for en domstol, og ikke direkte for kommissionen, jfr. § 4, stk. 1, i lov nr. 356 af 8. juni 1995 om undersøgelse af den færøske banksag.

5.3 Andre rettigheder for personer, der er genstand for undersøgelsen

Et væsentligt og vanskeligt spørgsmål i forbindelse med ekstraordinære undersøgelser er, hvorledes der gives de personer, der er genstand for undersøgelsen, en nødvendig og tilstrækkelig retssikkerhed. Problemet må ses i sammenhæng med, at der ikke på tidspunktet for undersøgelsens indledning er grundlag for at formulere konkrete anklagepunkter mod enkeltpersoner. I det omfang dommere forestår sådanne undersøgelser, er der en forventning om, at de retssikkerhedsgarantier, der gælder for retssagsbehandling, også finder anvendelse. En forventning, der ikke kan opfyldes.

Udgangspunktet er, at der er tale om en undersøgelse til klarlæggelse af faktum. Der skal ikke træffes endelige beslutninger, hverken vedrørende faktiske eller retlige forhold. Undersøgelsesorganet må have adgang til i hvert fald på et indledende stade at gennemføre en efterforskning på samme måde som politiet.

Advokatbeskikkelse

Personer, der pålægges at aflevere skriftligt materiale eller indkaldes til at afgive forklaring, må have ret til at få beskikket en advokat eller til at møde med bisidder, medmindre det på forhånd med sikkerhed kan udelukkes, at undersøgelsen kan få negative virkninger for de pågældende.

Adgang til materiale

Den beskikkede advokat og bisidderen må have krav på at få udleveret kopi af de dokumenter, der tjener som grundlag for afhøringen af hans klient, og må kunne gøre klienten bekendt med materialet, medmindre betingelserne svarende til meddelelse af et forsvarerpålæg er opfyldt, og et pålæg om ikke at gøre klienten bekendt med materialet er meddelt skriftligt.

Den beskikkede advokat og bisidderen må have ret til at fremlægge materiale, som klienten anser af betydning for undersøgelsen.

Grundlaget for afhøringen

En person, der afhøres, og hans advokat må have ret til på forhånd at blive gjort bekendt med de temaer, som afhøringen vedrører. Den afhørte og hans

advokat må også på forhånd have adgang til de sagsakter, som undersøgelsesorganet anvender som grundlag for afhøringen, medmindre betingelserne for meddelelse af forsvarerpålæg er opfyldt.

Tilstede ved afhøringer

Den beskikkede advokat og bisidderen må have ret til at være tilstede, når hans klient afhøres, og ret til at stille spørgsmål til klienten. Medlemmer af undersøgelsesorganet bør undlade at tale med vidner, der har ret til beskikket advokat eller bisidder, uden advokaten eller bisidderen er tilstede. Det kan således ikke anses for anbefalelsesværdigt, at den, der er udpeget som undersøgelsesleder, tager personlig kontakt med personer, der senere skal indkaldes som vidner, selvom undersøgeren som led i undersøgelsens tilrettelæggelse måtte finde det hensigtsmæssigt.

Tilstede ved afhøringen af andre?

Undersøgelsesorganet bør have mulighed for på et indledende stadie af efterforskningen at kunne afhøre, uden at andre end den afhørtes advokat er tilstede. En sådan adgang giver næppe anledning til betænkelighed, hvis der er tale om et undersøgelsesorgan uden dommerrepræsentation, og hvor afhøring sker udenretligt og uden vidnepligt. De afgivne forklaringer vil her være at sidestille med forklaringer givet til politirapport.

Men hvad skal gælde, hvis undersøgelsen ledes af en dommer, og forklaringer afgives under vidneansvar, eller hvis der er tale om en undersøgelseskommission uden dommerrepræsentation, og hvor det er bestemt, at vidneafhøringer kun kan foretages for en dommer?

Vil det her være acceptabelt, at personer, som er i risiko for, at der bliver gjort et retligt ansvar gældende over for dem, udelukkes fra at overvære afhøringer, og at selv deres advokater formenes adgang?

Eller vil det på den anden side være acceptabelt, at alle personer, som er i risiko for, at der bliver gjort et retligt ansvar gældende over for dem, skal have krav på at være tilstede, og hvis ikke så i hvert fald deres advokater, som skal kunne stille spørgsmål til de afhørte? Herved vil man øge retssikkerheden for den enkelte, men undersøgelsens effektivitet vil efter omstændighederne kunne blive væsentligt nedsat.

Problemstillingen illustrerer nogle af de vanskeligheder, der opstår ved at inddrage dommere i efterforskningen.

Er man på et indledende stade af efterforskningen, kan der være et behov for, at der indhentes oplysninger, uden at mistænkte eller deres advokater

deltager. Men sker der en egentlig vidneførsel med afhøring under strafansvar og med protokollering af den afgivne forklaring, vil det ud fra retssikkerhedssynspunkter næppe være forsvarligt, at de mistænkte advokater ikke får mulighed for at stille spørgsmål til vidnet. Vil man tillade, at der sker vidneafhøring, uden de mistænkte advokater får mulighed for at deltage i afhøringen, er det tvivlsomt, i hvilket omfang en sådan indhentet vidneforklaring kan anvendes under en efterfølgende sag mod en mistænkt. Men selvom det antages, at en sådan vidneforklaring ikke vil kunne påberåbes under en efterfølgende retssag, er det ikke uden betænkelighed, at vidners forklaringer indhentes ved en ensidig afhøring under vidneansvar.^{29 30}

Sigtelse

Det har givet anledning til betænkelighed ved brugen af undersøgelsesretter, at personer har været genstand for undersøgelse uden at vide, hvilke forhold undersøgeren overvejede at bebrejde dem. Der er ikke formuleret nogen sigtelse, og den undersøgte ved ikke, hvilke anklager han skal forsvare sig imod.

Baggrunden for nedsættelsen af et ekstraordinært undersøgelsesorgan vil typisk være, at der ikke er et sådant overblik over sagen, at det kan vurderes, om der er mulighed for at gøre personer eller virksomheder ansvarlige eller rejse kritik af dem. Er dette tilfældet, kan det ikke med

²⁹ Undersøgelsesretten i Tamil-sagen fulgte den fremgangsmåde, at alle bisidderne havde adgang til overvære alle afhøringer og til at stille supplerende spørgsmål til de afhørte. Ekstraktmateriale blev stillet til rådighed for alle bisidderne. I nogle tilfælde undlod undersøgelsesretten at give bisidderne og de afhørte alt relevant skriftligt materiale, der blev anvendt ved afhøringerne; en sådan fremgangsmåde er ikke uden retssikkerhedsmæssige betænkeligheder. Når afhøringerne gennemføres for åbne døre, kan undersøgerens fremlæggelse af papirer, der er hemmeligholdt for vidnet og hans bisidder, fremkalde unødigt belastende situationer for vidnet.

³⁰ Finder den kommission, der er nedsat for at undersøge den færøske banksag, at sagen skal oplyses mundtligt, skal dette ske ved indenretlig afhøring, jfr. § 4, stk. 1, i lov nr. 356 af 8. juni 1995 om undersøgelse af den færøske banksag. Forklaring afgives for lukkede døre jfr. lovens § 4, stk. 4. Myndigheder, virksomheder eller personer, hvis forhold undersøges kan møde med bisidder, hvis de indkaldes til at afgive forklaring for retten, jfr. lovens § 4, stk. 2. Af bemærkningerne til denne bestemmelse synes at fremgå, at bisidderen kun kan overvære det retsmøde, hvori klienten afgiver forklaring. Dette forekommer ikke som en retssikkerhedsmæssig acceptabel løsning og bør næppe anvendes i fremtiden.

rimelighed forlanges, at der formuleres en sigtelse eller sker en tilsvarende præcisering af en mistanke.

På det tidspunkt, hvor sagen er tilstrækkeligt oplyst til, at undersøgelsesorganet bør indse, at det faktuelle materiale vil kunne blive belastende for personer eller virksomheder, må der være en pligt for undersøgelsesorganet til at gøre de pågældende bekendt hermed.

Høring

Overvejer undersøgelsesorganet at komme til et resultat, der kan være negativt for personer eller virksomheder, som er omfattet af undersøgelsen, opstår det spørgsmål, om de pågældende skal gives adgang til at kommentere det materiale, som undersøgelsesorganet agter at anvende som grundlag for sin konklusion, og den påtænkte konklusion.

I de norske regler for *granskingskommisjoner* er anført, at personer, som det kan blive aktuelt at rette kritik imod, bør sikres "visse" partsrettigheder, men altså ikke fulde partsrettigheder. Personer, som det er aktuelt at rejse kritik af, skal have adgang til at forklare sig over for kommissionen. De skal gøres bekendt med beviser og påstande og skal have adgang til imødegå dem.³¹ De norske regler omtaler ikke spørgsmålet om adgangen til at kommentere en påtænkt konklusion. Som nævnt ovenfor har den norske ombudsmand ønsket større klarhed med hensyn til reglerne om kontradiktion.

Fremgangsmåden i Danmark har formentlig været, at alt relevant materiale blev forelagt de personer, som var i risiko for at blive kritiseret. Men det er ikke blevet forelagt således, at de pågældende blev bekendt med, hvilket faktum undersøgelsesorganet agtede at lægge til grund.

Det har ikke i Danmark været praksis, at kommissionsdomstole, dommerundersøgelser eller undersøgelsesretter på forhånd gjorde personer, som man agtede at kritisere, bekendt hermed og bekendt med indholdet af den påtænkte kritik, for at de pågældende kunne få lejlighed til at ytre sig.³² En sådan praksis bør ikke opretholdes.

³¹ Se afsnit IV, punkt 4 i *Justis- og politidepartementets rundskriv af 4. mars 1975*.

³² I beretningen om anvendelsen af ikke-screenet donorblod efter 1. januar 1986 er oplyst, at en erhvervsvirksomhed omfattet af undersøgelsen havde anmodet undersøgelsesdommeren om adgang til at kommentere den pågældendes konklusioner. Anmodningen var blevet afslået, og virksomhedens anmodning til justitsministeren om at pålægge dommeren at forelægge "de afsnit af resonerende

Udgangspunktet må i overensstemmelse med reglen i retsplejelovens § 752, stk. 1, om politiets pligt til at gøre en sigtet bekendt med sigtelsen og med principperne om partshøring i kapitel 5 i forvaltningsloven være, at undersøgelsesorganet før undersøgelsens afslutning orienterer de personer og virksomheder, som undersøgelsesorganet forventer at omtale kritisk, om grundlaget for og indholdet af de kritiske bemærkninger, og at de pågældende får lejlighed til at ytre sig herom. Det er muligt, at der bør gælde undtagelsesregler, men de skal i givet fald kun kunne finde anvendelse i ganske særlige tilfælde.

6. Åbne contra lukkede døre

Om et ekstraordinært undersøgelsesorgan bør gennemføre sit arbejde for åbne eller lukkede døre, må bero på en afvejning af på den ene side hensynet til offentlighedens behov for løbende at have indsigt med undersøgelsens forløb og eventuelle positive virkninger, der måtte følge af en sådan offentlighed, og på den anden side hensynet til ikke at vanskeliggøre den efterforskning, som undersøgelsesorganet skal gennemføre, og hensynet til de institutioner og personer, som undersøgelsen rettes imod.

I Norge er granskningskommissioners møder normalt ikke offentlige. I *rundskrivet* er anført, at kommissionens møder ikke er offentlige, medmindre kommissionen bestemmer det.³³

I Danmark har der været divergerende synspunkter vedrørende spørgsmålet om åbne eller lukkede døre i forbindelse med undersøgelsesretters virksomhed. Justitsministerens forslag til § 21 a i retsplejeloven indeholdt en bestemmelse om, at undersøgelsen skulle foregå for lukkede døre. Forslaget gav anledning til en del debat i Folketinget, og der blev i stedet vedtaget en bestemmelse om, at justitsministeren i særlige tilfælde kan bestemme, at undersøgelsen skal ske for lukkede døre. Tamil-sagen startede som ovenfor nævnt for lukkede døre, men statsministeren bestemte, at dørene skulle åbnes. Dette gav anledning til en senere lovændring, hvorefter kompetencen til at bestemme dørlukning blev tillagt undersøgelsesretten.

eller argumenterende karakter, som vedrører... til kommentar forinden trykning“ blev ikke imødekommet med den begrundelse, at Justitsministeriet “af principielle grunde...helt vil overlade tilrettelæggelsen og gennemførelsen af sådanne dommerundersøgelser til den pågældende dommer.“ (Beretningen s. 16-17).

³³ Bratholm l.c., s. 198.

Tanken om at undersøgelsesretters virksomhed skal foregå for åbne døre, hænger nøje sammen med det forhold, at undersøgelsesretters virksomhed anses som en del af den judicielle proces, og at udgangspunktet for en domstols virksomhed er, at retsmøderne holdes for åbne døre.

Det er på dette punkt, man er gået galt i byen. Det er ganske misvisende at sidestille en undersøgelsesrets virksomhed med en judicial proces. Det, der er tale om, er, at egentlig efterforskningsvirksomhed i ganske ekstraordinære tilfælde er blevet lagt i hænderne på et særligt undersøgelsesorgan. Dette gør ikke efterforskningsvirksomhed til en domstolsproces. Derfor bør retstilstanden på dette punkt ikke opretholdes.

Når politiet efterforsker en sag, tillægges det væsentlig betydning, at politiet kan indhente oplysninger, uden at mistænkte på det indledende trin af efterforskningen er bekendt med politiets materiale. Der er næppe nogen, der vil stille krav om, at politiets efterforskning skal ske i fuld offentlighed.

For sager, der verserer for domstolene, gælder såvel i straffesager som i civile sager den regel, at et vidne, der skal afgive forklaring, ikke må påhøre et andet vidnes forklaring.

Åbne døre reducerer undersøgelsesorganets mulighed for at gennemføre en efterforskning, der giver en korrekt afdækning af et hændelsesforløb. I de tilfælde, hvor afhøringer gengives i medierne, er det vanskeligt at undgå, at gengivne forklaringer påvirker senere førte vidners udsagn.

Hensynet til undersøgelsens effektivitet taler således for lukkede døre.

Hensynet til de personer, der skal afgive forklaring, og som muligvis bliver genstand for undersøgelsen, taler med betydelig vægt for lukkede døre. De må have mulighed for, når talen alene er om en efterforskning, at kunne redegøre for egne forhold og forhold til overordnede kolleger eller til politikere, uden at deres forklaringer umiddelbart og løbende gengives i medierne. Det vil kunne forvolde en ganske unødvendig skade for de afhørte. I den forbindelse skal man være opmærksom på, at undersøgelsesprocessen ikke er en partsproces med en ligestillet præsentation af modsatrettede synspunkter. Dette indebærer, at mediernes dækning af afgivne forklaringer let vil kunne give et misvisende og for de afhørte skadeligt billede. Bratholm har rammende anført, at det er vanskeligt at tænke sig offentlighed uden samtidig at have et partsprincip således, at de berørte parter eller deres repræsentanter kan varetage partsinteresserne under møderne.³⁴

³⁴ Bratholm l.c., s. 199.

I Danmark gennemføres tjenestemandssager for lukkede døre. Det må på den baggrund anses for mindre konsekvent, hvis den forundersøgelse, som skal danne grundlag for en afgørelse om, hvorvidt en tjenestemandssag skal rejses, sker for åbne døre.

Offentlighedens anerkendelsesværdige interesse i at få kendskab til den sag, der er genstand for undersøgelsen, vil fuldt ud blive varetaget ved, at undersøgelsesorganets beretning og eventuelt forhørsprotokoller m.v. bliver offentliggjort i forbindelse med beretningens afgivelse.³⁵

Hensynet til efterforskningens effektivitet og til de personer, der er genstand for efterforskningen, taler også for, at medlemmerne af undersøgelsesorganet, og de personer, der bistår organet, er pålagt den sædvanlige tavshedspligt, der gælder for personer, der udøver et offentligt hverv.

7. Afsluttende overvejelser

I Danmark har man i år kunnet fejre retsplejelovens 80 års dag. Den retsplejereform, der blev gennemført i 1916, hvilede på et domstolssystem, der rakte tilbage til tiden før Danmarks første forfatning fra 1849. Der har således været tid til at opbygge og udvikle en retspleje, hvor de institutioner og de personer, der nu udfylder hvervet som dommere, anklagere, forsvarere og advokater, har en uddannelse og en arbejds tradition, der giver et solidt grundlag for arbejdets udførelse. Dette indebærer, at der inden for et ganske bredt område er en fælles opfattelse af, hvad der er korrekt og ønskelig adfærd for at sikre en forsvarlig retspleje. Den tillid, der grundlæggende er til domstolene, hænger sammen hermed.

De ekstraordinære undersøgelsesorganer har en hybrid udøvende og judiciel karakter. Deres virksomhed udgør et væsentligt element i retslivets organisation. Der er ikke i forbindelse med brugen af ekstraordinære undersøgelsesorganer opstået en praksis og tradition, der giver den ønskede sikkerhed for, at tingene går til på en fuldt forsvarlig måde. Reglerne for undersøgelsesorganernes virksomhed er ikke færdigudviklede, og der er usikkerhed om, hvilket indhold reglerne bør have. De personer, der arbejder

³⁵ Lov nr. 356 af 8. juni 1995 om undersøgelse af den færøske banksag bestemmer, at vidneforklaringer afgives for lukkede døre. Den beretning, som undersøgelseskommissionen afgiver, skal offentliggøres, jfr. lovens § 7. Det er således i forbindelse med denne lovs vedtagelse lykkedes at skabe tilstrækkelig forståelse for det ønskelige og hensigtsmæssige i, at undersøgelsen gennemføres for lukkede døre, og at offentlighedens interesser fyldestgørende tilgodeses ved en offentliggørelse af beretningen.

med disse sager, mangler den tradition og erfaring, der kendes fra domstolens virksomhed.

Medlemmer af undersøgelsesorganer, de, der står for afhøringerne, og de afhørtes advokater og bisiddere, er de nærmeste til at have indsigt i og forståelse for ekstraordinære undersøgelsesorganers virke. Der er for denne personkreds en særlig opfordring til at være opmærksom på, om der gives ekstraordinære undersøgelsesorganer sådanne vilkår, at undersøgelsesorganerne har mulighed for at opfylde deres funktion uden, at de personer, der er genstand for undersøgelse, lider unødigt overlast, og uden, at tilliden til den myndighed, som stiller personer til rådighed for undersøgelsesarbejdet, formindskes.

Undersökningskommissioner och andra metoder för granskning av händelser som väckt offentligt intresse

Sektionsmöte

Referatskrivare: Tingsnotarie *Christer Filis*, Sverige

Debattledaren, høyesterettspraesidenten *Niels Pontoppidan*, Danmark, hälsade alla mötesdeltagare välkomna och redogjorde för sektionens innehåll. Han anförde bl a att det inte torde vara helt oriktigt att säga att dagens ämne i stor utsträckning handlar om parlamentets kontroll av regeringen och myndigheter och att det härvid råder skillnader på de undersöknings- och kontrollmetoder som valts i de tre skandinaviska länderna. Han pekade bl a på att Danmark under senare år kommit att få ett mycket utbrett användande av undersökningskommissioner. Efter inledningsanförandet överlämnades ordet till referenten.

Referenten, Advokat *Per Magid*, Danmark: Danmark har under senare år upplevt en rad så kallade affärer som blivit föremål för extraordinära undersökningar och väckt offentlig uppmärksamhet. Undersökningarna har haft politiska verkningar och rest krav på det judiciella systemet. Man kan notera att det har varit undersökningarna som sådana som tilldragit sig den främsta uppmärksamheten och inte så mycket resultaten av dessa. När affärerna slutligen har fått sina avgöranden, har oftast den offentliga uppmärksamheten varit riktad mot något annat. Behandlingen av dessa affärer ledde till att regeringen i samråd med folketinget, under 1994, tillsatte en utredning, som bl a skulle utreda den framtida användningen av undersöknings-

rätter och eventuellt komma med förslag till ändrade regler. Utredningen avgav i juni 1996 ett betänkande som bl a innehåller ett utkast till lag om undersökningskommissioner.

Jag vill här ta upp fyra viktiga frågor som underlag för den fortsatta diskussionen;

1. När skall extraordinära undersökningsorgan användas?
2. Vilka uppgifter skall åläggas organet?
3. Vem eller vilka skall utföra arbetet?
4. På vilket sätt skall arbete utföras?

Svaret på den första frågan är enkelt - Så lite som möjligt, och i vart fall endast i de fall då de ordinarie undersökningsorganen kommer till korta. Alexander Kielland-olyckan, mordet på Olof Palme och Tamil-affären kan nämnas som exempel på fall som nödvändiggjort särskilda undersökningsförfaranden. Även om man anser att extraordinära undersökningar, på grund av de mänskliga och ekonomiska omkostnaderna, bara bör kunna komma ifråga i ganska speciella fall, kan man inte bortse från att extraordinära undersökningsorgan har möjligheter som ordinarie organ saknar. Vilka är då dessa?. För det första, möjligheten att granska dokument i det allmännas besittning. För det andra, möjligheten att företa omfattande och grundliga förhör av personer i offentlig tjänst som, oaktat att de har tystnadsplikt, måste yttra sig inför det extraordinära undersökningsorganet. Dessa möjligheter är de väsentligaste.

Beträffande fråga två, kan följande sägas. Det är oftast lättast att avgränsa ett organs verksamhetsområde genom att ange vad organet inte kan eller inte ska göra. Undersökningsorgan måste nödvändigtvis arbeta inkvisitoriskt. Om undersökningsledaren har resurserna och ansvaret för att undersökningen genomförs, är det inte möjligt att ge dem som är föremål för undersökningen fulla partsrättigheter. Här är således inte fråga om den balans som vi känner från domstolsverksamheten med en åklagare och en tilltalad som parter/motparter och en neutral domare. Denna avgörande skillnad gör det nödvändigt att undersökningsorganet inte får sådana uppgifter att organets avgörande kan jämföras med en domstols dom. Det skulle inte bara vara skadligt för de som är föremål för undersökningen utan också för organet som sådant och de personer utför arbetet. Dessa skulle kunna hamna i dålig dager om de ålades att utföra uppgifter som går längre än de processuella garantierna kan rättfärdiga.

Den väsentligaste uppgiften för ett extraordinärt undersökningsorgan bör vara att samla in upplysningar och ge en samlad redogörelse för en saks

händelseförlopp. Här ligger en efterforsknings- och en bevisvärderingsuppgift. Möjligheten att samla in skriftligt bevismaterial och den långtgående möjligheten att förhöra personer, gör ett sådant organ väl ägnat att lösa sådana uppgifter.

Skall organet yttra sig om subjektiva förhållanden hos de som omfattas av undersökningen och, om det föreligger regelbrott, skall organet fastställa huruvida regelbrottet skett med uppsåt eller av grov oaktsamhet? Beträffande detta spørsmål är praxis skiftande. Jag har förstått att man i Norge har som utgångspunkt att granskningskommissioner inte skall ta ställning till frågor om uppsåt och oaktsamhet, utan endast om det skett ett objektivt regelbrott. Utgångspunkten i Danmark har varit en annan. Kommissoriet för undersökningsorgan har typiskt varit om det har begåtts "fel eller försummelser, som kan ge anledning till utkrävande av rättsligt ansvar". I denna formulering finns två element. För det första, den rättsliga värderingen av huruvida en handling eller en underlåtelse kan kvalificeras som fel eller försummelse. Här ingår såväl en objektiv som en subjektiv värdering och för det andra, huruvida det klandervärda handlingarna är så allvarliga att rättsligt ansvar skall utkrävas. Den norska utgångspunkten är här att föredra. Den inkvisitoriska processformen, frånvaron av åtal/gärningsbeskrivning och den bristande partsrepresentationen är sådana grundläggande brister vid en undersökningsprocess, som bör innebära återhållsamhet ifråga om de uppgifter som åläggs organet. Klarläggande av fakta bör vara det centrala. Värdering av normstridighet och subjektiva förhållanden bör komma först i andra och tredje hand. Huruvida en rättsprocess bör följa på undersökningen bör således inte ingå i kommissoriet.

När det gäller den tredje frågan kan följande anföras. Bland oss här idag torde det knappast råda någon oenighet om att jurister är den yrkeskategori som är bäst ägnad att leda undersökningsarbetet. Detta innebär emellertid inte att inte andra yrkesgrupper bör vara representerade. Mer omtvistat är frågan om domare bör agera som undersökningsledare. För att så bör vara fallet talar två saker. Valet av en domare som undersökningsledare innebär en viss säkerhet för kvaliteten i arbetet och att kravet på oavhängighet kan uppfyllas. Används andra yrkesgrupper kan det vara svårare att på förhand försäkra sig om kvalitet och oavhängighet. Mot att använda domare talar främst att undersökningsarbete är artfrämmande från domarens ordinarie verksamhet. Undersökningsverksamhet utövas ju normalt av polis- och åklagarmyndigheter. Tillsättandet av extraordinära undersökningar sker ofta i politiskt känsliga saker. Initiativtagarens önskan att utröna händelseförlopp och dess rättsliga konsekvenser är måhända mindre trängande än hans

önskan att tillfoga en politisk motpart nederlag. I sådana fall kan en indragning av domstolar i undersökningsarbetet riskera en försvagning av tilliten till domare. Hänsynen till de personer som är föremål för undersökningen talar också mot att använda domare som undersökare. Erfarenheter från Danmark visar att det är mycket svårt att undgå att omvärlden uppfattar en redogörelse från en domarundersökning som en dom. Detta gäller oavsett hur många förbehåll som tagits in i redogörelsens inledning. Hänsynen till såväl domstolarna som undersökta personer talar således för att man så vitt är möjligt avstår från att använda domare till extraordinära undersökningsuppgifter.

Jag kommer nu till den fjärde frågan. Jag kan lugna er med att jag inte tänker gå igenom de detaljerade procedurregler som gäller eller som bör gälla för extraordinära undersökningsorgan. Jag vill dock kommentera två förhållanden, ett generellt och ett specifikt. Ser man på procedurreglerna för undersökningsrätter är det viktigt att ha för ögonen att undersökningen är en process som väsentligt skiljer sig från den som används när en domstol skall avgöra ett brott- eller tvistemål. Då är fakta i viss omfattning på förhand klarlagda och saken klar innan den framläggs för rätten. Annorlunda förhåller det sig med undersökningen. Här finns som utgångspunkt inget känt faktum. Denna centrala skillnad gör att de procedurregler som gäller för domstolar inte helt lätt kan överföras till undersökningsrätter. Det är t ex inte möjligt att på förhand konkretisera anklagelser mot enskilda personer och ge dessa partsställning. Denna grundläggande skillnad har också betydelse för den specifika procedurfrågan som jag avslutningsvis vill ta upp; frågan om undersökningar skall ske inför öppna eller stängda dörrar.

I Norge arbetar granskningskommissioner normalt inför stängda dörrar. I Danmark har öppna dörrar varit huvudregeln. Medierna, som närmast betraktar stängda dörrar som en kränkning av de mänskliga fri- och rättigheterna, förespråkar självklart att undersökningar skall ske inför öppna dörrar.

Två saker talar dock med styrka för att följa norsk praxis, nämligen undersökningens effektivitet och hänsynen till dem som är föremål för undersökningen. Undersökningsorgan bedriver efterforskning. Ingen skulle väl drömma om att kräva att polisens efterforskning skall ske i full offentlighet. Detta skulle med säkerhet minska möjligheterna att klarlägga fakta. Härtill kommer mycket tungt vägande hänsyn till de misstänkta. Vad skulle vi säga om media hade möjlighet att närvara vid polisens förhör av misstänkta/ anklagade, under omständigheter där den anklagade inte hade möjlighet att försvara sig? Detta vore tämligen oerhört. Hänsynen till allmänhetens krav

på orientering kan tillvaratas fullt ut genom den redogörelse som lämnas när undersökningen avslutas. Med detta tackar jag församlingen för uppmärksamheten.

Korreferenten, høyesterettsdommer *Ketil Lund*, Norge: Kära nordiska kolleger. Det är i och för sig inte så väldigt många anmärkningar som Per Magids utmärkta föredrag frammanar. Jag skall uppehålla mig kring de fyra teman som Per Magid tog upp och är väl lite reserverad på ett par punkter, men inte så många.

När det gäller frågan när extraordinära undersökningsorgan skall användas, är jag enig med Per Magid om att granskning i ad hoc-etablerade organ uteslutande kan vara ett supplement till de institutioner som normalt har som uppgift att granska olika förhållanden och händelser i samhället, exempelvis polis- och åklagarmyndigheter, rättsorgan och ombudsmannordningar. Det är uppenbart att granskning endast bör användas i de förhoppningsvis, och praktiskt sett, ganska fåtaliga tillfällen då de ordinarie organen inte kan klara sina uppgifter eller då de visserligen kan klara uppgifterna men inte kan antas åtnjuta den tillit hos allmänheten eller i den politiska miljön, som är en grundläggande förutsättning för lösandet av undersökningsuppgiften.

En central fråga vid tillsättandet av ett extraordinärt undersökningsorgan är frågan om vad föremålet för granskningen bör vara, d v s vad skall granskningsrapporten eventuellt användas till. Här är det väl fråga om två olika huvudföremål. Det ena, som Per Magid varit inne på och som är förhärskande i Danmark, är utredandet av ett händelseförlopp och ett orsaks samband, syftande till att konstatera ett personligt ansvar för enskilda personer eller ligga till grund för en kommande rättsprocess. Den andra typen av granskning, som synes vara av mer diffus karaktär, tar sikte på att klarlägga ett sakförhållande eller en verksamhet, eventuellt med ett allmänt syfte att vinna insikt i processer eller med sikte på att företa sytemförbättringar. I vart fall i Norge har det varit relativt oklart vad själva granskningen skall leda fram till efter det att rapporten har avgivits. I motsats till i Danmark har granskningen i Norge inte syftat till att konstatera ett ansvar för enskilda personer, även om det i och för sig inte har kunnat uteslutas att ett sådant ansvar kunnat bli följd. Detta har såvitt jag förstår en ganska avgörande betydelse för de erfarenheter som har gjorts i de olika länderna. De danska erfarenheterna och de problem som Per Magid pekat på har inte i samma utsträckning aktualiserats i Norge. Problemen i Danmark hänger mycket samman med det faktum att domare används som ensamgranskare.

Det är också på denna punkt en väldig skillnad mot i Norge, där domare som ensamgranskare inte förekommer.

I Norge är granskningskommissioner sammansatta av flera olika yrkeskategorier. Såväl jurister som andra specialister finns representerade. Det är självklart att detta är av betydelse i de fall granskningen avser förhållanden som kräver fackkunskap. Sammansättningen har emellertid även en annan betydelse. Jurister, som är tränade i individuellt och personligt ansvarstänkande i åtskilligt högre grad än fackmän som normalt försöker finna "systemfel", exempelvis ingenjörer och ekonomer, har lättare att lägga ansvaret på en enskild person.

Den norske statsvetaren Harald Kot har i en avhandling som kom ut under 1994 bl a pekat på att skillnaden i yrkesbakgrund kan brytas ned just i antingen "systemfel" eller "personfel". Juristdominerade granskningskommissioner, som finns i bl a USA och Norge, har en klar tendens att placera orsakerna hos enskilda personer. Omvänt har varit fallet då kommissioner varit dominerade av personer med ett samhälls- eller systemorienterat tankesätt. Han har också pekat på att det i blandade granskningskommissioner finns ett större inslag av balanserade slutsatser.

Min uppfattning är att granskningskommissioner bör vara sammansatta av olika yrkesgrupper, dock inte alltför många. Per Magid är övertygad om att domare inte bör ingå i granskningskommissioner för att processen är inkvisitorisk och för att granskningsresultatet inte bärs upp av ett tillräckligt solitt underlag. Jag antar återigen att hans syn har att göra med att man i Danmark haft ensamdomare som undersökare. Per Magid anser vidare att domare inte bör ingå i en granskningskommission med hänsyn till att en domares medverkan bidrar till att granskningsresultatet framstår som en dom över enskilda personer. Jag är så tillvida helt enig med Per Magid om att man så långt som möjligt försöker undvika att granskningsresultatet framstår som en dom. Jag är helt övertygad om att jurister inte bör vara ensamdomare, inte bara på grund av att jurister i så hög grad är inriktade på att konstatera personligt ansvar, utan även för att jurister inte är bra efterforskare. Jurister är bra intresseavvägare.

Mindre vikt bör läggas vid det förhållandet att domare som granskare kan göra fel och att detta kan reducera tilliten till domstolarna. Domare gör ju fel, med undantag av höyesterettsdomare naturligtvis - - -. Vad gör det om vanföreställningar om att höyesterettsdomare är ofelbara når fram till allmänheten? Det är dock uppenbart att domare bör vara försiktiga med att låta sig användas som redskap i en politisk kamp. Det har ju varit närmast en generell utgångspunkt i Danmark att undersökningsrätter brukas i en

politisk kamp, något som är helt främmande i Norge. Den kommission som jag ledde i två år tillsattes dock i ett mycket svårt politiskt läge. Det var uppenbart då den tillsattes att om resultatet blev på ett sätt, detta skulle medföra betydande politiska konsekvenser och om resultatet blev det motsatta, skulle avspänning bli följden. Om jag hade varit klokare den gången, hade jag nog inte tagit på mig uppgiften. Nu gick det hela väl men hade granskningen fått en annan utgång, hade jag blivit mycket bekymrad.

Per Magids syn på domardeltagande hänger samman med frågan om vad undersökningskommissioner bör befatta sig med. Här menar Per Magid att undersökningen skall syfta till att konstatera faktiska förhållanden. Jag är tveksam till om detta är praktiskt möjligt, oavsett om det gäller granskningen av en olycka eller något annat. Det är näraliggande att knyta grunden till frågan om fel, brott mot instruktioner, kompetensregler etc. Jag är dock enig med Per Magid om att enskildas eventuella ansvar inte bör fastställas. I och för sig är det inte fel att försöka utröna vad personer har haft kännedom om och detta är ju bestämmande för frågan om oaktsamhet föreläggat. Ibland följer dessutom utan vidare att någon har uppträtt uppsåtligt om han har haft kunskap om ett eller annat. Som sagt var är det inte så lätt att dra gränserna här.

I övrigt är jag enig med Per Magid om att granskningskommissioner inte bör acceptera begränsningar i förhållande till den politiska instansen, i fall där den politiska instansen kan vara inblandad. Granskningskommissioner bör således vägra att åta sig uppdrag som innefattar en begränsning av undersökningens omfattning gentemot den politiska instansen.

Beträffande rättssäkerheten finns ett grundläggande dilemma; hänsynen till granskningens effektivitet i förhållande till rättssäkerhetsmässiga aspekter för de som är föremål för undersökningen. Här går Per Magid mycket långt när han betonar rättssäkerhetsaspekterna, möjligen beroende på att han mycket klart har avgränsat det sakförhållande som skall ligga till grund för en bedömning rörande personligt ansvar. Jag delar i allt väsentligt Per Magids uppfattning även om jag anser att det är att gå alltför långt att ge envar som avger förklaring inför en granskningskommission rätt till advokat, om det inte på förhand med säkerhet kan uteslutas att undersökningen kan få negativa verkningar. Per Magid går vidare in för att alla granskade på förhand skall få del av alla dokument som skall användas vid granskningen. Detta torde enligt min mening göra det svårt att efterforska med tillräcklig effektivitet. Något mer reserverad synes Per Magid ställa sig till frågan om rätten att få närvara vid förhör av andra. Han skiljer här mellan en inledande del av efterforskningen och en senare del som innefattar protokollerade vittnesför-

hör. I den senare delen bör alla som är utsatta för risken att åläggas rättsligt ansvar få närvara. Jag är vidare enig med Per Magid om att som utgångspunkt bör gälla att förklaringar avges inför stängda dörrar.

Något som inte tagits upp är frågan om kontradiktion; partsrättigheter för de som tagit upp den aktuella frågan, exempelvis författare, journalister eller "offren" för den verksamhet som granskas. Om dessa grupper gavs partsrättigheter, skulle en viss kontradiktion uppnås vid granskningsförhören. Ett problem är hur en omfattande partsrepresentation av den typ Per Magid förespråkar inte skall få till följd att hela eller delar av granskningsmaterialet läcker ut till media med de uppenbart negativa effekter detta har för själva granskningen. Jag anser sammanfattningsvis att omfattande partsrättigheter helt klart hindrar genomförandet av en effektiv granskning. Jag har svårt att ta ställning till huruvida bindande regler för granskningskommissioners verksamhet skall fastläggas.

Advokat *Henrik Viltoft*, Danmark: Jag har vid flera tillfällen deltagit i sådana extraordinära undersökningar som diskuteras här, bl a i undersökningen av Tamil-affären. En fråga som inte tagits upp i sammanhanget men som ur rättssociologisk synvinkel kan vara intressant, är frågan om varför vi under de senaste 10-15 åren har haft en sån markant ökad användning av extraordinära undersökningar, en utveckling som enligt min mening lär fortsätta. Varför har de nordiska demokratierna, kanske de främsta i världen, detta enorma behov av extraordinära undersökningar? Kanske beror det på den hela tiden ökande lagkomplexiteten och våra alltmer svåröverskådliga rätts-system. En viktig fråga som såväl referenten som korreferenten diskuterat är om det är riktigt att inrikta undersökningarna mot enskilda personer och frågan om deras ansvar för fel eller försummelse eller om undersökningen endast skall syfta till klarläggande av fakta. Jag tror för egen del att det är mycket svårt att undvika personfixeringen vid dessa typer av undersökningar. Man kan givetvis ha som utgångspunkt att granskningen inte skall inriktas mot enskilda personer och deras eventuella ansvar. Jag anser dock att det i realiteten är riktigast att vara ärlig och göra som man gör i Danmark, d v s låta undersökningen även omfatta subjektiva förhållanden. Huvudproblemet, som jag ser det och som Per Magid pekat på, är att det i kommissoriet för dessa undersökningar inte finns någon anklagelse eller gärningsbeskrivning att utgå ifrån. Jag har inte sett någon lösning på detta problem.

Lagdommer *Brynjar Östgård*, Norge: Jag skall tala om bruket av domare vid extraordinära undersökningar. Först vill jag kort säga att en gransknings-

rapport kan utgöra underlaget för och vara ett tungt vägande dokument i en efterföljande process mot enskilda personer om straff- och ersättningsansvar.

När det gäller bruket av domare vill jag peka på följande. Den principiella utgångspunkten bör vara att domstolar utgör den tredje statsmakten i samhället. I de fall där den första eller andra statsmakten påfordrar att en granskning utförs, får dessa själva svara för denna och, så att säga, anlita eget folk för ändamålet. Av hänsyn till den tredje statsmaktens integritet bör domare betacka sig för att åta sig granskningsuppdrag. Domare bör inte heller tillfrågas.

Professor *Jakob W.F. Sundberg*, Sverige: Den drivande kraften som gjort tillsättandet av undersökningskommissioner motiverade har varit att media hittat på någonting. Det är ju inte alldeles okänt att media försöker öka sina upplagor genom häftiga påståenden som man tror skall vinna gehör. I botten finns alltså ett mediaproblem och den stora förtjänsten med undersökningskommissioner är väl att man tröttar ut media, vilkas "attention span" är mycket begränsat.

På vissa områden som direkt rör allmänheten, t ex när de offentliga kommunikationsmedlen är ifråga, har man sedan länge i lagstiftningen förutbestämt att inträffade olyckor - allt från stora katastrofer av typen Estonias förlisning till "near misses" - skall föranleda utredning rörande om vad som hänt och hur det skall undvikas i framtiden. Här finns till och med en institutionalisering på nordisk nivå. Det är främst på tekniskt avancerade områden som institutionaliseringen ägt rum. Det område som jag själv varit mest förtrogen med är flygets haveriutredningar och reglerna för tillsättande av haverikommission och för dess arbete.

Det heterogena i intressebilden bakom den utlösande händelsen speglas i den rika floran av olika konstruktioner av utredningsförfarandet. Ibland bygger förfarandet helt på polisutredningen. Ibland har det fått en exklusivt reformativ inriktning, ända därhän att rapporten inte ens får åberopas inför domstol i en senare rättegång. Ibland är förfarandet helt förlagt till domstol och ibland ser man förfarandet som inte annat än ett rent myndighetsärende. En centralpunkt i allt detta har varit frågan om det utredande organets ojävighet. Detta har varit ett plågoris inom haveriutredningarna, eftersom den statliga myndighet som tillsatte utredningen av t ex en flygolycka, också var den som var ansvarig för andra verksamheter vars dåliga rutiner eller bristfälliga konstruktioner kunde ha bidragit till olyckan. För att få ojävighet måste det utredande organet ha en så eleverad ställning eller vara rekry-

terat av så höga myndighetspersoner att någon misstanke om egenintresse inte kan uppkomma.

Politiinspektör *Per Gammelgård*, Norge: Jag har med stort intresse tagit del av advokat Per Magids skriftliga inlägg i debatten och vad han anfört här idag och jag instämmer i stort sett i alla de slutsatser som han har dragit. När det gäller frågan om inkvisitorisk eller kontradiktorisk processform skall användas vid offentliga granskningar, är jag övertygad om att den kontradiktoriska är att föredra. Detta gäller inte minst när det utredande organet avger ett utlåtande som kan jämföras med en dom. Det organ som skall granska påstådda olagligheter bör använda metoder som säkrar vissa grundläggande rättigheter. Jag inser dock de svårigheter som Ketil Lund pekat på, bl a försämrad effektivitet, då en kontradiktorisk processform används. Representanter för den granskade verksamheten bör ges mer än en fragmentarisk uppfattning av vad som är föremålet för granskningen. Som ett minimum bör dessa i slutfasen av granskningen få kännedom om de fakta och uppfattningar som det utredande organet avser att lägga fram. Härigenom ges möjlighet att rätta till eventuella fel och brister.

F d president i HD *Curt Olsson*, Finland: Mitt bidrag till denna debatt är av deskriptiv karaktär. Ytterst få i Finland idag känner till att vi har haft en undersökningskommission av just den typ som diskuteras. Kommissionen tillsattes för så länge sedan som 1952 och avslutade sin verksamhet i juni 1954. Den avgav sex stycken betänkanden under denna tid. Under den här tiden befann sig Finland, liksom många andra länder efter andra världskriget, i en svår situation. En importlicens, som förutsatte att man hade laglig valuta, var bokstavligen talat guld värd. Beviljandet av dylika licenser handhades av en särskild nämnd - licensnämnden - och det är kanske inte förvånande, för att inte säga förståeligt, att diverse rykten om dess verksamhet snart började sprida sig. Slutligen publicerades uppgifter om att om man betalade 10 procent fick man en licens, något som givetvis var allvarligt. Alla politiska partier var illa berörda, då de i viss mån kände sig utpekade. Till sist beslöt regeringen i all hast att en undersökningskommitté skulle tillsättas. Kommittén bestod av representanter från de högsta domstolarna, andra jurister, en person från polisväsendet och en icke jurist. Man kom också på att jag, en alldeles färsk professor, skulle vara med och jag hade vid denna tid inte förstånd nog att säga nej.

Arbetet i kommittén var mycket intensivt. De första betänkandet påpekade brister i systemet och ledde till ny lagstiftning. De senare betänkandena tog sikte på bl a ett antal enskilda fall. Betänkandena innehöll beskriv-

ningar av händelseförlopp, i vissa fall sändes saken vidare till polisen för undersökning. Det fanns emellertid också fall där kommittén, ibland med namns nämnannde, uttalade att åtal skulle väckas mot de ansvariga. Arbetet bedrevs inför lyckta dörrar medan kommittébetänkandena var offentliga.

Tillsättandet av kommittén var en helt politisk åtgärd, för att inte säga politisk manöver. Som sådan hade den avsedd effekt. Tillsättandet av kommittén hade dock en rent saklig grund, nämligen att åklagarväsendet vid denna tid var mycket bristfälligt och behövde förstärkning.

Bland allmänhetens reaktioner på kommitténs arbete fanns bl a de som var ytterst besvikna på att inte tillräckligt många skurkar hade infångats. När vi skrev att missförhållandena inte hade varit av den omfattningen som man allmänt hade påstått, väckte detta ont blod på sina håll. Någon offentlig kritik framkom dock aldrig mot själva tillsättandet av kommittén. Inte heller kritiserades det starka domarinslaget. Jag vill dock för min del idag säga att jag inte - för Finlands del - rekommenderar domarinslag i den typen av kommittéer. Det vi gjorde kunde ju likväl ha gjorts av en vanlig kommitté, typ lagstiftningskommitté och den undersökande sidan kunde ha skötts av en förstärkt åklagarmyndighet. Jag är särskilt skeptisk till att medlemmar av de högsta domstolarna skall ingå i sådana undersökningar, med hänsyn till att uttalanden av sådana personer kan få alltför stor genomslagskraft. Media och allmänhet kan bibringas uppfattningen att saken redan är avgjord när ledamöter från de högsta domstolarna redan har sagt sitt.

Kanslichef *Klaus Helminen*, Finland: Jag har en gång varit ordförande i en undersökningskommission i Finland som undersökte ett kapardrama. Kapardramat undersöktes inledningsvis på vanlig väg av polis och åklagare men när misstankar om att arbetet inte bedrevs sakligt yppades, tillsattes en undersökningskommission. I kommissoriet ingick bl a annat uppgiften att utvärdera det hittillsvarande undersökningsarbetet. Kommissionen beslöt att tillämpa en ännu inte ikraftträd förundersökningslag. Kommissionen höll möten varje vecka men förhören sköttes i stort av polisen.

Min bestämda uppfattning är att det är näst intill omöjligt att utesluta offentlighet i dessa frågor. Man kan nog inte helt och hållet arbeta inför lyckta dörrar. Man måste fortlöpande hålla presskonferenser och berätta hur arbetet fortskrider. Jag anser vidare att domare inte bör ingå i undersökningskommissioner. Undersökningarna i de finska kommissionerna har gått ut på att påvisa vad som här har kallats systemfel. Om kommissionen i sitt arbete skulle glida över på en utredning om personligt ansvar, borde undersökningen överflyttas till polisen.

Advokat *Ellen Mo*, Norge: För tre år sedan var jag lagdommer och blev utsedd att leda en granskningskommission som tillsattes för att utreda vad som egentligen skedde då det stora norska försäkringsbolaget UNI Storebrand försökte att köpa upp det svenska försäkringsbolaget Skandia.

Fördelen med granskningskommissioner är att dessa ger möjlighet till en tvärfacklig belysning av ett händelseförlopp. Det finns emellertid en hel del nackdelar. För min egen del är jag inte förtjust i granskningskommissioner som ett sätt att lösa detta på. Det är intressant varför de finns. Jag anser att de är tecken på samhällets nya ritualer. De synes utgöra ett slags reningsritual som gör att samhället efter stora olyckor eller skandaler, på ett eller annat mentalhygieniskt sätt kan rena sig. Om granskningskommissioner ända skall användas, skall de ägna sig åt att klarlägga fakta och uttala sig om regelbrott har begåtts, men inte uttala sig om rättsföljden. Vad som har förbigåtts i debatten är att kommissionen i många fall också måste uppställa regler, eftersom reglerna ju inte alltid är givna. Detta arbete talar enligt min mening för att inte bara jurister, utan även domare bör ingå i kommissionen. Vidare är viktigt att det klart fastslås vilka procedurregler som skall gälla vid undersökningen. Detta är inte minst viktigt med tanke på rättssäkerheten för de granskade och för acceptansen av den rapport som kommissionen slutligen skall avge. Min slutliga uppfattning blir således att så länge det inte finns klara regler för hur granskningarbetet skall ske, skall sådana kommissioner inte användas.

Rikspolischef *Sten Heckscher*, Sverige: Det har efterfrågats att någon skulle berätta om det svenska konstitutionsutskottet m m. Detta bedriver en i huvudsak politisk kontroll av statsråd, låt vara att utskottet även kan besluta att visst statsråd skall åtalas för brott. Det svenska konstitutionsutskottet fick en "revival" mot slutet av 80-talet och blev en av de ledande underhållningsinstitutionerna i det här landet. Vad som då var ett problem var att hålla sig inom gränserna för vad som skulle granskas. Det finns i övrigt ett myller av olika aktörer i det svenska systemet. Ombudsmännen har bl a nämnts. Vidare har vi justitiekanslern JK - regeringens kronjurist - som ofta får individuella uppdrag. JK skulle kunna kallas för ett ordinärt extraordinärt undersökningsorgan. Vi får inte heller glömma statens revision som t ex kan komma åt ekonomiska felaktigheter i förvaltningen. Vidare har vi haft ett antal kommissioner som har granskat händelser som väckt allmänt intresse, bl a flera kommissioner som granskat utredningen av mordet på Olof Palme.

Flera har påpekat att det vid tillsättandet av extraordinära undersöknings-

kommissioner är angeläget med förfaranderegler. Det är väl i och för sig riktigt men man bör komma ihåg att det i dessa fall handlar om extraordinära händelser som gör att det kan vara svårt att tillämpa generella regler.

Departementschef *Michael Lunn*, Danmark: Jag vill först tacka referenten och korreferenten för de intressanta inläggen i diskussionen. Jag har under senare år vid flera tillfällen varit med om att utforma kommissorierna för en stor del av de undersökningar som gjorts i Danmark.

Enligt min mening skall man ha öppna och flexibla regler som går att anpassa efter det sakförhållande som skall granskas. I Danmark har extraordinära undersökningar blivit alltmer ordinära. Det som talar för att man skall använda domare i undersökningen är kraven på kvalitet, oavhängighet och habilitet. Domare kan lättare än andra yrkesgrupper se till att dessa krav tillgodoses. Vad gäller frågan om vad undersökningen skall omfatta, anser jag att man inte skall gå in på eventuella sanktioner. Jag tror dock att om man begränsar undersökningen till klarläggande av fakta och inte avger några värderingar, kommer slutrapporten att utgöra ett dåligt beslutsunderlag, vilket inte kommer att gagna de personer som varit föremål för undersökningen. Med hänsyn härtill anser jag inte att det är fel att avge balanseerade rättsliga värderingar.

Referenten, Advokat *Per Magid*, Danmark: Ketil Lund nämnde att jag gav uttryck för en skepsis mot domare. Så är inte fallet. Jag är visserligen skeptisk mot att använda domstolar och domare i sådana undersökningar som vi har diskuterat. Detta beror dock inte på att domare är sämre undersökare än andra. En tillbakahållenhets är dock motiverad av hänsyn till samhället i dess helhet. Jag tror att en domare i och för sig i större utsträckning än många andra har samhällets tillit och därför är väl lämpad att delta i undersökningar, men det är viktigt när man har ett samhälle som är i svårigheter, att det finns ett sista ställe som man kan vända sig till för att få rätt. I vårt samhälle utgörs detta ställe av domstolarna. Jag vill slutligen understryka att jag är helt enig med Ketil Lund om att klarläggande av fakta i sig självt inte har någon mening om fakta inte relateras till gällande normer.

Korreferenten, Høyesterettsdommer *Ketil Lund*, Norge: I Norge har det ofta varit så att granskningskommissioner har letts av høyesterettsdomare. Curt Olsson ansåg att i vart fall høyesterettsdomare inte bör leda granskningskommissioner. Jag delar den uppfattningen, men inte på grund av att tilliten till domare kan komma att ifrågasättas. Jag menar att høyesterettsdomare också gör fel hela tiden även om befolkningen inte helt införstådd med

detta. Høyesterettsdomare kan däremot komma i åtnjutande av en alltför stor tillit, vilket kan påverka underordnade domare som i en rättegång har att befatta sig med resultatet av en sådan undersökning. Vidare kan allmänheten ha en överdriven tillit till vad høyesterettsdomarna uttalat. Vi måste således komma ner på jorden i denna fråga, något som för övrigt pressen i Norge för närvarande är mycket behjälplig med...

Debattledaren, høyesterettspraesident *Niels Pontoppidan*, Danmark, avslutade med att tacka referenten, korreferenten och mötesdeltagarna för ett mycket intressant och givande sektionsmöte.

Sektionsmöte

**Plikt att i förvaltningsförfarandet
yttra sig om egna och närståendes
straffbara förhållanden**

Referent: Førstestatsadvokat *Morten Eriksen*, Norge

Korreferent: Professor *Eiríkur Tómasson*, Island

Debattledare: Lagdommer *Karin Stang*, Norge

Referatskrivare: Lagdommer *Ellen Holager Andenæs*, Norge

PLIKT ATT I FÖRVALTNINGSFÖRFARANDET YTTRA SIG OM EGNA OCH NÄRSTÅENDES STRAFFBARA FÖRHÅLLANDE

Av førstestatsadvokat *Morten Eriksen*, Norge

1. Innledning

1.1 Forvaltningens viktigste informasjonskilde: opplysninger fra borgerne

Når velferdsstaten skal fordele goder og byrder, må forvaltningen ha tilgang til en rekke opplysninger fra borgerne. Opplysningene kan gis frivillig, eller som følge av lovbestemt *plikt*. Som oftest gjelder opplysningene egne forhold, men kan også omfatte andres forhold – herunder nærstående.

Forvaltningen har på sin side *plikt* til – innenfor visse rammer – å sikre at borgerne får de rettigheter de har krav på, sørge for at forvaltningsorganenes saksbehandling er forsvarlig mm, jfr forvaltningsloven av 10. feb 1967 mfl. Et karakteristisk trekk ved velferdsstaten er således at forholdet mellom stat og borger baseres på *gjensidige forpliktelser*.

Når borgerne har plikt til å gi opplysninger under *straffansvar*, kan de gis både uoppfordret og etter spesiell anmodning. *Uoppfordret* innleveres eksempelvis selvangivelse, oppgaver over merverdiavgiftspliktig omsetning, tollpapirer, regnskaper m m. Dette gjelder bla særdeles viktige informasjoner for statsfinansene. Årlig fastsettes skatter og avgifter for mer enn NOK 350 milliarder vesentlig på grunnlag av opplysninger fra borgerne.

Utenfor det fiskale området er det gitt et betydelig antall reguleringslover som skal sikre at samfunnets infrastruktur fungerer tilfredsstillende, – til beste for alle borgerne. Også her pålegges borgerne opplysningsplikt i vid utstrekning.

Dersom gitte opplysninger ikke er tilstrekkelige eller virker lite tillitvekkende, må det innhentes tilleggsopplysninger eller undersøkes nærmere om det foreligger ulovlige forhold. Mistanken kan være konkret begrunnet,

eller basert på saksbehandlers erfaring med lignende saker. Kontrollobjektene kan også være valgt ut fra et ønske om å se nærmere på en bransje, som gjennom tips eller mediaomtale gir grunn til nærmere undersøkelser. Ofte er mistanken ugrunnet eller overdrevet. Dette må forvaltningen avklare.

Når forvaltningen innhenter informasjon etter særlig *anmodning* skjer det gjerne i form av *skriftlige henvendelser*, som i noen tilfeller kan utvikle seg til en omfattende korrespondanse. Hovedformålet er å klarlegge faktum, som ledd i den forvaltningsmessige behandling av saken. Informasjoner gitt uoppfordert eller etter særlig anmodning, kan bli fremlagt som *dokumentbevis* både i sivile saker og i straffesaker.

I tillegg til skriftlige informasjoner kan det være *mundlig kontakt* mellom saksbehandler og borger. Er opplysningene viktige, tar saksbehandler ofte notater fra samtalen. Disse inneholder saksbehandlers subjektive oppfatning av det som fremkommer, og gjengivelsen er nødvendigvis beheftet med usikkerhet. Som grunnlag for viktige beslutninger kan dette være lite betryggende.

Derfor opptas i noen tilfeller *forklaringer* som nedfelles i skriftlig form. Som oftest blir disse gjennomlest og underskrevet. For enkelte forvaltningsorganer er slike forklaringer viktige, fordi det normalt ikke foreligger dokumenter som belyser de faktiske forhold. Eksempler på dette kan være undersøkelser Konkurransetilsynet foretar omkring konkurranseforholdene i en bransje, eller Kredittilsynets undersøkelser av mulig ulovlig innsidehandel.

1.2 Det tillitsbaserte forvaltningssystem

Forvaltningens avgjørelser bygger *i all hovedsak* på opplysninger fra borgerne selv (egenmeldinger). I noen grad innhenter forvaltningen opplysninger på egen hånd, men det hører til unntakene at det foretas noen egentlig kontroll av fremlagte opplysninger (kontrollundersøkelser).

Forholdet mellom stat og borger er således basert på *tillit* – forvaltningen treffer sine avgjørelser i tillit til at de opplysninger borgerne gir er korrekte og fullstendige.

I dette ligger flere fordeler. Viktigste – etter min oppfatning – er at et åpent, gjensidig forpliktende og tillitsbasert forvaltningssystem har en positiv verdi i seg selv. Slik sett er tillits- og informasjonsplikten grunnleggende for forholdet mellom stat og borger.

Når opplysningene gis av borgerne selv, har de også kontroll med deres omfang og kvalitet. Dette er et lite påaktet, men – etter min oppfatning –

viktig argument for vårt någjeldende rett/plikt-forhold mellom stat og borger på forvaltningsstadiet. Borgernes kontroll med informasjonsstrømmen om egne forhold innebærer i seg selv en fordel. *Mulighetene* for innhenting, bearbeiding og (data)lagring av informasjon øker voldsomt, samtidig som *behovet* for informasjon fra andre kilder enn borgerne selv vil øke betydelig under et annet rett/plikt-forhold mellom stat og borger enn det vi har idag. *Kontroll* som basis for nødvendige informasjoner er kostbart, og krever vide og inngripende fullmakter. Omfattende kontrollsystemer kan medføre uoversiktlige skadevirkninger, og skape utrygghetsfølelse om informasjons-tilgang og informasjonsstrømmer.

Men et system basert på *tillit* er sårbart for misbruk. Overfor tillitsbrudd må det ligge en straffetrussel i bunn, ellers uthules systemet som skal sikre troverdig og nødvendig informasjonsflyt innenfor rimelige økonomiske rammer. Dette gjelder uavhengig av om opplysningene er gitt frivillig eller etter lovbestemt plikt. *Rettsstaten* skal mer generelt hindre normoppløsning; den skal skape lovlidighet, trygghet og rettferdighet mellom borgerne. Etter norsk rett er derfor borgerne i vid utstrekning pålagt opplysningsplikt under straffansvar overfor forvaltningen.

Som eksempler på sentral lovgivning som har bestemmelser om straffesanksjonert sannhets- og opplysningsplikt kan nevnes tolloven av 10. juni 1966 nr 5 kap X, ligningsloven av 13. juni 1980 nr 24 kap 12, merverdiavgiftsloven av 19. juni 1969 nr 19 § 72, forurensningsloven av 13. mars 1981 nr 6 § 78, konkurranseloven og pristiltaksloven av 11. juni 1993 nr 65 § 6–1, jfr § 6–6, som erstattet prisloven av 26. juni 1953 nr 4 § 15, jfr §§ 52 og 53 samt oppehaldsloven av 9. juli 1948 §§ 7 og 8, jfr § 9.

2. Mistenktes og vitners rettigheter etter straffeprosessloven

2.1 Mistenktes rettigheter

Når noen har brutt en eller flere plikter etter reguleringslovgivningen, kan det være aktuelt med strafferettslig forfølgning. Da oppstiller *rettsstaten* flere fundamentale rettigheter (favor defensionis) for dem som er i søkelyset for lovbrudd. En av dem er retten til ikke å inkriminere seg selv ("selvinkrimineringsforbudet"). "Forbudet" mot selvinkriminering gjelder i utgangspunktet bare når en person er satt under strafforfølgning. *Mistenkte* har etter straffeprosessloven blant annet ingen forklaringsplikt (nektelsesretten), og kan heller ikke straffes for usann forklaring til politiet eller retten (frihe-

ten til å forklare seg usant), jfr strpl § 90 og strl § 167 første ledd. Se Andenæs og Bratholm, Spesiell strafferett 2.utg, s 251 flg.

Etter straffeprosessloven har *mistenkte* ikke plikt til å forklare seg for *politiet*, jfr strpl § 232 første ledd, og *siktede* har ikke plikt til å forklare seg for *retten*, jfr strpl § 90. Dersom *siktede* velger å forklare seg, kan han ikke straffes for usann forklaring om egne forhold, jfr strl § 167 første ledd. Det samme gjelder for *mistenkte*, jfr Rt 1982 s 173 og Andenæs og Bratholm s 255.

Status som *mistenkt* i straffeprosesslovens forstand inntreer enten ved anmeldelse, eller når man på annen måte er utpekt med konkret mistanke rettet mot seg, jfr Andenæs, Bind I s 62.

Det er sikker rett at undersøkelser foretatt av et forvaltningsorgan etter reguleringslovgivningen ikke utløser status som mistenkt i straffeprosesslovens forstand, selv om forvaltningsorganet har mistanke om at en eller flere bestemte personer har begått lovbrudd. Mistanker *forvaltningsorganet* måtte ha, gir borgeren ingen rett til å nekte å avgi forklaring eller til å snakke usant straffritt. Straffeprosesslovens bestemmelser gjelder bare for *straffesaker*, med mindre annet er bestemt ved lov, jfr strpl § 1. Forklaringer avgitt på forvaltningsstadiet skal derfor etter hovedregelen om fri bevisføring kunne brukes som bevis under straffesaken.

Mistenkte har "rett" til å nekte å forklare seg. Fra en terminologisk synsvinkel er det derimot tvilsomt om han også har "rett" til å forklare seg usant. Mer korrekt er å si at dette bare er en adgang eller frihet han har. (I engelsk rett bruker man uttrykket "privilege" til forskjell fra "right"). Det er en viss motvilje mot å bruke ordet "rett" om noe rettssystemet misliker. Er usannheten straffri, men rettsstridig, kan den møtes med nødverge og gi grunnlag for erstatning. Stor praktisk betydning har den terminologiske sontringen neppe. Se Andenæs og Bratholm s 257–58. Som fellesbetegnelse på nektelsesretten og friheten til usann forklaring, brukes i denne artikkelen derfor noe upresist uttrykket "selvinkrimineringsforbudet".

"Selvinkrimineringsforbudet" er ikke selvfølgelig. En lovbrøyer kan ha påført andre mennesker tildels meget store lidelser, tap eller skader. Etterfølgende strafforfølgning medfører i tillegg store kostnader for samfunnet. I utgangspunktet kunne man derfor forvente at mistenkte var pliktig til å bidra til oppklaring av saken – spesielt hvis dette kan reparere eller avdempe negative virkninger.

Men slik ser man det ikke. Mistenkte i straffesaken er under press, og man ønsker ikke å stille ham for valget mellom å lyve eller tilstå. Når straffesak åpnes, polariseres forholdet mellom stat og borger. Staten kan bruke sitt kraftigste maktapparat mot borgeren (tvangsmidler), som til gjengjeld får

et sett av rettigheter (favor defensionis). Det antas også at forklaringsplikt under straffansvar neppe vil være egnet til å frembringe sannferdige forklaringer, og det er også mindre moralsk fordømmende å lyve i en slik situasjon. Jfr Andenæs og Bratholm s 251.

Hvor langt begrunnelsen rekker kan diskuteres. Fra tidligere tider og – dessverre – i flere totalitære regimer idag, kjenner vi til bruk av drakoniske metoder for å frembringe tilståelser. Dette gir en historisk forklaring på ”selvinkrimineringsforbudets” nødvendighet. Likevel er det forbausende hvor lite diskusjon det har vært omkring ”forbudets” rekkevidde – gitt den virkelighet vi har i Norge idag.

I utgangspunktet gjelder ”selvinkrimineringsforbudet” absolutt, og inntreer straks en person får status som mistenkt etter straffeprosessloven. ”Selvinkrimineringsforbudet” gjelder uten hensyn til om abstrakt eller aktuell straffreaksjon er stor eller liten, om mistenktes bistand – i form av en forklaring – kan forhindre eller redusere skadene ved lovbruddet, om alternative oppklaringsmuligheter er tilstede eller ikke, om mothensynene er tungtveiende eller ikke. Retten til forklaringsnektelse gjelder i alle tilfeller (med en viss reservasjon for tilfeller hvor det foreligger særdeles sterke mothensyn), selv om denne løsning langt fra er opplagt.

3.3 Vitnenes rettigheter og plikter

Vitnenes stilling er betydelig enklere, fordi det ikke skjer noen vesentlig endring av status når forvaltningssaken blir straffesak. En person som har straffesanksjonert forklarings- og sannhetsplikt overfor et *forvaltningsorgan*, har normalt også forklarings- og sannhetsplikt overfor en domstol. Om forklaringen er muntlig eller skriftlig har ingen betydning, se strl § 166 første ledd.

Overfor *retten* kan vitnet nekte å forklare seg hvis svaret kan utsette ham selv eller *hans nærmeste* for straff eller tap av borgerlig aktelse, jfr strpl § 123 første ledd. Dette unntaket gjelder ikke når en person blir bedt om å forklare seg for et forvaltningsorgan.

Politiet kan ikke pålegge noen å forklare seg, jfr strpl § 230 første ledd. Vitner som nekter kan pålegges å møte for retten, og da gjelder sannhetsplikten på vanlig måte. Velger vitnet å avgi forklaring for politiet, gjelder den straffsanksjonerte sannhetsplikt. Se Rt 1907 s 532 og Andenæs og Bratholm s 249.

Vitner som har absolutt taushetsplikt, kan selvsagt nekte å forklare seg så langt taushetsplikten rekker. Dette gjelder for eksempel for advokater, jfr strpl § 119.

4. Harmoniseringsspørsmålet

4.1 Problemstilling

Mellom borgernes *plikter* etter kontrolllovgivningen, og borgernes *rettigheter* som mistenkt etter straffeprosessloven ("det dobbeltsporede system") krysses motstridende interesser. Straffesanksjonert opplysnings- og sannhetsplikt er selvinkriminerende for en borger som har noe straffbart å skjule. Bli det straffesak gjelder forbudet mot selvinkriminering – han kan straffritt snakke usant. Men den forutgående forvaltningsprosess kan ha bundet ham. Har han løyet, er usannheten i seg selv straffbar. Snakker han sant – som han plikter – må han tilstå brudd på loven. Det er systemets dilemma. Se Andenæs, Norsk straffeprosess Bind I 1994 s 214, og Thorbjørn Gjølstad: "Rettslige rammer for samarbeid og informasjonsflyt mellom politi og kontrollorganer" inntatt i Morten Eriksen (red), Økonomisk kriminalitet, Universitetsforlaget 1990, s 215 flg.

Det må erkjennes at det *er* et ikke ukomplisert dilemma innebygget i lovsystemet. Men det er viktig å ha klart for seg hovedregelen og utgangspunktet, – at borgerne har og må ha forklarings- og sannhetsplikt overfor forvaltningen. De straffeprosessuelle rettighetene er *ekstraordinære*, og inntreer som følge av den tilspissede situasjon som har oppstått fordi politiet er koblet inn i saken. Retten til å nekte og forklare seg, eller friheten til å snakke usant straffritt, gir intet fribrev til å begå lovbrudd, – som inntreer samtidig med lovbruddet.

"Det dobbeltsporede system" må harmoniseres, og viktige spørsmål melder seg: Skal det være en strengt beskyttet menneskerett å tie eller snakke usant straffritt, ikke bare overfor politi og domstol, men generelt overfor offentlige myndigheter, fordi ingen skal tvinges til å noe som (senere) kan bidra til egen fellelse? Er det totale «selvinkrimineringsforbud» ypperste rettsstatens kvalitetsstempel, eller prosessuelle rettigheter (menneskerettigheter) på ville veier?

I straffesaksbehandlingen krever kollisjonen mellom rett og plikt mer praktiske avklaring. I hvilken grad skal opplysninger avgitt på kontrollstadiet under straffansvar, kunne brukes mot mistenkte eller tiltalte under etterfølgende straffesak? Og eventuelt, i hvilken form skal opplysningen kunne fremlegges i retten?

Etter norsk rett (i likhet med de øvrige nordiske land) skjer regimeskifte når et brudd på reguleringslovgivningen formelt bringes over på straffesaksstadiet.

På forvaltningsstadiet skiller vi ikke mellom forklaringsplikt (plikt til å svare på spørsmål fra forvaltningsorganene) og fremleggelsesplikt (plikt til å tilveiebringe

dokumenter som kan belyse de faktiske forhold forvaltningen kontrollerer). Informasjonens *form* skal ikke være avgjørende for plikten til å gi forvaltningen opplysninger. Se eksempelvis ligningsloven av 13. juni 1980 kap 4.

Heller ikke på straffesaksstadiet skiller vi mellom informasjonens form (forklaringer eller dokumenter mm). Mistenkte har ingen bidragsplikt i noen tilfeller, mens vitnene både har forklaringsplikt og fremleggelsesplikt så langt vitneplikten gjelder.

Etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. nov. 1950 (EMK) er det nå lagt til grunn at regimeskifte i noen tilfeller må skje før forvaltnings-saken formelt blir straffesak etter nasjonal rett. Og det er mulig at forklaringsplikten og fremleggelsesplikten kan komme i ulik stilling på *forvaltningsstadiet*. Nyerere avgjørelser av menneskerettighetsorganene – som kort skal kommenteres – har bragt mye uklarhet omkring disse spørsmål.

4.2 Fremleggelsesplikt – dokumenter, korrespondanse mm

I *Funke mot Frankrike* (avgjørelse av Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) 25. februar 1993) ble det lagt til grunn at siktelsesbegrepet i EMK har selvstendig innhold, som innebærer at ”selvinkrimineringsforbudet” kan gjelde allerede på kontrollstadiet – *før* saken er blitt straffesak i straffeprosessuell forstand etter nasjonal rett.

I forbindelse med forvaltningens undersøkelser av Jean–Gustave Funke, en tysk statsborger bosatt i Frankrike, foretok franske tollere – med hjemmel i en forvaltningslov og med fysisk bistand fra politiet – ransaking på hans private bopel, etter tips fra skattemyndighetene. Ransakingens formål var å tilveiebringe opplysninger om ”particulars of their assets abroad”. Funke erkjente under ransakingen at han hadde flere bankkonti i utlandet – forretningsmessige og private – men at han ikke hadde utskrifter fra disse hjemme.

Ransakingen frembragte åpenbart ikke tilstrekkelige opplysninger til å reise sak mot Funke for brudd på ”Regulations governing financial dealings with foreign countries”, men det ble innledet sak mot ham for å få ham til frembringe opplysninger om blant annet sine bankkonti i utlandet (Polen, Tyskland og Sveits), noe han var i stand til som rette kontoinnehaver. Funke sa seg opprinnelig villig til det, men ombestemte seg etter noen tid.

For sin nektelse ble Funke ilagt dagmulkt på 50 FRF, som han ikke betalte, og derfor bare økte boten år for år. Saken ble bragt inn for Kommisjonen som, under dissens (6 mot 2), kom til at myndighetenes press på Funke ikke var i strid med selvinkrimineringsforbudet og kravet om ”fair trial”. EMD kom til en annen løsning – mot en stemme – med følgende begrunnelse:

”The court notes that the customs secured Mr Funke’s conviction in order to obtain certain documents which they believed must exist, although they were not certain of the fact. Being unable or unwilling to procure them by some other means,

they attempted to compel the applicant himself to provide the evidence of offences he had allegedly committed. The special feature of customs law ... cannot justify such an infringement of the right of anyone "charged with a criminal offence", within the autonomous meaning of this expression in Article 6, to remain silent and not to contribute to incriminating himself". (Domsgrunnene pkt 44, som i uoffisiell oversettelse er gjengitt i Rt 1994 s 621.)

Forvaltningen brukte her systematisk straff (løpende tvangsmulkt) for å tvinge Funke til å frembringe opplysninger om sine mulig uoppgitte verdier i utlandet. Problemstillingen i Funke-saken vil ikke oppstå på samme måte etter norsk rett. Det er ikke adgang til løpende bruk av straff for å frembringe opplysninger fordi kontrollmyndighetene ikke kan bruke tvangsmulkt overfor en borger som vegrer seg mot å gi opplysninger. Selve vegringen er straffbar etter flere reguleringslover, men følgen av vegringen kan bli anmeldelse til politiet for *vegringen*. Da inntreer status som mistenkt, og fortsatt pågang mot borgeren med gjentatt bruk av straffetrussel for å tvinge ham til å gi opplysninger vil således ikke være mulig.

En annen forskjell er at ransaking på privat bopel ikke kan gjennomføres etter norsk rett uten at *siktelse* foreligger, og ransakingen må skje etter straffeprosesslovens regler. Unntak gjelder bare for undersøkelser i medhold av konkurranselovgivningen, hvor Konkurransetilsynet nå kan gjennomføre ransaking også på privat bopel med forhørsrettens samtykke, jfr Konkurranseloven av 11. juni 1993 nr 65 § 6-2. I hvilken grad bruk av bestemmelsen vil utløse deler av straffeprosesslovens rettighetssystem forut for straffesakstadiet, gjenstår å se.

4.3 Forklaringsplikt overfor forvaltningsorganene

Spørsmålet om bruk av forklaringer opptatt av et forvaltningsorgan på forvaltningsstadiet i en etterfølgende straffesak er forelagt norske domstoler, og Høyesterett har avsagt en kjennelse av betydelig interesse, jfr Rt 1994 s 610 ("Bølgepapp-kjennelsen"). Mens "Reksten-kjennelsen" i Rt 1976 s 1446 gjaldt spørsmålet om rekkevidden av forvaltningens kontrollfullmakter når straffesak var innledet etter straffeprosesslovens regler, gjelder "Bølgepapp-kjennelsen" rekkevidden av straffeprosesslovens regler for bruk av informasjoner innhentet på kontrollstadiet. Om "Reksten-kjennelsen", se Gjølstad op cit side 241.

Saksforholdet i "Bølgepapp-saken" var følgende:

I mai 1990 foretok Prisdirektoratet (nå Konkurransetilsynet) i medhold av prisl § 15 og oppehaldsl § 7, et uanmeldt kontrollbesøk hos fire norske produsenter av

bølgepapp. Hensikten var å undersøke konkurranseforholdene i bransjen. Foranledningen var noen tips som kunne indikere at enkelte bedrifter hadde samordnet sine pristilbud overfor bestemte kunder. Forøvrig forelå ingen andre opplysninger av vesentlig betydning.

Under kontrollens innledende fase ble det blant annet tatt opp forklaringer (under straffansvar) av en rekke ansatte, herunder de fire direktørene som senere ble tiltalt. Senere på året ble det opptatt ytterligere forklaringer, hvor det ble bedt om kommentarer til dokumenter som ble funnet ved bedriftene. Inspektørene utarbeidet et sammendrag av forklaringene, som ble undertegnet av inspektøren(e) og vedkommende som avga forklaring. Det ble gitt anledning til å foreta rettinger eller tilføyelser, og hver forklaring var avsluttet med passusen "gjennomlest og funnet korrekt". Den siste forklaring ble opptatt i desember 1990.

Hensikten med å oppta skriftlige forklaringer var å skape notoritet omkring innholdet, slik at ledelsen i Prisdirektoratet skulle få et forsvarlig beslutningsgrunnlag å bygge på. I de fleste saker hvor kritikkverdige forhold oppdages, reageres det kun med sanksjoner som prismyndighetene har til rådighet, jfr tidligere prisl § 42. Et fåtall saker sendes til politiet. Dette skjedde i "Bølgepapp-saken", ved anmeldelse av 4. oktober 1991.

Tiltale ble utferdiget 16. juni 1993 mot bedriftenes administrerende direktører, samt mot de fire bedriftene som egne ansvarssubjekter. I bevisoppgaven til retten varslet ØKOKRIM fremlagt forklaringsammendragene som dokumentbevis. Forklaringene var ment å supplere – ikke erstatte – den muntlige forklaring for dømmende rett. Forsvarerne motsatte seg bruk av bevisene i enhver form. Bevisføringsspørsmålet ble avgjort ved separate rettförhandlinger, jfr strpl § 272.

Høyesterett tok både standpunkt til spørsmålet om det var adgang til å benytte forklaringene som bevis under straffesaken (forholdet til selvinkrimineringsforbudet), og *bevisføringsmåten*. Retten kom til at forklaringene kunne brukes under hovedforhandlingen, men ikke som dokumentbevis – kun på samme måte som politiforklaringer etter strpl §§ 290, 296 og 297. Se Rt 1994 s 610.

Ved Høyesteretts dom av 18. des 1995, lnr 159/1995, ble bedriftene dømt for ulovlig kalkylesamarbeid til å betale bøter og inndragning på tilsammen NOK 23 millioner, samt saksomkostninger på ca NOK 1 million. Bedriftenes direktører måtte hver betale en bot på NOK 75.000.

Saklig sett er det liten forskjell mellom forklaringer gitt i form av et brev, og en muntlig forklaring som nedfelles skriftlig overfor et kontrollorgan. Uriktig forklaring kan være straffbart i begge tilfeller. Selv om et dokument i *formen* fremtrer som en avgitt forklaring, vil også mange andre skriftlige dokumenter inneholde forklaringer eller erklæringer i en eller annen form. Et brev kan inneholde en forklaring/bekreftelse/meddelelse fra adressaten til mottaker. Notater kan være oppsummering av erklæringer eller forklaringer m m.

Rammen omkring tilblivelsen av et brev, og en avgitt forklaring, vil naturlig nok være forskjellig. Men dette kan neppe ha vesentlig betydning i forhold til spørsmålet om rekkevidden av ”selvinkrimineringsforbudet”.

Derimot har formen avgjørende betydning for *bevisføringsmåten*. Korrespondanse mellom et forvaltningsorgan og en borger fremlegges normalt som dokumentbevis. Politiforklaringer kan bare leses opp på visse vilkår, jfr strpl §§ 290, 296 og 297, mens forklaringer opptatt av et kontrollorgan har befunnet seg i en gråsoner mellom ordinære dokumentbevis og politiforklaringer. Etter Høyesteretts kjennelse i ”Bølgepapp-saken” er det nå klart at slike forklaringer skal likestilles med politiforklaringer.

I *Saunders mot Storbritannia* (rapport av Kommisjonen 10. mai 1994) følger Kommisjonen opp Funke-dommen med en betydelig utvidelse av ”selvinkrimineringsforbudet” etter EMK art 6. Saken vil bli forelagt Domstolen våren 1996, og utfallet er usikkert. Men Kommisjonens synspunkter foreligger og det er all grunn til å ta dem alvorlig.

Sakens bakgrunn er i korthet følgende: I 1985 ønsket det skotske selskapet Argyll PLC å overta alkoholprodusenten Distillers PLC, og annonserte i den forbindelse et overtakelsestilbud til aksjonærene. Dette mislikte åpenbart ledelsen i Distillers, som søkte hjelp hos Guinness PLC, hvor Ernest Saunders var adm dir. Guinness fremsatte et mottilbud, som så utløste flere nye budrunder. I april 1986 aksepterte aksjonærene i Distillers siste tilbud fra Guinness.

Senere oppsto mistanker om at Guinness hadde manipulert kursen på Guinness-aksjene, ved å tilby utvalgte kjøpere av Guinness-aksjer skjulte fordeler (”indemnities and success fees”). Dette skulle på kunstig måte heve eller opprettholde kursen på Guinness-aksjer, i den hensikt å få aksjonærene i Distillers til å akseptere tilbudet fra Guinness. (Prisen på Guinness-aksjene var en fast tilbudspris – aksje for aksje med et delvis kontant alternativ.)

Inspektører fra Department of Trade and Industry (DTI) innledet etterforskning, og opptok – i medhold av section 432 og 442 i selskapsloven av 1985 – fra desember 1986 og i etterfølgende måneder en rekke forklaringer under straffansvar av de impliserte i saken, herunder dem som senere ble tiltalt. Leder for påtalemyndigheten ble orientert om sakens hovedtrekk i begynnelsen av januar 1987, men fant ikke grunnlag for å innlede politietterforskning på det tidspunkt. Saunders avga flere forklaringer til DTI’s inspektører i perioden 10. februar til 12. juni, hvorav to etter at det i begynnelsen av mai 1987 formelt var innledet straffesak.

Forklaringene – også dem som var opptatt av Saunders – ble benyttet mot ham under straffesaken, med unntak av de to som var opptatt av ham etter at straffesak formelt var innledet. Forut for hovedforhandlingen var adgangen til bruk av forklaringene forelagt engelske domstoler, uten at Saunders fikk medhold i sitt krav om at forklaringene ikke kunne brukes under hovedforhandlingen.

Den 28. august 1990 ble Saunders idømt fengsel i 5 år blant annet for bedrageri, overtredelse av regnskapsloven mm.

Saunders bragte saken inn for Kommisjonen, og hevdet – for det første – at bruk av forklaringene under hovedforhandlingen hadde fratatt ham mulighetene til "fair hearing", og – for det andre – at politietterforskningen bevisst var utsatt for at DTI's inspektører skulle oppta selvinkriminerende bevis som skulle brukes i etterfølgende straffesak. Kommisjonen gav ham medhold på første punkt, men tok ikke standpunkt til det andre.

I utgangspunktet hører spørsmål som gjelder bevisvurderingen under domstolen i den enkelte stat. Kommisjonen kan bare uttale seg om straffesaken sett under ett ("as a whole") – herunder påtalemyndighetens opptagelse og bruk av bevis – kan anses som "fair" etter EMK art 6 nr 1. EMK skal som påpekt av Kommisjonen ikke bare understøtte rettigheter som er teoretiske eller illusoriske; de skal være praktisk og effektive. Det er fornuftig og riktig, men gir ingen begrunnelse for den løsning Kommisjonen kom til.

I Kommisjonens rapport er Funke-dommen er tillagt betydelig vekt. Slik jeg leser premissene måtte Saunders ansees som "charged with a criminal offence" fra første forklaring overfor DTI, som fant sted noen måneder før straffesakstadiet. Fra dette tidspunkt inntreer ikke bare – som i Funke-saken – et forbud mot å straffe en som nekter å frembringe selvinkriminerende opplysninger, men også rett til å nekte å forklare seg ("right to silence") og et forbud mot selvinkriminering. Med referanse til Funke-dommens premisser sitert ovenfor, heter det bla i Kommisjonens begrunnelse:

"69. The Court appears in the above passage to find that the right to silence and privilege against self-incrimination are an inherent part of the protection given to an accused under Article 6 para 1. The Government argue that the Funke case is not strictly relevant to the present case since Funke concerned punishment of an applicant for refusing to incriminate himself whereas the present applicant cooperated with the inspectors without incurring any penalty. However the Commission does not consider that the Court's statement can be restricted as narrowly, since on its face it refers to "anyone 'charged with a criminal offence'". It also seems to the Commission that an applicant who incriminates himself under the threat of punishment and provides evidence for use against himself at his trial may be as seriously prejudiced, perhaps even more so, as the applicant who incurs punishment for refusing to incriminate himself". (Para 69)

I "Bølgepapp-kjennelsen" kom Høyestrett med henvisning til samme sitat i Funke-dommen til en noe annen forståelse av premissene, se Rt 1994 s 619.

5. Den vanskelig avveining: Hvor langt bør "selvinkrimineringsforbudet" gjelde ?

«Selvinkrimineringsforbudet» etter norsk straffeprosess synes ikke å ha vært særlig omstridt. Heller ikke prinsippet om borgernes opplysningsplikt på forvaltningsstadiet. Dersom selvinkrimineringsforbudet utvides kraftig til også å gjelde på forvaltningsstadiet, bør dette ikke skje uten grundig vurdering av motstridende hensyn. Det gjelder ikke perifere spørsmål, men fundamentale avveininger i forholdet mellom stat og borger.

5.1 Hensynet til rettigheter og plikter mellom stat og borger

Når rekkevidden av "selvinkrimineringsforbudet" skal fastlegges må flere grunnleggende spørsmål trekkes inn i avveiningen.

Det første hovedspørsmål har en *rettspolitisk dimensjon*, og gjelder hvordan forholdet mellom stat og borger skal balanseres – både på forvaltningsstadiet og straffesakstadiet.

På vegne av oss alle håndhever forvaltningen et uhyre komplisert fordelingsystem som vi alle må bidra til, og som alle nyter godt av. Staten har også et overordnet ansvar for å sikre at samfunnets infrastruktur fungerer. Gjennom ulike virkemidler skal staten sikre en stabil prisutvikling, et fungerende finansmarked, akseptabelt nivå på forurensende utslipp osv osv. Borgerne er derfor i mange tilfeller pålagt (straffesanksjonert) informasjonsplikt for å sikre at systemet fungerer rettfærdig og i samsvar med Stortingets intensjoner, – til beste for et fellesskap vi alle er en del av.

Når noen på ulovlige måte vil nyte godene men unngå byrdene, eller undergraver viktige målsettinger for hele samfunnet, må fellesskapet (staten) kunne reagere overfor disse. Det er nødvendig for tilliten til rettsstaten at straffbare forhold oppklares og forfølges. Hensynet til ordnede forhold i samfunnet må balanseres mot hensynet til vern av det enkelte individ.

I Norge – som i Norden forøvrig – har vi valgt å ha et tillitbasert forhold mellom stat og borger. Borgerne har forpliktelser overfor forvaltningen (staten), samtidig som forvaltningen har begrenset adgang til å bruke tvangsmidler overfor borgerne. Kobles politiet inn, kan sterkere tvangsmidler anvendes, og da får borgeren som mistenkt rettigheter etter straffeprosesloven.

Men også på straffesaksstadiet har vi valgt en mye forsiktigere linje enn mange andre land. Utradisjonelle etterforskningsmetoder i form av romavlytting og telefonavlytting kan utvilsomt oppklare mange alvorlige straffbare forhold, men vi har med god grunn vært tilbakeholdne med å tillate slik bruk.

Romavlytting er overhodet ikke tillatt, mens telefonavlytting for eksempel kun er tillatt i saker som gjelder rikets sikkerhet og i narkotikasaker.

Forholdet mellom stat og borger kan også reguleres på andre måter enn vi gjør i Norge. Eksempelvis kan en borger ha begrensede plikter overfor staten, og *samtidig* favor defensions allerede på forvaltningsstadiet *hvis og fordi* han har begått et lovbrudd. Da oppstår intet tillitsbrudd som følge av informasjonssvikt, og heller ingen selvinkriminering. Til gjengjeld må staten ha tilgang til nødvendige virkemidler for å avdekke mulige lovbrudd uten borgerens medvirkning, herunder bruk av mer offensive etterforskningsmetoder som vi kjenner til fra andre land. Det åpne, gjensidig forpliktende og tillitsbaserte system, erstattes av et system hvor kontrollen vil skje i mer skjulte former. Etter systemets forutsetninger *skal* forholdet mellom stat og borger polariseres. Forvaltningsprosessen avsluttes tidligere, og føres over i straffeprosessens former.

Hvordan vi balanserer forholdet mellom stat og borger, er et viktig *politisk verdivalg*, som dypest sett angår hvilket samfunn vi vil ha. Rekkevidden av Saunders-rapporten er – hvis den blir stående – svært uoversiktlig. At den i betydelig grad forrykker forholdet mellom stat og borger, slik det er nedfelt i norsk forvaltnings- og straffeprosess, kan det neppe herske tvil om. Kommisjonen drøfter ikke med et ord sidevirkningene av sin avgjørelse, men vektlegger hovedsaklig og endimensjonalt ett element i avveiningen – hensynet til "selvinkrimineringsforbudet".

Nå er det forsåvidt ikke menneskerettighetsorganenes oppgave å ivareta brede politiske hensyn. Heller ikke å avgjøre hvilke etterforskningsmetoder en stat kan ta i bruk. Men avgjørelser fattet med utgangspunkt i EMK kan i praksis legge så store føringer på hvilke alternativer som gjenstår, at våre valgmuligheter blir begrenset.

5.2 Forklaringsnektelse og usannhet – lovbrudd eller menneskerettighet ?

Det andre hovedspørsmål har en *kulturell dimensjon*, og knytter seg til grensedragningen mellom straffbarhet og menneskerett, som nå begynner å bli uklar.

De fleste straffebestemmelser som gjelder økonomisk kriminalitet sanksjonerer to grunnleggende normbrudd: *tillitsbrudd* og *informasjonssvikt*. *Informasjonssvikt* er det sentrale element i gjerningsbeskrivelsen ved bedrageri (strl § 270), regnskapslovbrudd (strl § 286), skattesvik (ligningl kap 12), unndragelse av merverdiavgift (mval § 72) m m, fordi informa-

sjonsplikten anses å være så sentral og beskyttelsesverdig både mellom næringsdrivende, og i forhold til det offentlige. Informasjonssvikt er her selve *modus* – måten man villeder adressaten slik at han handler eller kan komme til å handle på uriktig grunnlag.

Informasjonsplikt er også uttrykk for et grunnleggende *verdisyn* i vårt tillitsbaserte forvaltningssystem.

Tvungen sannhetsplikt har vi i mange situasjoner, men vi blir i varierende grad *tvunget inn* i disse situasjonene. Det er (i en viss grad) frivillig om vi vil søke lån i en bank. Gjør vi det, har vi sannhetsplikt, som det kan være straffbart å bryte. Den som driver næringsvirksomhet i aksjeselskapsform, må levere regnskaper, selvangivelse, merverdiavgiftsoppgaver, følge konkurransereglene, reglene for verdipapirhandel m m. Næringsvirksomhet kan man likevel holde seg unna, og derved også nevnte forpliktelser. Vanlige lønnsinntakere derimot, kan knapt unngå å måtte forholde seg til ligningsmyndighetene under straffansvar. Alle disse tilfellene har det til felles at borgerne i en eller annen form tvinges til å gi *korrekte* opplysninger under straffansvar.

Et omfattende "selvinkrimineringsforbud" etter de retningslinjer Kommissjonen har trukket opp i Saunders-rapporten, betyr – etter min oppfatning – at informasjonssvikt overfor det offentlige ikke er kritikkverdig og straffbart. Tvertimot. Informasjonssvikt kan være en strengt beskyttet og fundamental menneskerett, *fordi* informasjon om de sanne forhold er selvinkriminerende. Den som har gjort noe ulovlig skal derfor heller ikke ha plikt til å svare på spørsmål fra et forvaltningsorgan.

Følges denne tanken videre, melder også andre spørsmål seg: Er det riktig å tvinge noen som har gjort noe ulovlig å avlegge selvinkriminerende regnskaper, levere selvinkriminerende selvangivelser m m. Enhver form for informasjonssvikt vil virke inkriminerende for en som har brutt loven. Er det formen på informasjonsavgivelsen som er avgjørende for om man beskyttes av EMK eller ikke, *eller* er det avgjørende om de tvungne selvinkriminerende opplysningene avgis på oppfordring eller ikke, *eller* legges det vekt på i hvilken grad man blir "tvunget" inn i situasjonen.

Det er de nye uklare grunntankene i Saunders-rapporten som skaper problemer. Noen former for informasjonssvikt kan åpenbart ikke kan straffsanksjoneres. Hvilke plikter det gjelder, og hvorfor de må beskyttes av EMK, vet vi lite om.

5.3 Hvem skal foreta fundamentale politiske verdivalg i nasjonalstaten ?

Det tredje hovedspørsmål har en *demokratisk* dimensjon, og gjelder forholdet mellom norske statsmakter og overnasjonale organer.

Vi akseptere i flere sammenhenger overnasjonale beslutningsorganer. I noen tilfeller finnes ingen alternativer. Typisk gjelder dette ved mellomstatlige konflikter. I andre sammenhenger er behovet mindre presserende. Hvilke områder som skal omfattes, vil alltid være et diskusjonstema. Dette gjelder særlig når fundamentale politiske verdivalg berøres.

Vårt tillitbaserte forvaltningssystem har i alle år vært praktisert og akseptert i det norske samfunn. Spenningsforholdet i det "dobbeltsporede system" er velkjent; det er besluttet av Stortinget og prøvd av Høyesterett. Vesentlig kritikk er ikke kommet fra noe hold, formentlig fordi systemet fungerer og fordi det alltid er praktisert med forsiktighet. Hvis noe bryter en reguleringslov blir det sjelden straffesak dersom ikke det underliggende lovbrudd, for eksempel skattunndragelsen, kan avdekkes.

En fare ved det "dobbeltsporede system" kan være at man flytter etterforskningen over til forvaltningsorganene, og på den måte undergraver de straffeprosessuelle rettigheter en mistenkt har krav på. Dette synes ikke å ha vært noen fremtredende problemstilling – av mange grunner. *Dersom* det hadde vært et problem, ville det formentlig vært trukket frem før.

Menneskerettighetsorganene skal også treffe avgjørelser som ikke passer den enkelte stat som berøres, hvis sterke grunner foreligger. Men det er ikke ukomplisert når et overnasjonalt organ treffer avgjørelser hvor fundamentale og sammensatte sider av forholdet mellom stat og borger berøres, uten at den politiske avveining engang er tema for avgjørelsen, og uten at berørte stater blir hørt. Kanhende er dette en høyere form for samfunnsystem, men fra en demokratisk synsvinkel synes det urimelig og lite gjennomtenkt. Jeg tviler på at det er mange folkevalgte medlemmer av nasjonalforsamlingene i de nordiske land, som i det hele tatt vet at EMD nå skal treffe en avgjørelse som kan få dyptgripende følger for det tillitsbaserte forvaltningssystem.

5.4 Rettstekniske hensyn

Etter gjeldende rett inntreer som nevnt regimeskifte når borgeren får status som «mistenkt» eller «siktet» etter straffeprosessloven, – dvs når politi/påtalemyndighet kobles inn i saken.

Tidspunktet er ikke tilfeldig. Når politiet kommer inn tar samfunnet i bruk sitt sterkeste maktapparat, – som har tilgang til betydelig tvangsmidler. Til gjengjeld gis borgeren en rekke favor defensionis som skal skape ønsket balanse.

Retts teknisk er tidspunktet for regimeskifte enkelt å håndtere. Status som *mistenkt* i straffeprosesslovens forstand inntreer enten ved anmeldelse, eller når man på annen måte av politier eller påtalemyndighet er utpekt med konkret mistanke rettet mot seg, jfr Andenæs, Bind I s 62.

Hvis dette skjæringspunkt forlades til fordel for et som ligger forut i tid, vil alle realistiske alternativer medføre betydelig uklarhet – såvel teoretisk som i praksis.

En mulighet – som etter mitt syn er meningsløs og urealistisk – er å oppheve borgernes forklaringsplikt under straffansvar også på forvaltningsstadiet. Da tvinges ingen borger til selvinkriminering, hvis og fordi han har begått et lovbrudd. Bortfaller systemet med opplysningsplikt, må et omfattende kontrollsystem komme istedet. Dette kan neppe ut fra noe fornuftig formål være ønskelig.

Et mer realistisk alternativ kan være at forvaltningsorganene – når de får mistanke om straffbare forhold – avstår fra å benytte seg av borgernes forklaringsplikt under straffansvar. Enkel er denne løsning likevel ikke. De fleste forvaltningssaker (mer enn 99 %) ender med bruk av sivile sanksjoner, selv der (alvorlige) lovbrudd forekommer. For saksbehandling i forvaltningen kan det være vanskelig å vite når han må «skru på bryteren» for straffeprosessuelle rettigheter: *Hvem* i forvaltningen må mistanken oppstå hos? *Hvor sterk* må mistanken være? *Må mistanken være konkret rettet mot bestemt(e) person(er)*, eller er det nok at man innleder en bransjerettet kontroll der man av erfaring vet det forekommer innslag av lovbrudd? Det åpenbart uheldige med denne løsning er at vurderingen må bli uklar både teoretisk og praktisk. For å være på den sikre siden bør derfor straffesak innledes, selv på et tidspunkt det ikke er grunn til å tro at straffreaksjon vil bli aktuelt.

Et tredje alternativ kan være å legge vekt på om opplysningsplikten er generell (feks selvangivelse, merverdiavgiftsoppgaver mm), i motsetning til opplysninger som innhentes for spesielle anledninger eller etter særskilt anmodning. Bare i siste tilfelle vil man etter dette alternativ se det slik at en mistanke har konkretisert seg. Hvis ønsket er å unngå at noen pålegges å inkriminere seg selv under straffansvar er denne løsning ikke brukbar.

Et fjerde alternativ er å rette oppmerksomheten mot omgåelsestilfellene. Etter denne tanke skal man ramme tilfeller hvor forvaltningen innhenter opplysninger så langt som mulig, for å frata en borger de rettigheter han

ville hatt som mistenkt i en straffesak. Ulempen med denne løsning er at man i så fall må legge vekt på subjektive vurderinger hos noen i forvaltningsorganet, eller foreta en «objektiv vurdering» av bevisenes stilling på forskjellige stadier under saksbehandlingen. Dette er åpenbart særdeles vanskelig bevisemaer.

Det kan her nevnes at det ofte er rettet kritikk mot forvaltningen fordi saker er anmeldt til politiet på sviktende grunnlag. Anmeldelsen er i seg selv en belastning for anmeldte, og ingen ønsker på tynt grunnlag å bli satt under politiettersforskning. Samtidig ønsker ikke politiet å bli koblet inn i saker som egner seg bedre som sivil sak enn straffesak.

Nå skal rettstekniske problemer alene ikke være avgjørende argument mot å innføre et nytt skjæringspunkt, *hvis* motstridende hensyn er tilstrekkelig klare og overbevisende sterke.

6. Avslutning

Det vil etter min oppfatning medføre betydelige og uønskede konsekvenser om man forlater den grense mellom forvaltningssak og straffesak som gjelder idag.

Om Saunders-saken likevel skulle ende på samme måte i Domstolen som i Kommisjonen, vil det neppe skade *straffesaksbehandlingen*. Tvertimot. Normalt styrker det etterforskningen og oppklaringsmulighetene om straffesak innledes på tidligst mulig stadium. Det er for vårt *tillitsbaserte samfunn*, og for vår sivilt orienterte forvaltningssystem, resultatet – etter min mening – vil virke negativt.

Grensen mellom hva som er så kritikkverdig at det er straffbart, og hva som er så beskyttelsesverdig at det må opphøyes til en menneskerettighet, begynner å viskes ut. Dette er forvirrende signaler. Og det sender ut gale signaler i tider med normoppløsningen, og hvor respekt for gjensidige mellommenneskelig forpliktelser er satt under press.

Det er mulig vi skaper klarere linjer ved å polarisere forholdet mellom stat og borger på et tidlig stadium. Kanhende oppnår vi noe med det. Etter min mening er vi i ferd med å tape mer: Økt polarisering betyr straffeprosessualisering av forvaltningssaker, mer lukkethet, og i lang tid fremover betydelig uklarhet om rettigheter og plikter mellom stat og borger. Hvilken løsning som velges får ikke bare betydning for utformingen av vårt tillitsbaserte forvaltningssystem, men også for hvilke verdier samfunnet skal anse som særlig beskyttelsesverdige: sannhetsplikten i mellommenneskelige forhold *eller* ”selvinkrimineringsforbudet” som menneskerett.

Plikt att i förvaltningsförfarandet yttra sig om egna och närståendes straffbara förhållanden

Sektionsmöte

Referatskrivare: Lagdommer *Ellen Holager Andenæs*, Norge

Debattleder, lagdommer *Karin Stang*, Norge, ønsket velkommen og etter å ha presentert referent og korreferent gav hun ordet til referenten.

Førstestatsadvokat *Morten Eriksen*, Norge, utdypet hovedpunktene i sitt skriftlige innlegg: Etter norsk rett er det - etter flere reguleringslover - liten tvil om borgernes plikt til å forklare seg samt under straffeansvar om egne eller nærståendes forhold på forvaltningsstadiet. Likeså er det liten tvil om at man som mistenkt i straffesak har rett til å nekte å avgi forklaring om noe som kan påføre en selv straffeansvar (frihet fra selvinkriminering).

Tidspunktet for "systemskifte" er når saken bringes fra forvaltningsstadiet til straffesaksstadiet i form av en anmeldelse, ved bruk av tvangsmidler eller lignende. På tross av spenningsforholdet mellom rett og plikt har det vært lite diskusjon om grensedragningen.

En verserende (pr idag avgjort) sak for menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg (*Saunders vs Storbritannia*) vil formentlig medføre ny diskusjon om tidspunktet for systemskifte (dvs rekkevidden av "selvinkrimineringsforbudet").

Det har aldri vært diskusjon av betydning om mistenktes rett til å nekte å forklare seg på straffesaksstadiet. Staten bruker da sitt sterkeste maktapparat mot en borger, som på den annen side får en rekke såkalte "favor defensionis", herunder retten til å nekte å forklare seg under straffeansvar.

Problemet er at borgeren forut for dette stadiet - på forvaltningsstadiet - kan ha hatt plikt til å forklare seg om de samme forhold under sannhetsplikt og straffeansvar. Da hjelper det lite om han på et senere stadium har rett til å nekte å avgi forklaring om det samme.

Dette er systemets effekt satt på spissen. I praksis håndheves forklaringsplikten meget forsiktig. Dersom f eks ligningsmyndighetene ikke er i stand til å avdekke de underliggende straffbare skatteunndragelser, skal det meget til før en usann forklaring i seg selv gjøres til gjenstand for strafferettslig forfølgning. Forklaringsplikten anses nødvendig for å få også motvillige borgere i tale. Det offentlige må ha tilgang til en rekke informasjonen om borgerne, innenfor rimelige økonomiske rammer.

I de alt vesentlige tilfellene legges borgernes forklaringer til grunn uten videre kontroll. Straffeforfølgning på grunn av brudd på reguleringslovgivningen skjer i det hele tatt i et meget lite antall tilfeller.

Hvis vi nå skal endre gjeldende rett-/pliktforhold, og utvide nektelsesretten til også å omfatte hele eller deler av forvaltningsstadiet står vi overfor flere spørsmål som må vurderes.

For det første må vi se på selvinkrimineringsforbudets innhold og begrunnelse. I utgangspunktet ønsker man ikke å sette mistenkte i en situasjon mellom å lyve eller å tilstå et straffbart forhold. Forklaringsplikt er neppe egnet til å frembringe en sann forklaring, og det er formentlig mindre moralsk fordømmende å lyve når man er under straffeforfølgning.

Hvor sterke argumentene er kan diskuteres. Viktige mothensyn veier tungt. En lovbrøyer kan ha påført andre mennesker betydelige tap, skader og lidelser, og det er ikke urimelig at han må gjøre opp for seg på en eller annen måte. Straffeforfølgning påfører samfunnet betydelige kostnader, som øker dersom lovbrøyeren nekter å avgi forklaring eller forklarer seg usant. Særlig galt blir det om en lovbrøyer, ved å forklare seg sant, kan avhjelpe eller reparere de skadevirkninger han måtte ha påført andre.

Så langt har lovgiver i avveiningen valgt å la hensynet til mistenktes rett til å nekte å avgi forklaring veie tyngst.

Men dette gjelder bare på straffesaksstadiet. På forvaltningsstadiet er det forklaringsplikt. Grensen mellom forvaltningsstadiet og straffesaksstadiet blir avgjørende. Når man først har en grense vil det alltid være et problem at tilfeller som er ganske like vil kunne falle på hver sin side av grensen.

I nevnte sak i Strasbourg er spørsmålet om selvinkrimineringsforbudet bør få gyldighet fra et tidligere tidspunkt,- allerede på forvaltningsstadiet. Historisk sett er det viktig å være klar over at selvinkrimineringsforbudet ble innført for flere hundre år siden, fordi maktapparatet benyttet voldsomme metoder for å frembringe tilståelser. Begrunnelsen for å innføre selvinkrimineringsforbudet var basert på en helt annen tradisjon og virkelighet enn den som gjelder i vestlige land i dag.

Rekkevidden av selvinkrimineringsforbudet er ikke et valg mellom sort og hvitt,- det kan differensieres. F eks variere med hvilken type straffbar handling man står over for, straffens abstrakte eller forventede lengde, man kan skille mellom plikt til å legge frem dokumenter og det å avgi en forklaring etc.

Det grunnleggende kravet om sannhetsplikt i mellommenneskelige forhold, såvel mellom stat og borger som mellom næringsdrivende, berører et viktig kulturelt spørsmål. Det ligger i barneoppdragelsen at man selvfølgelig skal være ærlig og snakke sant, og har man gjort noe galt skal man gjøre opp for seg. Voksne blir vi mer sofistikerte og taler om menneskerettigheter som begrunnelse for ikke lenger å snakke sant - fordi det kan få konsekvenser for oss selv. Dette reiser kulturelle/moralske spørsmål som er omfattende og krever drøftelse, men er uhyre viktig.

Et annet viktig forhold som bør nevnes er at tillitsbrudd og informasjonssvikt utgjør grunnvilkår for sanksjoner mot økonomisk kriminalitet. I sin kjerne kan all økonomisk kriminalitet rubriseres under en av hovedgruppene: tillitsbrudd og informasjonssvikt. Eksempelvis består det straffbare brudd på skattelovgivningen i Norge i å gi uriktige eller villedende informasjoner til ligningsmyndighetene.

En endring i rekkevidden av selvinkrimineringsforbudet - til også å gjelde forvaltningsstadiet - fører til problemer. Det gir forvirrende signaler når grensen mellom hva som er straffbart og hva som er menneskerett begynner å bli flytende.

Et tredje viktig spørsmål er av rettspolitisk karakter: Hvilket forhold ønsker vi å ha mellom stat og borger? Skal samfunnet baseres på tillit eller på kontroll? I det alt vesentlige baserer forvaltningsorganet sine avgjørelser på at de har tillit til opplysningene borgerne gir. Kontroll av gitte opplysninger skjer unntaksvis (bortsett fra opplysninger som automatisk tilsendes ligningsmyndighetene fra banker etc). For borgerne er det en stor fordel at de selv kontrollerer informasjonens omfang og kvalitet. Kontroll involverer en rekke andre mer eller mindre pålitelige kilder og personer. Det er ingen tvil om at de tekniske muligheter til å innhente informasjon og kontrollere borgerne vil bli enorme i fremtiden. Presset og behovet for å gjøre dette vil øke betydelig hvis man f eks forlater det tillitsbaserte system og går over til en mer kontrollbasert system.

Et fjerde moment gjelder retstekniske hensyn. Nåværende grensdragning mellom rett og plikt - når en sak går fra forvaltningsstadiet til straffesaksstadiet - er enkel å håndheve. Et hvert annet alternativ vil by på retstekniske vansker.

Et femte moment som må hensyntas er det demokratiske hensynet. Forholdet mellom staten og borger berører et særdeles grunnleggende og viktig spørsmål. Om det er basert på tillit eller kontroll, om det skal være mykt eller polarisert. Denne type avgjørelser bør avgjøres av folkevalgte organer, som er ansvarlig overfor folket ved valg, og som kan kastes hvis borgerne ikke er fornøyd med avgjørelsene som treffes. Det er ikke uten betenkeligheter om overnasjonale organer legger føringer som ikke er i samsvar med nasjonalstatenes oppfatning. Til dette kommer at saksbehandlingen i viktige spørsmål som forelegges nasjonalforsamlingen, er betydelig mer omfattende, helhetlige og betryggende enn saksbehandlingen for menneskerettighetsorganene.

Debattlederen takket Morten Eriksen og gav deretter ordet til korreferenten, Professor *Eirikur Tomasson*, Island, som hadde følgende innlegg: For nogle år siden hørte jeg en amerikansk advokat, som især havde virket som forsvarer for anklagede personer i USA, gøre rede for, **ud fra hvilke hensyn han benyttede sin et til at udskyde nævninge**. Ét af dem var uden undtagelse at udskyde personer af nordisk herkomst. Jeg husker godt at vi, som hørte på ham og havde det til fælles at komme fra Island, så spørgende på ham. Forklaringen kom omgående: "Det er min erfaring, at I nordboer, mere end andre folk, sympatiserer med statsmagten og derfor har I en instinktiv tilbøjelighed til at tage parti for anklagemyndighederne i straffesager."

Da jeg læste Morten Eriksen's referat om det emne, der drøtes her i dag, kom jeg uvilkårligt til at tænke på den amerikanske advokats udtalelse. I overensstemmelse med det lighedsprincip, der antages at gælde såvel i civil- som straffeproses, har jeg i det følgende **valgt** at opgive den instinktive sympati, som jeg ifølge den amerikanske advokat skulle nære for statsmagten, og i stedet **valgt** at tage parti med den sigtede. For at forebygge enhver misforståelse vil jeg dog understrege, at jeg er enig med meget af det, som referenten siger, bl.a. at det er nødvendigt at opretholde tilliden i samfundet mellem administration og borger, men jeg er på den anden side uenig med ham i, at princippet om, at sigtede har ret til ikke at inkriminere sig selv, kunne være en trussel mod denne tillid.

Dette princip er som bekendt en af hovedreglerne i straffeprocessen, og den er baseret på, at det ikke er rigtigt at give en person, der er blevet sigtet for en strafbar handling, valget mellem to dårlige muligheder: Enten at sige sandheden og dermed inkriminere sig selv, eller at sige usandhed for at undgå straf. Herved ville enhver persons ret til at forsvare sig komme i

konflikt med hans moralske pligt at sige sandheden. Derfor har man givet den sigtede retten til at kunne nægte at udtale sig om sigtelsen, og desuden kan han ikke straffes, selvom han giver urigtige oplysninger til politi eller domstol.

Hvis myndighederne, botset fra politiet, havde mulighed for at tvinge personer, der er mistænkte for at have begået strafbare handlinger, til at udtale sig om sigtelsen imod dem, og under strafansvar afgive forklaringer, ville man efter min mening underminere det princip i straffeprocessen, at en sigtet person har ret til ikke at inkriminere sig selv. Hvorfor? Fordi statsmagten i det tilfælde - sådan som den i realiteten allerede har gjort inden for visse forvaltningsområder - kunne overlade den egentlige undersøgelse af sager til andre myndigheder end politiet, eventuelt i den hensigt at tvinge personer, der er sigtede, **til at tilstå** under trussel om straf for at nægte at udtale sig eller give urigtige oplysninger om sagen. Jeg mener, at de to verserende sager for henholdsvis Menneskerettighedskommissionen og Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg, som referenten har gjort rede for i sit referat, d.v.s. sagerne Funke mod Frankrige og Saunders mod Storbritannien, drejer sig netop om disse to punkter. I Funke-sagen kom Menneskerettighedsdomstolen til den konklusion, at det ville være i modstrid med det omtalte princip, hvis en person blev straffet for at nægte at give oplysninger vedrørende sigtelsen imod ham. I Saunders-sagen kom Menneskerettighedskommissionen til den samme konklusion, nemlig at det ville være et brud på princippet, hvis en person i en straffesag blev dømt på grundlag af en forklaring, som han havde afgivet til myndighederne om sin formodede strafbare handling, fordi han var pligtig til det under strafansvar.

Disse to sager er faktisk ikke de eneste, der vedrører det princip, at sigtede personer ikke er pligtige til at inkriminere sig selv, som Menneskerettighedskommissionen og Menneskerettighedsdomstolen har behandlet på det sidste. Fornylig afsagde domstolen en dom i sagen Murray mod Storbritannien, hvor det bl.a. blev sat på prøve, **om det forhold, at en anklaget person blev kendt skyldig** fordi han nægtede at udtale sig i sagen, kan forenes med Menneskerettighedskonventionens artikel 6, afsnit 1, om en retferdig sagsbehandling. Fjorten af nitten dommere kom til det resultat, at sådan som sagen lå, havde det ikke været tale om brud på artikel 6, afsnit 1, selvom den anklagedes tavshed blev udlagt til hans ugunst og sammen med andet, der frem kom i sagen, havde medført at han blev dømt. I dommen kan man finde følgende citat, som jeg mener hører hjemme i den her førte diskussion. Det lyder (på engelsk):

“Although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, there can be no doubt that the right to remain silent under police questioning and the privilege against self-incrimination are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6. By providing the accused with protection against improper compulsion by the authorities these immunities contribute to avoiding miscarriages of justice and to securing the aim of Article 6.”

Det er, som før nævnt, blevet praktiseret af statsmagten, at den overlader til andre myndigheder end politiet, f.eks. skattemyndigheder, toldmyndigheder og konkurrencemyndigheder, at foretage den egentlige undersøgelse i straffesager. I det tilfælde kan der være fare for, at politiet i stedet for at iværksætte undersøgelsen, når der foreligger begrundet mistanke om en strafbar handling, overlader det til andre myndigheder at arbejde videre med sagens undersøgelse og oplysning. Denne afgørelse kan selvfølgelig være baseret på naturlige og lovlige synspunkter, set fra statsmagtens synsvinkel, men fra den sigtedes synspunkt er den betænkelig, ikke mindst fordi den sigtede som regel har anden retsstilling overfor politiet end overfor andre myndigheder, sådan som referenten har gjort rede for i sit oplæg. Jeg anser det for nødvendigt at domstolene specielt drager omsorg for, at sigtedes rettigheder ikke krænkes af denne grund, f.eks. når politiet indleder en undersøgelse pro forma og andre myndigheder de facto arbejder videre med den.

Den islandske straffelov beskriver bl.a. at **skyld** for forbrydelser forældes efter en bestemt tid. Det hedder endvidere at forældelsesfristen afbrydes når en domstol eller en politidirektør eller dennes fuldmægtig indleder en undersøgelse mod en person, der er sigtet for en forbrydelse. Fornylig blev der i Reykjavíks byret afsagt en dom, hvor dommerne kom til den bemærkelsesværdige konklusion, at en persons skyld, bl.a. for skattesvig, var forældet, selv om sagen var blevet behandlet af politiet inden forældelsesfristens udløb, fordi sagens undersøgelse i dette tidsrum faktisk ikke var blevet indledt af politiet, men derimod i realiteten var blevet foretaget af skattemyndighederne. Under sagens behandling havde anklageren faktisk erklæret at den eneste grund for politiets forhør var at afbryde forældelsesfristen. Denne dom er nu blevet anket til Højesteret.

I Saunders-sagen, som jeg nævnte før, henviste Ernest Saunders - og faktisk også en anden sigtet i samme sag - til, at de britiske myndigheder forsætlig havde overdraget den videre undersøgelse af hans sag til konkurrencemyndighederne, udelukkende i den hensigt at tvinge ham til at tilstå under strafansvar, inden den formelle politiundersøgelse blev indledt. Det

er efter min mening tydeligt at denne påstand har vejet tungt ved Menneskerettighedskommissionens behandling af sagen. Det bør også nævnes, at de britiske domstole afviste de forklaringer, som den anklagede havde afgivet til konkurrencemyndighederne, efter at politiundersøgelsen var blevet indledt, selv om domstolene havde afslået et krav om at afvise andre forklaringer, der igen førte til, at sagen blev appelleret til Menneskerettighedskommissionen.

Jeg er enig med referenten i, at man ville gå alt for vidt i retning af at forsvare de sigtedes ret, hvis man forbød anklagemyndighederne at fremlægge som bevismidler i straffesager enhver art af oplysninger, som sigtede har givet, og som kunne føre til, at han blev kendt skyldig for strafbar handling. I denne forbindelse mener jeg, at man må skelne mellem to slags oplysninger: **På den ene side oplysninger** som man er skyldig til at give til myndighederne, men som ikke vedrører en strafbar handling, som vedkommende har begået, af den simple grund at der ikke er begået nogen strafbar handling på det tidspunkt, når oplysningerne bliver givet. Som eksempel på oplysninger af denne art kan nævnes selvangivelser og importdeklARATIONER. Sådanne dokumenter må anklagemyndighederne kunne fremlægge i straffesager som beviser for formodet skattesvig eller ulovlig import. Det medfører ikke nogen afvigelse fra det princip, at sigtede har ret til ikke at inkriminere sig selv, af den simple grund at hverken skatteborgeren eller importøren havde begået nogen strafbar handling på det tidspunkt, **da oplysningerne blev givet** - det har de først gjort i dette eksempel, efter at de har givet de urigtige oplysninger. Det må på den anden side forholde sig anderledes, når det drejer sig om oplysninger, som myndighederne kræver, efter at der er begået en formodet forbrydelse, hvis disse oplysninger stammer fra den sigtede og vedrører den formodede strafbare handling. Da er den sigtede person i realiteten i samme stilling som en sigtet, efter at formel polititundersøgelse er blevet indledt, og derfor er det naturligt, at han ikke kan tvinges til at udtale sig om sigtelsen og afgive en forklaring under strafansvar.

Selvfølgelig kan det i enkelte tilfælde være svært at afgøre, hvilke af de oplysninger, der kommer fra den sigtede, er af den natur, at det vil være naturligt at bruge dem som beviser i en straffesag. Tit burde dog være forholdsvis let for myndighederne at undgå den situation, som jeg nævnte før, ganske enkelt ved at overdrage en sag til politiundersøgelse på et tidligere tidspunkt. Ved undersøgelsen kunne politiet selvfølgelig søge sagkyndig bistand fra administrationen, hvad der da også praktiseres i vid udstrækning. Ved denne fremgangsmåde ville man bringe større klarhed over den sigtedes

retsstilling uden at tilsidesætte det offentlige interesser, medmindre det i virkeligheden har været hensigten - bevidst eller ubevidst - at skaffe beviser mod sigtede på bekostning af princippet om at enhver person har ret til ikke at inkriminere sig selv. Dette kunne igen føre til at dette princips betydning gradvist blev reduceret.

For at udelukke en sådan reduktion kan man benytte en anden fremgangsmåde, nemlig ved ganske enkelt at indføje en bestemmelse i loven, hvori det hedder at en person, der sigtes for at have begået en strafbar handling, skal have samme retsstilling overfor vedkommende myndighed som en sigtet ved en politiundersøgelse. I 1993 blev der i den islandske skattelov tilføjet en bestemmelse, hvori det hedder, at man ved undersøgelser, der foretages af direktøren for skatteinspektoratet, d.v.s. den embedsmand som har til opgave at undersøge skattesvig og andre alvorlige overtrædelser af skatteloven, skal efter omstændighederne følge straffeprocesslovens bestemmelser om sagsbehandling i straffesager, "især m.h.t. mistænkte personers retsstilling under undersøgelsen", som det ordret hedder i loven. I et reglement, der er udarbejdet på grundlag af loven, understreges det specielt, at hvis en person, der afgiver forklaring, er sigtet for en strafbar handling, er vedkommende ikke pligtig til at besvare spørgsmål vedrørende den handling som han sigtes for. Det hedder endvidere, at vedkommende skal gøres opmærksom på dette ved første lejlighed. Denne holdning fra lovgivningsmagtens side er efter min mening et eksempel til efterfølgelse, og det ville være ønskeligt at indføre tilsvarende bestemmelser inden for andre områder af administrationen, f.eks. overfor told- og konkurrencemyndighederne.

På visse forvaltningsområder kan det være, at lovgiveren opfatter det som nødvendigt at oplyse en sag med alle forhåndenværende midler, bl.a. ved at tvinge den til at afgive forklaring, der muligvis har gjort sig skyldig i en strafbar handling. Når det forholder sig sådan, er det efter min mening naturligt, at man, under hensyntagen til princippet om at ingen er pligtig til at inkriminere sig selv, foreskriver, at forklaringen ikke kan blive lagt frem som bevis i en straffesag mod den, der har afgivet den. Dette er sket i ny islandsk lov om undersøgelser af flyvehavarier. Der hedder det, at rapporter fra havarikommissionen ikke skal bruges som beviser i straffesager, for det eneste formål med kommissionens arbejde er at finde årsagerne for flyvehavarier med henblik på at forhindre nye havarier. I loven hedder det endvidere, at hvis der indledes en politiundersøgelse på grund af et flyvehavari, skal havarikommissionen yde politiet de oplysninger, der af teknisk karakter, og som kan tjene til oplysning af tekniske tvivlsspørgsmål. Det er udtrykkeligt fremhævet i loven, at der ikke må afhændes materialer,

der indeholder parters udtalelser og vidnesbyrd for kommissionen.

Her står vi - som så ofte på straffeprocessens område - foran valget mellem to modsatte hensyn: På den ene side effektivitet i administrationen og på den anden side den enkeltes retssikkerhed. Jeg er overbevist om, at det i længden vil være bedst at foretrække det sidstnævnte, idet jeg som nævnt mener, at det ikke vil volde myndighederne nogen vanskeligheder, om det ofte nævnte princip om, at sigtet person har ret til ikke at inkriminere sig selv, blev udvidet som det efter manges mening er tilfældet i Den Europæiske Menneskerettighedskommissions afgørelse i sagen Saunders mod Storbritannien.

Debattleder takket professor *Eirikur Tomasson* for hans bidrag til debatten.

Docent *Anders Hultqvist*, Stockholms universitet, fikk ordet og anførte: Morten Eriksen tar i sin uppsats upp en mycket central och omdiskuterad fråga: rätten att vara passiv i förvaltningsförfarandet när det rör förhållanden som kan leda till straff eller straffliknande sanktioner. Frågan är i Sverige för närvarande aktuell i fråga om skatteutredningar och förhållandet till artikel 6 i europakonventionen.

I Sverige var det advokaten Claes Sjölin och Rättssäkerhetskommitten som förde upp frågan i ljuset ungefär samtidigt som Funke- och Bendenoudomarna kom (1993 resp. 1994). Jag var då utredande expert i Rättssäkerhetskommitten. Kommitten fick emellertid inte slutföra sitt arbete, utan frågan fördes över på Skattekontrollutredningen. RSV (Riksskatteverket) gick i samband därmed ut med en skrivelse och hävdade att rätten att vara passiv inte omfattade skatteutredningen förrän någon blivit åtalsanmäld som misstänkt för skattebrott. Jag har redovisat Rättssäkerhetskommittens material i tidskriften *Advokaten* och därvid även kritiserat RSV:s ståndpunkt.

Skattekontrollutredningen (den särskilde utredaren Claes Ljung, generaldirektör och tidigare skattechef i Uppsala) har nu kommit med ett betänkande, där han i huvudsak delar RSV:s bedömning. Två av utredningens experter har reserverat sig och givit uttryck för en uppfattning som ligger nära min egen.

I korthet kan man säga att skillnaderna i uppfattningarna är att RSV och Skattekontrollutredningen anser att rätten att vara passiv inträder först i och med att skäligen misstanke om brott föreligger, medan min och reservanternas uppfattning är att det autonoma begreppet "charge with a criminal offence" i artikel 6 även omfattar skatteadministrativa sanktioner som skattetillägg.

Slutsatsen att skattetillägg inte ryms under artikel 6 baseras i huvudsak på att skattetilläggsreglerna saknar subjektiva rekvisit och att skattetillägg inte kan omvandlas till fängelse. Argumentationen är fattig och man utelämnar i betänkandet alla de studier som gjorts i frågan, och som samtliga kommit till motsatt ståndpunkt. Det saknas emellertid i detta sammanhang anledning att gå in närmare på frågan och jag hänvisar till en examensuppsats som kom samtidigt med betänkandet. Den visar felaktigheterna med metoden att dra de slutsatser RSV (och numera utredaren) gör från de fyra anförda faktorerna i Bendenoun-domen. Det kan i sammanhanget också nämnas att det i Asko Lethonens uppsats till eftermiddagens sektionsmöte om kumulation av sanktioner på skatteområdet framhålls att "skatteförhöjning" (skattetillägg) jämföras med böter och att flera forskare i internationell rätt är benägna att betrakta stränga skattetillägg som "kriminaltalan" under artikel 6, varvid han som stöd anför Sveriges förlikning i von Sydow-ärendet.

Frågan är emellertid om distinktionen mellan skattebrott och skattetillägg är särskilt meningsfull i detta sammanhang. För egen del anser jag att det egentligen räcker med misstanke om "oriktig uppgift", vilket är det centrala rekvisitet för både skattetillägg och skattebrott. Vem som skäligen kan misstänkas för ett skattebrott står ofta klart, till skillnad från misstanke om brott vid stöld, mord, skadegörelse, där en effekt ofta kan konstateras, men gärningsmannen vara okänd.

Claes Sjölin har härutöver ifrågasatt om inte redan själva revisionen kan aktualisera rätten att vara passiv, eftersom man många gånger bedriver den med inriktning på att försöka visa att den skattskyldige deklarerat sin inkomst fel, vilket sedermera kan leda fram till skattetillägg eller åtal för skattebrott.

Skattekontrollutredningen försöker dra någon slags rågång mellan skatteutredningar och skattebrottsutredningar och påstår bl.a. följande:

I Sverige bedrivs skatteutredningen och skattebrottsutredningen som två separata utredningar med olika ändamål även om de utredande myndigheterna samarbetar. Utredningen vill därför understryka att det vid brottsmisstanke endast är skattebrottsutredningen inte skatteutredningen som avser en anklagelse för brott enligt artikel 6.

Med hänsyn till det nära samarbetet mellan skattemyndigheter och åklagar-/polismyndigheter medger utredningen att den enskilde skall ha rätt att vara passiv i skatteutredningen efter den tidpunkt då skäligen misstanke om brott

uppkommit. Men fråga är om inte Sjölin har rätt när han säger att rätten att vara passiv kan inträda även dessförinnan.

Förvisso bedrivs långt i från alla skattautredningar i syfte att utreda skattebrott, men det förekommer i vissa fall. Ibland inleds en revision mot någon med det uppenbara syftet att avslöja ett skattebrott. I Riksskatteverkets handledning för skatterevision sägs att revision är en resurskrävande och genomgripande form av kontroll och måste därför användas med urskillning. Revisionen skall inriktas på riskfyllda områden och väsentliga fel. 5) Syftet med urvalsarbetet är att identifiera angelägna revisionsobjekt, varvid man bl.a. skall beakta om företaget kan antas uppsåtligen och/eller systematiskt begå vissa fel, t.ex. som ett konkurrensmedel. För urvalsrevision gäller dessutom att

- urvalet bör riktas mot de mest illoyala
- urvalet bör riktas mot det väsentliga skatteundrandragandet.

Ett exempel på övergripande urval är bl.a. vad som i handledningen kallas eko- och skattebrottsrevisioner. I fråga om flera av dessa utvalda revisionsobjekt kommer det att dröja en tid innan åtalsanmälan sker, eftersom skäligen misstanke då ännu icke uppkommit, men skatteutredningen har hela tiden haft en viss inriktning, nämligen att söka efter undandragen skatt. Huvuddelen av bevisinsamlingen kan redan vara klar när den skattskyldige underkäntas om misstanken.

Låt mig också nämna några citat från Skatteflyktskommittens nästan samtidigt avlämnade betänkande, där ovan nämnde utredare varit ordförande. På ett flertal ställen sägs att skattekontrollen måste förbättras för att förhindra skatteundandragandet. I t.ex. fråga om tredjemansförelägganden sägs bl.a. följande:

*Det ligger i sakens natur att det kan vara svårt för skattemyndigheten att i förväg precisera alla de uppgifter och handlingar som har samband med den granskade rättshandlingen, exempelvis då granskningen sker i form av en branschkontroll eller då skattemyndigheten vill ha uppgifter om **invecklade transaktioner som förefaller syfta till skatteundandragande**. Denna svårighet att definiera vilka uppgifter man skall begära in kan innebära att myndigheten går miste om viktig information.*

Kan det uttryckas tydligare? Skattemyndigheten söker efter uppgifter om transaktioner som förefaller syfta till skatteundandragande, d.v.s. något som kan komma att leda till påförande av skattetillägg och till åtal för skattebrott, men innan någon skäligen kan misstänkas för brott.

Vill man ta rätten att vara passiv på allvar får man nog dra gränsen där utredningen börjar att bedrivas *i syfte* att finna sådant material som kan leda till straff eller straffliknande sanktioner. Meningen med skyddet i artikel 6 är att det skall vara effektivt för den enskilde och därför komma till användning när han har behov av det. Hur sedan varje land fördelar utredningsarbetet på olika myndigheter torde vara egalt.

“Den som inte gjort något, har inget att frukta,” sägs det ibland, vilket jag ser som ett utslag av det statliga, kollektiva intresset. Mänskliga rättigheter kommer emellertid från en annan grundsyn än den som präglar behovet av en stark stat, nämligen individens perspektiv. Det kan vara oerhört generande och kränkande att medverka i en utredning där man själv är misstänkt. Det kan också gå fel, utan att det finns skäl till det, som t.ex. i Alvgard-fallet för ca 15 år sedan.

Måhända har inte politikerna tagit dessa följder med i beräkningen när man röstade genom konventionen, men likväl är de högst rimliga följder av det stadgande som skyddar oskuldspresumtionen ock rätten till en rättvis rättegång.

Det bör slutligen framhållas att den enskilde inte fråntas sin *rätt* att medverka i utredningen, men han *behöver* inte medverka. En ytterligare fråga är då om han kan straffas för osanna uppgifter. Det föreligger inget omedelbart samband mellan rätten att vara passiv och en rätt att tala osant.

Debattleder takket *Anders Hultqvist* for hans redegjørelse om forholdene i Sverige, hvor lovgiver har valgt å trekke grensen på de enkelte områder fremfor å overlate dette til domstolene.

Hun oppfordret deretter de danske og finske deltakere til å redegjøre kort for forholdene på området i henholdsvis Danmark og Finland.

Kontorsjef *Paul Dahl Jensen*, Justisministeriet, København, tok ordet og rettet en spesielt takk til Morten Eriksen, som etter hans oppfatning hadde skrevet et tankevekkende og inspirerende innlegg. Dahl Jensen viste til at referenten var inne på den tanke å lære 11 års barn at de skal tale sant. Prinsippet har, etter hans oppfatning flere modifikasjoner, fordi forholdet mellom foreldre og barn ikke nødvendigvis er det samme som forholdet mellom stat og borger. Prinsipp om at tillit er godt, men kontroll er bedre, som Morten Eriksen viste til, fungerte under Dahl Jensens tid i forsvaret. Han stilte spørsmål om hvem som bør fastsatte de grenser som nødvendigvis må trekkes. Vil det være mer naturlig at de folkevalgte fastsetter grensen innen for de ordnede demokratier, eller skal man overlate dette til juristerne.

Dahl Jensens personlige oppfatning er at dette et skjønnsspørsmål, som må overlates det enkelte land selv å avgjøre.

Dahl Jensen opplyste at i Danmark oppstår problemstilling ved de vitneavhør, hvor man vet at vitnene ved å forklare seg sant faktisk kan komme til å avsløre straffbare forhold og inkriminere seg selv. Den danske Høyesterett har i en dom fra 1982 fastslått, at hvis man med føye antar at vitnet vil bli siktet for et straffbart forhold hvis det forklarer seg sant, så er løgneren straffri. Det er da tale om en etterfølgende vurdering, hvor det må vurderes om det pågjeldende vitne, hvis det hadde talt sandt, hadde inkriminert seg selv. Hvor dette er situasjonen vil løgneren i Danmark være straffri. Dahl Jensen viste til en annen interessant dom hvor situasjon var at tiltaltes ektefelle, i en sprittsak, forklarte seg til støtte for mannen, som hadde kjørt. Hustruen forklarte uriktig at hun hadde kjørt bilen. Retten hadde ingen tiltro til hennes forklaring, og mannen ble dømt både i byretten og lagmannsretten. Det ble deretter reist tiltale mot hustruen for falsk forklaring. Spørsmålet var om hun kun kunne straffes for den falske forklaring i byretten, eller om hun også kunne straffes for falsk forklaring i lagmannsretten. Høyesterett straffet henne for begge de falske forklaringer. Domstolen kom med andre ord til det motsatte av det korreferenten går inn for. Personlig ville Dahl Jensen frifunnet for begge forhold.

Dahl Jensen fremhevet at man ved en avgrensning av problemstillingen må se på om en sannferdig forklaring, eller korrekte opplysninger vil være inkriminerende. Det vil de ikke hvor det er taler om selvangivelser. Oppgir skatteyder hva han har ærlig og redelig har tjent, er dette ikke straffbart. I Danmark er opplysningsplikten på enkelte områder straffesanksjonert. En oppfyllelse av en slik opplysningsplikt kan faktisk innebærer at man ved å avgi sannferdige opplysninger erkjenner å ha begått et straffbart forhold. Dahl Jensen viste som eksempel til den plikt bønderne er pålagt til å innberette hvor meget kunstgjødning de har brukt. Bonden kan da velge å gi korrekte opplysninger. Enten har bonden ikke begått noe straffbart, fordi de korrekte opplysninger ligger innenfor det lovlige forbruk, eller også innebærer korrekte opplysninger at bonden erkjenner å ha brukt for meget. Det kan da spørres om de gitte opplysninger kan brukes mot ham under en straffesak. Et alternativ er at bonden i det siste tilfelle anfører at han har regnet galt eller skrevet galt. Det vil da etter Dahl Jensens oppfatning være merkelig hvis opplysningene ikke skal kunne brukes i en etterfølgende sak. Opplysningene ble avgitt på et tidspunkt hvor det ikke forelå mistanke mot bonden. En annen mulighet er at bonden helt unnlater å inngi opplysningene. Myndighetene vil da undersøke grunnen til at han ikke avga de pliktige

opplysninger. Hvis det viser seg at korrekte opplysninger vil innebære en tilståelse av et straffbart forhold kan det spørres om bonden kan straffes for han nektet å gi de pliktige opplysninger. Etter Dahl Jensens oppfatning bør man nøye seg med å straffe bonden for det underliggende materielle forhold, at han har brukt for meget gjøssel, og ikke straffe ham for unnlattelse av å oppfylle opplysningsplikten. Den tredje situasjonen er den hvor bonden oppgir opplysningene, men han tilpasser opplysningene til det han lovlig kan bruke. Han har brukt for mye, men han velger å oppgi et uriktig tall, som ligger innenfor det lovlige. De fleste lovbrytere av denne type vil ikke bli oppdaget. Men hvis myndighetene senere finner ut at bonden faktisk har brukt mer enn det han har deklart, oppstår spørsmålet om han også skal straffes for den uriktige opplysning eller skal man også her nøye seg med å straffe dem for det materielle overforbruk. Dahl Jensen mener at man må nøye seg med å straffe bonden for den underliggende materielle overtredelse.

Debattleder takket kontorsjef *Paul Dahl Jensen* for hans interessante innlegg og ga deretter ordet til byrettsdommer *Peter Garde*, Hillerød, Danmark.

Docent Anders Hultqvist fremhevet et viktig synspunkt når han hevdet at er retten til taushet kanskje er viktigere enn retten til å lyve. Det må etter Gardes oppfatning aksepteres at man ikke vil uttale seg. Men han kan ikke på noen måte godta at man skal kunne lyve og deretter velge ut enkelte punkter blant det man har forklart og avskjære bruk av den restrende del av forklaringen på grunn av selvinkrimineringsforbudet. Hensynet til den tiltalte vil da bli trukket for vidt. Selvom resultatet av Sanders-dommen ikke foreligger ennå er Garde av den oppfatning at domstolen i Bølgepapp-saken er kommet til det helt riktige resultat. Det må etter Gardes synspunkt være opplagt at senere avgitte forklaringer som strider mot det som er uttalt overfor forvaltningsmyndighetene, må kunne benyttes, i det minste må de punkter hvor forklaringene er istrid med hverandre kunne foreholdes tiltalte. Garde er ikke enig med Paul Dahl Jensen i at bonden som løy om hvor mye gjødning han hadde brukt bare skal skulle straffes for det underliggende forhold. Etter hans mening må det ses som en skjerpene omstendighet at bonden lyver om at han har opptrått ulovlig, og bonden bør derfor straffes for begge forhold.

Garde ga sin tilslutning til korreferents innlegg. Han var enig med ham i at man ikke kan kreve at folk skal tvinges til å uttale seg, men hvis det eksisterer dokumenter må det kunne kreves at disse fremlegges. Særlig i de tilfeller hvor dokumenterne er skrevet på et tidspunkt hvor det ikke foreligger noen forbrytelse eller mistanke om forbrytelse.

Deretter tok Ekspedisjonsjef, *dr. juris, Inge Lorange Backer*, Justisdepartementet, Norge, ordet og påpekte følgende: Han ønsket å advare mot det han oppfatter som en stigende tendens til å betrakte alt som anses som rettigheter for individet, for samtidig å kvalifisere til betegnelsen menneskerettigheter. Det er en ganske betydelig forskjell på det som Morten Eriksen anga som opprinnelsen til selvinkrimineringsforbudet og det derav følgende torturforbud som vi nå har i våre menneskerettigheter på den ene side, og spørsmålet om å betrakte retten til usannferdig forklaring som en menneskerettighet på den annen side.

Det tema som vi har behandlet i dag, har dermed på en måte overtoner langt utover dagens tema i seg selv. Dette kan vise seg å bli et eksempel på problemstillingen om vårt forhold til den europeiske menneskerettighets domstols avgjørelser, og da spesielt prejudikatsvirkningen i de nordiske land av avgjørelser som er truffet i saker som angår andre av europarådets medlemsstater. Det er klart at vi står overfor et dilemma som mange allerede har vært inne på. Grensen mellom forvaltningsprosessens regler og straffeprosessens regler må i dag sies å bli trukket ut fra forholdsvis formelt pregede kriterier. Som ikke minst korreferenten var inne på, gis argumenter for at man bør la mer materielle betraktninger være avgjørende for hvor grensen skal trekkes. Men skal man løse dilemmaet på en annen måte enn vi gjør i dag, står man overfor et valg: **enten** å begrense borgernes forklaringsplikt overfor forvaltningsmyndigheten, **eller** å opprettholde deres forklaringsplikt, men slik at forklaringen ikke kan utnyttes direkte i straffeprosessen, bare indirekte som grunnlag for videre etterforskning.

Opplysningsplikten som forvaltningslovgivningen fastsetter overfor forvaltningsmyndigheter, forfølger i stor grad andre formål enn det å tjene som grunnlag for strafferettslig forfølgning. De beste grunner må tale for at man nøyer seg med det mer begrensede synspunkt, nemlig at forklaringer som er avgitt til forvaltningsmyndigheten kanskje ikke kan utnyttes fullt ut i straffeprosessen. Det ville ha ganske store konsekvenser hvis forvaltningsorganene skulle være avskåret fra å få kjennskap til overtredelser av ulike slag. Paul Jensen trakk fram forurensingssektoren og den er illustrerende i den forbindelse. Det kan være helt nødvendig at forvaltningsmyndighetene får kjennskap til overtredelsene for å kunne avbøte videre skadevirkninger eller treffe tiltak for å unngå gjentakelse. Opplysningsplikten overfor forvaltningen skal jo ofte tjene som grunnlag for andre sanksjoner enn de rent strafferettslige. Men hvis vi begrenser effekten av forklaringsplikten i straffeprosessuell henseende, kan vi bli utsatt for noen konsekvenser som det ikke er sikkert at vi skal ta. Det ene at det kan føre til tidligere politian-

meldelser, noe som neppe er noen ønskelig utvikling sett fra borgernes side. Det annet er at vi kan få et strengere kontrollsamfunn generelt fordi myndighetene selv i større grad må skaffe opplysninger på annen måte enn ved hjelp av borgerne. Eller konsekvensen kan bli en svakere håndheving av lovgivning som er blitt til for å nå ulike samfunnsmessige mål.

Det er slett ikke sikkert at vi skal slå oss til ro med slike konsekvenser. Den eneste muligheten som gjenstår da, er i tilfelle å utvikle alternative sanksjoner utenom det strafferettslige systemet. Det kan gode grunner som kan tilsi dette, på bakgrunn av at det strafferettslige system på sett og vis er overbelastet.

Bacher avsluttet med å advare mot at vi løser det foreliggende spørsmål bare ved å fokusere på hensynet til det enkelte individ som kanskje- eller kanskje ikke- har kommet i skade for å overtre en aktuell bestemmelse som det er knyttet en opplysningsplikt overfor forvaltningen til.

Professor *Eirikur Tomasson* fikk ordet til avslutningsreplik.

Tomasson pekte på at det åpenbart er mange her i Norden som sympatiserer med statsmakten. Hvis han fortsetter Backers resonnement, fokuseres det for meget på statsmaktens behov. Statsmakten har økt på bekostning av individets rettigheter. Spørsmålet må stilles om denne tendens har gått noe for langt.

Det kan ikke alltid sees slik at det er den «gode» statsmakt som skal straffe «skurken». I vårt kompliserte samfunn er bildet atskillig mer nyansert enn som så. Den nordiske diskusjon har vært for statsmaktpreget, og det er mange nyanser i problemstillingen vi ikke har behandlet.

For øvrig er Tomasson enig med første debatant, docent Hultqvist, i at man må skille mellom retten til å være taus og retten til å lyve.

Et viktig spørsmål man må ta stilling til er hvem som skal bestemme; nasjonale demokratiske organer eller internasjonale kontrollorganer som menneskerettighetsdomstolen.

Hvorfor er menneskerettighetsdomstolen blitt opprettet?

Nettopp fordi statsmakten er blitt for sterk og dominerende vis a vis borgerne. EMD er ikke bundet av nasjonale lover, og nettopp derfor er det behov for den. Til tross for at man kan kritisere enkelte avgjørelser som kommer fra Strasbourg, er det viktig, ikke minst for de nordiske land, at vi har en kontroll utenfra som sikrer individets rettsstilling mot statsmakten.

Han takket deretter ordføeren, referenten og deltakerne i debatten, som ble ennå mer interessant enn han hadde ventet.

Morten Eriksen fikk ordet til avsluttende innlegg:

Noen punkter avslutningsvis. Når vi sammenligner rettsystemer er det alltid fristene å trekke frem stater som har regler hver og en ønsker mer av, uten å se hen til helheten. Så også når det gjelder menneskerettighets-spørsmål. Eksempel: det vises gjerne til det femte grunnlovstillegg i USA som går noe lengre enn vi gjør i Norge eller i andre nordiske land mht selvinkrimineringsforbudet.

En sammenligning på dette punkt vil halte uten å se på helheten. I USA bruker man adskillig tøffere fremferd overfor borgerne enn vi kunne tenke oss å gjøre i Norge. Da passer det til gjengjeld å gi borgerne flere rettigheter. Polarisingen mellom stat og borger har gått mye lenger i USA enn i Norden. Balansen bør den enkelte stat kunne velge selv. Men en slik helhetsvurdering får neppe gjennomslag i menneskerettighetsorganenes overnasjonale tankenivå.

Et annet problem som bør nevnes er misbruksproblemet. Et kontrollorgan skal ikke gå politiets ærend, f.eks ved at politiet anmoder kontrollorganene om å stille flest mulig spørsmål til borgerne under straffeansvar. Det er en ytterlighet man kan tenke seg. Her må det minnes at politiet, iallfall i Norge, tidligere har fått betydelig kritikk for å innlede etterforskning på for lavt kunnskapsnivå, med andre ord skulle saken vært bedre forberedt av forvaltningsorganet før den ble sendt politiet. Her oppstår et dilemma. Man kan ikke både kritisere forvaltningsorganet for å holde for lenge på saken, og samtidig kritisere politiet for å komme for tidlig inn.

Dernest knytter det seg betenkeligheter med å staffeprosessualisere forvaltning i saksbehandling i den gode saks tjeneste - nemlig hensynet til selvinkrimineringsforbudet. Sterke grunner taler mot å gjøre det. Forvaltningsprosessen er og må være sivil. Anslagsvis to millioner selvangivelser leveres inn i Norge hvert år. Tilleggsforespørsler rettes i anslagsvis 150 - 200 000 tilfeller. I alle tilfeller har borgerne sannhetsplikt under straffeansvar. Bare en helt ubetydelig del av disse tilfeller ender som straffesak. Spørsmålet er: Er det riktig å tillegge denne ubetydelige biten meget sterke føringer på hvordan den sivile del av vårt forvaltningssystem skal arbeide?

I tillegg er de retts tekniske betenkelige ved å innføre et nytt skille mellom rett og plikt betydelige. Det vil oppstå masse diskusjoner om hvor grensedragningene skal gå i fremtiden.

Problemet med å praktisere selvinkrimineringsforbud på forvaltningsstadiet er ikke alltid størst på skatterettens område, hvor man (kan ha) bilag, regnskaper, selvangivelse etc. Problemene vil kanhende være enda større

eksempelvis på finansmarkedsområdet (ulovlig innsidehandel mm). I disse saker foreligger det ikke noen selvangivelse med dokumentasjon om de faktiske forhold. Tilsvarende ofte i saker om konkurransesamarbeid. Her blir samtaler mellom kontrollorganene og berørte aktører viktigere.

Konsekvensen av et selvinkrimineringsforbud som skal gjelde hele eller deler av forvaltningsstadiet må da bli at politiet må inn på et langt tidligere tidspunkt enn tidligere. For straffesakens oppklaring kan det være effektivt, men for vårt sivilt og tillitsbaserte forvaltningssystem knytter det seg mange betenkeligheter til dette. Valgene vi står over for er ikke enkle på noen måte.

Avslutningsvis noen ord om i hvilken grad man bør overføre myndighet til overnasjonale organer. Det kan være gode grunner til det. På en annen side er det ikke ubetenkelig å frata våre statsmakter: Stortinget, Regjering og domstolene, myndighet. Det er ikke lett forstå hvorfor spørsmål av nærværende karakter (rekkevidden av selvinkrimineringsforbudet) ikke skal avgjøres av våre statsmakter - men av et overnasjonalt organ uten ansvar overfor borgerne.

Det aksepteres av menneskerettighetsorganet at nasjonalstatene har en "margin of appreciation". Men hva ligger egentlig i dette? I alle fall er det vanskelig å se hvilket innhold menneskerettighetsorganet har lagt i begrepet.

I "Bølgepappsaken" (omtalt i referatet) fremgår det at Høyesterett i betydelig utstrekning har følt seg forpliktet til å følge formell lov. Forklaringplikten var i samsvar med sikker rett og lang og fast praksis. Den praksis reflekterte Stortingets vilje, som i Norge heller ikke har vært kontroversiell på noe tidspunkt.

Hvis menneskerettighetsorganene kan overse nasjonalstatenes lov uten videre, bør ikke da høyesterett kunne gjøre det samme, ettersom EMK er inkorporert i norsk lov? Da vil ikke straffeprosessloven og forvaltningslovgivningen lenger gi grunnlag for de ytterste vurderinger, - begreper som "fair trial" og "charged with a criminal offence" danne rammene for overprøvningsadgangen. Vi har sett at menneskerettighetsorganene stiller seg temmelig fritt i så måte, og det er vanskelig å forstå hvorfor ikke norske domstoler skal kunne gjøre det samme. Er det dette vi ønsker?

Debattleder *Karin Stang* takket alle som hadde deltatt i debatten og medvirket til at det var blitt en slik interessant formiddag. Hun antok at alle deltakerne så frem til at utfallet av Saunders-saken.

Sektionsmöte

**Förfarandet i skiljetvister
(voldgiftssager)**

Referent: Advokat *Kaj Hobér*, Sverige
Korreferent: Landsretssagfører, dr. jur. *Allan Philip*, Danmark
Debattledare: F.d. hovrättspresidenten *Birgitta Blom*, Sverige
Referatskrivare: Hovrättsassessorn *Ulf Wallentheim*, Sverige

FÖRFARANDET I SKILJETVISTER

På spaning efter ett billigare och förenklat skiljeförfarande – möjligheter och begränsningar

Av advokat *Kaj Hobér*, Sverige

1. Bakgrund

Skiljeförfarande som metod för lösande av tvister har lång tradition i de nordiska länderna. Redan under 1300-talet förekommer lagstadganden i Sverige som medger parter att hänskjuta tvister till av dem utsedda personer.¹ Skiljeförfaranden omnämns i 1667 års sjölag och 1669 års exekutionsstadga. Spridda bestämmelser av denna karaktär fanns kvar fram till 1887 då lagen om skiljemän antogs. Lagen utgör den första regleringen i Sverige av själva skiljeförfarandet. 1887 års skiljemannalag levde – efter en partiell ändring 1919 – kvar fram till 1929 då den nu gällande lagen om skiljemän antogs. Under våren 1992 tillsattes i Sverige en offentlig utredning avseende skiljemannalagstiftningen ("Skiljedomsutredningen") som presenterat två betänkanden, varav det första bl.a. avsåg en översyn av skiljemannalagen.² Dessa har tyvärr ännu inte avsatt några spår i den svenska lagstiftningen.

I Sverige är sedan lång tid skiljeförfaranden en mycket utbredd form av tvistlösning inom näringslivet. Den allmänna uppfattningen har länge varit

¹ Även i detta sammanhang kan vi konstatera att "redan de gamla grekerna" använde sig av skiljeförfaranden, se Phillipson, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome* (1911) vol. 2, s. 129. Den första skiljeklausulen sägs dock ha återfunnits i en traktat år 3100 f.Kr. mellan de mesopotamiska staterna Lagash och Umma, se Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations* (1954) s. 1.

² SOU 1994:81 (delbetänkande) Ny lag om Skiljeförfarande, överlämnad till justitiedepartementet i juni 1994 ("Delbetänkandet") och SOU 1995:65 (slutbetänkande) Näringslivets tvistlösning, överlämnad till justitiedepartementet i augusti 1995 ("Slutbetänkandet").

att de allra flesta affärstvister avgörs genom skiljeförfarande.³ Eftersom skiljeförfaranden inte är offentliga saknas emellertid tillförlitlig statistik avseende den faktiska utbredningen av skiljeförfaranden. Inom ramen för Skiljedomsutredningens arbete har dock genomförts vissa statistiska undersökningar.⁴ På grundval av dem har utredningen konstaterat att det årliga antalet skiljeförfaranden i Sverige kan uppskattas till 300-400 vilket utredningen har karaktäriserat som en "tämmligen begränsad omfattning".⁵ Betydelsen av skiljeförfaranden som metod för slitande av tvister kan emellertid inte endast mätas i antalet förfaranden. Hänsyn måste även tas till bruket av *skiljeklausuler* i förmögenhetsrättsliga avtal. Genom en enkätundersökning har Skiljedomsutredningen kartlagt bruket av skiljeklausuler inom olika branscher. Resultaten av denna undersökningen ger vid handen att skiljeklausuler är mycket vanliga i ett stort antal branscher.⁶

Alldeles oavsett vilka slutsatser man vill dra av dessa statistiska undersökningar, torde man våga påståendet att skiljeförfaranden utgör en mycket viktig del av slitandet av affärsrättsliga tvister. Förklaringen till detta är att skiljeförfarandet som tvistlösningsform anses ha vissa fördelar framför ett traditionellt domstolsförfarande.

En av de viktigaste fördelarna med skiljeförfarandet är att parterna har möjlighet att själva välja skiljedomare och därmed utse personer som de hyser förtroende för. Detta möjliggör vidare utseende av personer med särskild kompetens inom vissa rättsområden eller fackområden. Det faktum att parterna själva väljer skiljedomare torde även – typiskt sett – öka sannolikheten för att de frivilligt fullgör de skyldigheter som kan komma att åläggas dem i skiljedomen.

En annan mycket viktig fördel med skiljeförfaranden är snabbheten. Detta sammanhänger framför allt med att skiljeförfarandet är ett eninstansförfarande. För många näringsidkare är snabbheten sannolikt den viktigaste fördelen med skiljeförfaranden, då pågående tvister ofta verkar förlamande

³ I direktiven till Skiljedomsutredningens arbete - redovisade som Bilaga 1 till Delbetänkandet - sägs t.ex. på s. 329: "De flesta förmögenhetsrättsliga tvister som avser näringslivsförhållanden avgörs sedan gammalt genom skiljeförfarande", och på s. 333: "Som jag tidigare nämnde avgörs näringslivets tvister regelmässigt i privata skiljeförfaranden".

⁴ Dessa utredningar redovisas i Bilaga 3 (Enkätundersökning om skiljeförfarande och rättegång) och Bilaga 4 (Skiljeförfarandet i Sverige) till Slutbetänkandet.

⁵ Slutbetänkandet s. 51.

⁶ Denna undersökning redovisas i Bilaga 3 till Slutbetänkandet.

på affärsförbindelser mellan tvistande parter. Med snabbheten sammanhänger även kostnaderna för ett skiljeförfarande; ett skyndsamt genomfört skiljeförfarande innebär ofta kostnadsbesparingar för de tvistande parterna, särskilt om man jämför med ett treinstansförfarande i domstol, *även om* man beaktar att parterna själva bekostar skiljemännen. Snabbheten och kostnaderna påverkas i positiv riktning av att handläggningen av en tvist inom ramen för ett skiljeförfarande ofta kan göras smidig och anpassas till tvistens omfattning och karaktär enligt parternas önskemål på ett sätt som i regel inte är möjligt i en domstolsprocess.

Ytterligare en fördel med skiljeförfaranden är att de inte är offentliga. Många affärsrättsliga tvister är av sådan karaktär att de tvistande parterna vill förhindra insyn från utomstående – t.ex. konkurrenter – i sina ekonomiska förhållanden. Dessutom är det vanligt att de tvistande parterna vill förhindra kännedom redan om tvistens existens.

Beträffande internationella affärstvister bör även tilläggas att skiljeförfarande ofta är det enda realistiska alternativet att lösa tvister. Parterna är ofta skeptiskt inställda till ett domstolsförfarande i varandras respektive hemländer.

De ovan nämnda fördelarna till trots har skiljeförfarandet under senare år utsatts för viss kritik. Den har riktats från såväl privat som offentligt håll. Kritiken har oftast fokuserats på kostnaderna för skiljeförfarandet. På grundval av den tidigare omnämnda enkätundersökningen,⁷ konstaterar t.ex. Skiljedomsutredningen att ”många av näringslivets aktörer hyser uppfattningen att skiljeförfarandet är en dyr tvistlösningsform och att denna uppfattning motverkar användningen av skiljeförfarandet”.⁸

I de direktiv som låg till grund för Skiljedomsutredningens arbete tycks utgångspunkten ha varit att skiljeförfaranden är förknippade med höga kostnader. I direktiven sägs t.ex.: ”De invändningar som brukar anföras gäller främst vad som uppfattas som brister i rättssäkerheten och de höga kostnader som är förenade med att anlita en skiljenämnd”.⁹ Längre fram i direktiven, när det talas om reformbehovet, sägs bl.a.: ”Många näringsidkare m.fl. finner det inte meningsfullt att driva sina rättsliga anspråk till avgörande i skiljeförfarande, om inte tvisteföremålets värde uppgår till flera hundra tu-

⁷ Se not 6 ovan.

⁸ Slutbetänkandet s. 49.

⁹ Delbetänkandet s. 331-332.

sen kronor. Andra parter anser sig förhindrade av ekonomiska skäl att driva anspråken på grund av de höga kostnaderna".¹⁰

Vad är det som gör att kritik har riktats mot kostnaderna för skiljeförfaranden, som av vissa uppfattas som höga? Höga jämfört med vad? Typiskt sett görs jämförelsen med domstolsprocesser. Det som skiljer rättegång och skiljeförfarande åt i kostnadshänseende är skiljemännens arvode. Arvodet till dem erläggs av parterna och i regel av den förlorande parten. Skiljedomsutredningen har inom ramen för sitt uppdrag sökt jämföra kostnaderna för skiljeförfarande med kostnaderna för en domstolsprocess. Utredningen konstaterar sammanfattningsvis att man bör "kunna dra slutsatsen att även om en tvist sakprövas i och går till dom i hovrätten så är parternas kostnader i allmänhet lägre för domstolsalternativet än för skiljeförfarandet".¹¹ Efter att ha diskuterat prövning även i Högsta domstolen drar Skiljedomsutredningen slutsatsen att "skiljeförfarandet endast undantagsvis medför lägre kostnader än en rättegång vid allmän domstol".¹² Professor Lars Heuman kritiserar emellertid i sitt särskilda yttrande utredningens jämförelser på den grunden att kostnaderna i domstol till stor del beror på om överklagande förekommer eller inte. Efter att ha gjort vissa egna beräkningar konstaterar professor Heuman: "Även om dessa siffermässiga uppskattningar måste bedömas med stor skepsis i olika avseenden visar de på möjligheten av att ett tvåinstansförfarande inför domstol kan bli dyrare än ett skiljeförfarande och att ett skiljeförfarande med en enmansnämnd är det bästa alternativet".¹³

Uppfattningarna är således delade om huruvida skiljeförfaranden faktiskt är dyrare än domstolsförfaranden. Några entydiga belägg för att så skulle vara fallet finns inte. Icke desto mindre måste konstateras att det finns en tämligen utbredd uppfattning av innebörd att skiljeförfarande som tvistlösningsform är "dyrt". I den fortsatta framställningen förutsättes därför att det finns behov och intresse av att förenkla och därmed förbilliga skiljeförfarandet. Under det arbete som Stockholms Handelskammare

¹⁰ Delbetänkandet s. 333-334.

¹¹ Slutbetänkandet s. 66.

¹² *Ibid.*

¹³ Slutbetänkandet s. 252 - I det särskilda yttrande som avgivits av Ulf Franke, Gunnar Lindgren och Göran Ramberg instämmer dessa i professor Heumans bedömningar avseende kostnadsjämförelserna. Dessa framför dessutom synpunkten att varken professor Heuman eller utredningen fullt ut beaktat den tidsutdräkt som vidlåder domstolsförfaranden, Slutbetänkandet s. 257.

genomfört för framtagande av regler för förenklade skiljeförfaranden blev den kommitté som utarbetade reglerna övertygad om att det hos näringsidkare finns "ett djupt känt behov av regler som direkt syftar till att åstadkomma ett billigt och snabbt skiljeförfarande".¹⁴

2. Möjligheter

2.1. Inledning

Som nämnts ovan är det skiljemännens arvode som i kostnadshänseende utgör skillnaden mellan domstolsprövning och skiljeförfaranden. I Sverige finns ej någon lagreglering av skiljemännens arvode annat än att det skall vara skäligt.¹⁵ Enligt § 23, andra stycket i skiljemannalagen fastställer skiljemännen själva sina arvoden, dock med möjlighet för part att klaga på ersättningen hos domstol i första instans. Det saknas empiriska undersökningar om vad som styr skiljemännens arvoden. I de allra flesta fall är den avgörande faktorn den tid som skiljemännen lägger ned på arbete i målet och den ersättning som de betingar sig för nedlagd tid. Värdet av det omtvistade kan också tänkas påverka arvodet.¹⁶ Ofta – men långt ifrån alltid – torde det

¹⁴ Hobér, Handelskammarens regler om förenklade skiljeförfaranden, Juridisk Tidskrift 1995/1996 No. 1 s. 153. - Handelskammarens regler om förenklade skiljeförfaranden antogs av Stockholms Handelskammarens styrelse den 7 juni 1995 och trädde i kraft den 1 juli 1995. Kommittén som utarbetade reglerna bestod av advokat Lars Edlund, advokat Lars Göthlin, professor Lars Heuman, advokat Kaj Hobér, ordförande, bolagsjurist Hans Sandberg, direktör Torbjörn Spector, sekreterare; dessutom deltog direktör Ulf Franke i kommitténs arbete. - De s.k. Göteborgsklausulerna utgör ytterligare vittnesbörd om behovet av att i vissa fall förenkla och förbilliga skiljeförfarandet; Göteborgsklausulen för förenklat skiljeförfarande - som utarbetats av de fem största advokatbyråerna i Göteborg i samarbete med kommunens näringslivssekretariat - hänvisar till skiljeregler som syftar till ett förenklat och billigare skiljeförfarande. För en jämförelse mellan Stockholms Handelskammarens regler om förenklade skiljeförfaranden och Göteborgsklausulerna, se Welamson, Förenklat skiljeförfarande, Advokaten (Nr 2 1996) s. 22.

¹⁵ 23 § skiljemannalagen; där föreskrivs att parterna skall, i avsaknad av uppgörelse om skiljemännens ersättning, "gälda skiljemännen skälig ersättning för deras arbete och omkostnader".

¹⁶ Enligt vissa skiljedomsreglementen, t.ex. Internationella Handelskammarens Förliknings- och Skiljedomsreglemente, fastställs skiljemännens arvode på grundval av en tabell som utgår från det omtvistade värdet.

väl finnas ett visst samband mellan det omtvistade värdet och nedlagd tid. Bland de faktorer som styr omfattningen av den nedlagda tiden inkluderas målets karaktär och storlek som sådant, dvs processmaterialets omfång, målets komplexitet och det sätt på vilket målet sköts av parterna.

I sökandet efter ett billigare och förenklat förfarande måste således dessa ”kostnadsdrivande” faktorer angripas. Härvidlag står olika möjligheter till buds. I detta sökande måste utgångspunkten vara den inom skiljedomsrätten grundläggande principen om partsautonomin, dvs till syvende og sidst är det parterna som bestämmer *hur* förfarandet skall bedrivas. Om parterna är överens om den processuella formen och ramen för ett skiljeförfarande har skiljemännen att följa parternas instruktioner.¹⁷ Parternas överenskommelser i dessa hänseenden kan ha många olika former, t.ex. en detaljerad skiljeklausul, hänvisning till regler antagna av skiljedomsinstitut eller överenskommelser under förfarandets gång. All praktisk erfarenhet visar att det i regel är mycket svårt – för att inte säga omöjligt – för tvistande parter att enas om någonting överhuvudtaget sedan tvist väl uppstått. Ofta anser sig part – rätt eller fel – vinna eller förlora på att acceptera respektive inte acceptera överenskommelser av detta slag. I praktiken innebär detta oftast att den form och ram för skiljeförfarandet som parterna överenskommit om innan tvist uppstått, är den som skiljemännen är hänvisade till. Detta medför att det är svårt för *skiljemännen* att åstadkomma ändringar härvidlag, i vart fall ändringar som typiskt sett kan ha väsentlig inverkan på kostnaderna för förfarandet. Skiljemännen har dock vissa möjligheter i dessa avseenden inom ramen för den processledning som de kan – och förväntas – utöva. Mer om detta nedan.¹⁸

Slutsatsen av det ovan sagda är att de kostnadsbesparande åtgärder som kan vidtagas rörande skiljeförfarandets form och omfattning i praktiken måste åstadkommas innan tvist uppstått mellan parterna. En nära till hands liggande åtgärd av detta slag är att minska antalet skiljemän. Huvudregeln enligt svensk rätt är att skiljemännen skall vara tre, om parterna ej avtalat annat.¹⁹ Många mindre tvister är emellertid av sådan karaktär att de mycket väl kan avgöras av en skiljeman i stället för tre. I praktiken har det emellertid visat sig mycket svårt för parter att enas om en sådan åtgärd, sedan tvist väl uppstått. Ibland kan det också vara så att den ena parten – oftast svar-

¹⁷ Jfr 13 § skiljemannalagen.

¹⁸ Se sid. 11 ff nedan.

¹⁹ 6 § skiljemannalagen.

anden – inte alls aktivt deltagar i skiljeförfarandet, varigenom inte ens möjligheten till sådan överenskommelse längre finns.

Nedan diskuteras olika möjligheter att åstadkomma förenklade och billigare skiljeförfaranden, varvid följande aspekter ställs i fokus:

- antalet skiljemän
- föreskrifter om inlagor och skrifter
- avgörande av tvist utan muntlig förhandling
- skiljedomen och dess meddelande
- fastställande av skiljemännens arvode.

Som utgångspunkt för diskussionen tas de regler om förenklade skiljeförfaranden som antogs av Stockholms Handelskammare den 7 juni 1995 ("Reglerna").²⁰ Reglerna utgör ett komplement till de regler som gäller för ordinära skiljeförfaranden i Stockholms Handelskammares regi. Reglerna, liksom reglerna för ordinära förfaranden, förutsätter att parterna har kommit överens om deras tillämpning; de grundar sig således ytterst på den grundläggande skiljedomsrättsliga principen om partsautonomi. Innan de ovan nämnda aspekterna behandlas, finns det skäl att fundera på vad som kan åstadkommas i förenklade och förbilligande syfte inom ramen för den processledning som skiljemän har möjlighet att utöva. Utgångspunkten är då att parterna själva inte har träffat – eller är villiga att träffa – någon överenskommelse i dessa hänseenden.

2.2 Skiljenämndens processledning

Ovan har nämnts olika åtgärder som kan tänkas vara lämpliga för att åstadkomma ett billigare och förenklat skiljeförfarande. Kan samma eller motsvarande resultat åstadkommas redan inom ramen för de sedvanliga reg-

²⁰ Reglerna har utarbetats med det direkta syftet att åstadkomma ett snabbt och billigt skiljeförfarande. Det förslag som utarbetades av den i not 14 omnämnda kommittén har underställts såväl svenska som utländska jurister med omfattande erfarenhet av skiljeförfaranden. På grundval av dessas synpunkter utarbetades ett reviderat förslag som bl.a. diskuterades i styrelsen för Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut. Det slutliga förslaget antogs av styrelsen den 4 maj 1995. Reglerna är främst avsedda för mindre tvister men innehåller inte några beloppsbegränsningar med avseende på tvisteföremålets värde. Parter har emellertid full frihet att överenskomma om sådana begränsningar som villkor för Reglernas tillämplighet.

lerna för skiljeförfaranden, dvs på grundval av skiljemannalagen, om parterna inte har kommit överens om, eller inte kunnat komma överens om, särskilda regler för förfarandet?

Understundom har gjorts gällande att särskilda regler om förenklade förfaranden, eller regler som syftar till att förbilliga skiljeförfaranden, inte är nödvändiga, eftersom skiljemännen redan har tillräckliga medel till sitt förfogande för att åstadkomma billigare och förenklade förfaranden. Om parterna är ense om särskilda förfaranderegler torde knappast problem uppstå i praktiken, eftersom skiljemännen har att följa sådana parternas överenskommelser.

I avsaknad av sådana överenskommelser ger skiljemannalagen inte nämnvärd vägledning. Vissa hållpunkter finns dock. Huvudstadgandet om förfarandet återfinns i 13 § som bl a föreskriver att skiljemännen skall handlägga tvisten ”opartiskt, ändamålsenligt och skyndsamt”. Enligt 14 § skiljemannalagen skall parterna beredas erforderlig tillgång att muntligen eller skriftligen utföra sin talan. I detta sammanhang måste även 15 § i lagen nämnas, vilken bestämmelse ger skiljemännen rätt att vidtaga åtgärder för utredningens främjande. Denna bestämmelse har idag inte någon praktisk betydelse och betraktas i det närmaste som obsolet.²¹ Den tillkom på den gamla rättegångsbalkens tid då domstolsprocessen var av närmast inkvisitoriskt slag. Bestämmelsen förblev emellertid oförändrad vid den nya rättegångsbalkens införande. Den allmänna meningen idag är dock att 15 § inte ger skiljemän rätten att bedriva efterforskningar på egen hand eller att bedriva materiell processledning som går längre än vad som är tillåtet i svensk domstol.²²

Förutom dessa bestämmelser saknas vägledning om hur skiljemännen skall administrera och leda skiljeförfarandet.²³ För att erhålla vägledning i dessa frågor anses det i Sverige allmänt accepterat att skiljemännen sneglar

²¹ Arbitration in Sweden (2.u 1984) s. 117; Heuman, Court Assisted Testimony Taking in Arbitration; Current Issues in Swedish Arbitration (1990) s. 84.

²² Nordenson, Materiell processledning i skiljeförfarande, Juridisk Tidskrift (1993/94) s. 212.

²³ Frågan om materiell processledning har endast i mycket begränsad utsträckning diskuterats i den skiljedomsrättsliga litteraturen. Se dock Nordenson, not 22 ovan, samt Wetter, (MS) Procedures for avoiding unexpected legal issues; (artikeln presenterades vid ICCA:s möte i Wien, november 1994). Jfr även Arbitration in Sweden (2 u 1984) s. 152 och Heuman, not 21 ovan s. 172.

på rättegångsbalkens regler om materiell processledning;²⁴ ibland sägs att rättegångsbalkens regler är analogivis tillämpliga i skiljeförfaranden.²⁵ Det ligger i öppen dager att skiljemännens processledning har betydelse för skiljeförfarandets effektivitet. En ändamålsenlig och smidig handläggning av tvisten från skiljemännens sida medför typiskt sett att slitandet av tvisten påskyndas och att förfarandet därmed blir billigare. Den avgörande frågan i detta sammanhang är i *vilken utsträckning* ett skiljeförfarande kan påskyndas och förbilligas genom skiljemännens processledning, vilket i sin tur beror på de ramar och begränsningar som uppställs för skiljemännen i detta avseende.

Den praktiska och formella processledningen måste naturligtvis i princip utövas av skiljemännen. Härmed avses t.ex. bestämmande av tid och plats för sammanträden och tidsfrister för ingivande av inlagor, jfr 12 § 2 st skiljemannalagen.

²⁴ Rättegångsbalken innehåller endast ett fåtal bestämmelser om materiell processledning. Dessa är RB 42:8 andra stycket och RB 43:4 andra stycket.

RB 42:8 andra stycket lyder:

”Rätten skall, allt efter målets beskaffenhet, vid förberedelsen verka för att tvistefrågorna blir klarlagda och att parterna anger allt som de vill åberopa i målet. Rätten skall genom frågor och påpekanden försöka avhjälpa otydligheter och ofullständigheter i parternas framställningar.”

RB 43:4 andra stycket lyder:

”Rätten skall se till att målet blir utrett efter vad dess beskaffenhet kräver och att inget onödigt dras in i målet. Genom frågor och påpekanden skall rätten försöka avhjälpa otydligheter och ofullständigheter i de uttalanden som görs.”

Dessutom har RB 17:3 betydelse för den materiella processledningen, även om den inte direkt behandlar denna aspekt. RB 17:3 föreskriver:

”Dom må ej givas över annat eller mera, än vad part i behörig ordning yrkat. Är saken sådan att förlikning därom är tillåten, må dom ej grundas å omständighet, som icke av part åberopats till stöd för hans talan.”

Även rättspraxis beträffande materiell processledning är mager. Däremot har materiell processledning i domstolsförfaranden diskuterats tämligen omfattande i litteraturen, framför allt i Ekelöf, Rättegång V och Westerberg, Domstols officialprövning. En civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p. 1 (1988).

²⁵ Även om det kan ifrågasättas om RB:s bestämmelser äger analogisk tillämpning i skiljeförfaranden, kvarstår faktum att de flesta svenska skiljemän låter sig vägledas av dem när skiljemannalagen eller parterna ej reglerar en viss fråga; Arbitration in Sweden (2 u 1984) s. 94-96; jfr Westerling, Svensk och Internationell Skiljedom (1981) s. 17.

Genom en stram formell processledning kan skiljemännen åstadkomma åtskilligt för att hålla ett skiljeförfarande inom rimliga tidsmässiga ramar. En begränsning härvidlag ligger dock i att detta i praktiken förutsätter båda parternas medverkan; om båda parter är ense om ett visst tidsschema är skiljemännen i princip skyldiga att följa detta. Ytterligare en begränsning är att den formella processledningen nödvändigtvis måste anpassas till tvistens karaktär och materiella innehåll såsom presenterat av parterna. Det är i detta sammanhang som skiljemännens materiella processledning kommer in i bilden. Genom frågor och påpekanden till parterna kan skiljemännen sörja för att parternas yrkanden, ståndpunkter och grunder blir klargjorda och anpassade till varandra, t.ex. genom att klar ställning tas av respektive part till motpartens samtliga yrkanden, till yrkade belopp och till åberopade grunder. Därigenom åstadkommes att tvisten och dess handläggning koncentreras till och fokuseras på de relevanta frågorna. På samma sätt kan skiljemännen i stor utsträckning sörja för att endast sådan bevisning åberopas som är relevant för tvisten i fråga. Den avgörande frågan för effektivitetsgraden i den materiella processledningen är hur ingripande densamma får vara; hur kraftfull processledning kan utövas av skiljemännen?

Den avgörande faktorn vid besvarandet av denna fråga är enligt min mening det förhållandet att tvister som slits genom skiljeförfaranden alltid är dispositiva tvistemål, dvs tvister i vilka parterna alltid har möjlighet att när som helst förlikas.²⁶ Parterna förfogar över tvisteföremålet. Av detta följer enligt min uppfattning att skiljemännen har att avgöra tvisten såsom den har presenterats av parterna; skiljemännen kan vid sin prövning av tvisten ej gå utanför den ram som dragits upp av parterna. Detta leder i sin tur till slutsatsen att skiljemännens materiella processledning i allt väsentligt måste begränsas till klarlägganden av vad parterna har anfört i tvisten.²⁷

När materiell processledning diskuteras i samband med domstolsförfaranden, hävdas ibland att det yttersta syftet med ett judiciellt förfarande är att uppnå en materiellt riktig dom.²⁸ Det är svårt att ha någon principiell invändning mot detta synsätt. Å andra sidan torde synsättet i princip leda till en mer ingripande materiell processledning än den som endast siktar mot klarlägganden av parternas ståndpunkter. En sådan mer ingripande materiell processledning kan – åtminstone teoretiskt – leda till att tvistens

²⁶ Jfr 1 § skiljemannalagen där det talas om "Fråga av tvistemåls beskaffenhet varom förlikning kan träffas ...".

²⁷ Nordenson not 22 ovan s. 215 förordar denna form av materiell processledning.

²⁸ Jfr Nordenson not 22 ovan s. 213.

omfattning och innehåll blir annorlunda än vad parterna avsett och förutsett. Parterna riskerar därigenom att förlora herraväldet över tvisten. En sådan situation skulle bjärt kontrastera mot den grundläggande skiljedomsrättsliga principen om partsautonomin. Något tillspetsat kan sägas att det är parterna själva som styr *hur* materiellt riktig skiljedomen blir.

En kraftfull processledning från skiljemännens sida riskerar även att sätta deras opartiskhet i fråga. Även om denna risk inte skall överdrivas, är det inte sällan så att alltför ingående frågor och påpekanden från skiljemännens sida av parterna kan uppfattas så att skiljemännen redan bildat sig en uppfattning avseende den aktuella frågan. Vidare kan frågor och påpekanden avseende den ene partens talan av denne uppfattas som "hjälp på traven" åt den andre parten.

Enligt min mening bör den materiella processledning som skiljemän utövar i skiljeförfaranden vara inriktad på klarlägganden av parternas ståndpunkter. Följaktligen torde möjligheterna att genom materiell processledning åstadkomma förenklade och billiga skiljeförfaranden vara tämligen begränsade. För att uppnå detta mål krävs andra åtgärder.

2.3 Antalet skiljemän

Den största skillnaden i kostnadshänseende mellan skiljeförfaranden och domstolsförfaranden är att parterna i ett skiljeförfarande bekostar skiljemännen. Därav följer typiskt sett att ju färre skiljemännen är desto lägre blir kostnaderna för skiljeförfarandet. Med hänsyn till att skiljeförfaranden inte är offentliga, går det inte att med någon säkerhet fastställa hur höga kostnaderna för skiljemännen faktiskt är. Skiljedomsutredningen har emellertid genom bl.a. sin enkätundersökning och genom förfrågningar till skiljemän sökt fastställa dessa kostnader. Utredningens slutsats är att kostnaden för en skiljenämnd kan beräknas till parternas totala ombudskostnader i skiljeförfarandet.²⁹

Huvudregeln enligt svensk rätt är att skiljemännen skall vara tre om parterna ej enats om antalet skiljemän.³⁰ Trots att tillförlitlig statistik saknas, torde man våga påståendet att de flesta skiljeförfaranden i Sverige avgörs av skiljenämnder bestående av tre skiljemän. Det är säkerligen så att många tvister avgörs av tre skiljemän helt enkelt därför att parterna ej uppmärk-

²⁹ Slutbetänkandet s. 65. Dessa beräkningar torde utgå från en nämnd bestående av tre skiljemän.

³⁰ 6 § skiljemannalagen.

sammat, eller kanske inte ens känt till, möjligheten att utse en ensam skiljeman. Å andra sidan tycks det bli vanligare att parter redan i avtalets skiljeklausul överenskommer om en ensam skiljeman. Ett praktiskt problem därvidlag är *vem* som skall utse den ensamme skiljemannen, särskilt i de fall då parterna ej kan enas om valet. En vanlig lösning är att parterna anger att skiljemannen skall utses av en viss skiljedomsorganisation, av ordföranden i landets högsta domstol eller av viss befattningshavare i annan organisation, t.ex. ordföranden i landets advokatsamfund.

En av huvudpunkterna i Reglerna är att skiljenämnden alltid skall bestå av *en* skiljeman som alltid skall utses av Skiljedomsinstitutet.³¹ Flera andra skiljedomsinstitut har regler som medger utseende av en ensam skiljeman. I de av American Arbitration Association antagna reglerna för kommersiella skiljeförfaranden är vissa av bestämmelserna avsedda för s.k. expedited procedures (§§ 53-57). Av § 54 framgår att American Arbitration Association utser en ensam skiljeman, efter det att de tvistande parterna fått vissa möjligheter att lämna förslag på lämpliga skiljemän. Bestämmelserna om *expedited procedures* är tillämpliga om krav eller motkrav, exklusive ränta och skiljedomskostnader, ej överstiger USD 50,000. Reglerna däremot är tillämpliga oavsett tvistens storlek, förutsatt att parterna avtalat om Reglernas tillämpning.³²

Möjlighet för parterna att avtala om att *en* skiljeman skall slita tvisten finns även enligt reglerna antagna av London Court of International Arbitration³³ och enligt de s.k. Short Form Arbitration Rules antagna år 1991 av Chartered Institute of Arbitrators.³⁴ Denna möjlighet finns även enligt Internationella Handelskammarens regler, vilka som huvudregel föreskriver att skiljenämnden skall bestå av en skiljeman om parterna inte har avtalat om antalet skiljemän.³⁵

Även om stora kostnadsfördelar obestridligen kan vinnas genom att utse endast *en* skiljeman, är det samtidigt så att inte alla tvister lämpar sig för

³¹ § 1 i Reglerna.

³² Det står naturligtvis parterna fritt om att avtala att Reglerna skall användas endast om tvisten understiger visst belopp, jfr not 20 ovan.

³³ § 3 Arbitration Rules

³⁴ § 2 Short Form Arbitration Rules.

³⁵ § 2.3 och § 2.5 Rules of Conciliation and Arbitration. Om parterna inte avtalat om antalet skiljemän har emellertid the International Court of Arbitration vid Internationella Handelskammaren diskretionär rätt att bestämma att skiljenämnden skall bestå av tre skiljemän under förutsättning att tvistens omfattning och karaktär motiverar detta (§ 2.5 Rules of Conciliation and Arbitration).

sådant avgörande. Om exempelvis omfattande bevisning – muntlig och/eller skriftlig – förebringas i tvisten i fråga anses det vanligtvis vara en fördel om bevisvärderingen utföres av mer än en skiljeman. Samma förhållande råder i regel om tvisten innefattar många och komplicerade rättsfrågor. Detta är omständigheter som parterna måste söka beakta när de överväger att använda endast *en* skiljeman. Det säger sig självt att det kan vara svårt för parter att i förväg bilda sig en uppfattning om en eventuell framtida tvists karaktär när de diskuterar skiljeklausulen i ett avtal. Saken ställer sig naturligtvis annorlunda när tvist redan uppstått. I en sådan situation är det emellertid erfarenhetsmässigt mycket svårt för parter att enas i en sådan fråga. Det kan således konstateras att parter i viss mån måste göra en "riskbedömning" när de överväger att använda endast en skiljeman: låga kostnader och snabbhet ställs mot en långsammare och dyrare, men ofta fullödigare prövning av tvisten. I de allra flesta kommersiella sammanhang vågar man nog utgå från att parterna är kapabla att göra denna riskbedömning. Dessutom är det oftast så att de antydda nackdelarna med att använda en ensam skiljeman kan avsevärt reduceras – och inte sällan elimineras – genom att "rätt" person utses till ensam skiljeman. Såvitt angår Reglerna kan således konstateras att ett tungt ansvar vilar på Skiljedomsinstitutet i samband med utseendet av skiljemän.

2.4 Föreskrifter om inlagor och skrifter

En möjlighet att förenkla skiljeförfaranden är att föreskriva regler om den skriftliga handläggningen av tvisten i fråga. Sådana föreskrifter förutsätter parternas samtycke på ett eller annat sätt. Utan sådant samtycke är det tveksamt i vilken utsträckning skiljemännen kan genomdriva sådana regler. En grundläggande princip inom skiljedomsrätten – stadfäst i 14 § skiljemannalagen – är att parterna skall beredas tillfälle att muntligen eller skriftligen utföra sin talan. Part kan mycket väl tänkas åberopa denna bestämmelse om skiljemännen – utan parternas samtycke – uppställer särskilda regler för tvistens handläggning. Invändning från part om att han inte haft möjlighet att utföra sin talan kan vidare leda till hävning av skiljedom på grundval av 21 § p 4 i skiljemannalagen. Bestämmelsen avser de grunder på vilka en skiljedom kan klandras och hävas; en sådan grund anges i punkt 4, som behandlar processuella fel i handläggningen av ärendet som kan antagas ha inverkat på målets utgång.

De föreskrifter om handläggningen av tvisten som i förstone kommer i fråga avser antalet inlagor, dessas omfång och tidpunkten för inlagornas

ingivande. Reglerna innehåller föreskrifter i dessa avseenden. Syftet med dessa föreskrifter är att koncentrera – förenkla – skiljeförfarandet. Föreskrifterna återfinns i 12 § i Reglerna.

Där sägs att part får inge en skrift vardera, inklusive bevisuppgift, utöver käromål respektive svaromål. Innehållet i käromål respektive svaromål regleras i 14 § i Reglerna; framför allt talas där om preciserade yrkanden och grunderna för yrkandena. Sammanlagt kan vardera parten således avge två skrifter inom ramen för förfarandet inför skiljemannen.³⁶ Dessutom föreskrivs i 12 § i Reglerna att skrift skall vara ”kortfattad”. Det kan naturligtvis ifrågasättas om det är någon större mening med att ange att skrift skall vara ”kortfattad”. Det är inte svårt att föreställa sig att parterna har olika uppfattningar om vad ”kortfattad” innebär eller att skiljemannen har en annan uppfattning än parterna i frågan. Den kommitté som utarbetade Reglerna föreslog till en början att varje skrift skulle begränsas till högst tio maskinskrivna sidor, exklusive bilagor. Under det informella remissförfarande som föregick Reglernas antagande blev denna bestämmelse utsatt för åtskillig kritik. Bestämmelsen ansågs alltför fyrkantig. Det påpekades även att den moderna ordbehandlingstekniken kunde leda till att en inlaga om tio sidor i själva verket kunde utformas på många olika sätt. Dessutom restes frågan vad skiljemannen skulle göra om en inlaga uppgick till elva sidor – skulle han vara tvungen att sluta läsa på sidan 10? Under intryck av dessa synpunkter slopades begränsningen till antalet sidor i den slutliga versionen av Reglerna. I stället angavs att skrift skulle vara ”kortfattad”. Såsom regeln slutligen blev utformad är den närmast att uppfatta som en anvisning och uppmaning till parterna. Om parterna inte följer denna anvisning torde det vara svårt för skiljemannen att vidtaga direkta sanktioner däremot. Det finns dock en möjlighet för skiljemannen att ta hänsyn till att part ingivit omfattande inlagor trots att parten genom hänvisning till Reglerna godtagit att inge ”kortfattade” inlagor. I § 24 i Reglerna föreskrivs nämligen att skiljemannen vid bestämmandet av vem av parterna som skall svara för ersättningsarna till honom och till Skiljedomsinstitutet och betala för motparts kostnader kan beakta ”om part genom vårdslöshet föranlett onödig tidsutdräkt eller på annat sätt föranlett onödig kostnad”. Denna sanktion står även

³⁶ Innan målet hänskjuts till skiljemannen kan skriftväxling förekomma med Skiljedomsinstitutet, till vilket påkallelsekriften skall ställas, 5 § i Reglerna. Påkallelsekriften skall innehålla uppgifter om parterna, en redogörelse för tvisten och preliminär uppgift om den påkallande partens yrkande. Svaranden uppmanas därefter att yttra sig över påkallelsekriften, § 7 i Reglerna.

till buds om part av någon anledning givit in mer än två inlagor och skiljemannen ej funnit skäl att avvisa skriften i fråga.

För egen del har jag svårt att förstå att en uttrycklig begränsning av sidantalet skulle vara oacceptabel. Det torde inte vara okänt i processuella sammanhang att parter i olika hänseenden får vidkännas inskränkningar i sin möjlighet att utföra talan. I Förenta Staternas Högsta domstol har parterna vid muntlig förhandling enligt uppgift endast trettio minuter till sitt förfogande för att utföra sin talan och svara på domarnas frågor.³⁷ Regeln har utan tvivel många kritiker, men den tycks fungera i praktiken. En frivillig begränsning av sidantalet i skiljeförfaranden skulle säkerligen leda till en mängd tillämpningsproblem. Enligt min mening skulle dessa emellertid knappast vara av så svårartad natur att de inte skulle kunna bemästras av en skicklig och erfaren skiljedomare. För egen del tror jag inte heller att parterna skulle ha nämnvärda problem med en sådan regel som de trots allt själva har valt i akt och mening att åstadkomma ett förenklat skiljeförfarande.

Som nämnts ovan är Reglerna i första hand avsedda för mindre tvister och utgör ett alternativ för parter som vill åstadkomma en snabb och billig lösning av tvisten. Inget hindrar emellertid att parterna hänvisar till Reglerna även i mer omfattande avtal som kan ge upphov till större tvister. Även om ett avtal kan förväntas leda till endast en mindre tvist, är det erfarenhetsmässigt så att mindre kontrakt också kan leda till omfattande och rättsligen komplicerade tvister. Om så skulle bli fallet kan de ovan beskrivna reglerna om antalet inlagor och dessas omfattning måhända upplevas som en alltför långtgående begränsning av möjligheterna att pröva tvisten. I syfte att råda bot på sådana och andra liknande situationer har i 12 § i Reglerna införts en s.k. säkerhetsventil av innebörd att skiljemannen får bestämma annorlunda om målets handläggning, förutsatt att "särskilda skäl" föreligger. Reglerna innehåller inte några anvisningar om när sådana "särskilda skäl" skall anses föreligga, utan det förutsättes att skiljemannen avgör detta från fall till fall mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet. För att Reglerna inte skall förlora sin karaktär av regler för förenklade skiljeförfaranden, torde man kunna förutsätta att skiljemannen kommer att utöva åtskillig restriktivitet i detta hänseende.

En annan viktig komponent i tillskapandet av ett förenklat och billigt

³⁷ Jfr Prettyman, Supreme Court Advocacy: Random Thoughts in a Day of Time Restrictions; *The Litigation Manual* (2 u. 1989) s. 848. En liknande regel finns beträffande muntliga förhandlingar inför EU-domstolen, jfr Gündisch, *Rechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft* (1994) s. 138.

förfarande är regleringen av tidpunkten för inlagors avgivande. I 12 § punkt c) i Reglerna sägs att skrift skall avgivas inom 10 arbetsdagar. Denna frist dikteras i sin tur av den tid inom vilken skiljedom skall meddelas. Denna tid anges i 21 § i Reglerna till tre månader efter det att målet hänskjutits till skiljemannen. Bestämmande av frister för avgivande av skrifter hör till skiljemännens uppgifter i alla skiljeförfaranden, varvid de har att sörja för att tidsutdräkten inte blir större än vad som motiveras av målet i fråga. Samtidigt måste skiljemännen tillse att parterna får erforderlig tillgång att utföra sin talan. Med hänsyn till Reglernas syfte – att åstadkomma ett snabbt och riktigt förfarande i mindre tvister – kan knappast invändningar riktas mot fristen. Man kan emellertid utan svårighet konstruera exempel där tio arbetsdagar kan framstå som för kort tid. Enligt Reglerna – 12 § – finns även i en sådan situation möjligheten att förlita sig på den ovan nämnda säkerhetsventilen. Den ger skiljemannen rätt att föreskriva annan frist om ”särskilda skäl” anses motivera detta. Det är inte osannolikt att skiljemän, som agerar på grundval av Reglerna, kommer att konfronteras med en rik flora av anståndsskäl i detta sammanhang, alltifrån semesterresor till bristande tillgänglighet hos ombud. För att Reglerna inte skall förlora sin karaktär av regler för förenklade förfaranden och omvandlas till ”ordinära” skiljeförfaranden förutsättes att skiljemannen intar en restriktiv hållning till propåer om anstånd med skrifers ingivande. Det är enligt min mening svårt att föreställa sig att de tillämpningsproblem som skiljemannen därvidlag kan komma att ställas inför skulle vara oöverstiglida.

Vad som hittills sagts om inlagor och skrifter kan sägas beröra den formella sidan av dessas omfattning och ingivande. Som antytts ovan torde en reglering av dessa formella aspekter vara bäst ägnad att åstadkomma ett snabbt och billigt förfarande. Reglerna innehåller emellertid även – i 12 § sista stycket – möjligheten för skiljemannen att förelägga part att *slutligt* ange sitt yrkande samt de omständigheter och bevis som åberopas till stöd därför. Ett sådant föreläggande syftar till att bringa ordning i den materiella sidan av tvisten. Om skiljemannen meddelar sådant slutföreläggande kan part efter den i föreläggandet angivna fristens utgång inte ändra sitt yrkande eller åberopa ny omständighet eller nytt bevis. Även i detta hänseende har dock skiljemannen möjlighet att göra undantag om särskilda skäl föranleder till detta.

Samtliga ovan berörda föreskrifter i Reglerna är enligt min mening väl ägnade att åstadkomma en koncentration av förfarandet och därigenom sörja för att den skriftliga handläggningen av tvisten blir snabb och smidig. De praktiska tillämpningsproblem som otvivelaktigt kommer att uppstå torde

oftast kunna lösas på ett ändamålsenligt sätt, framför allt med hänsyn till att parterna och skiljemannen måste förmodas känna till dessa föreskrifter – och syftet med dem – när ett skiljeförfarande enligt Reglerna påbörjas.

2.5 Avgörande av tvist utan muntlig förhandling

I allmänhet torde man våga påståendet att ett skiljeförfarande som handläggs uteslutande i skriftlig form – dvs utan muntliga förhandlingar – är billigare och snabbare än ett förfarande där muntlig förhandling förekommer. Detta förklaras av de kostnadsbesparingar som görs genom att parter, ombud, vittnen och skiljenämnd inte behöver inställa sig till förhandling vid ett och samma tillfälle. I praktiken är det även svårt att finna tidpunkter vid vilka alla dessa kategorier av medverkande kan samlas till en muntlig förhandling. Sådana svårigheter leder ofta till att tvistens avgörande fördröjs.

Reglerna har tagit fasta på de kostnadsbesparingar som kan göras genom ett skriftligt förfarande. Reglerna föreskriver således i 16 § att muntlig förhandling skall äga rum endast om part begär detta och om skiljemannen finner detta erforderligt. Huruvida muntlig förhandling kommer att äga rum eller ej beror ytterst på skiljemannens bedömning, begäran av part är inte tillräcklig. En fråga som naturligen uppstår i detta sammanhang är om denna föreskrift i Reglerna står i överensstämmelse med skiljemannalagen, enkannerligen dess 14 §. I denna bestämmelse föreskrivs att vardera parten skall beredas erforderlig möjlighet att utföra sin talan. Kan part anses ha haft sådan möjlighet om muntlig förhandling inte har förekommit? Den aktuella bestämmelsen i skiljemannalagen är emellertid dispositiv och är således underordnad parternas eventuella överenskommelse i detta hänseende. Detta innebär att 16 § i Reglerna är helt och fullt förenlig med skiljemannalagen. Dessutom bör framhållas att 14 § skiljemannalagen föreskriver att part skall beredas tillfälle att muntligen *eller skriftligen* utföra sin talan. Redan detta uttryckssätt antyder att en uteslutande skriftlig handläggning av en skiljetvist är tillfyllest.

I dag torde det förhålla sig så att de allra flesta skiljetvister avgörs efter muntlig förhandling. Detta förklaras inte nödvändigtvis av att sådan förhandling är erforderlig, utan torde i stor utsträckning kunna hänföras till tradition, eller kanske till och med slentrian. I många tvister åberopas muntlig bevisning vilket i regel leder till att muntlig förhandling förekommer. I skiljeförfaranden som handläggs enligt Reglerna finns emellertid möjlighet att åberopa vittnesberättelser. Enligt 17 § 2 st i Reglerna avgör skiljemannen

om sådana berättelser får åberopas. I domstolsförfaranden betraktas vittnesberättelser med stor skepsis – och är i princip förbjudna³⁸ – men de anses allmänt kunna fylla en funktion i skiljeförfaranden. Med ett förnuftigt utnyttjande av vittnesberättelser är det inte omöjligt att skiljeförfaranden kan avgöras enbart på grundval av ingivna handlingar, även då vittnen i och för sig hade kunnat höras. I den typ av enklare tvister som Reglerna i första hand är avsedda för torde det heller inte bli ovanligt att tvisten avgörs helt utan vittnesbevisning, dvs utan hörande av vittnen och utan vittnesberättelser. Enligt min mening vore det olyckligt om § 16 i Reglerna skulle tillämpas så att det i det närmaste funnes en presumtion för att förhandling vore erforderlig.

Möjligheten att avgöra en skiljetvist endast på grundval av ingivna handlingar förutses i förfarandereglerna antagna av ett antal ledande skiljedomsinstitutioner. Förfarandereglerna för American Arbitration Association föreskriver i § 37 att parterna kan skriftligen överenskomma om att avstå från muntlig förhandling i alla typer av tvister. En motsvarande bestämmelse finns intagen i § 10.1 i förfarandereglerna för London Court of International Arbitration. I de regler om förenklat förfarande som antagits av Chartered Institute of Arbitrators – Short Form Arbitration Rules 1991 – är utgångspunkten i § 5 att parterna skall överenskomma om muntlig förhandling skall äga rum eller inte. Om de inte kan komma överens ligger avgörandet av denna fråga hos den ensamme skiljemannen.

2.6 Skiljedomen och dess meddelande

En av de fördelar som skiljeförfaranden anses ha framför domstolsprövning är, som tidigare nämnts, snabbheten. Detta sammanhänger främst med att skiljeförfarandet är ett eninstansförfarande. För att ytterligare påskynda avgörandet av en tvist har parter möjlighet att i skiljeklausulen, eller på annat sätt, komma överens om att skiljedom skall meddelas inom viss bestämd tid. Som nämnts ovan är ett snabbt avgörande av en tvist oftast av vital betydelse inom näringslivet.³⁹

Enligt 18 § skiljemannalagen kan parterna bestämma viss tid för skiljedomens meddelande. Om parterna inte avtalat viss tid skall skiljedom meddelas inom sex månader från påkallelsen av förfarandet, om fristen inte förlängs av tingsrätt. En av parterna överenskommen frist kan förlängas

³⁸ Jfr RB 35:14.

³⁹ Se s. 5 ovan.

genom ny överenskommelse mellan parterna. Om skiljedom inte meddelas inom angiven tid förfaller skiljeavtalet.

Synpunkterna varierar angående det ändamålsenliga med att ha en särskilt angiven tid för skiljedoms meddelande. Det grundläggande syftet är naturligtvis att söka säkerställa ett snabbt avgörande av tvisten i fråga. Detta syfte kan lätt omintetgöras om t.ex. praxis hos domstolarna är generös beträffande förlängning av gällande frist. Dessutom kan en sådan tidsfrist inbjuda till taktiska manövrer, framför allt från svarandeparten, t.ex. genom att förhålla ett förfarande till dess att slutdagen närmare sig och på så sätt komplicera förfarandet. Överväganden av detta slag ledde till att Skiljedomsutredningen föreslog ett slopande av den lagstadgade fristen för meddelande av skiljedom.⁴⁰

Vid sökandet efter olika åtgärder för att åstadkomma ett förenklat – och framför allt snabbt – skiljeförfarande, utgör emellertid enligt min mening en särskild frist för skiljedoms meddelande en viktig komponent. En sådan tidsfrist drar upp den yttersta ramen för skiljeförfarandet i fråga och påverkar därmed utformningen och handläggningen av hela förfarandet. Parter som väljer korta tidsfrister får antas vara medvetna om de krav på tillgänglighet och koncentrerade – oftast intensiva – arbetsinsatser från ombud och skiljemän som detta medför.

Reglerna föreskriver i 21 § att skiljedom skall meddelas inom tre månader efter det att målet av skiljedomsinstitutet hänskjutits till skiljemannen. Denna frist kan måhända uppfattas som väl kort. Som nämnts ovan är dock Reglerna i första hand avsedda för mindre tvister. För sådana tvister torde tre månader i normalfallet vara tillräckligt. En förutsättning är att de skiljemän som accepterar utnämningar enligt Reglerna är beredda att avsätta den tid som krävs för att meddela skiljedom inom denna frist. Den nämnda bestämmelsen i Reglerna medger visserligen möjlighet till förlängning av fristen genom beslut av Skiljedomsinstitutet på begäran av skiljemannen, under förutsättning att särskilda skäl föreligger, men utgångspunkten måste rimligtvis vara att restriktivitet kommer att utövas därvidlag från Skiljedomsinstitutets sida. I annat fall riskerar det förenklade förfarandet att omvandlas till ett ”ordinärt” förfarande. Det är således Skiljedomsinstitutet som slutligen avgör om särskilda skäl föreligger. Det förutsättes dock att skiljemannen i sin begäran anger vad som enligt hans mening utgör särskilda skäl.

⁴⁰ Delbetänkandet s. 156 ff.

Som nämnts ovan kommer tremånadersfristen att påverka hela handläggningen av skiljetvisten, vilket ju också är syftet. Detta innebär att frågor rörande förlängning av frist för ingivande av inlagor och tillåtande av muntlig förhandling rimligtvis måste påverkas av den yttersta tidpunkten för meddelande av dom. Som beskrivits ovan finns dock möjlighet för skiljemanden att medge förlängning respektive att tillåta muntlig förhandling. I sådana fall kan man nog räkna med att skiljemanden ofta kommer att begära förlängning av tremånadersfristen. Eftersom man torde kunna förvänta sig viss restriktivitet från Skiljedomsinstitutets sida beträffande sådana förlängningar, är det viktigt att skiljemanden inte slentrianmässigt tillåter förlängning av tidsfrist eller hållande av muntlig förhandling.

I ordinära skiljeförfaranden åtgår vanligtvis en beaktansvärd del av skiljemännens arvode till själva författandet av skiljedomen. I åtskilliga skiljetvister utgör detta den allt överskuggande delen av skiljemännens arbete, och därmed dessas ersättning. Enligt skiljemannalagen krävs inte att skiljedomen innehåller domskäl. Icke desto mindre torde det sällan förekomma i affärstvister av någon betydenhet att skiljedomen saknar domskäl.

Domskäl fyller en viktig funktion genom att skiljemanden vid författandet av skälen tvingas underkasta sina egna tankegångar skriftlig – och förnyad – kontroll. För parter är domskäl av stor betydelse för att övertyga dem om att skiljedomen är korrekt, vilket ökar sannolikheten för att förlorande part frivilligt ställer sig domen till efterrättelse. Domskäl ger också förlorande part möjlighet att avgöra om klandergrund föreligger, t.ex. att skiljedomen grundats på en omständighet som part inte åberopat.

Den balansgång mellan snabbhet och författande av domskäl som Reglerna i § 23 anvisar innebär att skiljedomen skall innehålla domskäl endast om part begär detta. Sådan begäran – det är tillräckligt med begäran från den *ena* parten – skall framställas senast när part slutför sin talan. Det bör noteras att skiljemanden är skyldig att författa domskäl om sådan begäran framställs. Om begäran om domskäl inte framställs skall skiljedomen i vart fall, utöver domslutet, innehålla parternas namn, deras yrkanden och åberopade grunder. Bestämmelsen ger således parter möjlighet att spara ytterligare kostnader och tid.

2.7 Skiljemännens arvode

Som nämnts inledningsvis är den stora skillnaden i kostnadshänseende mellan skiljeförfaranden och domstolsförfaranden det faktum att skiljemännen bekostas av parterna. Det är framför allt skiljemännens arvoden

som stått i fokus för senare års kritik. Redan genom att minska antalet skiljemän kan betydande kostnadsbesparingar åstadkommas.

Enligt skiljemannalagen är det skiljemännen själva som bestämmer sin ersättning. Part som är missnöjd med skiljemännens ersättning kan dock begära prövning av densamma hos allmän domstol. Detta innebär att parter har små möjligheter att i förväg – innan skiljeförfarande påkallas – bedöma storleken på skiljemännens arvode. Ett sätt att öka förutsebarheten i detta hänseende – och även kontrollen över skiljemännens ersättning – är att använda sig av förutbestämda taxor för ersättningen. Denna metod används bl.a. av Internationella Handelskammaren och av London Court of International Arbitration.

I det förra fallet är skiljemännens ersättning knuten till det omtvistade beloppet,⁴¹ i det senare till en schabloniserad timersättning för olika arbetsmoment.⁴² Invändning kan resas mot båda dessa metoder såsom varande alltför oprecisa för fastställande av skiljemännens ersättning. Något obrytbart samband mellan det omtvistade värdet och det arbete skiljemän nödgas lägga ned i en tvist finns ej; likaså är det svårt att ange för alla och envar godtagbara ersättningsnormer baserade på dag och/eller timarvoden. Trots dessa brister har de ovan nämnda skiljedomsinstitutionerna hållit fast vid sina respektive bestämmelser om skiljemännens ersättning.

Vid utarbetandet av Reglerna diskuterades olika möjligheter att reglera ersättningen till skiljemannen. Den slutliga lösningen innebär att ersättningen till skiljemannen fastställs i en till Reglerna fogad tabell som utgår från det omtvistade värdet.⁴³ I 24 § i Reglerna fastslås vidare att det är Skiljedomsinstitutet som fastställer ersättningen på grundval av tabellen.

⁴¹ Tabellen återfinns som Bilaga 3 till Internationella Handelskammarens Förliknings- och Skiljedomsreglemente. Även de av Zürichs Handelskammare antagna skiljedomsreglerna innehåller en tabell utgående från det omtvistade värdet. – För värdefulla jämförelser av olika skiljedomsorganisationers kostnadsbestämmelser, se Wetter och Priem, Costs and their allocation in international commercial arbitration, *The American Review of International Arbitration*, vol. 2 No. 3 (1991) s. 298 ff.

⁴² § 18.1 i Arbitration Rules föreskriver att skiljedomskostnaderna skall fastställas enligt en till reglerna fogad Schedule of Costs, vilken anger dels kostnader per dag då förhandling äger rum, dels timkostnader då skiljemännen utför annat arbete.

⁴³ I tabellen talas om "tvisteföremålets värde", varmed avses käromål och genkärsmål, med undantag för ränteyrkanden. En minimumersättning om SEK 15.000 utgår alltid om tvisteföremålets värde understiger SEK 100.000.

Fördelen för parterna med denna reglering är framför allt att de har möjlighet att på förhand beräkna skiljemannens ersättning och att Skiljedomsinstitutet har viss kontroll över ersättningens storlek.

Av tabellen framgår dock att dess ersättningsnivåer kan frångås om handläggningen av ett mål krävt ”avsevärt mer eller mindre arbete än normalt”. Härigenom åstadkommes flexibilitet i ersättningens fastställande. Å andra sidan kan hävdas att möjligheten för parterna att förutse skiljemannens ersättning minskar. Emellertid torde man kunna utgå från att tabellen kommer att följas i de allra flesta fallen. Genom att hänvisa till ”avsevärt” mer eller mindre arbete har tröskeln satts högt för att motivera avvikelser från tabellen. Vare sig Reglerna eller tabellen innehåller några anvisningar om vad som skall anses vara ”normalt” i detta hänseende. Utgångspunkten måste enligt min mening härvidlag vara vad som kan anses normalt vid handläggandet av förenklade skiljeförfaranden och inte ”ordinära” skiljeförfaranden. Även med denna utgångspunkt måste dock konstateras att något otvetydigt – för alla situationer giltigt – svar på vad som är att betrakta som ”normalt” inte kan ges. Icke desto mindre innebär bestämmelserna om skiljemannens ersättning i Reglerna enligt min uppfattning ett betydelsefullt steg mot ökad förutsebarhet och kontroll av skiljemannens ersättning. De erfarenheter som vunnits vid andra skiljedomsinstitutioner – framför allt Internationella Handelskammaren – antyder att de problem som kan uppstå vid tillämpningen av en dylik tabell är fullt möjliga att bemästra. Enligt min mening kan man av Internationella Handelskammarens erfarenheter även dra slutsatsen att en tabell för skiljemännens ersättning – som i vissa fall kan leda till en ersättning som är lägre än den som skiljemannen typiskt sett förväntat sig – inte i nämnvärd utsträckning minskar möjligheten att intressera skickliga och erfarna jurister att åtaga sig uppdrag som skiljemän.

3. Begränsningar

Ovan har diskuterats olika möjligheter att åstadkomma förenklade och billiga skiljeförfaranden. Återstår så att beröra de begränsningar som kan tänkas finnas beträffande möjligheten att förverkliga denna ambition. Som nämnts ovan förutsätter de diskuterade möjligheterna att parterna är ense därom. Utan parternas överenskommelse är möjligheterna mycket begränsade.⁴⁴ Bristande partsvilja är således den största begränsningen. Härutöver är det ur svensk rätts perspektiv framför allt två potentiella hinder som gör

⁴⁴ Se diskussionen ovan - s. 9 ff.

sig gällande, också för det fall att parterna överenskommit om särskilda förfaranderegler.

Dels kan man tänka sig att förlorande part tar sig före att söka klandra en skiljedom som är meddelad på grundval av Reglerna, eller med tillämpning av andra regler syftande till ett förenklat och billigare skiljeförfarande, *dels* är det möjligt att part försöker få en skiljeklausul hänvisande till Reglerna – eller innehållande andra bestämmelser av nyss angiven karaktär – ogiltigförklarad eller jämkad enligt avtalsrättsliga regler, t.ex. 36 § avtalslagen.

3.1 Klander av skiljedom

Som beskrivits ovan innehåller Reglerna bestämmelser om den skriftliga handläggningen av ett förenklat förfarande och om möjligheten att hålla muntlig förhandling.⁴⁵ Troget syftet med Reglerna innebär dessa bestämmelser att förfarandet koncentreras på ett sätt som typiskt sett avviker från ett "ordinärt" skiljeförfarande. Det kan inte uteslutas att förlorande parter hävdar att de inte haft möjlighet att på erforderligt sätt utföra sin talan, vilket i så fall skulle innebära en avvikelse från 14 § skiljemannalagen. Denna bestämmelse måste utan vidare betraktas som en av de mest grundläggande i lagen. Avvikelse från denna bestämmelse leder i normalfallet till att en skiljedom kan hävas med tillämpning av 21 § p. 4 skiljemannalagen. Det avgörande i detta sammanhang är emellertid att den koncentrerade handläggningen av skiljetvisten är resultatet av parternas överenskommelse. I sådana fall kan inte skiljedomen hävas. Den skiljedomsrättsliga principen om partsautonomin tar över skiljemannalagens bestämmelse. Detta framgår – i vart fall indirekt – av ordalydelsen i 21 § p. 4 skiljemannalagen där det talas om fel i ärendets handläggning som "utan partens förvållande" förekommit.⁴⁶

Risken för att en skiljedom som är meddelad på grundval av förfaranderegler som parterna har överenskommit hävs efter klander är således mycket liten. I och för sig innehåller Reglerna bestämmelser som ger skiljemannen möjlighet att laga efter läglighet – t.ex. att avgöra om särskilda skäl föreligger och att tillåta muntlig förhandling – vilket åtminstone teoretiskt kan leda till att part hävdar att skiljemannen fattat beslut av sådan innebörd att han inte i erforderlig utsträckning kunnat utföra sin talan. Eftersom parterna emellertid överenskommit om att ge skiljemannen denna möjlighet –

⁴⁵ Se s. 18 ff ovan.

⁴⁶ Jfr Delbetänkandet s. 142-144.

och således medgivit honom att utöva visst skön – torde hävande av skiljedom efter klander vara utesluten även i denna situation.

3.2 Ogiltigförklaring eller jämkning av skiljeklausul

I svensk rättspraxis finns ett flertal avgöranden där domstol prövat om en skiljeklausul skall ogiltigförklaras eller jämkas med tillämpning av 36 § avtalslagen.⁴⁷ I regel har dessa avgöranden berört frågan om en skiljeklausul kan anses oskälig med hänsyn till de kostnader som är förknippade med ett skiljeförfarande. Många av dessa avgöranden rör skiljeklausuler mellan näringsidkare och konsument, men avgöranden finns även rörande skiljeklausuler mellan näringsidkare. Den huvudregel som utkristalliserat sig i domstolarnas avgöranden innebär att skiljeklausuler mellan näringsidkare står sig, medan skiljeklausuler mellan näringsidkare och konsumenter lämnas utan avseende med tillämpning av 36 § avtalslagen.

Möjligheten att få en skiljeklausul ogiltigförklarad eller jämkad med tillämpning av 36 § avtalslagen står – åtminstone teoretiskt – till buds även när fråga är om skiljeförfaranden enligt Reglerna eller enligt andra regler överenskomna mellan parterna i syfte att åstadkomma ett förenklat och billigare förfarande. Med hänsyn till att syftet med partsöverenskommelser av angivet slag bl.a. är att åstadkomma billigare skiljeförfaranden torde det bli svårt att med framgång åberopa betungande kostnader som stöd för tillämpning av 36 § avtalslagen. I de allra flesta fall kan man nog utgå från att sådana överenskommelser *de facto* leder till ett skiljeförfarande som är billigare än ett ”ordinärt” förfarande.

Såvitt avser Reglerna torde det snarare vara en annan situation som kan förväntas leda till åberopande av 36 § avtalslagen. Som tidigare berörts är Reglerna i första hand avsedda för mindre tvister. Det är framför allt mot bakgrund härav som parter förväntas föredra den koncentration av skiljeförfarandet som Reglerna medför. Även om ett avtal framstår som okomplicerat och rör mindre värden är det omöjligt att med visshet förutse hur en eventuell framtida tvist i anledning av avtalet kommer att vara beskaffad. Tvist i anledning av ett mindre avtal kan mycket väl visa sig vara av komplicerad rättslig natur och för all del även bli tämligen omfattande i vad avser processmaterialet. Om parter i skiljeklausul hänvisat till Reglerna kan han sedan tvist väl uppkommit mena att Reglerna inte är lämpliga för

⁴⁷ Se t.ex. Welamsons rättsfallsöversikt för åren 1980-1987 i Svensk Juristtidning 1989 s. 637 ff.

slitande av tvisten. Vid avtalets ingående måste parter således göra en "riskbedömning" i detta avseende. Enligt min mening måste man kunna utgå från att de allra flesta parter är fullt kapabla att göra denna bedömning. Om de sedermera omvärderar sin bedömning, menar jag att de får stå sitt kast. Enbart det faktum att part i efterhand anser att den överenskomna skiljeklausulen är mindre bra kan knappast motivera att klausulen ogiltigförklaras eller jämkas med tillämpning av 36 § avtalslagen.

Enligt min uppfattning är det således osannolikt att 36 § avtalslagen i större utsträckning kan komma att utgöra någon begränsning i parterns möjligheter att åstadkomma förenklade och billigare skiljeförfaranden.

Förfarandet i skiljetvister (voldgiftssager)

Sektionsmöte

Referatskrivare: hovrättsassessorn *Ulf Wallentheim*, Sverige

Debattledaren, f.d. hovrättspresidenten *Birgitta Blom*, Sverige, hälsade deltagarna välkomna, redogjorde för vad sektionstmötet skulle avhandla och gav ordet till referenten.

Referenten, advokaten *Kaj Hobér*, Sverige, gjorde en kort genomgång av huvudpunkterna i den av honom utarbetade skriftliga rapporten.

Korreferenten, landsrettsagfører, dr. jur. *Allan Philip*, Danmark: Under de senaste 20-30 åren har skiljeförfarande blivit en vanlig metod för att lösa rättstvister. Alternativ till tvistelösning vid domstol eller skiljenämnd (Alternative Dispute Resolution) har börjat synas, men de omnämns mer än används, i vart fall i Europa. De orsaker för denna utveckling som referenten anger i sin rapport stämmer säkert delvis. En sociologisk undersökning skulle dock visa att vissa av de motiv som traditionellt anförs är av mindre betydelse, medan andra kommit till.

Åsikter har framförts att det finns en viss fara för att skiljenämnderna tar arbetet från de allmänna domstolarna. Utan att ha några säkra statistiska uppgifter om antalet skiljetvister anser jag att dessa farhågor är överdrivna, i vart fall vad avser Danmark. Skiljeförfarandena medför tvärtom en avlastning för domstolarna. I USA är detta en avsiktlig utveckling. Många delstater har satt i system att domstolarna hänvisar till att tvisten kan avgöras genom ett skiljeförfarande. Detta gäller även annorstädes. International Chamber of Commerce får in ca 400 nya tvister per år, vilka avser internationella tvister. American Arbitration Association mottar ca tio gånger fler tvister, huvudsakligen inhemska tvister.

Høyesterettsjustitiarius Carsten Smith i Norge har uttalt en viss fruktan för att domstolarna skall mista de stora och intressanta tvisterna, vilka skulle ge möjlighet att se var de verkliga rättsliga problemen finns i praxis och vars avgöranden kunde utgöra en utgångspunkt för en utveckling av rättssystemet genom domstolarna. Detta beror nog på ett missförstånd. Det finns två grupper av tvister som ofta avgörs genom skiljedom och som domstolarna kan ha intresse av, men som endast sällan prövas av domstolarna.

Den ena gruppen är de internationella tvisterna. Det kan anföras flera skäl varför parterna i allmänhet inte önskar processa i en nationell domstol och i synnerhet inte i den ena partens land. Den andra gruppen är de stora tvisterna mellan inhemska företag. Parterna önskar som regel inte att dessa tvister avgörs av domstol på grund av den offentlighet detta innebär. I dessa två grupper av skiljetvister medverkar emellertid ofta erfarna och språkkunniga domare som skiljemän. Det är således inte domarna som sådana som avgör varför vissa parter väljer skiljeförfarande framför ett domstolsförfarande utan här finns andra orsaker

Referentens rapport är inriktad på möjligheterna att begränsa tidsåtgången och kostnaderna för skiljemännen i mindre skiljetvister. Tidsåtgången och kostnaderna bör i en skiljetvist, som i alla tvister, begränsas i största möjliga utsträckning. Det är föredömligt av Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut att ha utarbetat förenklade regler för mindre skiljetvister eller för tvister som önskas behandlas särskilt snabbt. Även andra institut har uppställt *fast track-regler* som står till parternas förfogande vid tvister som de önskar underkasta en sådant förfarande. Framtiden får utvisa i vilken omfattning de kommer till användning.

Det är som ovan nämnts önskvärt att kostnaderna begränsas och parterna torde ofta i mindre tvister, om de på förhand vet att det blir en mindre tvist, nöja sig med en skiljeman. Skiljemännens arvoden tycks vara högre i Sverige än i Danmark i de mindre tvisterna. I Sverige skulle deras arvoden motsvara båda ombudens arvoden, medan samma arvoden i Danmark motsvarar ett ombuds arvode. En tendens är emellertid att arvodet alltmer baseras på timbetalning. Inte heller är att förglömma att vid domstolarna i Danmark betalas en inte obetydlig *retsafgift*, motsvarande en procent av tvisteföremålets värde.

Huvudproblemet är emellertid varken de mindre tvisterna eller skiljemännens arvoden, även om de ibland kan tyckas verka stora. Problemet är av mer generell karaktär. Från att vara ett hantverk utövat av några få personer i ett begränsat antal tvister har skiljeförfarande blivit en industri. Liksom varje tidigare direktör kan slå sig ned som managementkonsult, kan

varje jurist, till och med varje revisor, ingenjör eller affärsman, också vara skiljeman. Häri ligger en väsentlig del av problemen, om det nu är ett problem.

Denna utveckling har erkänts på många platser i utlandet. Utbildning av skiljemän finns överallt. I en del länder finns det kurser som avslutas med ett certifikat, t.ex. den engelska Chartered Institute of Arbitrators. Tillsammans med de stora skiljedomsinstituten hålls på flera platser i Europa och USA och övriga delar av världen kurser där det undervisas i skiljemannarätt både för personer som önskar att vara skiljeman och för dem, vilka som advokater önskar att specialisera sig i skiljeförfarande. Skiljeförfarande är en specialitet på de största advokatbyråerna. I London och New York är det ett yrke att vara skiljeman. Kurserna är först och främst, förutom i London, inriktade på internationella skiljeförfaranden, men kan lika gärna användas för inhemska förfaranden.

En del har gjorts för att skapa ett regelverk för skiljeförfaranden och där har UNCITRAL, FN:s handelsrättskommission, gått i spetsen. Först utarbetade UNCITRAL en ramlagstiftning, *Rules*, för skiljeförfarandet. Därefter kom en *Model Law*, som i dagsläget med eller utan lokala anpassningar är införd eller håller på att införas i flera länder, t.ex. Ryssland, Tyskland, Canada och många delstater i USA, Skottland och Finland. Även i det förslag till ny lag om skiljeförfarande som lagts fram i Sverige har hänsyn tagits till dessa regler. UNCITRAL har nyligen utarbetat *Notes*, vilka är tänkta som en vägledning för skiljemän och advokater vid planeringen och handläggningen av skiljeförfarandet.

Om ett skiljeförfarande skall kunna genomföras effektivt, billigt och snabbt beror det i första hand på skiljenämndens ordförande och partsombuden. Ordföranden bör aktivt leda processen, men samtidigt visa en nödvändig flexibilitet, framför allt om det rör sig om ombud från olika rätts-traditioner. Valet av en i skiljeförfaranden erfaren ordförande och erfarna ombud har därför första prioritet.

När det gäller handläggningen av skiljetvister har nordiska domare och advokater, vilket gäller även för andra länders advokater, en tendens att ta med sig det system de är vana vid. De förväntar sig att tvisten vill löpa på det sätt de är vana vid från domstolarna och hänvisar gärna till specifika rättegångsbestämmelser från respektive land. Dessa regler kommer emellertid inte till användning om inte parterna gemensamt bestämt detta. Med den begränsning att parterna skall behandlas lika och ha möjlighet till att tillvara sin talan, kan de eller skiljenämnden inom reglerna för skiljeförfarandet och skiljemannalagstiftningens ramar fritt bestämma på vilket sätt processen

skall utföras. I de rätta händerna och med ombudens medverkan ger det stora möjligheter för att främja behandlingen av tvisten och avkorta handläggningstiden.

Några enskilda metoder, som särskilt är ägnade till att begränsa handläggningstiden, skall nämnas. I de flesta tvister, när parterna har givit in sina första skrifter, bör det hållas en muntlig förberedelse. Då kan skiljenämnden och parterna dels få klarhet över tvistens innehåll och karaktär, dels förbereda vittnesförhör och huvudförhandlingen. Om man vid detta möte kan fastställa tidpunkten för huvudförhandlingen, utgör det en tidsram för tvisten, som parterna, dvs. ombuden, binder sig till och som det skall mycket till att frångå. Vidare undviks eventuella problem att senare under handläggningen jämka samman en tidpunkt för huvudförhandlingen, något som i sig kan förlänga handläggningstiden.

En annan aspekt är att parterna ofta tror att vittnesförhören skall vara kortare än vad de blir och att de behöver höra fler vittnen än nödvändigt. Parterna har svårt att begränsa tvisten. Eftersom vittnesförhören ofta tar lång tid medför de att många skiljeförfaranden därav blir dyra. Skiljenämnden kan på olika sätt medverka till att begränsa vittnesmålen. För det första kan en mellan parterna och skiljenämnd bestämd tidsram medverka till att begränsa antalet vittnesmål och förhörstiden. Tidsramen skall dock vara så pass rimlig att parterna med skiljenämndens hjälp kan uppfylla den. En part skall inte efteråt kunna påstå att han inte fick möjlighet till att åberopa vissa vittnen. Vidare kan skiljenämnden begränsa förhörstiden genom att upplysa parterna vad den särskilt vill höra om och vad den redan känner sig välorienterad om. Dessutom kan en begränsning ske genom att ett vittne i stället för att höras avger ett *affidavit*, dvs. en skriftlig vittnesattest. Vittnen skall självklart höras muntligt om en part anser det vara av betydelse eller om den andra parten vill hålla motförhör.

Ett annan metod för att avkorta tidsåtgången är att skiljenämnden förklarar att den före huvudförhandlingen kommer att ha bekantat sig med hela det skriftliga materialet. Parterna kan då vid förhandlingen koncentrera sig på att framföra sina huvudsynpunkter och peka på och analysera viktiga handlingar. Skiljenämnden kan undvika den tidsödande metod som används vid domstolarna, i vart fall de danska, med en omfattande sakframställning och uppläsning av allt skriftligt material innan man går över till vittnesmålen och pläderingen. En kortfattad introduktion av saken och parternas huvudståndpunkter, därefter vittnesmålen och en avslutande plädering torde vara tillräckligt i de flesta skiljetvister. I internationella tvister är detta en huvudregel, vilket även skulle lämpa sig för de skandinaviska tvisterna.

Avslutningsvis borde skiljeklausulerna bli föremål för ett större intresse i avtalsförhandlingarna. Många och i rapporten dryftade spörsmål kan i så fall vara lösta i förväg. Å andra sidan är det ingen som känner tvistens art när klausulen skrivs och den bör vara tillräckligt flexibel. Men det är klart att inte alla tvister är lämpade för *fast track-arbitration*.

Justitierådet *Staffan Magnusson*, Sverige: I Sverige är det många som länge har sett med skepsis på skiljeförfaranden. Kritiken har bl.a. gått ut på att eftersom många affärstvister avgörs av skiljenämnd undandras de allmänna domstolarna många intressanta mål. Erfarenheten visar att kritiken delvis är överdriven. En del intressanta tvister kommer visserligen inte till domstolarna utan avgörs av en skiljenämnd, men många skiljetvister passar illa för att handläggas vid en domstol. Skiljetvisterna kan inrymma många detaljer och skulle vara mycket tidsödande om en domstol handlade tvisten. Vidare är många skiljetvister kasuistiska och har ett litet allmänt intresse. De senaste åren har emellertid domstolarna i Sverige fått fler affärstvister än tidigare, vilket kan bero på att många tvister har sitt ursprung i konkurser och i bankkrisen.

Skiljetvister blir ibland ofrånkomligen dyra, vilket är en anledning till att det i Sverige är förbjudet att handlägga konsumentmål som skiljetvister. Det har förekommit tvister mellan näringsidkare, där en av dem hävdade att då denne är underlägsen den andre borde ett skiljeförfarande inte tillåtas. Högsta domstolen i Sverige har i dessa fall varit skeptisk mot att tillämpa 36 § avtalslagen och att därigenom underkänna en skiljeklausul.

Beträffande skiljemännens arvoden är min erfarenhet att deras arvoden motsvarar ena partens ombudsarvode. Skiljemännens arvoden har dock haft en tendens att stiga de senaste åren. Det är emellertid inte bara skiljemännen som har ett ansvar för att begränsa kostnaderna utan även parterna. När parterna träffar ett avtal är det viktigt att de tänker efter hur skiljeklausulen skall utformas och att det inte sker av slentrian. En viss förändring har skett, vilket kan tyda på att fler inser hur dyrt ett skiljeförfarande kan vara. Även ombudsarvodena medför att ett skiljeförfarande blir dyrt. I skiljetvister har jag fått det intrycket att ombuden tar mer betalt än vad de skulle ha gjort vid en domstol som är offentlig. Utgår dessutom skiljemännen från ombudsarvodena när de bestämmer sina arvoden ökar kostnaderna för skiljeförfarandet.

Skiljemännen har idag möjligheter när tvisten har uppstått att få till stånd ett samarbete med parterna för att begränsa kostnaderna. Nämnden kan diskutera tvistens handläggning med dem och det är inte ovanligt med förliknings-

förhandlingar som lyckas. Det går att få parterna att inse att det blir stora kostnader om parterna inte begränsar materialet i tvisten. En del parter processar dock utan att tänka efter och öser in material och begär det ena vittnesförhöret efter det andra. Detta gäller särskilt i internationella tvister där det förekommer parter som inte bryr sig om vad en process kostar.

Stockholms Handelskammars förenklade regler är ett bra initiativ. Reglerna har stora fördelar, men de passar inte alla tvister, bl.a. inte internationella tvister. När det gäller inhemska tvister får det röra sig om ganska enkla tvister.

Justitierådet *Gustaf Möller*, Finland: Även i Finland har kritik riktats mot skiljeförfaranden, bl.a. för att det är dyra. Skiljemännens arvoden har blivit för höga. Arvodena är dock ojämna och det är svårt att förutse kostnaderna för ett förfarande. Enligt min erfarenhet brukar skiljemännens arvoden motsvara kärandens ombudsarvode. Stockholms Handelskammars förenklade regler har bemötts med ett stort intresse och tanken är att införa motsvarande regler i Finland.

Beträffande konsumentförhållanden är det i Finland förbjudet med skiljeklausuler avseende framtida tvister. Jämkning av skiljeklausuler mellan näringsidkare enligt 36§ avtalslagen torde sällan komma i fråga. Om parterna har accepterat att använda sig av de förenklade reglerna torde som huvudregel gälla att en part efter en klandertalan inte kan få skiljedomen hävd genom att påstå att han inte haft möjlighet att tillvarata sin talan. Emellertid kan nya omständigheter tillkomma och det går inte helt att avfärda möjligheterna att klandra domen genom att påstå att parterna har avtalat bort sin rätt.

Jag anser inte att domstolarna undandras intressanta tvister på grund av att ett skiljeförfarande finns att tillgå. Vissa tvister passar inte i domstolarna och det är parterna som själva bestämmer. I internationella tvister kommer skiljeförfaranden alltid att finnas till hands, trots de konventioner som finns angående verkställighet av domstolars domar och beslut.

Vad gäller handläggningen av skiljeförfaranden vill jag påpeka följande. Tidsåtgången beror mycket på ombuden och det är inte alltid skiljemännens fel. Om vittnesattester tillåts måste motparten ha rätt till motförhör för att kunna ta ställning till vittnets trovärdighet.

Direktören *Ulf Franke*, Sverige: Många människor är vana vid ett kostnadsfritt domstolsväsende, men i dagens samhälle måste det accepteras att skiljemännen får betalt för sitt arbete. Det finns dock ett behov av att minska kostnaderna i skiljeförfaranden, vilket kan ske bl.a. om parterna kan nöja

sig med en skiljeman. Det kan vidare ifrågasättas om ombudens arvode skall vara utgångspunkt för skiljemännens arvoden. De kan kanske tillåta sig en något lägre taxa.

I skiljeförfaranden är tidsaspekten viktig, framför allt i affärstvister där parterna inte godtar att vänta flera år innan en tvist avgörs. Detta måste jurister vänja sig vid. Det sker en snabb utveckling, framför allt i USA, med nya metoder och nya institutioner för ett snabbare förfarande. I detta avseende är statsmakterna inte mycket att räkna med. Intresset är begränsat och det finns en viss skepsis mot skiljeförfaranden. I direktiven till den svenska skiljedomsutredningen uttalas en viss oro för att de större och intressanta målen inte når de allmänna domstolarna. I det betänkande som lagts fram har denna oro visat sig vara felaktig. Fler affärstvister avgörs i domstolarna än i skiljenämnder. Skepsisen har dock medfört att lagstiftaren inte har prioriterat en ny lagstiftning på området. Betänkandet som lades fram för två år sedan och där remissvaren var positiva har lagts på hyllan. Stockholms Handelskammars förenklade regler skall delvis ses mot bakgrund härav och är en hjälp till parter att använda sig av en annan tvistlösningsmetod. Reglerna har mottagits med entusiasm.

Ett problem med skiljeförfarande, vilket nämnts tidigare, är att diskutera tvistlösningsmetod när tvisten har uppstått. Då kan parterna inte överenskomma om något, men det är även vid avtalsskrivandet svårt att komma överens om en bra skiljeklausul. Klausulerna diskuteras ofta sent i förhandlingarna, *midnight clause*, vilket syns tydligt när tvisten har uppstått. Kontraktspraxis kommer dock inte att förändras alltför mycket och det gäller att tillse att regler finns för att lätt komma fram till en bra metod att lösa tvisten. Nackdelen är dock att parterna måste avtala om en viss metod att lösa tvisten innan de vet vilken tvist de har framför sig.

För att få ett mer varierat och flexibelt skiljeförfarande har Stockholms Handelskammare tagit ett steg till och utarbetat särskilda regler på försäkringsområdet, vilka kan utgöra en modell för andra områden. I en mellan parterna överenskommen skiljeklausul hänvisas till reglerna för försäkrings tvister. Dessa regler hänvisar i sin tur till de förenklade reglerna om inte Stockholms Handelskammare med hänsyn till tvistens komplexitet, omtvistat värde m.m. bedömer att de vanliga reglerna skall användas. Vid denna bedömning finns företrädare för försäkringsgivarna och försäkringstagarna tillgängliga.

Debattledaren, f.d. hovrättspresidenten *Birgitta Blom*, Sverige: Det finns en viss uttalad skepsis mot att få bättre och mer utförliga skiljeklausuler i

avtalen. Man kan fråga sig varför advokater och bolagsjurister inte utarbetar ett antal modellklausuler som de kan använda sig av vid avtalsförhandlingarna.

Advokaten *Claes Beyer*, Sverige: Modellklausuler finns och används ibland. När det emellertid är dags att förhandla om en skiljeklausul är parternas tålmod relativt begränsat. En part uppfattar inte sitt ombud, om denne lägger ner mycket tid och energi att få igenom en viss skiljeklausul, som ett idealiskt ombud inför nästa avtalsförhandling.

Mot skiljeförfaranden finns ett större hot som inte berörts i diskussionen. På grund av den ökande internationaliseringen uppträder i skiljetvister parter, ombud och skiljemän från länder, t.ex. f.d. Östeuropa, som tidigare inte alltför ofta förekom. Det förekommer skiljeförfaranden där avvikelser sker från vad som vanligtvis uppfattas som ett självklart eller åtminstone anständigt beteende. Detta kan komma till uttryck i att när en part påkallar ett skiljeförfarande svarar inte motparten, att inga förskott deponeras där så krävs, att skiljemän som saknar erforderlig kompetens och som har svårt att skilja sin roll som skiljeman och ombud utses samt att, när skiljedomen väl kommer, så obstrueras verkställigheten. Dessa beteenden är ett hot mot det som utgör grundvalarna för att ett skiljeförfarande överhuvudtaget skall kunna genomföras. Min fråga är om andra har haft samma erfarenhet.

Hovrättspresidenten *Nils Erik Lie*, Norge: Jag delar de betänkligheter Carsten Smith har gett uttryck för beträffande förhållandet mellan de allmänna domstolarna och skiljenämnder. Tyngden i hans resonemang är att domstolarna kan uppfattas som ett sämre alternativ i och med att de stora och intressanta tvisterna på affärlivets område avgörs i skiljenämnd och inte vid domstolarna. Arbetet som domare och skiljeman medför sålunda ett visst dilemma. Det har här vidare uppgetts att vissa tvister inte lämpar sig för domstolarna på grund av deras beskaffenhet. Detta är i sig betänkligt eftersom domstolarna borde vara det främsta forumet för tvistlösning oavsett tvistens beskaffenhet. Domstolarna i Norge har enligt min uppfattning inte utnyttjat de regler som finns i rättegångslagstiftningen för att få en mer flexibel och till dagens tvister anpassad handläggning. Vidare skulle nödvändiga lagändringar kunna göras för att få parterna att oftare vända sig till domstolarna vid tvistlösning.

När det gäller bestämmandet av skiljemännens arvoden är huvudregeln i Norge densamma som i Danmark. Kostnaderna för skiljeförfarande är dock inte av avgörande betydelse för att parterna använder sig av skiljeförfarande. Det främsta argumentet är att parterna själva kan välja vilka skiljemän de

vill ha att lösa tvisten. Kvaliteten av domarna i de första och andra instanserna varierar, vilket parterna är medvetna om.

Beträffande möjligheterna att förenkla och förbilliga skiljeförfarandet är jag i viss mån skeptisk mot att parterna kan utarbeta skiljeklausuler och välja en med ett förenklat förfarande, mot bakgrund av att det är svårt att förutse den framtida tvisten. Det är viktigare att skiljemannen när tvisten har uppstått i ett tidigt skede etablerar en kontakt med ombuden och utarbetar en handlägningsplan som lämpar sig just för den enskilda tvisten. Generella regelverk är mindre lyckade med hänsyn till hur olika tvisterna kan se ut.

Professorn *Bernard Gomard*, Danmark: I Danmark har nyligen ett betänkande lagts fram om domstolarnas förhållanden. En av frågorna som behandlas är skiljeförfarande och huruvida domare vid de allmänna domstolarna kan eller bör agera som skiljemän. Meningarna har varit olika. Många anser att domare inte bör kunna agera som partsutsedd skiljeman. Vissa anser till och med att domare inte ens bör kunna agera som ordförande i en skiljenämnd. Införs begränsningar i dessa avseenden vore det en stor skillnad mot nuvarande praxis i Danmark där domare agerar både som ordförande i skiljenämnder och som partsutsedda skiljemän. Förhoppningsvis skall i framtiden domare i vart fall kunna vara ordförande i en skiljenämnd.

Kostnaderna för ett skiljeförfarande i mindre tvister är ett problem i motsats till de större tvisterna. Det danska skiljedomsinstitutet har pekat på två möjligheter för att begränsa kostnaderna. Den första möjligheten är att när parterna avgett de första skrifterna kan de tillfrågas om de kan nöja sig med en skiljeman. Tanken att låta parterna redan i skiljeklausulen ta ställning till denna fråga är mindre lämplig. Erfarenheten visar att vid mindre tvister är parterna förhandlingsvilliga och kan ofta acceptera en skiljeman. Den andra möjligheten är vad man i Danmark kallar "forlige på tilkendegivelse". Skiljemannen meddelar parterna formlöst vilket resultat han vill komma till och frågar därefter parterna om de önskar förlika tvisten på grundval av "tilkendegivelsen". Accepterar parterna detta blir skiljemannens arbete mindre, vilket avsevärt begränsar kostnaderna i mindre tvister.

Ibland inträffar att parterna är oense om ett skiljeavtal har träffats överhuvudtaget. Om parterna på samma sätt kan acceptera att en skiljenämnd eller en skiljeman tillkännager sin inställning i frågan medför även detta en besparing genom att ett formellt ställningstagande undviks. Är parterna villiga till att samarbeta och verka för ett billigare förfarande och ta intryck av sina advokaters råd, vilket ofta torde vara fallet, kan ofta förfarandet bli mindre kostsamt.

Slutligen skall beröras frågan om skiljeklausuler i anställningskontrakt, som ofta förekommer och särskilt när det gäller en anställd med en hög ställning i ett företag. Det kan således vid en tvist inträffa att ett skiljeförfarande skall äga rum mot en person som saknar alla resurser. I praxis brukar företaget stå för kostnaderna för förfarandet även om detta inte avtalats i skiljeklausulen. Detta är ett sätt att motverka den kritik som med ett visst fog kan riktas mot skiljeförfarande.

Debattledaren, f.d. hovrättspresidenten *Birgitta Blom*, Sverige: I Sverige har domare en möjlighet att inhämta ett yttrande från Domstolverkets tjänsteförslagsnämnd om bisysslor är förenliga med domarsysslan. Denna nämnd har uttalat att en domare inte bör åtaga sig att vara partsutsedd skiljeman, men att inget hinder föreligger att vara ordförande i en skiljenämnd.

Advokaten *Carita Wallgren*, Finland: I diskussionen har tre frågor utkristalliserats. Den första frågan är om ett alternativ till det vanliga skiljeförfarandet behövs, dvs. ett förenklat förfarande, för att möjliggöra den flexibilitet och lätthet som skiljeförfarande från början syftade till. Jag är en aning tveksam till de förenklade reglerna. Den andra frågan avser konkurrensen mellan skiljenämnder och de allmänna domstolarna och den sista frågan behandlar skiljemannens person eller närmast ett ifrågasättande av yrkesdomarens möjligheter att vara skiljeman.

Frågorna är alla relevanta beträffande det ställningstagande referenten gör i sin rapport där han anser att lösningen inte finns i processledningen. Handläggningen torde emellertid kunna förenklas en hel del genom processledning och ordförandens auktoritet är ganska avgörande för att hålla advokaterna i schack och få dem att prestera tidsenligt.

Det har uppgetts att skiljetvister är mycket kasuistiska och därför inte lämpar sig för domstolarna. I Finland förekommer emellertid i skiljedomar ofta briljanta resonemang i juridiska frågor där något prejudikat från domstolarna inte finns.

Vid en sammanfattning av de tre frågeställningarna tycker jag att ett viktigt moment är att när en ordförande utses för ett skiljeförfarande har skiljedomsinstitutet ett stort ansvar. Det är här som yrkesdomarens roll kommer in, såtillvida att mot bakgrund av den utvecklingen som sker i skiljeförfarande bör det nog övervägas om man skall förbjuda yrkesdomarens möjligheter att agera som skiljeman. Skiljeförfarande har kommit för att stanna och för att främja en enhetlig rättsutveckling bör samma personer användas som skiljemän.

Advokaten *Bengt Westerling*, Sverige: Det torde finnas goda möjligheter att när tvisten uppkommit och under ledning av en skicklig ordförande komma överens om en förnuftig handläggningsordning. När det sedan gäller att för parterna i förväg avtala om de förenklade reglerna har parterna i sena avtalsförhandlingar ett ringa intresse av att diskutera skiljeklausuler och det krävs ett visst mod av en advokat, när parterna är eniga om allt, att föreslå en klausul om ett förenklat förfarande. De mindre tvisterna passar helt enkelt inte för ett skiljeförfarande. Om parterna kan förutse att en eventuell tvist skulle kunna lösas genom ett förenklat förfarande skall de avstå från att ta in en skiljeklausul. Mot denna bakgrund är värdet av de förenklade reglerna tveksamt.

Möjligheten för en part att klandra en skiljedom när de förenklade reglerna använts är inte så avlägsen som referenten uppgett. Även om en part har gått med på att skiljemannen får utöva ett visst skön beträffande frister m.m. har parten inte gått med på att skiljemannen på ett felaktigt sätt använder sig av sitt skön. I varje fall har parten, sedan han begärt att få komma in med flera skrifter och bett att få en längre tidsutdräkt eller bett om en muntlig förhandling och allt detta förvägrats, fått en plattform för att klandra skiljedomen, vilket är det han vill.

Advokaten *Toivo Öhman*, Sverige: I arbetsrätten är skiljeklausulerna ett problem och de skapar en obalans mellan parterna, såtillvida att arbetstagaren är i ett ekonomiskt underläge. Arbetstagaren har helt enkelt inte råd att använda sig av ett skiljeförfarande, i vart fall inte när tvisten avser ett mindre belopp. Ett annat problem är att Arbetsdomstolen har varit mycket restriktiv att tillämpa 36 § avtalslagen på skiljeklausuler i anställningskontrakt. En ytterligare aspekt är att anställningsvillkoren görs upp vid en viss tidpunkt. Anställningskontraktet översänds långt senare för underskrift och då dyker skiljeklausulen upp utan att ha diskuterats tidigare. Flertalet arbetstagare har inte en aning om skillnaden mellan ett skiljeförfarande och förfarande i en allmän domstol i kostnadshänseende.

En rekommendation är att parterna i skiljeklausulen skriver in att arbetsgivarparten skall stå för skiljemännens arvoden oavsett utgången i målet. En variant är ett maximibelopp för arbetstagaren. Det har emellertid från flera håll invänts att en sådan utformning av klausulen skulle skapa ett beroendeförhållande för skiljemannen, vilket skulle kunna påverka deras dömande. Det har därför ifrågasatts om en sådan klausul är förenlig med skiljemannalagen. Min undran är om så är fallet.

Direktören *Ulf Franke*, Sverige: Frågan om skiljeklausuler i anställnings-

kontrakt var uppe på det nordiska juristmötet i Helsingfors 1987. Olika meningar fanns men det konstaterades att det var möjligt att avtala på det sätt som Toivo Öhman frågat sig. Frågan berördes också i det svenska betänkandet om en ny lag om skiljeförfarande där samma inställning angavs.

Høyesterettsdomner *Hans M Michelsen*, Norge: Jag är ense med vad Nils Erik Lie uppgett och vill lägga till följande. En domare bör kunna agera som ordförande i en skiljenämnd men däremot inte som en partsutsedd skiljeman. I Norge har detta hittills inte varit något problem, vilket kan bero på att domarna inte har tid över för detta i alltför stora tvister. Om domare alltmer i framtiden vill lockas till att sitta i skiljenämnder, på grund av de extra intäkter som erbjuds, kan det leda till bestämmelser om att domare inte får arbeta som skiljeman.

Beträffande de förenklade reglerna för skiljetvister kan nämnas att regler om förenklad rättegång som återfinns i tvistemålsloven i Norge aldrig haft någon framgång. Parterna vill helt enkelt inte. Den enda möjligheten att förenkla förfarandet och begränsa tvisten är när tvisten har uppstått. Att bestämma ett förenklat förfarande i en skiljeklausul för framtida tvister blir vanskligt. Specifikt för skiljeförfarande är att det är en eninstansprövning. Parterna vill inte välja ett förenklat förfarande om de inte har möjlighet till överprövning. Eninstansförfarandet medför emellertid även något positivt. Parterna är noga med sitt val av ombud. Ombuden utför sina uppdrag ofta på ett föredömligt sätt, vilket medför att ordföranden enklare kan förbereda tvisten och som i sin tur kan leda till att begränsa kostnaderna.

Referenten, advokaten *Kaj Hobér*, Sverige: Under diskussionen har framför allt tre frågor berörts. Den första frågan är om de förenklade reglerna är lämpliga att använda. Avsikten har inte varit att reglerna skall tillämpas i alla tvister. De skall vara ett alternativ till de vanliga reglerna. Reglernas innebörd och inverkan på förfarandet förutsätts parterna ha klart för sig när de väljer reglerna. Reglerna utarbetades på grund av ett starkt upplevt behov från näringslivet, särskilt de små och medelstora företagen. Entusiasmen har varit stor. Det finns redan en skiljedom som är meddelad genom de förenklade reglerna och fler är på väg. Jag är för egen del övertygad om att ett behov finns, i vart fall i Sverige.

Den andra frågan är möjligheterna att åstadkomma ett förenklat och billigare förfarande genom enbart materiell processledning. Visserligen är detta en möjlighet, men problemet är att skiljemännen, oavsett ordförandens skicklighet, är beroende av parternas medverkan. För att åstadkomma ett förenk-

lat och billigare förfarande räcker det inte att förlita sig på materiell processledning.

Den sista frågan är möjligheten att klandra en skiljedom meddelad genom de aktuella reglerna på den grunden att den klandrande parten inte fått tillfälle att utföra sin talan. Resonemanget i rapporten bygger på att en part inte med framgång kan åberopa ett processuellt fel om det är tillkommet med den partens förvällande. Har parterna varit ense om ett visst förfarande skall detta gälla.

Korreferenten, landsretssagfører, dr jur. *Allan Philip*, Danmark: I de förenklade reglerna är tanken att det enbart skall vara en skiljeman. Detta kan vara bra i mindre tvister, där tvisten inte är alltför komplicerad. Men både för parterna och för skiljemännen är det viktigt att en möjlighet finns för skiljemannen att kunna diskutera saken med andra skiljemän. En annan aspekt är att tvisten skall avgöras av en skiljeman i ett eninstansförfarande, utan överprövning. Mot bakgrund härav torde tre skiljemän vara att föredra.

Beträffande Stockholms Handelskammarens särskilda försäkringsklausul är detta en rimlig väg att skapa en viss flexibilitet. För parternas skull bör en viss aktsamhet visas mot att i för stor utsträckning överlåta till ett skiljedomsinstitut att fastställa sammansättningen av en skiljenämnd. I vart fall bör institutet inhämta parternas synpunkter. Det vore bättre att låta parterna komma överens om en klausul som ger dem en viss flexibilitet och där institutet kan komma in när parterna omöjligen kan nå enighet.

I framtiden kommer domare troligen inte att kunna vara partsutsedda skiljemän i Danmark. Det vore emellertid att gå för långt om domare inte fick att agera som ordförande i skiljenämnd. Förhoppningsvis kommer även domare att kunna av ett skiljedomsinstitut utpekas som skiljemän, utan att vara ordförande.

Debattledaren, f.d. hovrättspresidenten *Birgitta Blom*, Sverige, tackade referenten, korreferenten och mötesdeltagarna för deras deltagande i diskussionen samt förklarade mötet avslutat.