

JURIDISKA FAKULTETEN VID
HELSINGFORS UNIVERSITET

NYA TRENDER OCH BÄRANDE PRINCIPER I DEN NORDISKA FÖRMÖGENHETSRÄTTEN

DE 13:E NORDISKA
FÖRMÖGENHETSRÄTTSDAGARNA
I HELSINGFORS 8-10.5.2019

RED. JOHAN BÄRLUND, ELLEN EFTESTØL-WILHELMSSON,
JANET JOHANSSON, KAROLINA LÅNG OCH LENA SISULA-TULOKAS



NYA TRENDER OCH BÄRANDE PRINCIPER I DEN NORDISKA FÖRMÖGENHETSRÄTTEN

**De 13:e Nordiska förmögenhetsrättsdagarna
i Helsingfors 8-10.5.2019**

**Red. Johan Bärlund, Ellen Eftestøl-Wilhelmsson,
Janet Johansson, Karolina Lång och Lena Sisula-Tulokas**

JURIDISKA FAKULTETEN VID
HELSINGFORS UNIVERSITET

Helsingfors 2020

© Författarna och Juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet

Bilder: Ari Siliämaa

Helsingfors 2020

Unigrafia

ISBN 978-951-51-6440-7

INNEHÅLL

FÖRORD	5
Professor Johan Bärlund, Helsingfors universitet Öppningsord vid de 13 Nordiska förmögenhetsrätts- dagarna i Helsingfors 8-10.5.2019	7
Professor emerita Lena Sisula-Tulokas, Helsingfors universitet Minnesord över Ole Lando.....	13
Professor emerita Lena Sisula-Tulokas, Helsingfors universitet Doktorandpresentationer	14
Kansler emeritus Thomas Wilhelmsson, Helsingfors universitet Den nordiska rättsvetenskapens metoder och fri digital rörlighet av rättsliga idéer inom EU.....	21
Professor Palle Bo Madsen, Aarhus Universitet Branchebestemte ”god skik”-reglers rolle – om retsregler og moralregler i erhvervslivet.....	47
Lektor, ph.d. Katerina Mitkidis, Aarhus Universitet Kontraktbestemmelser om bæredygtighed og disses håndhævelse gennem en tredjemandsaftalekonstruktion.....	63
Universitetslärare, jur.dr Paula Klami-Wetterstein, Åbo Akademi Avtalsvillkor om hållbar utveckling och tredjemans- avtalskonstruktionen som ansvarsgrund – några kommentarer.....	75
Professor Claes Martinson, Göteborgs Universitet Reflektioner kring förmögenhetsrättslig forskning om civilrättsliga sanktionsmöjligheter mot den ohållbara utvecklingen.....	83
Professor Hilde Hauge, Universitetet i Bergen Et nytt syn på ærbarhetsstridige avtaler?.....	95
Professor Torbjörn Ingvarsson, Uppsala Universitet En upptäcktsresa i osedlig terräng	107
Professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen, Københavns Universitet ”Lov og ærbarhed” i nutidens aftaleret	121
Professor Joel Samuelsson, Uppsala Universitet Rättssubjektiviteten i antropocen. – Några anteckningar	143

Professor Päivi Korpisaari, Helsingfors universitet	
Medias ansvar mellan sanning och lögn – några kommentarer	151
Professor Jessika van der Sluijs, Stockholms universitet	
Robotik, artificiell intelligens, skador och försäkringsavtalsrätten.....	167
Forskardoktor, jur.dr Anette Alén-Savikko, Helsingfors universitet	
Artificiell intelligens, risker och (privat)rätt – några reflektioner kring samhällelig utveckling och juridik.....	175
Lektor, ph.d. Marie Jull Sørensen, Aalborg Universitet	
Kunstig intelligens – rammer og udfordringer: 7 EU-krav til kunstig intelligens	185
Professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen, Københavns Universitet	
Er nordisk formueret internationalt konkurrencedygtig?.....	205
Professor Giuditta Cordero-Moss, Universitetet i Oslo	
Den nordiske kommersielle retten i en anglo-amerikansk forretningsvirksomhet.....	213
Professor Eyvindur G. Gunnarsson, Háskóli Íslands	
Tolkning af kontrakter af engelsk oprindelse i islandsk retspraksis	223
Professor Johan Bärlund, Helsingfors universitet	
Avslutande ord vid de 13 Nordiska förmögenhetsrättsdagarna i Helsingfors 8–10.5.2019	229
NORDISKA FÖRMÖGENHETS RÄTTSDAGARNA 2019 / PROGRAM	230
BILDER	235

Förord

Denna publikation innehåller en stor del av de bidrag som åhördes vid de 13:e Nordiska förmögenhetsrättsrättsdagarna i Helsingfors 8–10.2019. Arrangör för förmögenhetsrättsdagarna var Juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet. För att bättre förmedla den goda stämningen vid dagarna till läsaren har vi beslutat att inkludera även en kavalkad av de foton som togs under de olika programpunkterna under dagarna. Tack vare de rundhända ekonomiska bidrag som vi lyckades erhålla för dagarna av våra sponsorer, kan denna publikation sändas till alla deltagare.

Vår nordiska gemenskap på förmögenhetsrättens område är värd att vårdas. På samma sätt som den publikation som utkom efter de föregående Nordiska förmögenhetsrättsdagarna i Stockholm 2017 innehåller denna publikation bidrag på danska, norska och svenska. Vi tror fortfarande starkt på att det finns ett egenvärde i att vi vid våra sammankomster använder oss av de skandinaviska språken. Den språkliga gemenskapen gör det lättare för oss att på djupet diskutera de rättsliga frågorna.

Coronaepidemin har satt käppar i hjulet även för det nordiska juristsamarbetet. För första gången sedan andra världskriget kan nordiskt juristmöte inte hållas som planerat, utan mötet i Reykjavik har skjutits upp med ett år så att det hålls 2021. Vi hoppas innerligt att de 14:e Nordiska Förmögenhetsdagarna kan hållas i april 2021 enligt den inbjudan vi fick under vår festmiddag på NJK under konferensen! Vi tackar varmt för inbjudan och hoppas på ett återseende i Bergen!

Slutligen tackar vi alla som bidrog till att göra de 13:e Nordiska förmögenhetsdagarna till en manifestation på att samarbetet mellan oss förmögenhetsrättare i Norden blomstrar och är – framför allt – så trevligt!

Helsingfors 6.6.2020

Johan Bärlund Ellen Eftestøl-Wilhelmsson Lena Sisula-Tulokas



Professor Johan Bärlund, Helsingfors universitet

Professor Johan Bärlund, Helsingfors universitet

Öppningsord vid de 13 Nordiska förmögenhetsrättsdagarna i Helsingfors 8–10.5.2019

Kära nordiska vänner! Ni är alla hjärtligt välkomna till de trettonde nordiska förmögenhetsrättsdagarna 2019 i Helsingfors! Dagarnas tema, det vill säga Nya trender och bärande principer i den nordiska förmögenhetsrätten, har tydligen varit ett lyckat val, eftersom över 110 personer har anmält sig till dagarna. Vi är alltså många deltagare som tycker att det är relevant och intressant att diskutera gemensamma rättsliga spörsmål på en nordisk förmögenhetsrättslig konferens.

De första nordiska förmögenhetsrättsdagarna hölls 1994 i Oslo, så vi firar samtidigt dagarnas kvartsekselsjubileum. Efter Oslo 1994 har dagarna hållits 1996 i Köpenhamn, 1998 i Uppsala, 2000 i Åbo, 2002 i Bergen, 2004 i Århus, 2006 i Göteborg, 2009 i Helsingfors, 2011 i Oslo, 2013 i Reykjavik, 2015 i Köpenhamn samt 2017 i Stockholm. De nordiska förmögenhetsrättsdagarna har alltså blivit en uppskattad och viktig del av det nordiska samarbete som vi har på juridikens och särskilt på förmögenhetsrättens område. Arrangörerna av de första nordiska förmögenhetsrättsdagarna kunde säkert inte ana vilken viktig nordisk tradition de hade initierat, vilket vi alla är tacksamma för.

Det är glädjande att se att dagarnas popularitet har ökat med tiden. När dagarna de två tidigare gångerna ordnades i Finland, det vill säga år 2000 i Åbo och 2009 i Helsingfors, låg deltagarantalet bägge gångerna kring 70. Rekord vad avser deltagarantalet på de nordiska förmögenhetsrättsdagarna sattes för två år sedan på Hesselby slott utanför Stockholm, då Stockholms universitet stod värd och deltagarlistan innehöll över 150 namn. Och denna gång är vi alltså över 110 som deltar i årets förmögenhetsrättsdagar. Det ökade intresset för de nordiska förmögenhetsrättsdagarna bådär gott även mer generellt för intresset för rätten i våra nordiska grannländer.

När skaran av nordiska vänner med tiden får nya medlemmar genom de unga doktoranderna, decimeras skaran även i den äldre ändan. Dessa 13 Nordiska förmögenhetsrättsdagar tillägnas minnet av den stora nordisten, professor Ole Lando, som avled en dryg månad före dessa förmögenhetsrättsdagar. Det är åtskilliga gånger som jag hade hunnit träffa Ole i olika nordiska sammanhang och även på de Nordiska förmögenhetsrättsdagarna. Min kollega Lena kommer att hålla några minnesord över Ole.

Bästa konferensdeltagare! Ett mer konkret resultat av de nordiska förmögenhetsrättsdagarna för två år sedan var att vi enades kring fyra samarbetsprojekt i syfte

att fördjupa det nordiska samarbetet på juridikens område. Dessa fyra nordiska samarbetsprojekt är:

1. en samnordisk juridisk ordbok
2. en databas för nordiska rättskällor
3. nordiskt undervisningssamarbete
4. nordiska doktorandkurser

Min egen uppfattning är att alla fyra samarbetsprojekt är lika befogade idag som för två år sedan, varför de är värda att fortsättningsvis finnas på vår agenda över samarbetsprojekt. Samarbetsprojekten har kanske inte framskridit lika snabbt som vi hade önskat, men vi får kanske lägga i en ytterligare växel för att komma vidare i genomförandet av projekten.

När det gäller den samnordiska juridiska ordboken har arbetet hunnit längst. Erik Røsæg måste få en eloge för att det redan nu finns en ordlista tillgänglig på nätet med nästan tusen ord på sex språk. Namnet är Nordiskrett ordbok och finns på webbplatsen nordiskrett.no. Dessvärre saknas finskan fortfarande i ordboken, så här finns arbete för oss finnar. Ett initiativ till en ordbok för nordisk juridisk terminologi ingår även i den rapport som författats av Inge Lorange Backer och som innehåller förslag till åtgärder för ett stärkt nordiskt lagsamarbete. Backers rapport ”Styrket nordisk lovsamarbeid – muligheter og utfordringer” från januari 2018 omfattar tanken att det är Nordiska ministerrådet som ska ta ansvar för ordboken.

Arbetet på en databas för nordiska rättskällor har tagit endast små steg framåt. Det som nu finns är några länksamlingar till de nordiska rättskällor som man hittar på nätet. Om målet är till exempel en sökbar databas som skulle innehålla avgöranden från de högsta nordiska rättsinstanserna, så ligger målet fortfarande långt borta. Den stora stöttestenen är säkert att en regelrätt databaslösning kräver omfattande ekonomiska resurser, något som universitetssamfundet ensamt inte klarar av. Också här krävs det egentligen att de nordiska statsmakterna skjuter till resurser. Länksamlingarna är ändå en god början, eftersom de samlar innehåller information om vilka rättskällor som kan hittas på nätet.

Ett effektiverat nordiskt samarbete inom undervisningen är något som låter som skön musik i mina öron. Det vore väldigt viktigt att dagens unga nordiska juris studenter spurras att komma i kontakt med talad danska, norska och svenska också i undervisningen i juridik. Mitt intryck är tyvärr att en betydande del av det nordiska studentsamarbetet idag går på engelska, och inte längre på de skandinaviska språken. Själv ser jag det alltså som värdefullt att vi anstränger oss att förstå varann på de tre stora skandinaviska språken. För våra isländska och finskspråkiga vänner är utmaningen naturligtvis större än för dem som har danska, norska och svenska som modersmål. Frågan är ändå vilka incentiven är för ett utökat lärarutbyte på juridikens område? Mitt intryck är att till exempel de möjligheter som Nordplus erbjuder för lärarutbytet används alldeles för sparsamt idag.

Jag hör själv till dem som för cirka 25 år sedan hade förmånen att delta i en eller flera av de sammanlagt fyra nordiska doktorandkurser i juridik som finansierades av Nordiska ministerrådet. För en ung doktorand är möjligheten att skapa nätverk med andra nordiska doktorander guld värd. För två år sedan åtog jag mig ansvaret att fungera som huvudkontakt för samarbete kring de nordiska doktorandkurserna. Dessvärre har inte heller detta samarbete tagit några stora steg framåt, och också här finns ett klart behov av extern finansiering för att kurserna ska gå att genomföra.

Det finns också anledning att hålla i minnet att upplägget av doktorandutbildningen åtminstone i Finland idag är helt ett annat än för 25 år sedan, något som kanske försvårar utvecklingen av gemensamma nordiska doktorandkurser. Jag tycker ändå absolut att vi ska hålla fast vid tanken att återuppta de nordiska forskarkurserna i någon form, även om de nordiska förmögenhetsrättsdagarna numera i viss mån har ersatt forskarkursernas funktion att skapa förutsättningar för doktorandernas egna nätverk. Därför har vi också i år beslutat att inleda dagarna med doktorandernas presentationer. Detta erbjuder doktoranderna en möjlighet att skapa nätverk mellan varann och kanske knyta vänskapsband som i bästa fall håller livet ut.

Bästa nordiska vänner! Utan ett stort antal generösa sponsorer skulle det inte gå att ordna de Nordiska förmögenhetsdagarna enligt de former som de har denna gång. Medelsinsamlingen till och med överträffade förväntningarna, och ett rekordantal bidragsgivare har stött oss ekonomiskt. De som har bidragit med ekonomiskt understöd för dessa förmögenhetsrättsdagar är Advokatbyrå Waselius & Wist Ab, Avance Advokatbyrå Ab, Borenius Advokatbyrå Ab, Ella och Georg Ehrnrooths stiftelse sr, Eugen Schaumans fond, Hannes Snellman Advokatbyrå Ab, Helsingfors universitet, Juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet, Juridiska Föreningen i Finland rf, Nordic University Hub: Reimagining Norden in an Evolving World (ReNew), Nordiska ministerrådet / Nordiska ämbetsmannakommittén för lagsamarbete (ÄK-LAG), Otto A. Malms Donationsfond, Roschier Advokatbyrå Ab, Suomalainen Lakimiesyhdistys ry [Finska Juristföreningen], Svenska kulturfonden samt Vetenskapliga Samfundens Delegation. Vi uttrycker vårt varma tack för de storartade stöden.

En lyckad medelsinsamling betyder inte bara att arrangören kan stå för talarnas resor, utan även att alla doktoranderna kan få sina resor ersatta av arrangören. Strax före konferensens början kunde vi meddelade även konferenshotellet Hotel Helsingfors att konferensdeltagarnas övernattningar som är bokade enligt anvisningarna på konferensens webbplats ska faktureras arrangören. Alltså, rumspriset för er som har bokat ert rum enligt anvisningarna, står arrangören för. Jag hoppas detta kommer som en glad överraskning.

Slutligen vill jag presentera våra unga förmågor som har tagit hand om en stor del av de praktiska arrangemangen. Som konferensens generalsekreterare fungerar Janet Johansson och som konferenssekreterare Niklas Ekström, Alexander

Eriksson, Angelica Lindqvist och Karolina Lång. De hör alla till våra duktiga och begåvade studenter vid juridiska fakulteten. Dem kan ni rådfråga om det är något ni undrar över i praktisk väg.

Nu återstår det för mig att formellt förklara de 13 Nordiska förmögenhetsrättsdagarna öppnade. Jag hoppas att vi alla får ta del av spännande och stimulerande anföranden och inlägg under dessa tre konferensdagar, samtidigt som jag hoppas att ni trivs i denna skara av nordiska vänner. Och framför allt: Länge leve det nordiska samarbetet på förmögenhetsrättens område!



Professor emerita Lena Sisula-Tulokas, Helsingfors universitet

Professor emerita Lena Sisula-Tulokas, Helsingfors universitet

Minnesord över Ole Lando

Kära nordiska förmögenhetsrättare! Det är fantastiskt att så många av er tagit tid att komma till Helsingfors och diskutera nordiskt förmögenhetsrätt. Förmögenhetsrätt ... jo, jo, men vilken roll, vilken betydelse har den i vårt turbulenta Europa, i vår ganska obegriplig tid. Förmögenhetsrätten kan ju inte rädda vålden! Naturligtvis inte, men någonting kan den göra för att öka förståelsen mellan olika sätt att tänka, för att höja känslan av samhörighet och för att inspirera till rättslig harmonisering. Allt detta visar Ole Landos livsverk.

Ole Lando var en av Nordens mest inflytelserika jurister. Han var i själen en sann europé. Vi hade glädjen att vid de Nordiska Förmögenhetsrättsdagarna i Helsingfors 2009 höra Ole tala om Nordisk formueret i ett Europeiskt perspektiv. Oles outtröttliga arbete för harmonisering av civilrätten syns i bl.a. Principles of European Contract Law (PECL, Lando-principerna), Unidroit Principles of International Commercial Contracts (UPICC), Draft Common Frame of Reference (DCFR) och Nordic Restatement.

Ole Landos bortgång i början av april föranledde en storm av hundratals e-mail från europeiska kolleger och vänner som berättade om sina möten med Ole och om sin stora respekt för hans livsverk. Bland historierna fanns den kända professorns berättelse om hur hen som ung forskare på 70-talet träffat Ole på ett europeiskt seminarium. Ole hade där framfört en idé han fått i morgonduschen, det var att skapa en europeisk avtalslag. Vid den tiden tedde sig visionen om en europeisk avtalslag mycket främmande. Vår berättare hade uppfattat Ole som en ytterst sympatisk person, visserligen med en rätt egenartad humor.

Med dessa Nordiska förmögenhetsrättsdagar vill vi hylla Ole Landos minne.



Professor emerita Lena Sisula-Tulokas, Helsingfors universitet

Doktorandpresentationer

En central del av de Nordiska Förmögenhetsrättsdagarna är doktorandernas presentationer. Efter varje doktorands korta presentation hoppas vi på en givande diskussion. Såhär i efterhand kan man med glädje konstatera att förväntningarna i högsta grad infriades, framförandena var spännande och diskussionen intressant. Doktoranderna hade på förhand skickat in följande korta sammandrag:



Henrik Jorem, Universitetet i Bergen

Henrik Jorem, Universitetet i Bergen

Beskyttelse av eiendomsretten i den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

Eiendomsvernet i EMK 1. tilleggsprotokoll artikkel 1 omfatter mer enn eiendom i tradisjonell forstand – også kontrakts- og formuerettslige posisjoner, mv. Bestemmelsens annet ledd gir statene rett til å kontrollere bruken av privat eiendom. Etter praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) må offentlig regulering ivareta en 'fair balance'

mellom individets og fellesskapets interesser. Hvordan praktiserer EMD denne normen i saker som gjelder det private næringsliv? Dette er spørsmålet jeg forsøker å besvare i mitt ph.d.-prosjekt.



Haddis Akbari, Uppsala Universitet

Haddis Akbari, Uppsala Universitet

Överlåtelse av fast egendom – vilka krav bör ställas på överlåtelseprocessen?

Det sätt på vilket överlåtelse av fast egendom kan ske är formellt sett begränsad. Primärt finns begränsningar genom formkrav som ställs på överlåtelseavtalen. I praktiken sker överlåtelser av fast egendom på fler sätt än som fångas upp av dagens regleringar för dessa. En förekommande företeelse är *bland annat* att fastigheter överläts indirekt genom optionsavtal. Optionsavtalen kan som exempel innehålla löften om framtida försäljning av samtliga aktier eller andelar i bolag där fastigheter ingår. Genom detta tillvägagångssätt kringgås särskilda bestämmelser som är tillämpliga vid direkta överlåtelser av fast egendom – främst vad för typer av villkor som kan uppställas i samband med överlåtelseavtalen.

Förfaranden som sker i praktiken men som faller utanför regleringar av direkta överlåtelser ger upphov till flera frågor. I forskningsprojektet undersöks bland annat vilka underliggande samhällsbehov och antaganden som gett upphov till begränsningarna genom formkraven, huruvida antagandena fortfarande gör sig gällande och om behoven (i dagens samhälle) kan tillgodoses på andra sätt än genom nu gällande bestämmelser vid överlåtelse av fast egendom. Projektet innehåller såväl avtalsrättsliga som sakrättsliga frågor och innehåller rättsekonomiska överväganden.



Morten Smedal Nadheim, Universitetet i Oslo

Morten Smedal Nadheim, Universitetet i Oslo

Dynamisk immaterialrett – rettighetskollisjoner i immaterielle rettigheter¹

Avhandlingen omhandler konfliktene som oppstår der to eller flere har uforenlige rettigheter i et immaterielt formuesgode. Avhandlingen har to hovedmålsettinger. Den første målsettingen knytter seg til konflikten mellom S og B, der begge utleder uforenlige rettigheter fra samme rettssubjekt, A (dobbeltsuksjonskonflikten). Denne konflikten oppstår for eksempel ved dobbeltsalg, eller der A går konkurs etter å ha overdratt en rettighet. I denne konflikten blir det et spørsmål om *rettsvern*. Målsettingen her er å finne frem til hvordan og når en erverver² oppnår rettsvern overfor andre avtaleerververe, så vel som overfor avhenderens kreditorer. Ved delvis overdragelse vil det også bli et spørsmål om hva rettsvernet omfatter.

Den andre målsettingen knytter seg til situasjonen der B utleder sin rett til formuesgodet fra A, og blir møtt med innsigelser fra dennes hjemmelsperson, H (hjemmelskonflikten). I denne konflikten er målsettingen å finne skjæringstidspunktet for når en rettighet er overdratt fra H til A på en slik måte at B kan utlede sin rett fra A, uten å risikere å tape etter innsigelse fra H. Problemstillingen kan antakelig formuleres som et spørsmål om stansingsrett, og det sentrale er når eienomsretten til rettigheten er gått over til A på en slik måte at H ikke lengre kan stanse overdragelsen.

For begge konflikttypene blir det et spørsmål om hvorvidt tingsrettslige utgangspunkter bør fravikes eller modifiseres fordi konflikten relaterer seg til immaterielle rettigheter.



Emilie Yliheljo, Helsingfors universitet

Emilie Yliheljo, Helsingfors universitet

Handel med utläppsrätter

Presentationen berör metoden och rättskällorna för en artikel om reglering av transaktioner under EU:s utläppshandelssystem, ett marknadsbaserat styrmedel. Artikeln kommer inledningsvis att bestå av en rättsdogmatisk identifiering och systematisering av regleringen av transaktioner med utläppsrätter och derivatinstrument som bygger på dessa. Den rättsdogmatiska delen ligger som grund för en regleringsteoretisk analys av regleringens inverkan på hur styrmedlet uppnår dess bakomliggande klimatpolitiska syften.



Jonatan Schytzer, Uppsala Universitet

Jonatan Schytzer, Uppsala Universitet

Fordrans uppkomst såsom begrepp i förmögenhetsrätten

Studieobjektet i avhandlingen är *fordrans uppkomst*, såsom begrepp i förmögenhetsrätten. Begreppet används i flera förmögenhetsrättsliga lagar. Paradexemplet i svensk rätt kan sägas vara att en fordran preskriberas tio år efter dess uppkomst. Förutom i fordringsrätten används även begreppet i associations- och insolvensrätten. I en konkurs måste exempelvis fordran ha uppkommit före konkursbeslutets meddelande för att överhuvudtaget kunna göras gällande i konkursen. Gemensamt för hur begreppet används är att det behöver kunna bestämmas om en fordran uppkommit före eller efter en viss tidpunkt.



Kansler emeritus Thomas Wilhelmsson, Helsingfors universitet

Kansler emeritus Thomas Wilhelmsson, Helsingfors universitet

Den nordiska rättsvetenskapens metoder och fri digital rörlighet av rättsliga idéer inom EU

1. Hur lära sig över gränserna?¹

Världen springer allt fortare. Mycket förändras och har förändrats under de senaste decennierna och förändringen accelererar. Teknologin utvecklas allt snabbare, digitaliseringen förändrar både sätten att driva näring² och andra samhällseliga strukturer. Globaliseringen och den mer trygga och närliggande europeiseringen griper in överallt. Konsekvenserna är svåra att överskåda. Vi vet inte hur det går. Man kan bara skissa på möjliga framtider och de frågor de kan föra med sig.

Juridiken är inte isolerad från resten av samhället. Behovet av adekvat rättslig respons på de allt mer komplexa strukturerna och kausalitetskedjorna i en globaliserad och digitaliserad värld har i rättsordningen lett till processer av fragmentering och flexibilisering, som beskrivits av många rättsvetare.³ Rätten har blivit och måste bli mer experimentell och kontextuell och den utvecklas pragmatiskt på basen av behov som visar sig i det verkliga livet. Som en del av detta har rätten också blivit mer öppen för intryck – öppen för att lära sig – av erfarenheter bortom nationsgränserna.

Rubriken talar om EU⁴ som komponent i nordiska rättsvetenskapliga metoder. Som känt har EU fört upp många nya frågor i skärningsområdet mellan metod och substans på den juridiska agendan. Slår man upp ett verk om Europäische Methodenlehre stöter man på frågor som gäller EU-rättens rättskällor, EU-domstolens roll och argumentationsmönster, tolkningen och tillämpningen av EU:s primär- och sekundärrätt och EU-rättskonform tolkning och tillämpning av medlemsstaternas nationella rätt och andra härmed sammanhängande frågor.⁵

1 Artikeln, som i utvidgad form återger författarens keynote-föredrag vid de Nordiska Förmögenhetsrättsdagarna 2019, har tidigare publicerats i Juridisk Tidskrift 2019–20 s. 112–135. Jag tackar JT för att man vänligen tillåtit ompubliceringen i konferenspublikationen.

2 En bok om detta som jag funnit underhållande är Larry Downes och Paul Nunes, Big Bang Disruption, Business Survival in the Age of Constant Innovation, Portfolio Penguin, 2014.

3 Jag har presenterat min syn på dessa processer i Senmodern ansvarsrätt, Privaträtt som redskap för mikropolitik, Kauppakaari & Iustus förlag, 2001.

4 När jag talar om EU avser jag också EEA. Norge skall naturligtvis vara med på vagnen.

5 Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, De Gruyter Recht, 2006.

Detta i sig mycket viktiga och angelägna EU-rättsliga specialkunnande har jag inte möjlighet att gå in på här – den kunskap om detta som redan skapats fyller volymer. Jag skall i stället fokusera på en fråga, som jag redan tidigare nämnde, nämligen frågan om rättens förmåga att lära sig av erfarenheter över nationsgränserna.

Konkretare uttryckt vill jag alltså se på, hur rättsvetenskapen använder och kan använda material från andra medlemsländer i EU och vilka metodfrågor som aktualiseras av detta. Mottot för framställningen kunde vara ”Hur kan rättsvetenskapen lära sig över gränserna i ett alltmer integrerat och digitaliserat Europa?”

Då man nalkas temat ur en nordisk synvinkel ter det sig naturligt att först analysera vilken position den sedan länge etablerade rörligheten av rättsligt material inom Norden givits i det nordiska rättsliga paradigmet. Kan vi lära oss något av detta, när det gäller de europeiska inlärningsprocesserna?

Mitt perspektiv på frågan är förmögenhetsrättsligt. Även om mycket som sägs här har allmän bärvidd, finns det drag i t.ex. straffrätten och förvaltningsrätten som gör bundenheten till skriven lag större inom dessa rättsområden än i förmögenhetsrätten. De friare perspektiven i detta arbete är relaterade till den nordiska förmögenhetsrättens relativt öppna och ofullständiga lagstiftningsstruktur och passar därför kanske sämre för straff- och förvaltningsrätt.

Nu hör jag de första gäspningarna. Skall den bombastiska inledningen, kryddad med modeord som digitalisering och globalisering, utmynna i en trots allt rätt traditionell fråga om användningen av utländskt material i rättsvetenskapen? I någon mån är denna oro berättigad. Men jag kan redan nu förutskicka att jag efter de första övningarna nog kommer att ta upp digitaliseringstråden igen. Jag är övertygad om att inte heller rättsvetenskapen går fri från de djupa omvälvningar som digitaliseringen medfört eller kommer att medföra på nästan alla livsområden. Eftersom min synvinkel är rättsvetenskapens och inte rättstillämpningens, kommer jag emellertid inte att kommentera den fråga man ofta möter i digitaliseringsdebatten på juridikens område: i vilken omfattning kan man tänka sig att juridiskt beslutsfattande kan automatiseras så att man får ”datoriserade domare”?⁶

För att inte enbart sväva ut i en generell begreppsvärld, som envar kan tolka på sitt sätt, försöker jag också belysa frågorna utgående från några konkreta exempel. Exempelen är skadeståndsrättsliga, därför att skadeståndsrätten är ett rättsområde som man ofta brukat hänvisa till när det gäller rättens förmåga att utvecklas experimentellt, när den konfronteras med nya frågor. Man har i den europeiska debatten i flera repriser diskuterat experimentell riskstyrning genom skadeståndsansvar. Exempelvis på 1990-talet försiggick i tysk rättsvetenskap en bred debatt med flera

6 Eric Bylander, Den datoriserade domaren, SvJT 2019 s. 1–7.

deltagare kring denna fråga,⁷ men också i dag kan man träffa på motsvarande inlägg i den europeiska debatten.⁸

2. ”Metod” och ”rättskälrelära”

Innan jag går vidare till denna fråga, vill jag gärna säga något om mina utgångspunkter när det gäller diskussionen om ”juridisk metod” och ”rättskälrelära”. Ursprungligen hade jag nämligen blivit ombedd att diskutera den nordiska juridiska metoden och rättskälreläran i relation till EU och EEA. Detta gav mig anledning till några reflexioner angående sättet att använda dessa termer i den rättsvetenskapliga diskursen.

För det första skulle jag knappast skriva ”metoden” och ”rättskälreläran” i bestämd form. Som jag ser det, finns det knappast *en* metod att nalkas juridiska frågor, utan floran av metoder i bruk är i själva verket relativt bred. Om någon kort anger – ganska onödigt – att hen i sitt verk ”tillämpar gängse juridisk metod” undrar jag ofta, vad författaren mer precist avser.

I detta sammanhang vill jag särskilt notera, att man ofta förefaller sätta likhets-tecken mellan domstolarnas metod(er) när de skall finna en lösning på konkreta juridiska frågor och rättsvetenskapens metod(er). Detta gäller inte blott rättsrealistiska prognosteoretiker, utan är en mycket bredare tradition. Man talar om rättsvetenskapens metod och rättstillämpningens metod som en enhetlig ”juridisk metod”, utan att ens kanske problematisera det. Det sätt som t.ex. HD resonerar på, uppfattas som normgivande för den juridiska metoden. Rättsvetenskapens roll skulle då vara att med mera tid än domstolarna nå ett steg djupare med samma metod, samt att i tillägg, som egen uppgift, systematisera det rättsliga materialet.

Jag delar inte denna syn. Rättsvetenskapens metodarsenal och angreppsvinklar är mycket bredare och mer varierande.⁹ Som Kaarlo Tuori träffande har framhållit har rättsvetenskaparen ett dubbelt medborgarskap – hen hör inte bara till det juridiska samfundet utan också till det vetenskapliga.¹⁰ Hen är bunden också vid veten-

7 Se t.ex. Gert Brüggemeier, *The Control of Corporate Conduct and Reduction of Uncertainty by Tort Law*, i Robert Baldwin (red.), *Law and Uncertainty, Risks and Legal Processes*, Kluwer, 1997 s. 57–74, Reinhard Damm, *Risikosteuerung im Zivilrecht – Privatrecht und öffentliches Recht im Risikodiskurs*, i Wolfgang Hoffmann-Riem och Eberhardt Schmidt-Assmann (red.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Nomos, 1996 s. 85–142 och Fritz Nicklisch, *Risikosteuerung durch Haftung im deutschen und europäischen Technologie- und Umweltrecht*, i Friedrich Graf von Westphalen och Otto Sandrock (red.), *Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart*, Verlag Recht und Wirtschaft, 1995 s. 617–631.

8 Se t.ex. Elbert R. de Jong, *Tort Law and Judicial Risk Regulation: Bipolar and Multipolar Risk Reasoning in Light of Tort Law’s Regulatory Effects*, 9 *European Journal of Risk Regulation* 2018 s. 14–33, med vidare hänvisningar.

9 Också David R. Doublet och Jan Fridthjof Bernt, *Retten og vitenskapen*, 2 utg., Alma Mater Forlag, 1993 s. 25 framhåller att juridisk metod och rättsvetenskaplig metod täcker principiellt olika typer av aktiviteter.

10 Kaarlo Tuori, *Critical Legal Positivism*, Ashgate, 2002 s. 144.

skapssamfundets normer – hen bör ha en frågeställning som kan leda till resultat¹¹ och frågeställningen bestämmer på många sätt (detaljerna i) den tillämpade metoden. Det rättsvetenskapliga perspektivet, med betoning på det ”vetenskapliga”, medför också att man vid behov bör kunna förhålla sig till frågor som antas gälla för vetenskap generellt. Hur skall man i rättsvetenskapen uppfylla vetenskapens krav beträffande upprepningsbarhet och vad betyder t.ex. öppen vetenskap och big data inom rättsvetenskapen?

När jag betonar det vetenskapliga behovet av en klar frågeställning och en genomtänkt metod är min avsikt inte att klassificera olika former av rättsvetenskap som bättre eller sämre i detta avseende. Jag syftar alltså inte nu på den ofta överdrivna debatten om skillnaderna mellan rättsdogmatisk och annan juridisk forskning, ”law and...”-forskning. Enligt min mening bör man inte dra någon fast gräns mellan olika rättsvetenskapliga angreppsvinklar. Vi har snarast att göra med en familjelikhet, där ändpunkterna kanske ligger långt från varandra, men däremellan finns mycket forskning om vilken det är en smaksak huruvida man kallar den för dogmatisk eller för ”law and...”.

Det gäller nämligen också för sådana arbeten, som flertalet iakttagare skulle klassificera som rättsdogmatiska i den meningen att de relaterar till vad som brukar kallas ”gällande rätt”, att de har varierande frågeställningar och därmed varierande sätt att använda källor och argument. Någon kan vara intresserad av rättens systematik, en annan kan rikta fokus mot förståelsen av utvecklingen i rättspraxis, en tredje vill utföra kritisk begreppsanalys av den juridiska begreppsapparaten, den fjärde vill bedöma den egna rättens godtagbarhet mot bakgrunden av en komparativ utvärdering, den femte önskar utreda vilka typer av argument som kan anses ligga inom ramen för det ”rättsligt möjliga”, för att nämna blott några renodlade exempel (ofta belyser man sin problematik ur flera synvinklar). Den rättsvetenskapliga analysens kunskapsintresse kan primärt vara tekniskt, hermeneutiskt eller emancipatoriskt,¹² analysen kan vara framtidsinriktad eller bakåtskådande, den kan ha statisk inriktning på nuläget eller ett dynamiskt perspektiv på rätten i utveckling. Det säger sig självt att ”metoden” i alla dessa fall inte är densamma, utan följer av frågeställningen. Och vi vet också, att de som säger sig ha som mål att fastställa ”gällande rätt” – vad man än menar med detta – också kan nå fram till sina slutsatser på relativt olika vägar. Det pragmatiska och öppna argumentationsmönster, med stark betoning av reella hänsyn, som utmärker nordisk rätt, lämnar banan öppen för många olika varianter.

För det andra skulle jag också, på samma grunder, stryka den bestämda formen hos ”rättskälleläran” eller kanske t.o.m. undvika att tala om ”rättskällelära”

11 Jfr Claes Martinsons kritik mot svensk rättsvetenskap för avsaknad av strävan efter forskningsresultat i hans bok *Femton förmögensrättsliga forskningsresultat*, Iustus förlag, 2018.

12 Dessa kunskapsintressen har som känt beskrivits av Jürgen Habermas, *Erkenntnis und Interesse*, 1968.

överhuvudtaget.¹³ Talet om en rättskällelära leder lätt tankarna i riktning mot en alltför schematisk bild av den rättsliga argumentationen. Det blir lätt en fråga om att uppgöra ”kataloger” över de rättskällor som ett nationellt rättssystem sägs acceptera.¹⁴ Dessutom klassificerar man olika rättskällor i enlighet med deras förmenta tyngd i argumentationen, man talar om rättskällor som skall, bör och får åberopas som auktoritetsskäl.¹⁵ I rättsvetenskapen såsom den verkligen utövas är bilden sålän så formell och hierarkisk, utan det är ofta fråga om ett samspel mellan källans innehåll och dess ”status” och med andra tillgängliga källor. Därför föredrar jag själv att tala om ”argumentation” och ”material”. Detta gör det också möjligt att tydligare diskutera ”materialets” förhållande till ”metoden”, som följer av ”metodens” förhållande till frågeställningen.

Som jag redan framhållit, flera gånger, har ju rättsvetenskapen inte blott en, utan många metoder i sin verktygsback. Det betyder att källornas roll och hierarki också blir olika, beroende på vad som frågas. I det följande talar jag alltså inte om *en* metod, utan om gränsöverskridande element i den förmögenhetsrättsliga forskningens metoder.

3. Test case Norden – lär vi av varandra?

Då går jag till att se, hur man i nordisk rättsvetenskap vant sig vid att spana utöver gränserna, för att sedan mot denna bakgrund försöka bedöma vad europeiseringen av rätten kan medföra i metodhänseende. Hur gränsöverskridande experimentell är den nordiska rätten? Är vi beredda att lära av varandra?

Basen för en nordiskt inspirerad angreppsvinkel är som vi alla vet mycket stark. De samhälleliga och rättskulturella förutsättningarna för att utnyttja varandras erfarenheter är självklart på plats. Våra samhällen och vårt rättskulturella arv är så likartade att man här knappast behöver ta ställning till den återkommande debatten mellan dem som i Alan Watsons¹⁶ anda tror på ”rättsliga transplantat” som en drivande kraft i rättsutvecklingen och dem som med en bugning mot Pierre Legrand¹⁷ skeptiskt hävdar att detta inte är möjligt då man inte kan genuint förstå rättsligt

13 Detta begrepp har också en något olika ställning i den rättsteoretiska debatten i de olika nordiska länderna. I Norge förefaller Torstein Eckhoffs Retskildelære, 5 utg. ved Jan Helgesen, Universitetsforlaget, 2001, ha en nästan kanoniserad ställning. Jan Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen, Adam Weijmers, 2001 s. 188 noterar att Eckhoff härigenom tar rättskälleläran som utgångspunkt för en allmän metodlära, till skillnad från ett antal andra författare.

14 Se t.ex. Aulis Aarnio, The Rational as Reasonable, D.Reidel Publishing Company, 1987 s. 78, som presenterar ”The Finnish catalogue of the sources”.

15 Aleksander Peczenik, Vad är rätt?, Stockholm, 1995 s. 213 ff.

16 Alan Watson, Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, University of Georgia Press, 1993.

17 Pierre Legrand, The Impossibility of ”Legal Transplants”, 4 Maastricht Journal of European and Comparative Law 1997 s. 111–124.

tänkande från andra rättskulturer.¹⁸ En i olika kombinationer gemensam historia, en hundrafemtioårig tradition av nordiskt rättssamarbete, inledd med det första nordiska juristmötet i Köpenhamn 1872, och ett betydande antal gemensamma rättsregler, särskilt på förmögenhetsrättens område, medför att vi rätt självklart kan förstå och utnyttja erfarenheter från våra nordiska grannländer – även om Jan Hellner erkänner att han ”ofta hyser en känsla av osäkerhet inför det nordiska materialet”.¹⁹

Man kan t.o.m. säga att vi är juridiskt förpliktade att lära av varandra. I 1962 års Samarbetsöverenskommelse mellan Danmark, Finland, Island, Norge och Sverige (det s.k. Helsingforsfördraget)²⁰ art. 4 har man uttryckligen föreskrivit att “[d]e fördragsslutande parterna skola fortsätta lagsamarbetet i syfte att uppnå största möjliga överensstämmelse på privaträttens område.” Det är i den föreliggande kontexten skäl att notera, att målet ”att uppnå största möjliga överensstämmelse” är formulerat långt mer ambitiöst för privaträttens del än vad man för andra rättsområden angivit i de följande artiklarna.

De goda exemplen på hur nordiskt material använts i rättsvetenskaplig argumentation, också när den har nationell inriktning, är naturligtvis oräkneliga. Man kan emellertid fråga sig, om den nedtoning av det nordiska lagsamarbetets betydelse, som inleddes genom den svenska rättspolitiska aktivismen bl.a. på konsumenträttsområdet på 1970-talet²¹ och som fördjupades genom den nordiska orienteringen mot EU från 1990-talet framåt, också påverkat metodorienteringen i den nordiska rättsvetenskapen. Bertil Bengtsson räknar med en viss generationsskillnad, där man kanske inte längre tillägger den nordiska rättslikheten ett egenvärde, såsom tidigare var fallet.²² Men förhoppningsvis kan den nordiska renässansen, som på det juridiska området har medfört strävanden att stärka det nordiska lagstiftningssamarbetet – Inge Lorange Backers ett år gamla rapport till det Nordiska ministerrådet²³ utgör ett gott exempel – också leda till en förstärkning av användningen av nordiskt material i rättslig argumentation. Detta återstår att se.

Det är intressant att notera, att frågan om det nordiska materialet och den nordiska rättsenhetens betydelse inte har väckt något stort intresse i den rättsteoretiska debatten. Man kan i förbigående, vid analysen av komponenterna i rättskällevärdet notera användningen av utländsk rätt som argument, och där ibland

18 Det senaste inlägget i legrandsk anda: Julio Carvalho, Law, language, and knowledge: Legal transplants from a cultural perspective, 20 *German Law Journal* 2019 s. 21–45.

19 Jan Hellner, *Rättsteori, En introduktion* (2. uppl., Juristförlaget, 1994) s. 114.

20 I Finland publicerat i FördrS 28/1962.

21 Se det kända inlägget av den svenska justitieministern Carl Lidbom i Förhandlingarna vid det tjugosjätte nordiska juristmötet i Helsingfors den 24–26 augusti 1972, Lokalstyrelsen för Finland, 1972 s. 53–59.

22 Bertil Bengtsson, *Norsk och svensk skadeståndsrätt*, i *Bonus pater familias*, Festskrift til Peter Lødrup, Gyldendal, Norsk Forlag, 2002 s. 89–107, på s. 93.

23 Inge Lorange Backer, *Styrket nordisk lovsamarbeid, Muligheter og utfordringer*, Nordisk Ministerråd, 2018.

särskilt framhäva den nordiska rätten.²⁴ Stig Strömholms gamla diskussionsinlägg från 1971 om användning av utländskt material, vilket ännu citeras i nya doktorsavhandlingar,²⁵ gör inte någon principiell skillnad mellan nordisk och icke-nordisk rätt, även om den nordiska rättens särställning inom vissa rättsområden erkänns.²⁶ Torstein Eckhoffs rättskällelära har ett kapitel om utländska rättskällefaktorer och där sägs kort att danskt och svenskt material nog används allra mest bland det utländska materialet, men att impulser hämtas också annorstädes.²⁷ Aleksander Peczenik nämner likaledes nordisk rätt bara kort i samband med en översikt över utländsk rätt som rättskälla, med tonvikt på strävan till uniform tolkning av den uniforma lagstiftningen, där nordisk praxis ”i viss mån” sägs kunna vägleda den svenska.²⁸ Även om det är uppenbart, att det nordiska materialet inte blott används som inspirationskälla, utan även med någon auktoritativ tyngd – det att grannlandets högsta domstol avgjort en fråga på ett visst sätt uppfattas uppenbarligen stärka argumentationen – föreligger förbluffande litet djupare analys av hur detta material kan och bör användas, och i den mån nordiskt material alls uppmärksammas förefaller man snarare undervärdera dess betydelse. Därför har man inte heller ansett sig ha behov att närmare diskutera förutsättningarna för och sättet att använda materialet.²⁹

I belysning av teorin förefaller alltså möjligheterna till olika metodval vara många. Jag vill belysa detta med hjälp av ett praktiskt skadeståndsrättsligt exempel, som jag i ett annat sammanhang fått anledning att tänka över.³⁰ Exemplet gäller utvecklingen av strikt ansvar för farlig verksamhet utan stöd i lag.

Exemplet är av intresse både ur samhällelig och rättslig synvinkel. Dels gäller det frågor som knyter direkt till riskerna i ett samhälle och en teknologi i snabb förändring. Beträffande sådana risker finns det ett uppenbart behov av rättsliga inlärningsprocesser och man kunde därför förvänta sig att man här skulle utnyttja möjligheten att lära sig över gränserna. Dels belyser exemplet väl den mångfacetterade karaktären hos den nordiska växelverkan på civilrättens område, då rättsutvecklingen avseende strikt ansvar bygger på en gemensam utgångspunkt. Som alla vet var Henry Ussings monografi om skuld och skada från 1914³¹ högst inflytelserik

24 Så t.ex. Hellner, Rättsteori, a.a. s. 113 f.

25 Se t.ex. Antonia Krzymowska, Måklarrättsliga principer vid företagsförmedling, Jure, 2018 s. 41.

26 Stig Strömholm, Användning av utländskt material i juridiska monografier. Några anteckningar och förslag, 56 SvJT 1971 s. 251–263, se särskilt s. 254.

27 Eckhoff, a.a. s. 284.

28 Peczenik, a.a. s. 266 f.

29 Jag har för länge sedan nosat på temat i Den nordiska rättsgemenskapen och rättskälleläran, 98 Tfr 1985 s. 181–197.

30 Strict Liability for Dangerous Activities in Nordic Tort Law – an Adequate Answer to Late Modern Uncertainty? Otago Law Journal 2019 (under utgivning).

31 Henry Ussing, Skyld og skade. Bør erstatningspligt udenfor kontraktsforhold være betinget af culpa?, GEC Gad, 1914.

och diskuterades i alla de nordiska länderna. Den rättsutveckling som ägde rum i de nordiska länderna under de tidiga delarna av 1900-talet var baserad på denna diskussion,³² men trots den gemensamma utgångspunkten gick utvecklingen sedermera åt skilda håll i de olika länderna.

I Norge togs den Ussingska tråden upp av Fredrik Stang, som redan 1919 hävdade att culpaprincipen inte var tillräcklig för att reglera industrisamhällets risker och betonade att den som fick vinsten av en verksamhet också borde bära kostnaderna.³³ Inspirerade av dessa tänkare har de norska domstolarna i ett betydande antal fall bidragit till etableringen av generella kriterier gällande strikt ansvar för farlig verksamhet, i vilka man tar hänsyn både till bedömningen av risken (är den extraordinär, typisk och fortgående?) och till placeringen av risken (är riskfördelningen skälig och vilka preventiva och pulveriserande effekter skulle ett ansvar ha?).³⁴

Så långt har man inte gått i de andra nordiska länderna. I Finland har man också erkänt möjligheten att generalisera kriterierna för strikt ansvar, men man har med ett betydligt lägre antal rättsfall än i Norge inte kunnat gå särskilt djupt i analysen av dessa kriterier³⁵ och ofta nöjer man sig i doktrinen med en uppräknning av de konkreta fall där strikt ansvar ansetts komma i fråga.³⁶ I Sverige har man varit än mer återhållsam och svensk doktrin har noterat att domstolarna inte utvecklat rätten mot en bredare användning av strikt ansvar,³⁷ även om det naturligtvis också höjts röster för en återkomst av det strikta ansvaret.³⁸ Och slutligen har Danmark, Henry Ussings hemland, ironiskt nog varit mest obenägen att genomföra hans lära. Trots viss äldre rättspraxis har man här numera konstaterat att Ussings lära om strikt ansvar för farlig verksamhet inte blivit levande rätt.³⁹

Hur ser man då i den nordiska rättsvetenskapen på detta spektrum av möjligheter, med gemensamma rötter? Hur har man kunnat använda material från de andra nordiska länderna, hur har man velat lära sig och låta sig inspireras över gränserna?

Inledningsvis är det självklart att man erkänner de nordiska rötterna till problematiken, men man tar likväl sällan den gemensamma grunden som utgångspunkt

32 Håkan Andersson, *Ansvarsproblem i skadeståndsrätten*, Iustus Förlag, 2013 s. 152 f.

33 Fredrik Stang, *Erstatningsansvar*, Aschehoug, 1919 s. 43 ff., 145.

34 Se Trine-Lise Wilhelmsen och Birgitte Hagland, *Om erstatningsrett*, Gyldendal, 2017 s. 220 ff. och Viggo Hagstrøm och Are Stenvik, *Erstatningsrett*, Universitetsforlaget, 2015 s. 156 ff.

35 Jfr dock den onödigt bortglömda doktorsavhandlingen C.H. Ek, *Bidrag till läran om utomobligatoriskt skadeståndsansvar vid rättsenlig verksamhet enligt Finlands gällande civilrätt*, Juridiska Föreningens publikationsserie, 1943.

36 Så t.ex. den allmänt använda läroboken i skadeståndsrätt Pauli Ståhlberg och Juha Karhu, *Finsk skadeståndsrätt*, Talentum, 2014 s. 167 ff. En översikt över de försök som finns att formulera mer allmänna kriterier för strikt ansvar i dessa sammanhang ges av Olli Norros, *Vastaako kaukolämpötoimittaja putkivuodosta johtuvista vahingoista tuottamuksestaan riippumatta?* 117 *Lakimies* 2019 s. 80 ff., på s. 83 f.

37 Jan Hellner, *Skadeståndsrätt*, 5 uppl., Juristförlaget, 1995 s. 178.

38 Andersson, a.a. s. 313.

39 Bo von Eyben och Helle Isager, *Lærebog i erstatningsret*, 8 udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015 s. 205.

för en gemensam analys av den fortsatta utvecklingen. Nästan utan undantag bugar man sig först mot Henry Ussing också när man beskriver den nationella rätten, men detta blir för det mesta en allmän bugning, utan att man går närmare in på substansen i Ussings analys. Man kan därefter grovt skilja mellan tre olika sätt att rättsvetenskapligt nalkas problematiken.

Å ena sidan är det i den rättsdogmatiska analysen vanligt att man manar till försiktighet vid användningen av nordiskt material på denna punkt, då rättsläget sägs vara olika.⁴⁰ I många fall använder man sig inte alls av material från de andra nordiska länderna, vare sig i den allmänna diskussionen av förutsättningarna för strikt ansvar eller i den konkreta analysen av speciella kategorier av fall där strikt ansvar kan komma i fråga.

Å andra sidan finns det också exempel på att man tvärtom aktivt och på principiell nivå söker lärdom i erfarenheterna från andra nordiska länder, som ett underlag för kritik och utveckling av den egna rätten. Detta sätt att nalkas problematiken hittar man t.ex. hos Håkan Andersson. Han använder sig uttryckligen av de norska erfarenheterna för att diskutera möjligheterna att utveckla svensk rätt.⁴¹ Han ifrågasätter, med stöd av norsk teori, i grunden det sätt man nalkats problematiken i svensk rättspraxis.

En tredje, mellanliggande lösning är att utnyttja erfarenheter mera nerifrån och upp, på en mer livsnära konkret nivå. Man kan utbyta erfarenheter angående bedömningen av konkreta situationer, i vilka strikt ansvar kunde komma i fråga. Från rättspraxis kan som ett exempel nämnas att den svenska högsta domstolen uttryckligen har hänvisat till dansk och norsk praxis som stöd för att ålägga strikt ansvar i ett fall som gällde skada p.g.a. brusten fjärrvärmeledning.⁴² Det är också påfallande, att flera av de konkreta exemplen där strikt ansvar ålagts är likartade över hela Norden: de gäller skador p.g.a. explosioner och skador p.g.a. brustna rör av olika slag.

Det nordiska rättsläget vad avser strikt ansvar för farlig verksamhet kan uppenbarligen inspirera till flera olika slags förhållningssätt när det gäller en gränsöverskridande användning av nordiskt material. Det är självklart att nordiskt material kan beaktas, men det finns ingen självklar metodprincip för när och hur det bör ske. Frågan om hur man skall förhålla sig till det nordiska materialet följer av frågeställningen. Ser man primärt bakåt, t.ex. mot vad man gjort i rättspraxis kan man ha ett annat förhållningssätt än om man snarare blickar framåt, mot rättens möjligheter. Är man framför allt intresserad av begreppsapparatens utveckling måste materialet se delvis annorlunda ut än om man främst har för ögonen behandlingen av faktiska

40 Så t.ex. Bertil Bengtsson och Erland Strömbäck, Skadeståndslagen. En kommentar, 3 uppl., Norstedts Juridik, 2008 s. 37.

41 Andersson, a.a. s. 308 ff.

42 NJA 1991 s. 720.

risker så som de framträder i det verkliga livet. Metoderna då man söker svar på dessa olika frågor är inte identiska och ger upphov till många olika möjligheter vad avser användningen av nordiskt material. Det som man från allmänvetenskaplig synpunkt emellertid kan förutsätta – under vetenskapens slagord upprepningsbarhet och kontrollerbarhet – är naturligtvis att sättet att använda det nordiska materialet framstår som genomtänkt och transparent.

Någon vedertagen och entydig metodregel för hur nordiskt material skall användas avtecknar sig alltså inte i exemplet. När man analyserar möjligheten av en fri rörlighet av rättsliga idéer i Europa får man därför mindre hjälp av de nordiska erfarenheterna än vad man kunde hoppas på. Det finns inte *en* metod och *en* förklaring till användningen av nordiskt material, även om sådant material används aktivt. Det betyder uppenbarligen att man också i den europeiska kontexten kan tänka sig att använda gränsöverskridande material på olika sätt. Den icke-teoretiserade och pragmatiska öppenheten för att lära sig över gränserna i Norden kanske bidrar till en växande öppenhet för inhämtning av gränsöverskridande inspiration också i relation till andra delar av EU.

Ett par avslutande anmärkningar om nordisk rätt vill jag ännu göra, innan jag fortsätter resan till Europa.

Det exempel jag använde gäller skadeståndsrätt, där den nordiska rättslikheten på många områden brister. Här är det lätt att motivera många olika sätt att förhålla sig till det nordiska, från ignorering till aktivt gemensam inläring. Men gäller det samma på områden där vi har samnordisk lagstiftning, enhetliga lagregler? På ett allmänt plan kan man naturligtvis också här säga, att det relevanta materialet följer av frågeställningen. Men vetenskapens ideal lägger nog enligt min mening här en stark argumentationsbörd på den som helt vill förbigå det nordiska perspektivet. Vetenskapen som process betyder ju att ny kunskap produceras utgående från den kunskap som redan föreligger. Om en problematik som är mer eller mindre identisk med den man ämnar undersöka redan har behandlats i ett annat nordiskt land, hur kan man då från vetenskaplig synpunkt motivera, att man förbigår denna ”utländska” analys i sitt eget arbete?

Vetenskap är emellertid inte bara ideal, den är också praxis. Vi vet inom många områden av samhällsvetenskaper och humaniora att de vetenskapliga frågorna i växande grad ställs utgående från tillgängligheten av material. Särskilt den digitala tillgängligheten är ofta avgörande. Här avviker inte rättsvetarna från andra forskare. Claes Sandgren påvisade redan för tjugo år sedan empiriskt det i sig självklara faktum, att de praktiserande juristernas användning av rättskällor i praktiken hänger samman med källornas tillgänglighet och att man prefererar det material som finns på en armlängds avstånd.⁴³ I dag betyder detta att det föreligger en nära

43 Claes Sandgren, Vad gör juristen? Och hur? – del 1, 10 Juridisk Tidskrift 1990–2000 s. 591–611, på s. 592.

koppling mellan användningen av material och materialets digitalisering. Också den ”lata” rättsvetaren undersöker antagligen framför allt det hen finner på nätet. Jag vill återkomma till digitaliseringens betydelse när jag diskuterar det europeiska perspektivet. Jag vill bara flagga för frågan redan nu, i det nordiska sammanhanget. Jag vill nämligen gärna framhålla betydelsen för den nordiska rättsenheten på längre sikt av att man kan etablera en gemensam digital tillgänglighet för nordiskt material. Jag tror inte man kan överskatta betydelsen av en sådan nordisk databas som också de nordiska förmögenhetsrättsdagarna har gått in för att stöda. Personligen hoppas jag att de positiva signaler som nu erhållits också från Nordiska Rådet⁴⁴ skulle hjälpa till att föra detta projekt i mål.

4. Steget vidare: kan vi lära oss av varandra inom EU?

Det är självklart att vår rättsliga horisont vidgas betydligt genom det europeiska rättsområde som etablerats genom EU. Det genomsyrar mycket av den dagliga juridiska verksamheten på området, mer eller mindre oberoende av de politiska svårigheter Unionen i dag befinner sig i. Det innebär för rättsvetaren, att det juridiska material hen kan tänkas ha nytta av mångfaldigas. Man har gått från en värld med fokus på den egna rätten, eventuellt med inkludering av rätten i de övriga nordiska länderna, till ett läge där rätten i 27 (ännu 28) medlemsländer samt EU:s egen rättsordning har någonting att erbjuda forskaren. Jag skall i fortsättningen se på vilka konsekvenser detta kan ha när det gäller rättsvetenskapens källor.

Allmänt kan man säga, att denna utveckling öppnar många nya möjligheter att inspireras och hämta erfarenheter, att lära sig, över nationsgränserna. I dagens teknologiskt och socialt komplexa samhälle behöver vi en rätt som mer flexibelt och experimentellt kan hämta in intryck hur man borde förhålla sig till nya risker, nya teknologier och nya samhällsfenomen. EU har också på goda grunder beskrivits som en experimentell institution.⁴⁵ I Europa finns åtminstone en potential för en flexibel rättsutveckling som tar intryck av erfarenheter från hela Unionen.

Delvis sker detta fortgående via Bryssel. Vi vet att ny europeisk sekundärrätt byggs upp på basen av nationella erfarenheter – något direktiv, såsom handelsagentdirektivet, kan vara starkt tyskinspirerat,⁴⁶ medan ett annat direktiv hämtat inspiration från engelsk eller nordisk rätt, och många blandar erfarenheterna på olika sätt. Också EU-domstolen kan som känt ibland utnyttja komparativt material

44 Vid Nordiska rådets möte 22.1.2019 godkände Utskottet för välfärd i Norden ett utkast till betänkande med konklusionen att Nordiska rådet rekommenderar de nordiska regeringarna bl.a. att *öppna upp en gemensam nordisk rättsdatabas (medlemsförslag A 1790/välfärd)*.

45 Hans-W. Micklitz, *The Politics of Justice in European Private Law*, Cambridge University Press, 2018 s. 37.

46 Se närmare t.ex. Ellen Eftestøl-Wilhelmsson, *Fra etterprovisjon til avgangsvederlag*, Gyldendal, 2005 s. 52 om strävandena att driva också tillämpningen i tyskinspirerad riktning.

som bas för sina överväganden. Men som jag sade i inledningen kommer jag inte att gå in på den egentliga EU-rätten. Jag är här intresserad av flytet av rättsliga idéer direkt över gränserna, utan avstickaren till Bryssel, och vad detta innebär för rättsvetenskaparens metod.

När det gäller sekundärrätten är det på sin plats med en kort anmärkning om harmoniserad lagstiftning som är parallell med den som jag gjorde angående tillämpningen av samnordisk lagstiftning ovan.⁴⁷ Om man har att göra med ett starkt harmoniserat område ligger det också här nära till hands att fråga, i vilken mån vetenskapens allmänna ideal innebär att man vid analysen av de i fråga varande reglerna bör blicka utöver de nationella gränserna. Är det vetenskapligt korrekt att diskutera exempelvis tolkningen av EU:s produktansvarsdirektiv, utan att notera hur man förhållit sig till frågan i rättsvetenskapen i andra EU-länder? Hänsynen till utländsk uppfattning betyder inte nödvändigtvis acceptans, den konkreta frågeställningen kan t.ex. ha som mål att påvisa skillnader i rättsuppfattningen i olika kulturer. Men en total ignorans av utländskt material – utöver det självklara, att EU-domstolens praxis naturligtvis måste beaktas – måste nog motiveras väldigt väl. Vetenskap borde också här beakta tidigare publicerad vetenskap. Men hur kan man välja och vraka bland det som finns i 28 länder? Det är en fråga som jag har anledning att återkomma till.

Det europeiska perspektivet kan emellertid odlas på en bredare front. Vill man ha full nytta av vad det experimentella europeiska rättsområdet kan erbjuda, kan man söka lära sig också i andra sammanhang än när det gäller formellt harmoniserad rätt. Jag tänker här på vad man kunde kalla *White v Jones*-modellen, som blivit föremål för mycken diskussion i den komparativa rättsvetenskapen. Det engelska rättsfallet *White v Jones* från år 1995⁴⁸ gällde som känt advokats ansvar i förhållande till en presumtiv testamentstagare för fel vid upprättande av testamente, varom den engelska domstolen inte fann mycket ledning i inhemska källor. Man beskrev därför extensivt ”tysk erfarenhet” och använde sig av argument från tysk rätt. Det är också värt att notera att inlärningen över gränsen var utpräglat kontextuell, fokuserande på den konkreta situationen, i det problemet i rättssystematiskt hänseende uppfattades vara placerat i olika lådor i dikotomin kontrakt-delikt i engelsk och tysk rätt. Detta rättsfall är naturligtvis inte någon ensam fyrbåk, utan man har i rättsvetenskapen noterat många andra liknande tendenser att i rättspraxis lära sig av erfarenheter

47 Samma anmärkning kan naturligtvis ofta göras också för internationella konventioners del. Här kan man ibland finna direkt normativt stöd för en harmoniserande praxis: då man i artikel 7 i FN-konventionen angående avtal om internationella köp av varor (CISG) föreskriver att man i dess tolkning skall ta hänsyn till dess internationella karaktär samt till behovet av att främja en enhetlig tillämpning av konventionen är det givet att rättstillämparen förutsätts rikta blicken längre än blott till det nationella materialet. Så också t.ex. Ruth Nielsen, *Retskilderne*, 4. udg., Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1995 s. 162, 164 f.

48 [1995] 2 A.C. 240.

från andra länder.⁴⁹ Som jag ser det, är det än större anledning för rättsvetenskapen att anlägga ett brett europeiskt perspektiv av detta slag – och också globalt,⁵⁰ men då möter nog flera och djupare rättskulturellt anknutna problem vilka jag inte kan gå in på nu. Om man ser som ett mål att möjligast väl utnyttja det europeiska rättsområdets experimentella potential genom en ”fri rörlighet av rättsliga idéer och lösningar” inom EU, är det rättsvetenskapen, vid sidan av lagstiftarna, som måste vara huvudmotorn. Detta ökar ytterligare kvaliteten av val i ett ymnighetshorn av juridiskt material.

Ser man på hur rättsvetarna i dag nalkas urvalsproblemet bestäms lösningen oftast på rent praktiska grunder, eventuellt med ett försök till en mer eller mindre skenbar substantiell motivering. Den faktiska tillgängligheten av materialet framstår, i två avseenden, som det avgörande kriteriet. Dels avgränsas materialet naturligt av rättsvetarens språkkunskap, vilket ofta leder till en stark överbetoning av common law, ibland ännu kompletterad med utflykter till den tyska eller franska rätten. Dels är litteratur och rättsfallssamlingar i regel lättare att få tag på vad avser de ”stora” rättsordningarna, vilket också styr skutan i engelsk, tysk och fransk riktning.

Härmed är inte sagt att urvalet av länder från vilka man hämtar material i praktiken är rättsligt sett helt godtyckligt. Man kan i studier av hur man i rättspraxis i Europa använder utländskt material särskilja flera olika motiv för urvalet.⁵¹ Ibland hänvisar man gärna till material från bestämda rättsordningar därför att de uppfattas som särskilt prestigefyllda. Italienska jurister sägs av denna anledning ha en stark dragning till att använda tyskt och franskt rättsligt material.⁵² Ibland uppfattas något rättssystem som särskilt väl utvecklat och kvalitativt högtstående. Vissa tycker att tysk rätt utgör en god modell, därför att systematisk stränghet och begreppslig stringens är starka värden i denna rättsordning, medan andra återigen motiverar sitt intresse för common law med vad man uppfattar som dess mer pragmatiska sätt att lösa problem. På vissa områden kan man ha starka uppfattningar om förekomsten av speciell expertis i något land: den utbredda användningen av engelsk

49 Se t.ex. Guy Canivet, Mads Andenas och Duncan Fairgrieve (red.), *Comparative Law before the Courts*, British Institute of International and Comparative Law, 2004, Mads Andenas and Duncan Fairgrieve (red.), *Courts and Comparative Law*, Oxford Scholarship Online, 2015, Ulrich Drobnig och Sjeff van Erp (red.), *The Use of Foreign Law by Courts*, Kluwer Law International, 1999 och Jan Smits, *Comparative Law and its Influence on National Legal Systems*, i Mathias Reimann och Reinhard Zimmermann (red.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. uppl., Oxford University Press, 2019 s. 502–523. Så om svensk rätt t.ex. Jan Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*, i Maria Nääv och Mauro Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, 2 uppl., Studentlitteratur, 2018 s. 21–46, på s. 42, samt Filippo Valguarnera, *Komparativ juridisk metod*, i Nääv och Zamboni, a.a. s. 143–176, på s. 174 f. samt 164 ff.

50 Ett talande citat är *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd* [2003] 1 AC 32, para 32: ”In a shrinking world ... there must be some virtue in uniformity of outcome ...”

51 Jag har skrivit litet mer om detta i artikeln *Free Movement of Legal Sources: The Use of Foreign Sources in Private Law in Europe*, i Kai Purnhagen och Peter Rott (red.), *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Liber Amicorum for Hans Micklitz, Springer, 2014 s. 185–204.

52 Guido Alpa, *Foreign Law in International Legal Practice*, i Canivet et al., a.a. s. 195–210, på s. 209.

rätt i sjörättslig doktrin i många länder är kanske det bästa exemplet på detta.⁵³ Det här är bara några exempel avseende rättspraxis. I rättsvetenskapen kan man påträffa liknande motiveringar för de val författaren gjort. Resultaten sammanfaller emellertid ofta väl med de praktiska synpunkterna på språklig kompetens och tillgänglighet som jag tidigare nämnde.

Den europeiskt inriktade rättsvetenskaparen på förmögenhetsrättens område har i dag fått en ny grupp av europeiska källor att ösa ur, nämligen de normativa principalsamlingar – egentligen regelsamlingar – som europeiska rättsvetare, med viss inspiration från den amerikanska Restatement-traditionen, skapat som ett slags sameuropeiska modeller för en god privaträtt. Spelet öppnades som känt med Lando-kommissionens Principles of European Contract Law (PECL)⁵⁴ och fick både tematiska efterföljare, såsom t.ex. Principles of European Tort Law (PETL)⁵⁵, och den heltäckande Draft Common Frame of Reference (DCFR)⁵⁶, som ju skulle utgöra ett slags förebild för en europeisk civillagbok. Fastän luften har gått ur de mest ambitiösa målsättningarna, ser man i växande grad hänvisningar till dessa regelsamlingar och deras motiveringar i den rättsvetenskapliga litteraturen, och också ibland i rättspraxis.⁵⁷ Det är emellertid inte alltid man ser en klar motive- ring för användningen av dem. De är ju alla trots allt bara förslag av akademiska arbetsgrupper, utan egentlig normativ uppbackning, och olikheterna i Europa är så stora, att de inte heller kan anses utgöra något slags Restatements som i detalj skulle avspegla ”medelvägen” eller den dominerande lösningen i Europa. Med detta säger jag inte, att man inte borde använda regelsamlingarna. Tvärtom tycker jag de kan spela en viktig roll i den europeiska rättsutvecklingen, men det är skäl att göra klart för sig, i vilket syfte man använder dem. Är det framför allt p.g.a. deras akademiska status som man vill ge dem tyngd eller har man en instrumentell agenda och ser dem som ett användbart medel för att driva ett praktiskt harmoniseringsarbete?

I varje händelse tror jag samlingarna kan ha en viktig roll som vägvisare in i europeiska rättskulturer. De skapar vad man kunde kalla ett gemensamt ”juri- disk språk”, som kan hjälpa en att övervinna de rättskulturella svårigheter som hävdas ligga i vägen för genuina gränsöverskridande rättsliga inlärningsprocesser.

53 Om tysk praxis i detta avseende, se Hannes Unberath, *Comparative Law in the German Courts*, i Canivet et al., a.a. s. 307–316, på s. 308.

54 Ole Lando och Hugh Beale (red.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II* (Kluwer Law International, 2000), samt den inte lika högklassiga Ole Lando, Eric Clive, André Prüm och Reinhard Zimmermann (red.), *Principles of European Contract Law, Part III* (Kluwer Law International, 2003).

55 European Group of Tort Law: *Principles of European Tort Law (PETL)*, tillgänglig under <http://www.egtl.org/>

56 *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (Outline Edition, Sellier, 2009), tillgänglig t.ex. under https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf

57 Se t.ex. Galateia Kalouta, *The Draft Common Frame of Reference in the Courts*, i Andenas och Fairgrieve, a.a. s. 697–718. Se också t.ex. Kleineman, a.a. s. 32 f., om rättsfallet NJA 2009 s. 672.

Även om man i andan av Pierre Legrand⁵⁸ eller Gunther Teubner⁵⁹ vore skeptisk till möjligheten att transplantera rättsliga idéer som sådana från en kultur till en annan, kan man knappast förneka att principalsamlingarna skapar en ram som kan öka den kulturella europeiska förståelsen på ett sätt som gör det lättare att föra en meningsfull dialog över gränserna. Som jag senare motiverar närmare, förhåller jag mig personligen inte så skeptiskt till gränsöverskridande inläring.

Här kan jag återknyta till mitt konkreta exempel. Man kan tänka sig olika sätt att ge en undersökning av skadeståndsansvaret för farlig verksamhet ett europeiskt djup genom att arbeta vidare t.ex. via Principles of European Tort Law, där man uttryckligen intagit en regel om detta: "A person who carries on an abnormally dangerous activity is strictly liable for damage characteristic to the risk presented by the activity and resulting from it."⁶⁰ Denna "kodifiering" öppnar en ny inkörsport till europeisk doktrin och praxis om strikt ansvar för farlig verksamhet.

Mycket talar för att man i högre grad ser utöver de nationella gränserna och blickar mot Europa i det rättsvetenskapliga arbetet, och i många stycken har man också gjort det. Samtidigt tror jag att man relativt säkert kan påstå, att man inte i lika hög grad har funderat på motiveringen för och sättet att använda det utländska rättsliga materialet, i synnerhet ifall inte t.ex. frågeställningens komparativa inriktning gör det mer självklart vad man eftersträvar. Här finns behov av mycket mer metoddiskussion än vad som föreligger. Som vetenskapliga minimikrav gäller åtminstone att metoden bör vara konsekvent och öppen för läsaren att kontrollera. Användningen av gränsöverskridande material – liksom givetvis också av annat material – bör vara genomtänkt och transparent.

5. Mot en digitaliserad europeisering?

Mot bakgrunden av denna lägesbeskrivning av möjligheterna till en fri rörlighet av rättsliga idéer i Norden och EU är det dags att återknyta till vad jag redan i inledningen sagt om rättens digitalisering som ett led i dess europeisering. De redan rätt traditionella frågeställningar, vilkas yta jag skrapat på i det föregående, ökar nämligen uppenbart i betydelse när digitaliseringen av det rättsliga materialet framskrider. Jag tror att man också när det gäller rättsvetenskapens metod kan drabbas av digitaliseringens disruptiva verkan åtminstone i den utsträckningen

58 Se Legrand, a.a.

59 Gunther Teubner, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, 61 Modern Law Review 1998 s.11–32.

60 PETL 5:101(1). DCFR har inte tagit in en liknande generell regel, utan räknar upp ett antal fall av strikt ansvar och hänvisar för övriga fall till nationell rätt, se DCFR VI.-3:202–207.

att den tvingar oss att skärpa vår metodiska medvetenhet angående frågor av det slag som jag behandlat här.

Man har som känt sedan länge diskuterat digitaliseringen och rätten. Fokus har då ofta legat på de nya substansfrågor som uppkommer på området. Hur skall man trygga vår personliga integritet i det digitala samhället, hur skall man förhålla sig till kontrakt som ingås automatiskt av maskiner och vem bär ansvaret när bil- eller andra apparater som styrs av artificiell intelligens vållar skada? Dessa är givetvis bara några exempel och man kunde räkna upp många andra i tillägg. När det gäller juridiska metodfrågor har man framför allt riktat intresset mot det rättsliga beslutsfattandet. Man har diskuterat i vilken mån rättsligt beslutsfattande kan överlåtas till artificiell intelligens och maskinell inlärning eller åtminstone stödas av sådana redskap.⁶¹ I vilken utsträckning kan man exempelvis automatisera sökandet efter potentiellt oskäliga klausuler i ett omfattande material av standardavtal?⁶² Kan vi gå längre och se en framtid med ”datoriserade domare”?⁶³ Som jag redan i inledningen konstaterade, är rättstillämpningens juridiska metod emellertid inte densamma som de möjligheter som står rättsvetenskapen till buds, och eventuella möjligheter att automatisera delar av det rättsliga beslutsfattandet begränsar inte utrymmet för den mänskliga vetenskapliga kreativiteten.

Diskussionen om digitaliseringens betydelse för rättsvetenskapens metoder har varit mer begränsad. Man har naturligtvis noterat att den teknologiska utvecklingen har rättsteoretiska konsekvenser, som innefattar framväxten av en ny modell för rättsligt tänkande.⁶⁴ Rättsteoretiska bedömningar av hur rättens självförståelse förändras som följd av digitaliseringen har efterlysts.⁶⁵ Man har visionerat om steget från en rättskällelära av traditionellt snitt till en lära om rättslig information⁶⁶ och noterat spänningen mellan en relativt statisk rättskultur och en snabbt ökande mängd tillgängliga rättskällor.⁶⁷ I Norden ställde Peter Blume redan på 1990-talet frågan, hur digitaliseringen påverkar användningen av rättskällorna.⁶⁸ Mycket

61 Som exempel från Finland Riikka Koulu, Digitalisaatio ja algoritmit – oikeustiede hukassa (Summary in English: Digitalisation and algorithmic decision making – jurisprudence at a crossroads?) 116 *Lakimies* 2018 s. 840–867.

62 Se det intressanta försöket att utveckla sådan mjukvara Hans-W. Micklitz, Przemyslaw Palka och Yannis Panagis, The Empire Strikes Back: Digital Control of Unfair Terms of Online Services, 40 *Journal of Consumer Policy* 2017 s. 367–388.

63 Eric Bylander, Den datoriserade domaren, *SvJT* 2019 s. 1–7.

64 T.ex. Giovanni Sartor, Legislative Information and the Web, i Giovanni Sartor, Monica Palmirani, Enrico Francesconi och Maria Angela Biasiotti (red.), *Legislative XML for the Semantic Web* (Springer, 2011) s. 2011 s. 11–20, på s. 15.

65 Koulu, a.a. s. 847.

66 Christine Kirchberger, The ”i” in Legal Information Retrieval, i *Vem reglerar informationssamhället* (2010) s. 228 ff., <http://ssrn.com/abstract=1957558>

67 Christine Kirchberger, Paper and stone: How technology has not changed the retrieval of legal information, yet, i *Proceedings of the BILETA 2007 Annual Conference*, Hertfordshire.

68 Peter Blume, Changes in the Sources of Law in Information Society, 13 *International Review of Law, Computers & Technology* 1999 s. 325–335.

inspiration har också funnits att hämta från det anglo-amerikanska rättsområdet, och särskilt USA, där omfattande databaser över rättspraxis och annat juridiskt material och avancerade digitala redskap för att utnyttja dessa har utvecklats,⁶⁹ men där man också diskuterat gränserna för vad nuvarande artificiell intelligens förmår åstadkomma när det gäller att dra analogier från tillgängliga rättsfall.⁷⁰

Det säger sig självt att digitaliseringen ger upphov inte bara till nya materiella frågor utan också till rättsvetenskapliga metodfrågor. Som jag tidigare redan nämnde, är rättsvetarens – liksom andra forskares – användning av källor i praktiken åtminstone i någon grad beroende av hur väl de är tillgängliga. Digitaliseringen medför att tillgången både till mindre utnyttjade nationella källor, såsom underrettspraxis, och till utländska källor fortgående kommer att underlättas. Detta för oss också småningom in på frågor, hur man i rättsvetenskapen kan utnyttja vad man i annan vetenskap ibland litet löst kallar big data och hur denna kan bearbetas med redskap som kunde klassificeras som artificiell intelligens och maskinell inlärning. Denna utveckling tvingar fram diskussioner och nya perspektiv på rättsvetenskapens frågeställningar, metoder och resultat. Häri ligger åtminstone en del av den möjliga disruptiva inverkan som digitaliseringen kan ha på den europeiska rättsvetenskapens metoder. Som rättsvetare kan man inte undvika frågor som: hur skall vi producera kunskap om rätten i det digitala samhället? Behöver vi som rättsvetare t.o.m. ett nytt epistemologiskt anslag?

I den diskussion om digitaliseringens betydelse för rättsvetenskapens metoder som jag tagit del av har man inte i Norden⁷¹ särskilt ofta uppmärksammat dagens tema, de nya möjligheter digitaliseringen ger vad avser inlärning över gränserna, även om man allmänt noterar att nya digitala kommunikations- och samarbetsformer tillåter juristerna att dela idéer och information över gränserna. I den artikel av Peter Blume som jag nyss nämnde berör författaren problematiken och förutspår att den lättare tillgängligheten av internationellt och utländskt material kommer att leda till att man i framtiden i många fall kommer att lösa juridiska problem på grundval av en kombination av nationella och utländska källor;⁷² detta skulle gälla inte blott internationella källor utan högst sannolikt också utländska nationella källor.⁷³ Även om man kanske inte ännu – tjugo år efter förutsägelsen – ser någon dramatisk förändring i detta hänseende, tror jag nog att man fortsättningsvis

69 Se t.ex. Tanel Kerikmäe och Sandra Särav, Paradigms for Automatization of Logic and Legal Reasoning, i Dieter Krimphove och Gabriel M. Lentner, Law and Logic, Contemporary Issues (Duncker & Humblot, 2017) s. 205–222, på s. 208 ff.

70 Se t.ex. Daniel Martin Katz, Quantitative Legal Prediction – or – How I Learned to Stop Worrying and Start Preparing for the Data-driven Future of the Legal Services Industry, 62 Emory Law Journal 2013 s. 909–966, på s. 955 ff.

71 Jfr i USA t.ex. Claire M. Germain, Legal Information Management in a Global and Digital Age: Revolution and Tradition, 35 International Journal of Legal Information 2007 s. 134–163, särskilt på s. 138 f.

72 Blume, a.a. s. 328.

73 Blume, a.a. s. 333 f.

kan förvänta sig en ökad praktisk relevans av utländskt material, då tröskeln för den ”lata” juristen att utnyttja sådant material fortgående sjunker i takt med den digitala tillgängligheten. Särskilt i rättsvetenskapen ger detta möjligheter till många slag av utbyggd argumentation och nya frågeställningar.

Det är för tydlighetens skull skäl att betona, att huvudskälet för att man utnyttjar utländskt material inte bör vara dess tekniska tillgänglighet. Gränsöverskridande materialinhämtning berikar rättsvetenskapen därför att den kan ge upphov till nya spännande frågeställningar och fördjupa vår förståelse av rätten och av enskilda rättsinstitut. Dessutom, som jag har försökt visa i de tidigare avsnitten av artikeln, ligger det starkt förankrat i vår rättsliga tradition att se utöver nationsgränserna. Det är bara redskapen som nu blivit långt bättre.

Men goda är redskapen ännu inte. Mycket av vad jag talar om ligger ännu i framtiden – men antagligen i en relativt nära framtid.

Så långt har man kommit att i de flesta länder en överväldigande del av det rättsliga materialet finns tillgängligt digitalt. Detta gäller som känt såväl lagstiftning som rättspraxis och delvis också rättsvetenskaplig litteratur.⁷⁴ Då de bästa databaserna i många länder sköts kommersiellt är tillgängligheten emellertid ibland avbruten av en betalningsmur, också i några av de nordiska länderna. Som jag ser det, är det ganska svårförenligt med tanken på rättsstaten att tillgången till rättskällorna skall vara beroende av betalning och det är inte ägnat att förvåna att det på olika håll i världen finns rörelser som arbetar för fri tillgång till rätten;⁷⁵ denna problematik kan jag inte gå närmare in på här. Då olika rättsinformationsinstitut, undervisningsanstalter, branschorganisationer och t.o.m. individuella aktivister, vid sidan av offentliga organ, upprätthåller fritt tillgängliga rättsliga databaser⁷⁶ kan man väl ändå säga, att den mest elementära basen, den digitala tillgången på rättsligt material, är åtminstone delvis i skick. Det finns också t.o.m. globala samlingar av nationella allmänt tillgängliga rättsliga databaser, såsom den som upprätthålls av World Legal Information Institute.⁷⁷ På vissa områden, såsom t.ex. vad avser CISG⁷⁸, finns också databaser som förenar nationellt material från många länder.⁷⁹

Som känt krävs emellertid mer än så för att de digitala hjälpmedlen verkligen skall kunna medverka till att utveckla de rättsvetenskapliga metoderna: ”Better availability

74 Exempelvis Google Scholar är i flitig användning också bland rättsvetare.

75 Free Access to Law Movement; omnämns i flera reprints t.ex. av Václav Janaček, Digitalised Legal Information: Towards a New Publication Model, i C. Öhman och D. Watson (red.), The 2018 Yearbook of the Digital Ethics Lab, Springer, 2019 (under utgivning).

76 Se t.ex. Sartor, a.a. s. 14.

77 <http://www.worldlii.org/>

78 <http://www.cisg.law.pace.edu/>

79 Se också, vad avser bl.a. internationell handelsreglering, databasen Oxford Reports on International Law in Domestic Courts, <http://opil.ouplaw.com/page/ILDC/oxford-reports-on-international-law-in-domestic-courts>

... does not necessarily mean better access.”⁸⁰ Sökbarheten i de olika databaserna är av varierande karaktär, från publicering på nätet av juridiska dokument i deras traditionella form – dessutom i varierande format – till databaser försedda med rikligt med metadata och hyperlinkar. Särskilt när det gäller extensiv användning av utländskt material saknas ofta gemensamma standarder och protokoll⁸¹ som skulle göra sökning t.ex. på ett europeiskt plan – utöver vad som finns om EU-rätten själv i de EU-rättsliga databaserna⁸² – lätt att genomföra. Vi är ännu en bit ifrån visionen om en rättslig semantisk webb som skulle göra pålitlig rättslig information tillgänglig i maskinellt processbar form för envar. Men utvecklingen är snabb, och det som inte är möjligt i dag kan vara möjligt i morgon.

Det att sökbarheten fortgående förbättras löser naturligtvis inte alla utmaningar vad avser utvecklingen av ett europeiskt rättsområde med fri digital rörlighet av juridiska idéer och lösningar. Användningen av källor kräver förståelse. Detta gäller både i språklig och i kulturell mening. Om vi har en vision av ett verkligt pan-europeiskt rum för rättslig experimentalism och inläring, är en uteslutande inriktning på engelsk, tysk och fransk rätt knappast tillräcklig.

Vad språket beträffar går utvecklingen av de översättningsprogram som baserar sig på maskinell inläring nu så snabbt framåt att den rent tekniska översättningen till ett språk som forskaren behärskar på en acceptabel nivå knappast längre kommer att vara något problem inom fem till tio år (och det är antagligen en pessimistisk uppskattning).

Detta löser emellertid inte problematiken relaterad till kulturell och särskilt rättskulturell förståelse. Digitaliseringen och utvecklingen av sökningsmetoderna eliminerar inte denna problematik. Debatten om möjligheten att förstå varandra över gränserna – om möjligheten av ”rättsliga transplantat” – har fortsättningsvis aktualitet. Den nära bindningen mellan rätt och kultur har också nämnts som ett av de centrala problemen när det gäller digital rättstillämpning.⁸³

Som jag tidigare nämnt, är jag inte själv fullt så skeptisk till möjligheterna av gränsöverskridande inläring: ”borrowing” är något annat än ”learning”. Inläring förutsätter inte att det som övertagits från annat håll fortlever i identisk form i den nya miljön, vilket transplantationskritikerna ofta syns förutsätta som ett kriterium för en ”lyckad” transplantation.⁸⁴ I en inlärningsprocess kan man fortgående anpassa de nya externa intrycken till den egna basen. Åtminstone inom EU, där de olika rättskulturerna i Kaarlo Tuoris terminologi⁸⁵ kan sägas dela en gemensam

80 Kirchberger 2007, a.a. s. 4.

81 Sartor, a.a. efterlyser sådana.

82 EUR-Lex: <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=sv>

83 Kerikmäe och Särav, a.a. s. 211 f.

84 Se t.ex. Carvalho, a.a. s. 45.

85 Tuori, a.a. s. 183 ff.

djupstruktur och därigenom vissa gemensamma uppfattningar om rätten, borde en sådan inlärningsdialog vara möjlig. En fullständig förståelse av det främmande rättsmaterialet är ingalunda heller nödvändig för en meningsfull inläring: ”partial understandings are all that is necessary to create a community”⁸⁶. Man kunde bl.a. utnyttja de gemensamma europeiska principalsamlingarna, PECL, PETL, DCFR m.fl., för att skapa sådana sammanhållande juridiska ”språk” som skulle underlätta ett utbyte av idéer.

Betydelsen av de rättskulturella utmaningarna är till någon del beroende av det slags språk i vilket man söker lösningar och av det perspektiv man valt för forskningen. Den juridiska diskursen kan i en mycket grov indelning sägas utnyttja både ”juridiska” termer – termer med en distinkt juridisk innebörd – och termer relaterade till livet utanför juridiken. I dagens fragmenterade och flexibla rätt syns trenden gå mot fler direkta anknytningar till fakta i det verkliga livet i den juridiska diskursen,⁸⁷ man kan tala om en starkare contextualisering av rätten. Ju mindre man relaterar till den specifikt juridiska begreppsapparaten, desto mindre kan de rättskulturella utmaningarna förmodas vara. I det paradigmatiske rättsfallet *White v Jones*, som jag nämnt tidigare, gick den engelska domstolen också direkt in på en beskrivning av den konkreta situationen – en advokats ansvar mot en presumtiv testamentstagare för felaktighet i ett upprättat testamente – i stället för att utgå från de allmänna reglerna och principerna angående gränsen mellan kontraktuellt och utomkontraktuellt skadeståndsansvar i tysk och engelsk rätt (som ju klassificerade den sagda situationen på olika sätt). Uttryckt med andra ord kan man anta att en problemorienterad ansats ofta är mer mottaglig för lärdom utifrån än en regelorienterad ansats.⁸⁸ Det framgångsrika Common Core-projektet, som producerat ett tjugotal komparativa studier av olika frågor i europeisk privaträtt, bygger just på en sådan konkret problemorienterad ansats.⁸⁹

Jag kan här återknyta till det exempel jag tidigare utnyttjat. En närmare analys av de argumentationsmönster som kan uppkomma bakom principen om strikt ansvar för skada vid farlig verksamhet kunde t.ex. ske genom breda sökningar av europeisk rättspraxis utgående från ett antal situationsbeskrivningar i termer ur verkliga livet. Man kunde fråga sig hur man i Europa förhåller sig till skador

86 Burkhard Schäfer och Zenon Bankowski, *Mistaken Identities: The Integrative Force of Private Law*, i Mark Van Hoecke och Francois Ost (red.), *The Harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing, 2000 s. 21–45, på s. 32. Också Valguarnera, a.a. s. 163 framhåller om samma fråga, att ”[p]erfektion är helt enkelt en omöjlig standard.”

87 Se t.ex. Christian von Bar, *A Common European Law of Torts*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, *Saggi, conferenze e seminari* 19, 1996 s. 13: ”modern tort law’s specific instances are ... defined not by legal categories but in terms of the real-life circumstances which form the bases of the causes of action.”

88 Denna dikotomi används av Peter Westberg, *Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet*, i Lars Heuman (red.), *Festskrift till Per Olof Bolding*, Juristförlaget, 1992 s. 421–446.

89 *The Common Core of European Private Law*, publikationer: <http://www.common-core.org/node/33> samt <http://www.common-core.org/node/32>

försakade vid användning av explosiva ämnen, skador förorsakade av rör som sprungit läck, skador vid utskänkning och restaurantverksamhet⁹⁰ eller skador vid biltävling⁹¹, för att nämna några exempel som särskilt uppmärksammats i våra länder. På motsvarande sätt kunde man undersöka andra typfall, som förekommit i andra länder, och härigenom erhålla en djupare och mer europeisk grund för att analysera frågan och kanske också låta den nordiska rätten lära sig något nytt.

Även om en sådan kontextualisering kan underlätta en gränsöverskridande inlärningsprocess är den naturligtvis inte någon vises sten som skulle klara alla utmaningar. Den "likhet" man söker kan formuleras på så många olika sätt, i mer eller mindre juridiska termer och i bredare eller smalare faktiska situationsbeskrivningar, att sökningen alltid också måste innehålla kreativa element. Svårigheterna att skapa teknologi som kan resonera analogiskt⁹² illustrerar detta väl.

Artificiell intelligens och maskinell inläring utvecklas snabbt och ger fortgående nya möjligheter. Rättslig information blir i allt högre grad maskinellt processbar. Man arbetar aktivt med frågan hur man automatiskt kan söka relevanta argument från omfattande korpusar av rättsliga dokument, t.ex. rättsliga avgöranden.⁹³ I den svenska utredningen om en AI-redo statsförvaltning nämns uttryckligen sökning efter juridisk information i stora ostrukturerade textmängder som ett exempel på vad tekniken ger möjlighet till.⁹⁴ Vi kan bara ana oss till, vilka möjligheter till nya grepp och frågeställningar för den europeiska rättsvetenskapen denna användning av big data kan ge. Då man under senare år inom de humanistiska vetenskaperna gjort nya uppmärksammade landvinningar genom att utveckla vad som kallas "digital humanities", som bl.a. arbetar med stora korpusar av texter, är det självklart att också rättsvetenskapen kan hitta många nya vyer i denna riktning.

Skadeståndsrätten erbjuder också här belysande exempel. På samma sätt som "personaliserad medicin" blivit ett nyckelbegrepp i nutida medicinsk forskning, har man också diskuterat personalisering av rättslig information. Genom analysering av stora datamängder antas man t.ex. kunna bryta ner skadeståndsrättens vårdslöshetsstandard till en mer personaliserad standard för varje person, med beaktande av dennas förmåga och personliga förutsättningar.⁹⁵ Om detta är en lyckad lösning skall jag inte diskutera här; de problematiska dragen är uppenbara. Som rättsvetenskaplig utmaning är projektet i varje fall högst intressant. Personligen är

90 Exempel från norsk rätt: Rt. 1991 s. 1303.

91 Exempel från finsk rätt: HD 1972 II 97.

92 Se amerikansk diskussion om detta t.ex. Katz, a.a. s. 955 ff.

93 Kerikmäe och Särav, a.a. s. 212.

94 Göran Lindsjö, En AI-redo statsförvaltning (2017), <http://digitalforst.se/wp-content/uploads/2017/03/En-AI-redo-statsforvaltning.pdf>, på s. 13.

95 Janaček, a.a. avsnitt 3.2.

jag intresserad av detta, därför att jag tidigare sökt analysera relevansen av personrelaterade juridiska roller i traditionellt material.⁹⁶

Digitaliseringen ger alltså många nya möjligheter för en europeisk rättsvetenskap som är intresserad att inhämta lärdom över de nationella gränserna. Men den medför uppenbarligen också många utmaningar. Den riktar intresset mot metodfrågor som inte nödvändigtvis är nya, men som fått eller kommer att få en betydligt större tyngd i den nya digitala omgivningen. Jag skall därför konkludera med att lyfta fram ett antal sådana frågor som tillsvidare ofta lämnats obesvarade i den rättsvetenskapliga debatten.

Orsaken till att flertalet av frågorna tidigare har berörts relativt kort och ytligt ligger i det traditionella rättsvetenskapliga fullständighetsidealet. En god rättsvetenskaplig analys förutsätter traditionellt en redovisning av ”alla” relevanta rättskällor som finns tillgängliga inom det nationella rättssystemet, eller åtminstone ett svårhanterligt urval då det snarast sker på basen av en självutvecklad förmåga ”att gallra, sovra och prioritera”⁹⁷. Globaliseringen, europeiseringen och digitaliseringen ifrågasätter denna utgångspunkt, eller förutsätter åtminstone kompletteringar av den. Man kan med Claire Germain säga, att rättsvetenskapens ”research methodology has been turned upside down”.⁹⁸ Från ett ideal om en komplett täckning på ett avgränsat område går man i riktning mot tillgång till ett överflöd av material på ett område med flytande gränser, men idealen för hur man skall utnyttja detta är ännu inte välformulerade. Vad skall man utnyttja, hur skall man välja?

Situationen framhäver åtminstone behovet av tydliga frågeställningar. Metoden och materialet bestäms, också inom ramen för den forskning som kan betecknas som rättsdogmatisk, i hög grad av frågeställningen. Detta har jag redan talat om, men det är uppenbart att tillräcklig precision i detta hänseende är ännu viktigare än tidigare i dagens mångdimensionella och alltmer gränslösa juridiska värld. När man går över nationsgränserna, söker man goda frågor eller goda svar, söker man en europeisk ”medellösning” eller söker man ledning av auktoriteter som man på någon grund anser ha särskild expertis? Eller söker man i kritisk anda gränserna för det ”rättsligt möjliga”? De möjligheter digitaliseringen erbjuder kan utnyttjas såväl för att cementera konservativa lösningar, genom den ökade tillgängligheten till tillbakablickande källor och etablerad praxis,⁹⁹ som för att bringa in framtids-

96 Social civilrätt, Juristförbundets förlag, 1987.

97 Joakim Nergelius, ”Min egen metod” – Några introverta reflektioner om så kallad tyst rättsvetenskaplig kunskap, i Petter Asp och Kimmo Nuotio (red.), *Konsten att Rättsvetenskap*, Iustus förlag, 2004 s. 149–162, på s. 158.

98 Germain, a.a. s. 139.

99 Blume, a.a. s. 330. Algoritmer som reproducerar diskriminerande strukturer i den datamängd de bygger på är ett gott exempel på detta, Riikka Koulu och Hanna Pakaslahti, *Why We Need Legal Technology*, i Riikka Koulu och Jenni Hakkarainen (red.), *Law and Digitalisation: Rethinking Legal Services*, Helsinki University Legal Tech Lab, 2018 s. 17–49 på s. 34–35.

inriktade nya lösningar från det gränsöverskridande materialet på den nationella juridiska agendan.

Fokus på frågeställningarna innebär att man bör söka efter klarare relevans-kriterier än vad vi traditionellt nöjt oss med. Man bör kunna motivera varför det material man använder är av intresse med hänsyn till frågeställningen. Det gäller både nya typer av digitalt tillgängligt nationellt rättsligt material som internationellt material. Från vilka håll vill man insupa lärdom över nationsgränserna och varför – när språkkunskaperna inte längre har avgörande betydelse?

Man bör också kunna diskutera urvalskriterierna för det material man använder sig av. På vilka grunder väljer man ut de rättsfall man vill diskutera eller den litteratur man önskar konsultera – när tillgängligheten inte längre är ett problem? De svårigheter att utveckla teknologi som kan resonera analogiskt, som jag nämnde tidigare, illustrerar utmaningarna man står inför.

På konkret nivå försiggår sökningen av material, i den enorma mängd som står till buds, med hjälp av algoritmer vilkas funktion forskaren inte nödvändigtvis är helt insatt i. Rättsvetaren borde kunna gå bakom algoritmernas och databasernas och mellanhandoperatörernas¹⁰⁰ draperier för att kritiskt kunna bedöma värdet av vad hen hittat. En ökad transparens vad avser sökmetoderna är ett naturligt krav – men vad detta innebär i ett teknologiskt landskap som förändras snabbt är det svårt att uttala sig om. I *Retfærd* har Henrik Palmer Olsen och Magnus Esmark nyligen på ett intresseväckande sätt under benämningen datalogisk rättsforskning beskrivit i vilken utsträckning algoritmer kan hitta juridiskt centrala domar av den europeiska människorättsdomstolen.¹⁰¹ De noterar att problematiken, hur premissbaserade nätverk kan fungera som bas för rättsdogmatiska undersökningar, fortfarande är i vid utsträckning outforskad.¹⁰²

Att ställa dessa krav – på klarare frågeställningar, tydligare relevans- och urvalskriterier och ökad transparens – kan ännu uppfattas som ett relativt traditionsbundet försök från den dogmatiska rättsvetenskapens sida att anpassa sig till det digitaliserade samhället. Många andra och mer avancerade frågor står framför den forskare som vill utnyttja de nya grepp och möjligheter som skyntar bakom termen big data. Ett arbete med stora korpusar av texter möjliggör uppenbart nya synvinklar också på ”gällande rätt”.

Jag har här skissat ett antal aktuella frågor, men gett få svar: ”Det frågtes blott, det gavs ej svar”¹⁰³. Men detta gäller generellt för vetenskaplig verksamhet: frågorna är ofta viktigare än svaren.

¹⁰⁰ T.ex. Google, Lexis och Westlaw.

¹⁰¹ Henrik Palmer Olsen och Magnus Esmark, *Datalogisk retsforskning: Kan algoritmer finde juridisk centrale domme afsagt af EMD?* 41 *Retfærd* 2018 (nr. 1/160) s. 61–80.

¹⁰² a.a. s. 79.

¹⁰³ Johan Ludvig Runeberg, Sveaborg (ur *Fänrik Ståls sägner*).

Ett svar skall jag likväl försöka mig på. Jag är ganska övertygad om, att våra juristers "rättskälälära" eller bruk av argument kommer att se ganska annorlunda ut om 10–20 år jämfört med i dag, även om man inte i detalj kan förutspå i vilka avseenden. Därför är det bra att diskutera dessa frågor redan nu, så att utvecklingen sker på grundval också av juridikens och rättsvetenskapens behov och inte enbart på basen av teknikens möjligheter.



Professor Palle Bo Madsen, Aarhus Universitet (i mitten). På bilden även professor Jori Munukka, Stockholms universitet och arbetslivsprofessor Tuomas Lehtinen, Helsingfors universitet.

Professor Palle Bo Madsen, Aarhus Universitet

Branchebestemte ”god skik”-reglers rolle – om retsregler og moralregler i erhvervslivet

1. Indledning*

En række love rummer regler med krav om erhvervslivets overholdelse af *god skik*. Der kan være tale om *generelle* god skik-regler gældende for alle former for erhvervsvirksomhed, som vi eksempelvis kender det fra markedsføringsloven (MFL), eller der kan være tale om mere specifikke god skik-regler, der er *specialsyede* til et bestemt erhvervsområde, f.eks. gældende for finansielle virksomheder, advokater, revisorer etc.

Ved siden af denne lovregulering af kravene til god skik, finder vi erhvervslivets *private kodekser* for god optræden – spændende fra Det Internationale Handelskammers (ICC’s) regler for bl.a. reklame og markedskommunikation til særlige branchers egne kodekser for etisk adfærd og optræden på markedet. Disse kodekser håndhæves efter foreningsretlige regler og i udgangspunktet uden indblanding af nogen offentlig myndighed, men kan til en vis grad være normdannede også for den retlige regulering i lovgivningen og domstolenes anvendelse af loven.

For så vidt angår *lovreglerne* om ”god skik” er der tale om en særlig type retsregler (såkaldte *retlige standarder*),¹ som er kendetegnet ved, *at* de retliggør en samfunds- eller sædvanebestemt handlenorm, *at* der er tale om regler med en moralsk-etisk værd,² *og at* de efter omstændighederne kan have såvel offentligretlige som privatretlige retsfølger. Herom handler det følgende.

* Artiklen er tillige optrykt i det danske ”Erhvervsjuridisk Tidsskrift” 2020.

1 Retlige standarder kan som fænomen – i hvert fald – føres tilbage til begrebet *bona fides*, som stammer fra romanistisk retsvidenskab; men den moderne standardlære tog først sin begyndelse i nybrudstiden efter 1. verdenskrig, jf. Palle Bo Madsen: ”Til standardlærens historie”, i TFR 1981, p. 462–471.

2 Begreberne *moral* og *etik* bruges ofte i flæng, og eksempelvis i forarbejderne til den første danske markedsføringslov tales der uspecificeret om lovens ”moralsk-etiske” kriterier, jf. betænkning nr. 681/1973, p. 18. Men hvor moralen ofte er udtryk for en følelse af apriorisk sandhed, er etikken et reflekterende, konsensussøgende middel til at afveje og samstemme forskellige interesser og hensyn – og i dén forstand er den ”moralsk-etiske værd”, som loven forlenes med via god skik-normer, *snarere etisk end moralsk*, jf. Palle Bo Madsen: ”Ret og etik på markedet”, i Lars Nordkov Nielsen (red.): ”Hvor går den etiske grænse” (1998), p. 145–180, særligt p. 150. Når kriterier af denne type tager udgangspunkt i *faglige* standarder inden for et bestemt erhvervs miljø, er der i virkeligheden tale om, hvad der retteligt burde karakteriseres som en *social-etisk* målestok.

2. Almindelige og specielle regler om god adfærd

Hvor kriteriet ”god skik” bruges i retlig sammenhæng, er der tale om et *juridisk begreb*, og hvor dette indgår som rettesnor i en regel, må denne regel derfor opfattes som en *retsregel* (en retlig standard)³ – ikke som en moralregel, uanset at retten kan siges at knytte forbindelse til moralsk-etiske overvejelser.

Brugen af generelle formueretlige adfærdsstandarder, der principielt gælder for alle kontraktforhold og har karakter af *samfundsstandarder*, er velkendt i vores og alle andre sammenlignelige retssystemer (good faith, bonne foi, Treu und Glauben etc.). I dansk ret kræver AFTL § 36, at der i alle aftaleforhold leves op til ”redelig handlemåde”, og i forbrugerforhold (B2C) kræver AFTL § 38 c tillige, at der leves op til ”hæderlig forretningsskik”.⁴ Hvad der nærmere ligger i disse begreber defineres af politikere og domstole i forening, idet politikerne i loven (og ikke mindst dens forarbejder) har givet nogle overordnede dessiner i form af et skelet, som domstolene forventes at give kød og blod i praksis.

De nævnte regler lever i en vekselvirkning med den almindelige *loyalitetspligt* i kontraktforhold, der kan opfattes som en del af aftaleforholdets *naturalia negotii*, og som rummer en pligt til at tage rimeligt hensyn til hinandens interesser. I deliktretten (uden for kontrakt) kan det almindelige ansvarsgrundlag – culpa – tilsvarende ses som en samfundsbestemt adfærdsstandard for, hvordan man skal opføre sig over for andre for ikke at ifalde erstatningsansvar.

Over for disse almindelige samfundsstandarder står de god skik-regler, der har karakter af *branchebestemte* adfærdsstandarder (good practice eller måske best practice/benchmarking). Disse branchestandarder knytter sig til et bestemt fag eller et bestemt erhvervsområde med nogle fælles karakteristika, som kan begrunde, at der for alle udøverne i branchen/erhvervet opereres med nogle fælles adfærdsstandarder, som i et vist omfang adskiller sig fra, hvad der gælder i andre brancher. De branchebestemte (eller *brancherelaterede*) god skik-normer kan ses som specielle udtryk for samfundets almindelige adfærdsstandarder og disses krav om fairness og hensyntagen.⁵

3 *Jan Kobbemagel*: ”Konkurrencens retlige regulering I” (1957), p. 202–210; *Palle Bo Madsen*: ”Markedsret Del 2”, 7. udg. (2019), p. 35

4 Reglen i den danske AFTL § 38 c bygger på art. 3, stk. 1, i direktiv 93/13/EØF om urimelige kontraktvilkår i forbruger aftaler. Art. 3 refererer efter sin ordlyd ikke til nogen ”forretningsskik”, men taler om ”god tro”, hvilket i de danske lovforarbejder udlægges som et krav om ”hæderlig fremgangsmåde”, jf. Folketingstidende 1994–95, Tillæg A, sp. 334–345 og 355–356, og i lovteksten er blevet til ”hæderlig forretningsskik”. I den svenske Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden § 11, stk. 3, tales på lignende vis om ”god sed” (god skik). Der er imidlertid tale om et autonomt EU-begreb, og det skal *ikke* opfattes som en henvisning til en bestemt ”skik” (eller ”sed”), men snarere til et almindeligt krav om fairness/rimelighed/balance. I den engelske, franske og tyske sprogversion af forbruger aftaledirektivet tales om henholdsvis ”good faith”, ”bonne foi” og ”Treu und Glauben”.

5 Som den danske Højesteret med rette fandt anledning til at bemærke i U 2018.2738 H, vil det ikke i sig selv

Fastlæggelsen af en sådan god skik-regel sker i tre faser: I udgangspunktet afgrænses den relevante *branche*, dernæst undersøges det, om der kan konstateres en særlig *skik* i branchen, og til sidst vurderes det, om denne skik i givet fald er *god*, dvs. ”efter sit Indhold fortjener Retsordenens Anerkendelse”.⁶ Konstateringen af en eventuel ”skik” er udtryk for ren *empiri* (faktum), hvorimod vurderingen af, om skikken er ”god” og dermed fortjener retsordenens anerkendelse, baserer sig på en *retlig* vurdering (jus). Den retlige vurdering må her tage udgangspunkt i branchens særlige forhold, herunder det samarbejds- og tillidsforhold som er karakteristisk for relationen mellem netop disse forretningsdrivende og deres kunder eller klienter.

I *deliktretten* spejler branchebestemte god skik-synspunkter sig i den særlige drejning, som det almindelige ansvarsgrundlag (*culpa*) her tager i retning af et *professionsansvar*, hvor *fagets normer* (når de er samfundsmæssigt acceptable) sætter standarden for den adfærd, som med rette kan forventes og forlanges, jf. herved U 1978.653 H.

3. Legale adfærdsstandarder – skik og uskik

Anvendelsen af en *generel samfundsstandard* for god adfærd – såsom ”god markedsføringsskik” og ”god erhvervsskik” i MFL § 3 og § 4 eller ”redelig handlemåde” i AFTL § 36 – sker ved afvejning af alle relevante interessehensyn, såvel private som offentlige. Der er tale om en retlig standard, og afvejningen er baseret på det praktiske livs hensyn, men først og sidst under anvendelse af en samfundsmæssig målestok for god adfærd. Selv om det også her indgår i vurderingen, hvad der kan anses for almindeligt accepteret skik og brug i erhvervslivet, herunder hvilke koder for god adfærd på markedet erhvervslivet selv måtte have vedtaget, fylder *jussen* her mere end *skikken*. Erhvervslivets krav til sig selv vil normalt kunne opfattes som en minimumsstandard, men ikke mere end det.⁷

En *branchebestemt* god skik-regel er ligeledes en retlig standard. Men traditionelt har *skikken* – i hvert fald i udgangspunktet – her fyldt mere i forhold til *jussen*, idet der synes at have været større tilbøjelighed til at lade indholdet af normen bestemme af branchens egen opfattelse og adfærd, end tilfældet er for de mere generelle samfundsregler, der skal dække alle erhvervsområder.⁸ Dette

indebære en overtrædelse af god skik-reglerne, at en virksomhed i et tilfælde, hvor der er *berettiget tvivl* om forståelsen af en aftale, fastholder *sin* opfattelse til den anden parts ugunst – selv om denne opfattelse i sidste ende måtte vise sig at være forkert.

6 *Henry Ussing*: Aftaler, 3. udg. (1950), p. 439, jf. p. 438, i relation til retsordenens anerkendelse af *udfyldende sædvaner* (i betydningen ”enhver Skik og Brug, der er blevet så almindelig”, at den kan lægges til grund).

7 *Palle Bo Madsen*: ”Markedsret Del 2”, 7. udg. (2019) p. 29; *Lennart Lyngge Andersen og Palle Bo Madsen*: ”Aftaler og mellemmand”, 7. udg. (2017), p. 214–215.

8 *Sten Bønsing*: ”Brancheregler og brancheprocess” (2001), p. 18–19.

giver umiddelbart god mening i den forstand, at en særlig brancherelateret norm må være fokuseret på netop denne branches særlige vilkår, og at disse normalt har sat deres tydelige spor i branchens egen skik og brug.

Det som adskiller de *generelle* adfærdsstandarder (sådanne samfundsstandarder, som f.eks. kan findes i aftalelovens og markedsføringslovens generalklausuler), fra de *branchebestemte* god skik-regler, kan lidt firkantet beskrives på den måde, at de førstnævnte *starter og slutter i jussen* (selv om en alment accepteret skik og brug også her kan være en inspirationskilde),⁹ medens de sidstnævnte *starter i empirien* (konstateringen af en faktisk skik) og *slutter i jussen* (som censurerende faktor). I alle tilfælde får jussen imidlertid det sidste ord!

Spørgsmålet er, om de branchebestemte god skik-regler fortsat kan siges at tage udgangspunkt i "skikken". Dette forudsætter i hvert fald, at det er *muligt at identificere* en specifik brancheopfattelse af, hvad der er god skik. Mange brancher er på forskellig vis blevet mindre homogene end tidligere pga. brancheglidninger og større variationer i udbudsformer, distributionsmåder og kommunikationsmidler, hvilket generelt hæmmer sådanne branchers muligheder for at opbygge fælles og alment accepterede normer og dermed gør det vanskeligere at tale om en "skik". I så fald synes der at være behov for adfærdsnormer, som i højere grad fastsættes og formuleres *brancheeksternt* uden binding til en særligt udviklet brancheskik, og brancher af denne type må derfor forlade sig på generelle adfærds- eller god skik-normer (samfundsstandarder), der efter deres indhold gælder for *alle* erhverv – men som i deres konkrete anvendelse stadig vil kunne tage farve efter den aktuelle branches særlige opgaver og funktionsvilkår.¹⁰

Samfundet udvikler sig hele tiden, og forskellige dele af samfundet, herunder de forskellige erhvervsgræne eller brancher, udvikler sig ikke altid i takt. Dette kan på den ene side udlægges som en øget pluralisme, der gør det vanskeligere *ikke* at operere med flere forskelligartede og branchespecifikke normer, men på den anden side er det samfundets (statens) *raison d'être* at fastholde en samlet retsorden med et vist minimum af fælles værdier.¹¹ Øvelsen består derfor i at forene samhørigheden (de samfundsbestemte normer) med respekten for forskellighederne (de brancheudviklede normer).

9 At eksempelvis generalklausulerne i den danske markedsføringslovs § 3 og § 4 begge benytter begrebet "skik" (henholdsvis "markedsføringsskik" og "erhvervsskik"), ændrer ikke herved. Der er i begge tilfælde tale om en objektiv retsnorm, som for § 4's vedkommende knytter sig til EU-begreberne "urimelig handelspraksis" og "erhvervsmæssig diligenspligt", jf. art. 5 i handelspraksisdirektivet (2005/29/EF), og for § 3's vedkommende er en videreførelse af den oprindelige markedsføringslovs § 1, stk. 1, hvis materielle norm vel kan beskrives som et værn af alment anerkendelsesværdige forventninger – i samfundet eller inden for bestemte grupper – til andres optræden på markedet.

10 Jf. definitionen af "god erhvervsskik" i den danske markedsføringslovs § 2, nr. 9, og hertil Folketingstidende 2016–17, Tillæg A, lovforslag 40, bemærkningerne til § 2, nr. 9, hvor der eksplicit anføres at være tale om en standard, der kan variere fra branche til branche.

11 Se (med et lidt andet sigte) *Hans Siggaard Jensen, Peter Pruzan og Ole Thyssen: "Den etiske udfordring. Om fælles værdier i et pluralistisk samfund"* (1990), p. 32–36.

På samme tid er anvendelsen af et god skik-kriterium ikke afhængig af, om der overhovedet kan konstateres en ”skik” eller anden fast praksis på et bestemt område.¹² Kriteriet kan såvel *inkorporere* en allerede eksisterende adfærdsnorm som *udvikle* en sådan norm under retsanvendelsen. Enhver retlig standard – herunder kriteriet ”god skik” – er pr. definition dynamisk og kan ændre sig i takt med ændringer i samfundet eller i branchen, hvorfor jussen også af denne grund ikke kan lade sig begrænse af, hvad man *hidtil* har gjort.

I visse brancher, herunder særligt hvor både *adgang* til og *udøvelse* af erhvervet i øvrigt er indgående offentligt reguleret, vil der typisk være forholdsvis stor homogenitet, og det vil derfor her give bedre mening (fortsat) at operere med specifikke, branchebestemte adfærdsnormer. Det drejer sig navnlig om den *finansielle sektor* (banker, realkreditinstitutter, forsikringsselskaber m.v.), om *liberale erhverv* (f.eks. advokater, revisorer og ejendomsmæglere) samt om *håndværksfag* underlagt særlige sikkerheds- og kvalitetskrav (f.eks. VVS-faget). Også her vil *skikken* dog blive holdt i kort snor af *jussen*, som typisk vil være præget af mere almene samfundsforventninger til det pågældende erhvervsområde.

Under alle omstændigheder skal en ”skik”, selv om den måtte være retliggjort ved at indgå i en god skik-standard, kun respekteres, når og hvis den er ”god”. Dersom en *skik* bliver til *uskik*, skal den væk!¹³ Det sker ved retsordenens bortcensurering af enhver skik, der ikke lever op til de hensyn og intentioner, som den legale god skik-regel har til formål at værne, og selv en nok så fast ”skik” i erhvervslivet (sædvane, praksis eller kutyme) kan reguleres eller tilsidesættes.

En sædvane, handelspraksis eller almindelige skik og brug, som følges fast i branchen, og som er velanset og anerkendt af den relevante brancheorganisation, vil *formodningsvis* være anerkendelsesværdig også for retsordenen og samfundet i sin helhed, og eksemplerne på det modsatte er lykkeligvis kun få. At domstolene ikke ureflekteret lader sig diktere af en brancheopfattelse, kom dog eksempelvis til udtryk i U 1989.325 SH, som omhandlede markedsføringslovens god skik-regel (dagældende § 1, nu § 3). Sagsøgte procederede her på, at der i det hele var handlet i overensstemmelse med, hvad der havde været praksis – kutyme – i branchen i en årrække, men Sø- og Handelsretten fandt – ”uanset hvilken praksis branchen i øvrigt i denne henseende hidtil måtte have fulgt” – at sagsøgtes handlemåde var i strid med god markedsføringsskik.

12 EU-Domstolen har i sag C-388/13: UPC Magyarország (EU:C:2015:225) – ikke overraskende – fortolket handelspraksisdirektivet således, at der kan være tale om en ”urimelig handelspraksis”, selv om den pågældende adfærd kun udøves en enkelt gang og kun over for en enkelt forbruger, således at adfærden ikke er udtryk for nogen ”praksis”. Afgørende må naturligvis være, om virksomhedens adfærd harmonerer med, hvad retsordenen generelt vil være parat til at anerkende som en rimelig praksis/god skik på markedet.

13 *Palle Bo Madsen*: ”Ret og etik på markedet”, i Lars Nordskov Nielsen (red.): ”Hvor går den etiske grænse” (1998), særligt p. 166–167.

4. Offentligretlige adfærdsstandarder – og privatretlige

I udgangspunktet er (legale) branchebestemte god skik-standarder gerne *offentligretlige*, dvs. de er båret af offentlige hensyn, og de er underlagt offentligt tilsyn. Der er imidlertid tale om offentligretlige regler, hvis formål (Schutzzweck) oftest tillige er at beskytte *private interesser*, og som af samme grund har en direkte eller indirekte *civilretlig afsmitning*.

Hvis man ser på de generelle, offentligretlige adfærdsstandarder for erhvervs-livet, som findes i den danske markedsføringslovs generalklausuler (oprindeligt MFL § 1, nu MFL §§ 3 og 4), har det fra lovgivers side klart været hensigten at lave en kobling mellem disse og den aftaleretlige adfærdsstandard (og den konkrete rimelighedskontrol), som vi finder i AFTL § 36.¹⁴ Det samme gælder i relation til ”hæderlig forretningssskik” i forbrugerafter, jf. den danske AFTL § 38 c, der blev indsat i aftaleloven som led i gennemførelsen af forbrugeraftaledirektivet (93/13/EØF, jf. ovenfor i note 4), hvor kravet i direktivets art. 7 om ”egnede og effektive midler” mod urimelige vilkår i forbrugeraftaler er blevet fortolket således, at dette kræver såvel privatretlige som offentligretlige indgrebsmuligheder (hvor det sidste stilles til rådighed i markedsføringsloven).¹⁵ I realiteten sker en sådan kobling ikke alene til de specifikke *lovregler* på aftalerettens område, men også i relation til *ulovbestemte* regler for aftalens fortolkning og gyldighed.¹⁶ Med forbehold for, at den offentligretlige regel bygger på en *gennemsnitlig* vurdering, mens den aftaleretlige bedømmelse er *konkret* rettet mod et bestemt aftaleforhold, så vil den privatretlige inddragelse af hensynet til overholdelse af god skik utvivlsomt i almindelighed tage farve efter den offentligretlige god skik-vurdering.

Hvis man ser på de mere specielle, *branchebestemte* adfærdsstandarder, kan det ligeledes konstateres, at disse smitter af på den aftaleretlige bedømmelse og påvirker kravene til en aftales gyldighed m.v. Det gælder eksempelvis god skik-reglen i LFV § 43,¹⁷ hvorefter *finansiel virksomhed* skal drives ”i overensstemmelse med redelig forretningssskik og god praksis inden for virksomhedsområdet”.¹⁸ Dette er et offentligretligt regelsæt, der er underkastet offentligt tilsyn af Finanstilsynet, som

14 *Palle Bo Madsen*: ”Markedsret Del 2”, 7. udg. (2019), p. 136–141; *Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen*: ”Aftaler og mellemmand”, 7. udg. (2017), p. 244–246; *Lennart Lynge Andersen*: ”Aftalelovens § 36” (2018), p. 459–476.

15 *Palle Bo Madsen*: ”Markedsret Del 2”, 7. udg. (2019), p. 136–137; *Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen*: ”Aftaler og mellemmand”, 7. udg. (2017), p. 232–233 og 242–243.

16 *Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen*: ”Aftaler og mellemmand”, 7. udg. (2017), p. 242–245 og 420–422.

17 Lovbkg. nr. 457 af 24. april 2019 om finansiel virksomhed (med tilhørende bekendtgørelser).

18 Det følger tillige af § 4 i god skik-bekendtgørelsen (bkg. nr. 330 af 7. april 2016 som ændret ved bkg. nr. 1159 af 18. september 2018), at en finansiel virksomhed i sin handelspraksis over for forbrugerne skal udvise ”god erhvervsskik” (sml. MFL § 4).

træffer en traditionel forvaltningsretlig afgørelse, men dersom et kontraktvilkår af Finanstilsynet – eller af Det finansielle ankenævn eller en domstol – betegnes som uforeneligt med LFV § 43,¹⁹ er der utvivlsomt ikke lang vej til også at tilsidesætte vilkåret i medfør af AFTL § 36 (eller § 38 c).²⁰ Det samme gælder for tilsvarende bestemmelser i anden offentligretlig lovgivning.

Se således f.eks. U 1987.699 V om rentetilskrivning på et lån ”i strid med god bank- og sparekassepraksis”, hvilket bevirkede lempelse af renteforpligtelsen i medfør af AFTL § 36. Se også U 1986.602 Ø om en servitut – hvorved en ejendoms nuværende og kommende ejere forpligtedes til at lade en bestemt ejendomsmægler formidle ethvert fremtidigt salg – som fandtes i strid med god forretningsskik efter den dagældende ejendomsmæglerbekendtgørelse og ”herefter” (derfor) blev tilsidesat i medfør af AFTL § 36.

At der dog ikke ureflekteret kan sættes lighedstegn mellem en krænkelse af en offentligretlig god skik-norm og en civilretlig ugyldighed, kan ses i U 2019.3422 H. Her havde et realkreditinstitut i sine aftaler med låntagerne betinget sig en adgang til ensidigt at kunne ændre størrelsen af de bidrag, der skulle betales som en del af ydelserne på lånene, men det var sket på en måde, så aftalen ikke opfyldte kravet i den dagældende bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder. Med specifik henvisning til realkreditinstitutternes særlige forhold (herunder den detaljerede regulering, det omfattende tilsyn og den meget lang løbetid på lånene) fandt Højesteret imidlertid, at den manglende opfyldelse af god skik-normens krav ”ikke i sig selv” kunne føre til at tilsidesætte det omtvistede vilkår i medfør af AFTL § 36 og § 38 c. Da påberåbelsen af vilkåret konkret fandtes sagligt begrundet og ikke i øvrigt urimeligt eller vilkårligt, var der i denne situation ikke grundlag for at tilsidesætte bidragsforhøjelserne.

I relation til et eventuelt *erstatningsansvar* følger det direkte af LFV § 43 a, at handlinger i strid med god skik-reglen i LFV § 43 ”pådrager erstatningsansvar i

19 Håndhævelsessystemet på det finansielle område i Danmark er mangefacetteret. Det *forvaltningsretlige* tilsyn med overholdelse af god skik efter lov om finansiell virksomhed (LFV) udøves af Finanstilsynet, som ikke har direkte søgsmålskompetence til domstolene, men som i tilfælde af, at en kunde kan have lidt tab ved f.eks. krænkelse af god skik-reglen i LFV § 43, underretter Forbrugerombudsmanden, der – ligesom de skadelidte selv – kan anlægge sag om bl.a. erstatning, jf. LFV §§ 348–348 a. Tvister om *private kundeforhold* behandles af det private (men offentligt godkendte) finansielle ankenævn og/eller af domstolene.

20 Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen: ”Aftaler og mellemmand”, 7. udg. (2017), p. 215.

overensstemmelse med dansk rets almindelige regler”.²¹ Dansk rets almindelige erstatningsretlige regler opererer imidlertid i professionelle forhold med et *professionsansvar*, der som almindelig regel bygger på *fagets standard*, herunder iagttagelse af ”god skik” på området, eventuelle branchetiske regler og lignende, og en overtrædelse af offentligretlige normer for god skik vil formentlig i *alle* tilfælde – også uden at en sådan ansvarsregel udtrykkeligt er givet i lovgivningen – oftest være ensbetydende med, at der er handlet culpøst.²²

LFV § 43 a blev indsat i loven ved en lovændring i 2014, efter at ”Udvalget om erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter” i en rapport fra februar 2014 havde anbefalet dette.²³ Forinden havde Højesteret afsagt dom i U 2013.182 H (vedrørende en formueplejeaftale), der må forstås således, at en tilsidesættelse af offentligretlige forskrifter vil kunne tillægges betydning for et eventuelt erstatningsansvar.²⁴ Se tilsvarende U 1996.120 SH vedrørende erstatningspådragelse såvel som tilsidesættelse efter AFTL §§ 33 og 36 ved en banks optræden i strid med den tidligere god skik-regel, som nu er afløst af LFV § 43.

Reglen i LFV § 43 a må derfor siges at slå en åben dør ind, idet retsstillingen i dag *også uden* denne lovregel ville være den, som reglen beskriver. Det samme må gælde på andre retsområder, hvor offentligretlige adfærdsnormer har til formål også at beskytte private interesser og derfor kan indgå i culpabedømmelsen.

Overalt hvor en kommerciel aftalepart måtte søge at *fraskrive sig sit ansvar* ved at indføje en ansvarsfraskrivelsesklausul i sine kontrakter, skal man som regel ikke forvente en sådan aftalt ansvarsfritagelse respekteret af domstolene, dersom der er tale om *tilsidesættelse af branchens eller professionens standard* for god og forventelig adfærd. Fraskrivelse af ansvar for egentlige ”faglige fejl” vil kræve betydelig klarhed i aftalegrundlaget, og professionsfejl vil i øvrigt normalt kunne henføres til *grov uagtsomhed*, som man almindeligvis ikke kan fraskrive sig ansvaret for. Dette hænger sammen med, at der her typisk vil være tale om branchens eller professionens *kerneydelse*, som bl.a. kan være reguleret i en for området gældende ”god skik”-norm.²⁵

21 Bestemmelsen i LFV § 43 a berører ikke de aftaleretlige konsekvenser af, at der handles i strid med § 43.

22 *Sten Bønsing*: ”Brancheregler og brancheproses” (2001), p. 57–64, *Bernhard Gomard*: ”Moderne Erstatningsret” (2002), p. 40–46, og *Bo von Eyben og Helle Isager*: ”Lærebog i erstatningsret”, 9. udg. (2019), p. 125–130.

23 Det skete med henvisning til, at de daværende finansielle ankenævne angiveligt havde været tilbageholdende med at tillægge offentligretlige forskrifter betydning for den erstatningsretlige ansvarsvurdering (culpavurdering). Selv om det daværende Pengeinstitutankenævnet rent faktisk *var* begyndt i højere grad at lave den nævnte kobling mellem tilsidesættelse af offentligretlige forskrifter og statuering af culpaansvar, jf. Pengeinstitutankenævnets årsberetning for 2010, p. 4, så fandt man, at en lovregel herom ville skabe en mere klar retstilstand. Der blev i den forbindelse henvist til den tilsvarende regel i markedsføringsloven (nu MFL § 24, stk. 2).

24 Således også Folketingstidende 2014–15, 1. samling, Tillæg A, lovforslag 73, Almindelige bemærkninger pkt. 2.1.1.1.

25 *Palle Bo Madsen*: ”Aftalte ansvarsfritagelser i erhvervsforhold” i Ugeskrift for Retsvæsen 2018 B, 131–147 (særligt p. 139).

5. Etik & moral (eller retfærdighed) versus jus

Loven har som nævnt via anvendelse af god skik-normer fået tilføjet et moralsk-etisk (eller rettere social-etisk) element, men *dommerens* vurdering må stadig fremstå som rent funktionel ud fra de hensyn og interesser, som ligger bag loven. Og selv om lovgivningens god skik-normer i udgangspunktet er af offentligtretlig karakter, har de som nævnt også en civilretlig side.

Det er her vigtigt at pointere, at *formuerettens* formål – og dermed dommerens opgave i formueretlige sager – helt grundlæggende er at værne *omsætningens sikkerhed*. Dette sker bedst ved at beskytte kontraktparternes *berettigede forventninger*, således at de tør/vover indgå aftaler, og vigtige midler hertil er brugen af god skik-standarder med krav om gensidig loyalitet, oplysningspligt m.v. Gennem et trygt omsætningssystem fremmes den decentrale fordeling af varer og tjenesteydelser, som enhver markedsøkonomi bygger på, og som i hele den vestlige verden antages at være forudsætningen for en effektiv prisdannelse og ressourceudnyttelse.²⁶

En fri og sikker omsætning på et åbent marked ("virksom konkurrence") er samtidig et middel til realisering af den overordnede målsætning for hele *konkurrenceretten*.²⁷ De indgreb i aftale- og konkurrencefriheden, som reelt følger af krav om overholdelse af offentligtretlige eller privatretlige regler om "god skik" på markedet – samt aftale- og erstatningsretlig sanktionering heraf – er således også fremmede for *denne* målsætning (effektivitetsmålsætningen), idet udbud og efterspørgsel kan ske på gennemskuelige og betryggende vilkår til sikring af effektivitet i omsætningen.²⁸

Derimod er det hverken for loven eller for dommeren et mål i sig selv *at højne moralen*.²⁹ Alligevel er det formentlig rigtigt at sige, at *lovens (dynamiske) krav* om overholdelse af god skik ikke alene til en vis grad *bygger på* en eksisterende moralsk-etiske opfattelse af, hvordan man bør opføre sig, men også bliver *moralisk-etisk*

26 Fra et økonomisk perspektiv må det antages, at markeds kræfterne som udgangspunkt vil sikre størst effektivitet og forbrugervelfærd, dersom aftaleindgåelse og -opfyldelse på markedet sikres gennem frie, trygge og tillidsskabende rammebetingelser, herunder beskyttelse af markedsaktørernes berettigede forventninger. Såkaldte "*markedsfejl*" kan dog bevirke, at markeds mekanismerne forvrides, så der ikke uden videre opnås maksimal samfundsmæssig efficiens og velfærd. Markedsfejl på udbudssiden (i erhvervslivet) kan eksempelvis være overdreven *markeds magt* (herunder monopoldannelser, karteller m.v.) eller *asymmetrisk information* (som kan skabe tilsvarende ubalance og usikkerhed i omsætningen). Her kan der efter omstændighederne være behov for særlig offentlig intervention (via konkurrenceretten, via diverse informationskrav, via adfærdskodekser etc.) med henblik på at sikre *markedslige vægt*. God skik-regler kan være et egnet middel også i dette perspektiv.

27 *Palle Bo Madsen*: "Markedsret Del 1", 7. udg. (2018), p. 54–57 (om effektivitetsmålsætningen).

28 *Bernhard Gomard*: "Introduktion til obligationsretten" (1979), p. 47–48 (om fri konkurrence og rimeligheds censure af aftaler).

29 "der kan aldrig lovgives om etik og moral, kun på grundlag af etik og moral", jf. (i anden sammenhæng) *biskop Marianne Christiansen*: "Global etik", i Steen Hildebrandt og Lars Josephsen (red.): "Globale mål" (2019), p. 44.

normdannende ved at sætte standarder for en acceptabel adfærd. De fleste af os – også erhvervsledere – ønsker både at *fremstå som* og at *være* ordentlige og anstændige mennesker. Loven er derfor ikke bare noget, som skal *adlydes* for ikke at blive mødt med retlige sanktioner, men også noget som påvirker den indre motivation og derigennem har en *opdragende* funktion. Sagt på en anden måde: Loven er ikke alene *disciplinerende*, men bliver – hvis den har eller opnår folkelig klangbund – også *dannende* på et aretligt plan.³⁰ Ret og moral/etik fungerer på denne måde i en form for samspil, men kun hvor hensyn af sidstnævnte art af lovgiver er integreret i retten som en del af denne, bliver de *juridisk* interessante.

At være ordentlig/redelig/god – og i almindeligt omdømme blive opfattet således – kræver mere end blot lovlydighed. Vi stiller alle moralsk-etiske krav til hinanden, som ikke opfanges af eller indlemmes i de gældende *retlige* regler eller standarder. Dette har at gøre med traditioner, almindelige omgangsformer, social accept etc., som kan være afgørende for, om man indgår i en social samhørighed, men som principielt ikke rummer noget *juridisk* issue. Der er her tale om *social normer*, men ikke om *retsnormer*, og sådanne normer skal ikke håndhæves eller sanktioneres retligt. Moralsk-etiske hensyn bliver kun en del af *retten* i netop det omfang og af netop de grunde, som lovgiver har valgt at retliggøre – og selv da kun som retlige ledetråde (standarder), aldrig som kategoriske imperativer.

På den anden side vil en ”ret” (jus) uden noget social-etisk fundament let blive opfattet som en *uret*. Lovgivningen i et demokrati skal helst på én gang opfattes som *både legitim* (være almindeligt anerkendt) og *legal* (håndhæves som en del af retsordenen).

Undertiden ses relationen mellem *ret og moral* (om)formuleret som et forhold mellem *ret og retfærdighed*, hvor retfærdighedsbegrebet da udtrykker et basalt retligt vurderingsprincip, som kræver dels formel lighed (det lige skal behandles lige), dels materiel lighed (hvor kriterierne for ”lighed” kan skifte med tiden, livsforholdene og moralopfattelsen). Også sådanne retfærdighedshensyn har dog kun deres plads i dommerens og andre myndigheders anvendelse af en ”god skik”-norm, i det omfang og på den måde det politisk er fastlagt eller forudsat i lovgivningen.³¹

Grænsen mellem retsregler og moralregler er på ingen måde altid let at trække, navnlig ikke hvis man overlades til en retlig standard som eksempelvis ”god skik”; men den er af stor principiel vigtighed. De dage, hvor ret kunne *sættes lig* moral (og/eller religion), er i hvert fald i vores del af verden ovre for flere generationer siden.

30 Alf Ross: ”Om ret og retfærdighed” (1953), p. 78: ”Retsinstitutionerne hører med til de miljøfaktorer der former de individuelle moralske forestillinger”.

31 Alf Ross beskæftigede sig i ”Om ret og retfærdighed” (1953) med *rettens* forhold til såvel *moral* som *retfærdighed*, og han fornægtede ikke blot *moralen* i retten (jf. småtrykket nedenfor), men også *retfærdigheden* i den her nævnte forstand. ”Retfærdighed” var ifølge Ross simpelthen udtryk for *korrekt regelanvendelse* (modsat vilkårlighed), og ”retfærdighed” kunne ifølge Ross *aldrig* være en *retlig målestok* (”et højeste kriterium, hvorefter rettens regler kan bedømmes”), jf. Ross l.c., p. 365.

Store *retsfilosoffer* har i tidens løb ofret megen tid og energi på forholdet mellem ret og moral. Trods tilsyneladende store forskelligheder i opfattelsen af, hvad ”ret” egentlig er, synes den gennemgående lære – når alle ordene koges ned til en bouillonterning – at være, at ret og moral er uløseligt forbundne i den forstand, at retten nødvendigvis må have en social og moralsk-etisk klangbund for at sikre sin legitimitet, men at retten og moralen samtidig er afgørende principielt forskellige i den forstand, at kun retten sanktioneres med retsordenens magtmidler.

Konflikten mellem to af det 20. århundredes store retsfilosoffer – britiske *H.L.A. Hart* (1907–1982) og amerikanske *Ronald Dworkin* (1931–2013) – illustrerer dette. *Hart* argumenterede – bl.a. inspireret af østrigsk-amerikanske *Hans Kelsen* (1881–1973) – for at *adskille* ret og moral, men placerede samtidig lovens sekundære regler i en *social kontekst*, hvor rettens legitimitet (i modsætning til Kelsens abstrakte ”Grundnorm”) skulle søges i borgernes *genkendelse og godkendelse* af eksisterende sociale normer (the rule of recognition).³² I Harts optik var ”law and morality” med andre ord ”different but related social phenomena”.³³ *Dworkin* var i opposition til *Hart* og anså det for *umuligt at adskille* ret og moral. Samtidig anså han det for principielt muligt i den enkelte sag at nå frem til en entydigt ”rigtig” løsning ved fortolkning af *loven* i bred forstand *eller* om nødvendigt ved at søge tilflugt i et sæt supplerende *moralske* principper.³⁴ *I realiteten* var de begge på hver deres måde *retspositivister*, men *nuancerede* positivister og med en forskellig opfattelse af, hvad der er med til at definere *retten*.

Danske *Alf Ross* (1899–1979) – der lige som *Hart* var stærkt inspireret af *Kelsen* (og dennes ”Reine Rechtslehre” fra 1934) samt siden tillige af svenske *Axel Hägerström* (1868–1939) – advokerede stærkt for adskillelse af ret og moral i et forsøg på at *videnskabeliggøre* juraen.³⁵ *Dels* gik *Ross* (og resten af den såkaldte ”skandinaviske realisme”) dog utvivlsomt for langt i sin benægtelse af ethvert moralsk-etisk islæt i

32 *H.L.A. Hart*: ”The Concept of Law” (1961), 3. edition 2012, p. 100–110 og 263–266.

33 Forordet til *H.L.A. Hart*: ”The Concept of Law” (1961).

34 *Ronald Dworkin*: ”Law’s Empire” (1986).

35 *Alf Ross*: ”Om ret og retfærdighed” (1953). Den i bogen fremlagte ”analytiske retsfilosofi” er i det hele udtryk for det grundsyn, at *retsvidenskaben* bør opbygges efter samme mønster som ”al anden moderne videnskab” (med et krav om ”renhed”), hvilket navnlig kræver adskillelse fra al (rets)politik, jf. *Ross l.c.*, p. 3 smh.m. bl.a. p. 405–415. ”Den ansvarlige praktiker” (dommeren) står dog også ifølge *Ross (l.c., p. 414)* i en anden situation end ”teoretikeren” (retsvidenskabsmanden), idet *praktikeren* må tage alle den konkrete sags hensyn i betragtning.

retsvidenskaben,³⁶ *dels* åbnede Ross' deskriptive retskildelære og hans empirisk funderede prognoseteori reelt for, at *hvad som helst* kunne være en retskilde, hvis det rent faktisk øvede indflydelse på dommerens retsopfattelse.³⁷ Selv om en hel generation af danske jurister (inkl. forfatteren til denne artikel) er vokset op med Ross' lære som sin juridiske børnelærdom, har Ross vistnok i dag ikke længere mange helhjertede disciple.

Kendetegnende for dansk ret og retsvidenskab i dag er snarere den *pragmatiske* realisme,³⁸ som A.S. Ørsted (1778–1860) introducerede allerede ved starten af 1800-tallet.³⁹ Denne lære afviser, at "Retslæren" kan bygge umiddelbart på "Dydelæren", eftersom *retsbegrebet* "kun har Hensyn til udvortes Handlinger" og derfor ikke kan basere sig på en "indvortes" morallov.⁴⁰ Samtidig mente Ørsted dog, at retsbegrebet støttede sig "indirekte paa den moralske Lov".⁴¹ Han afviste således principielt ikke moralens indflydelse på retten, men så "Retslæren" som et sæt *selvstændige* pligtenormer, der udviklede sig i en *vekselvirkning* "mellem det etiske og juridiske Princip".⁴² Herved sikredes en social tilpasning af retten, så den kunne udvikle sig i overensstemmelse med folkets levende retsfølelse. (Man aner en forbindelse til tyske *Friedrich Carl von Savigny* (1779–1861) og dennes "Volksgeist").

Ud over at moralsk-etiske hensyn ikke helt sjældent indgår i det politiske grundlag for selve lovgivningsarbejdet, giver loven tillige via anvendelsen af god skik-regler (og andre retlige standarder) hjemmel for en moralsk-etisk dimension i *dommerens* arbejde, dvs. i *retsudøvelsen* – i det omfang lovgiver har besluttet dette. Dommeren

36 Et standpunkt som var godt hjulpet på vej af Ross' personlige vendetta mod den lidt ældre kollega Frederik Vinding Kruse (1880–1963), der havde en mere normativ tilgang til retsbegrebet (og ifølge Ross genoplivede naturretten), jf. *Jens Evald*: "Alf Ross – Et liv" (2010), bl.a. p. 161–163, og *samme*: "Frederik Vinding Kruse" (2005), p. 304–307.

37 *Alf Ross*: "Om ret og retfærdighed", p. 92.

38 Ikke forstået som en bestemt videnskabsteori, men i almindelig sproglig forstand som en *praktisk* tilgang til retten og retsvidenskaben. En nordisk pragmatisme kan i denne forstand føres tilbage til danske A.S. Ørsted og norske *Anton Martin Schweigaard* (1808–1870), jf. *Jens Evald og Sten Schaumburg-Müller*: *Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære* (2004), p. 69–70, jf. p. 84–99.

39 *Anders Sandøe Ørsteds* mest fremstående værker er "Eunomia" i fire bind (1815–1822) samt "Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed" i seks bind (1822–35), men grundstenen til hans opfattelse af forholdet mellem ret og moral blev lagt allerede i et tidligt ungdomsskrift: "Over sammenhængen mellem Dydelærens og Retslærens Princip" (1798).

40 A.S. Ørsted: "Over Sammenhængen mellem Dydelærens og Retslærens Princip", *Andel Del*, p. 107.

41 A.S. Ørsted l.c. p. 125.

42 A.S. Ørsted l.c. p. 145. Selv om *Alf Ross* gjorde en dyd ud af at påpege *forskellighederne* mellem ret og moral – og forviste den individuelle moral fra rettens sociale fællesskab – anerkendte han også, at de to dele står "i indbyrdes vekselvirkning", jf. *Ross*: "Om ret og retfærdighed" (1953), p. 77 ff., samt ovenfor i note 30.

overlades så at sige en del af lovgivers rolle ved i praksis at skulle udfylde disse mere vage standarder. Derfor er det vigtigt at holde sig for øje, at domstolene i deres anvendelse af god skik-normer skal holde sig inden for *lovgivningens* rammer, samt at retten og hele det retlige sanktionssystem – med Ørstedes ord – kun vogter over ”udvortes Handlinger” og hverken skal være moralens vogter eller tankepoliti.

6. Om at dømme og fordømme – og om at skabe præjudikater

Tilbage står, at en dommer skal *dømme* (efter loven), *ikke fordømme* (efter moralen).⁴³ Kun hvor moralsk-etiske (eller rettere social-etiske) hensyn er inkorporeret i loven – f.eks. i form af en god skik-standard – og dermed er blevet *retliggjort* på en måde, så de ved hjælp af juridisk metode kan identificeres og afgrænses i overensstemmelse med lovgivers intentioner og dermed er egnet til at blive sanktioneret af retsordenen, bør en dommer forholde sig til dem.

At noget er moralsk-etisk kritisabelt eller ufint, er ikke det samme som at sige, at det er retsstridigt. En sjældnen gang ses domstolene imidlertid at overskride *the thin line* mellem at *dømme* og *fordømme*. Se f.eks. U 1992.327 SH, hvor Sø- og Handelsretten om en erhvervsdrivendes adfærd udtalte, at den ”ikke til fulde lever op til den pligt til loyalitet”, som påhvilede den pågældende, og derfor ”for så vidt er kritisabel”, men hvor der alligevel ikke fandtes ”fuldt tilstrækkeligt” grundlag for at fastslå, at der var handlet i strid med god skik-reglen i markedsføringslovens generalklausul.

I en utrykt dom af 9. november 2007 (sag V-5-06) karakteriserede Sø- og Handelsretten tilsvarende et bestemt forhold i VVS-branchen som ”uheldigt og kritisabelt”, ligesom det sagsøgte firma blev belært om, at det ”burde næppe” have optrådt som sket, men dommens resultat blev desuagtet en frifindelse. Hvor den *retlige* vurdering i sidste ende ikke kan føre til domfældelse, bør dommeren lade den moralske pegfinger forblive i lommen!

Dette er imidlertid ikke altid nemt, idet den opregning og afvejning af *pro et contra*, som sker i en doms præmisser, ofte naturligt må nævne og forholde sig også til eventuelle kritisable forhold, selv om disse i sidste ende viser sig ikke at være afgørende. I en højt profileret dansk sag om prospektansvar i forbindelse med en aktieemission, jf. U 2002.2067 H (Hafnia-sagen), hvor der var nedlagt påstand om ophævelse af aktiekøbet og om erstatning med henvisning til et uretvisende børsprospekt, tog Højesteret udgangspunkt i, at et børsprospekt i henhold til de dagældende børsretlige regler skulle udarbejdes – og relevante oplysninger gives – i overensstemmelse med ”god prospektskik”. Højesteret fandt, at det havde været

43 *Palle Bo Madsen*: ”Ret og etik på markedet”, i Lars Nordskov Nielsen (red.): ”Hvor går den etiske grænse” (1998), p. 145–180, særligt p. 146 og 152.

”rigtigst” i prospektet at oplyse om en bestemt klausul, selv om den kun meget usandsynligt ville blive aktuel, ligesom nogle krav opstillet af Finanstilsynet var så usædvanlige, at de ifølge Højesteret ”burde have været oplyst i en fondsbørsmeddelelse. Desuagtet fandt Højesteret imidlertid *ikke*, at ”den kritik, som på enkelte punkter kan rettes mod prospektet, var *så væsentlig* i det samlede billede, at projektet som følge heraf led af sådanne mangler, som kunne give grundlag for et erstatningsansvar.⁴⁴

Dette vil efter omstændighederne kunne opfattes som en form for ekstralegal kritik, der får karakter af en *reprimande* til den part, som er blevet frifundet! Her må man dog holde fast ved, at der ikke inden for retsordenens rammer kan blive tale om en moralsk domfældelse. Derimod kan overvejelser af moralsk-etisk art finde udtryk i en doms præmisser, hvor – og *kun* hvor – det er nødvendigt for at redegøre for de *retlige kriterier* og den *retlige afvejning*, som lægges til grund.

For så vidt angår Højesteret kan det i dag siges, at der med den danske domstolsreform i 2007 (og den senere 2014-ændring), hvor Højesterets hidtidige status af appeldomstol blev ændret til en *præjudikatdomstol*, er blevet skabt bedre rammer for i en sag at kunne udpege forhold, som i almindelighed kan være betænkelige eller i hvert fald vil kunne indgå i den retlige bedømmelse, uden at de nødvendigvis i den konkrete sag har været graverende, endsige afgørende. Herved har Højesteret fået særlig mulighed for i en sag om en given ”god skik”-norm at forme denne norm gennem formulering af nogle principielle og generelle retlige ledetråde løsrevet fra sagens konkrete bevisligheder – med deraf følgende mindre risiko for at virke fordømmende over for den konkrete sags parter.⁴⁵ *Andre retsinstanser*, der fungerer som 1. instans eller som appeldomstol, har ikke samme mulighed for at skille det principielle fra det aktuelle i en forelagt sag. De risikerer derfor i højere grad, når der statueres krænkelser af en ”god skik”, at blive opfattet som både dømmende og fordømmende – eller i tilfælde af en modstræbende frifindelse som *blot* fordømmende.

44 Det kan muligvis diskuteres, om det væsentlighedskriterium, som anvendes i dommen, relaterer sig til *ansvarsgrundlaget* (graden af kritisabel adfærd) eller til *kausalitetskravet* (årsagsforbindelse mellem fejl og tab), idet markedet efter alt at dømme ikke ville have reageret mærkbart på de korrekte oplysninger. Se om dommen *Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff*: ”Efter Hafnia”, i U 2012 B, p. 437–448.

45 Højesteret har generelt i sin præmisudformning taget den præjudikatskabende rolle på sig, således at retten nu ”tilstræber at give en begrundelse, som kan læses selvstændigt – altså uden bagvedliggende sagsfremstilling mv. – ved i præmisserne at skrive det, der skal til, for at forstå sagens principielle og generelle spørgsmål og begrundelsen for resultatet på baggrund af en fremstilling af retsgrundlaget på området”, jf. *Børge Dahl og Jens Peter Christensen* i Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen m.fl.: ”Retsplejeloven 100 år” (2019), p. 635.



Lektor, ph.d. Katerina Mitkidis, Aarhus Universitet

Lektor, ph.d. Katerina Mitkidis, Aarhus Universitet

Kontraktbestemmelser om bæredygtighed og disses håndhævelse gennem en tredjemandsaftalekonstruktion¹

1. Hvorfor er der brug for kontraktbestemmelser om bæredygtighed?

Vi lever i en verden præget af store uligheder. Den økonomiske ulighed er måske den mest synlige. Ofte går den økonomiske ulighed hånd i hånd med en ulighed på det sociale område, der igen ofte er i følgeskab med et lavt miljøbeskyttelsesniveau eller en manglende kapacitet til overhovedet at varetage miljøbeskyttelseshensyn. Vi taler om industrilande (i-lande) og udviklingslande (u-lande) ud fra den forestilling, at i-lande er stærkere ikke kun økonomisk, men også i forhold til at sikre menneskerettigheder og varetage miljøbeskyttelse. Længe har man i denne diskussion glemt i-landenes og mere præcist deres forbrugeres medvirken til at opretholde eller endog forværre den lave sociale og miljømæssige tilstand i u-lande. Dette er dog kommet mere i fokus i de seneste årtiers offentlige debat.

Forbrugere i i-lande vil gerne have et stort udvalg af produkter på deres marked til en lav pris, men samtidig vil de stadig oftere have, at varer, som de køber, er produceret på en ansvarlig måde. På den ene side er i-landenes forbrugere meget kritiske over for de virksomheder, som har lavere standarder på menneskerettigheds- og miljøområdet, end i-landenes forbrugere som udgangspunkt forventer, og på den anden side ønsker de at belønne virksomheder, som gør en indsats for at leve op til eksisterende standarder. Der er en formodning om, at forbrugerne overfører deres holdninger til deres købsadfærd. Da varer i dag ofte produceres i internationale forsyningskæder, presser forbrugere i i-lande deres virksomheder til ikke kun at opføre sig ansvarligt, men også til at påvirke deres udenlandske datterselskaber, aftalepartnere og andre medlemmer af deres forsyningskæder til at gennemføre ansvarlige produktionsmetoder.

Da virksomhederne frygter et negativt omdømme og de konsekvenser på markedet, det vil få, hvis de eller deres forsyningskæder kommer til at krænke moralske

¹ Dette bidrag er baseret på Katerina Mitkidis, "Enforcement of sustainability contractual clauses in supply chains by third parties", i V. Ulfbeck, A. Andhov og K. Mitkidis, *Law and Responsible Supply Chain Management Contract and Tort Interplay and Overlap*, Routledge, 2019.

forventninger eller måske ligefrem overtræder lovgivningen, vil de ofte reagere på forbrugernes pression. Det er dog ikke nemt for en virksomhed at styre disse risici i ofte lange, internationale forsyningskæder, der er underlagt forskellige jurisdiktioner, forskellige brancher og befinder sig på forskellige produktionsstadier. Kontraktbestemmelser om bæredygtighed anvendt i forbindelse med leveringsaftaler har på den baggrund udviklet sig som et muligt værktøj.

2. Kontraktbestemmelser om bæredygtighed

Begrebet 'kontraktbestemmelser om bæredygtighed' (eller på engelsk 'sustainability contractual clauses' – SCC'er) kan forstås som kontraktbestemmelser om sociale og/eller miljømæssige forpligtelser, som ikke er direkte relevante for kvalitet eller mængde af det produkt, der skal leveres i henhold til kontrakten. En typisk kontraktbestemmelse om bæredygtighed foreskriver, at leverandøren ikke må bruge børnearbejde, når han producerer varer for en bestemt køber. Vi kan se, at en sådan bestemmelse ikke er knyttet til opfyldelsen af kontrakten. Med andre ord vil en iagttagelse af bestemmelsen ikke påvirke de leverede varers kontraktmæssighed. Hvis vi, for eksempel, taler om en leveringskontrakt for sko, ville varen se ud på samme måde, uanset om den er produceret af børn eller ej. Vi kan ikke se på de leverede produkter, om SCC'erne er blevet overholdt. Dette afspejler SCC'ers karakter som kontraktlige bestemmelser, der forfølger langsigtede forretningsmål og offentlige interesser, men som ikke direkte er forbundet med det forretningsmæssige mål – profit. Det er ikke de kontraktlige parter, der drager fordel af SCC'er. Det er en uafhængig tredjepart, ofte en leverandørs medarbejder eller en borger, der bor i nærheden af produktionsfaciliteterne. Dette gør det svært at håndhæve SCC'er.

Spørgsmålet er – hvor står lovgivningen, når vi taler om SCC'er? Hvorfor er det private kontrakter, der beskytter offentlige interesser, såsom sociale og miljømæssige hensyn? Traditionelt set har det været statens ansvar at beskytte disse interesser. Men globaliseringen i den internationale handel har resulteret i en mangel på juridiske værktøjer til en effektiv regulering af kommercielle aktiviteter på tværs af landegrænser. International ret er ikke direkte bindende for borgere og virksomheder, og national ret er geografisk afgrænset. Regeringer i u-lande vil eller kan ikke håndhæve deres internationale forpligtelser. Derfor overlades det til virksomhederne at regulere sig selv.²

² Der er flere globale internationale 'soft law'-instrumenter, der regulerer virksomheders sociale- og miljømæssige ansvar. De kan imidlertid ikke håndhæves direkte af domstolene, og de anvendes derfor mest frivilligt. Endvidere kan de være mere effektive end 'hard law', men denne diskussion ligger uden for rammerne af dette bidrag.

Brugen af kommercielle kontrakter til reguleringen af internationale forsyningskæder er blevet et udbredt fænomen. Undersøgelser viser, at næsten tre fjerdedele af de største globale virksomheder bruger deres kontrakter til at regulere deres partners miljømæssige og sociale adfærd.³ Med styrkelsen af juridiske CSR-rapporteringsforpligtelser⁴ og vedtagelsen af internationale soft law-forpligtelser kan vi imidlertid forvente, at antallet af SCC'er vil stige i fremtiden.

Spørgsmålet er, om kontrakter er de bedste værktøjer, vi har, herunder hvorfor vi mener, at de er det. Der kan opstilles to formodninger vedrørende SCC'er, som begge formentlig er forkerte. Den første er, at SCC'er har større legitimitet end andre mulige reguleringsværktøjer, som for eksempel industriel selvregulering. Denne antagelse er baseret på princippet om aftalefrihed. Kontrakter er resultater af forhandlinger mellem to kommercielle, i princippet lige parter. Det forholder sig dog ofte ikke sådan. Kommercielle kontrakter og især kontrakter i internationale forsyningskæder er ofte ensidigt pålagt, idet en stærkere part (f.eks. en køber fra et i-land) stort set kan diktere betingelserne for det kommercielle forhold til den svagere part (f.eks. en leverandør fra et u-land).⁵ Desuden kan der sættes spørgsmålstejn ved legitimiteten af kontrakter, der regulerer en tredjeparts rettigheder, når denne tredjepart står uden for det kontraktmæssige forhold. En sådan tredjepart har aldrig udtrykt sin accept af kontraktens indhold. Derfor kan virksomheder, dybest set, selv fastsætte og beslutte, hvornår og hvordan de aftalte regler skal håndhæves, og det harmonerer ikke med den almindelige forståelse af demokratisk legitimitet.

Den anden formodning vedrørende SCC'er er, at de kan håndhæves ved brug af traditionelle kontraktmæssige beføjelser, det vil sige naturalopfyldelse (omlevering eller afhjælpning af manglen), skadeserstatning eller ophævelse af kontrakten. Som tidligere anført kan vi ikke på de leverede produkter se, om SCC'erne er blevet overholdt eller overtrådt. Når vi for eksempel taler om tvangsarbejde, er det urealistisk at tale om omlevering eller afhjælpning. "Skadeserstatning på grund af en parts misligholdelse består af et beløb, der svarer til det tab, herunder tabt fortjeneste, som den anden part har lidt som følge af misligholdelsen."⁶ Det ville højst sandsynligt være umuligt at bestemme køberens tab på baggrund af sælgerens

3 Brugen af miljømæssige SSC'er er steget fra 61 % i 2012 (K. Peterkova, "Using Private Contracts for Climate Change Mitigation", *Groningen Journal of International Law*, Vol. 2(1), 2014) til 73 % i 2017 (EcoVadis and Affectio Mutandi Sustainability Clauses in Commercial Contracts: The Key to Corporate Responsibility. 2018 Study of CSR Contractual Practices Among Buyers and Suppliers), mens brugen af menneskerettighedsrelaterede SCC'er er steget fra 52 % i 2012 til 72 % i 2017 (K. Mitkidis et al., "Tendencies in contractual governance to promote human and labour rights in transnational supply chains", *Competition & Change*, (2019) Vol. 23(4)).

4 Direktiv 2013/34/EU om årsregnskaber, konsoliderede regnskaber og tilhørende beretninger for visse virksomhedsformer ('regnskabsdirektiv') som ændret ved direktiv 2014/95/EU, artikel 19a.

5 Allerede i 1943 pegede Kessler på kontrakter som en ensidig regulering snarere end en gensidig aftale mellem to parter. F. Kessler, "Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract", *Columbia Law Review*, (1943) 43(5), 629–642, s. 640.

6 CISG, Art. 74.

misligholdelse af en SCC. Den mest effektive beføjelse for køberen vil derfor sandsynligvis være at ophæve kontrakten. Dette er dog ikke i overensstemmelse med formålet med SCC'erne. Dette kan illustreres ved følgende eksempel. Hvis en flod i et u-land forurenes som følge af en nærliggende kemisk produktion, betyder ophævelsen af kontrakten ikke, at forureningen hos leverandøren ophører. Tværtimod betyder det, at køberen ikke kommer til at bidrage til en afhjælpning af forureningen, og at han ved at ophæve kontrakten i stedet vil unddrage sig et eventuelt fremtidigt ansvar.

Men selv hvis de eksisterende kontraktmæssige beføjelser kunne anvendes i forhold til SCC'erne, vil køberen mangle motivation til at håndhæve SCC'erne. Det vil være næsten utænkeligt, at køberen, som i vores scenarie er virksomheder i i-lande, vil indlede en retssag mod sine leverandører, hvilket der er flere grunde til. For det første, vil en køber ved at indlede en retssag mod en af sine leverandører tiltrække sig offentlig opmærksomhed (herunder også mediernes opmærksomhed) i forhold til sin forsyningskædes overtrædelse af sociale og/eller miljøstandarder. For det andet vil køberens profit ikke være i fare, i det mindste ikke direkte, når sociale og/eller miljøstandarder overtrædes. Køberen kan stadig sælge eller bruge den leverede vare, som han plejer. Selvfølgelig er der en fare for, at overtrædelsen bliver afsløret, og for mange virksomheder går en sådan overtrædelse direkte imod deres forretningsstrategi og -profil. Men oftest vil køberen prøve at løse situationen ved brug af relationelle midler – han vil prøve at tale med leverandøren, hjælpe ham og mere klart gøre opmærksom på vigtigheden af at iagttage sociale standarder og miljøforeskrifter. Som en sidste udvej må køberen ophæve kontrakten. En sådan løsning hjælper dog ikke den enkelte tredjepart, som skulle beskyttes med SCC'erne.

Det er derfor de tredjeparter, som normalt er beskyttet af SCC'er, som har en stærkere motivation til at håndhæve disse kontraktlige bestemmelser. Det er deres leve- og arbejdsvilkår, der står på spil. Det er i det lys, at jeg mener, at der er grundlag for at genskabe muligheden for at bruge tredjemandsaftalekonstruktionen som et muligt håndhævelsesværktøj.

3. Tredjemandsaftaler og kontraktbestemmelser om bæredygtighed

Aftalers relativitet er et af de førende principper i nordisk aftaleret.⁷ Dette princip betyder, at kontraktparter ikke kan forpligte en tredjemand gennem deres aftale, men de kan vælge at tildele en tredjemand en særlig ret. Denne mulighed har været anerkendt af domstolene i alle de nordiske lande.⁸ Tredjemandsaftaler, hvor

7 O. Lando et al., Restatement of Nordic Contract Law, DJØF, 2016, s. 306.

8 O. Lando et al., Restatement of Nordic Contract Law, DJØF, 2016, s. 305–312.

tredjemand umiddelbart erhverver en ret gennem en aftale mellem to andre parter, kan typisk anvendes i bygge- og anlægsret. Et eksempel kan være en situation, hvor en kunde vil have bygget et hus. Kunden indgår en kontrakt med et byggefirma (en hovedentreprenør), som skal bygge huset, og til hvem kunden skal betale. Hovedentreprenøren overdrager VVS-arbejdet til en underentreprenør. Hvis kunden ikke er tilfreds med VVS-arbejdet, efter at huset er færdigt, og pengene for arbejdet er betalt til hovedentreprenøren, har kunden i visse tilfælde et direkte krav mod underentreprenøren, selvom han ikke er i direkte kontraktforhold med ham.

Muligvis kan tredjemandsaftalekonstruktionen på lignende måde bruges til at beskytte tredjemands interesser i forbindelse med SCC'er. For eksempel i en situation, hvor en stor virksomhed med hovedkontor i EU køber varer fra en leverandør i det østlige Asien, og de to firmaer i deres kontrakt inkluderer en bestemmelse om, at leverandøren er forpligtet til som minimum at betale en lovbestemt mindsteløn til alle sine medarbejdere, kan en medarbejder, som får betalt mindre end den lovbestemte mindsteløn, have et direkte krav imod køberen. Selvom dette ser ud til at være en plausibel mulighed for at 'give teeth' til SCC'er, så er der mangfoldige udfordringer, som skal overvindes først. Nogle af de vigtigste diskuteres nedenfor.

For det første må tredjemand tilkendegive, hvilken konkret ret han har ifølge kontrakten mellem køberen og leverandøren. Det kan være vanskeligt i tilfælde af SCC'er, der ofte er vagt formulerede. Dette var også grunden til, at den såkaldte Walmart-sag i USA ikke faldt heldigt ud.⁹ I denne sag søgte medarbejderne (repræsenteret af International Labor Rights Fund) hos en af Walmarts leverandører Walmart for ikke at have beskyttet deres interesser, således som Walmart havde forpligtet sig til at gøre i deres 'Standards for Suppliers', der var inkorporeret i leveringsaftalen. Ifølge sagsøgerne havde Walmart specifikt forpligtet sig til regelmæssigt at revidere leverandørens overholdelse af arbejds- og menneskeretlighedsstandarderne. Men retten afgjorde, at ordlyden i 'Standards for Suppliers' kun gav mulighed for og ikke forpligtede Walmart til at gøre det.¹⁰ Således fandt retten ikke, at der var tildelt leverandørens medarbejdere nogen konkret ret. I andre tilfælde har domstolene imidlertid været mere kreative, når det handlede om at finde en tredjeparts ret. For eksempel blev muligheden for at lukke en racerbane udvidet til en forpligtelse til at gøre det i tilfælde af dårlige vejrforhold.¹¹ Førerne af racerbilerne kunne efterfølgende håndhæve deres ret som tredjemænd i kontrakten mellem racerbanens ejer og motorsportens sanktionsorgan.

Kravet om, at der skal foreligge en konkret ret, kommer også til diskussion, når vi står over for en kontraktbestemmelse, som ikke udtrykkeligt tildele en ret (positiv forpligtelse), men kun kræver, at ingen påføres skade (negativ

9 Doe v. Wal-Mart Stores, Inc., 572 F.3d 677 (9th Cir. 2009).

10 Decision in the Walmart case, s. 684.

11 Wolfgang v. Mid-America Motorsports, Inc., 111 F.3d 1515, 1524 (10th Cir.1997).

forpligtelse). Eksempler på disse forskellige kontraktbestemmelser kan findes i LEGO's 'Responsible Business Principles', som gælder for alle virksomhedens direkte leverandører. En positiv bestemmelse findes i afsnit 2.6: "Workers may terminate their employment contract in line with local law or contractual terms." Det betyder, at leverandørens medarbejdere får en konkret ret, som præcist kan bestemmes. En negativ bestemmelse fremgår af afsnit 12.10: "Actions are taken to eliminate hazardous substances from supply chains. Where their use is unavoidable, accurate records are kept of their use and management." Denne bestemmelse tildeler ikke leverandørens medarbejdere en konkret ret. Den pålægger leverandøren en 'duty of care'. Det ville være vanskeligt, hvis ikke umuligt at omdanne en sådan 'duty of care' til en tredjemandsret.¹²

For det andet skal kontraktparterne have en intention om at tildele en konkret ret. Intentionen kan let påvises, hvis der er en udtrykkelig kontraktbestemmelse herom. Men dette ses sjældent i SCC'er. Der er dog en mulighed for at finde en underforstået intention gennem fortolkning af kontrakten. Dog er det en generel opfattelse, at det faktum, at en kontraktbestemmelse kommer en person til gode, ikke betyder, at denne person har en tredjemandsret. Dette går hånd i hånd med diskussionen ovenfor om en positiv/negativ forpligtelse.

Et specifikt problem vedrørende parternes intention med SCC'er er den såkaldte 'no-third-party-right'-kontraktbestemmelse. Som eksempel kan nævnes, at selvom GlaxoSmithKline i deres "Standard terms and conditions of purchase of goods and services for Egypt (2017)" inkluderer en SCC'er om menneskerettigheder, så indsætter de også en bestemmelse i afsnit 26.8, som foreskriver, at "..., no person who is not a party to the Agreement shall have any rights under the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 to enforce any term."¹³ Dette betyder faktisk, at personer, som ikke er part i aftalen, ikke kan håndhæve denne, selvom det er dem, som skal beskyttes af denne SCC'er om menneskerettigheder. Dog er der forfattere, som hævder, at en sådan 'no-third-party-right'-kontraktbestemmelse bør ignoreres i henhold til SCC'er, fordi et åbenlyst mål i SCC'er netop er at beskytte tredjeparter.¹⁴

For det tredje skal tredjemanden være identificerbar. Kontraktparter skal have en klar intention om, hvilken konkret ret de ønsker at tildele, men også til hvem. Det betyder ikke, at tredjemanden skal være identificeret individuelt – det er nok, hvis han kan identificeres som et medlem af en specifik gruppe.

12 V. Ulfbeck og A. Ehlers, "Direct and vicarious liability in supply chains", i V. Ulfbeck, A. Andhov og K. Mitkidis, *Law and Responsible Supply Chain Management: Contract and Tort Interplay and Overlap*, Routledge, 2019.

13 GLAXOSMITHKLINE TERMS AND CONDITIONS OF PURCHASE (GOODS & SERVICES) Egypt, GSK_Terms&Conditions Of Purchase Goods&Services_ Egypt Version (4) dated February 2017, https://supplier.gsk.com/irj/go/km/docs/pccshrcontent/procurement_terms/gsk-terms-conditions-of-purchase-goods-services-egypt.pdf.

14 J. Phillips, S-J. Lim, "Their brothers' keeper: global buyers and the legal duty to protect suppliers' employees", *Rutgers Law Review*, (2009) 61(2), s. 333, 369.

Tredjemandsaftalekonstruktionen kan derfor nemmere anvendes på det sociale område, hvor cirklen af tredjemænd er lukket. Den franske 'blood transfusion' sag kan her bruges til illustration. Denne sag vedrører patienter på franske sygehuse, som fik inficeret blod i forbindelse med blodtransfusioner. Her fandt retten, at patienterne var at betragte som tredjemænd i forhold til kontrakten mellem den franske nationale enhed for blodtransfusion og de offentlige sygehuse. Samtidigt var der ikke tvivl om, hvem der indgik i den gruppe af tredjemænd, som havde lidt skade. Situationen er helt anderledes, hvis vi kigger på miljøområdet. Taler vi for eksempel om, at en leverandør misligholder sin forpligtelse til at reducere CO₂-emissioner, så er antallet af potentielt skadede mennesker ubegrænset. Tredjemandsaftalekonstruktionens succesrate i forbindelse med håndhævelse af SCC'er vil derfor nøje afhænge af, om man kan afgrænse den gruppe, som skal beskyttes.

4. Skal nordiske domstole anerkende tredjemandskrav i forhold til SCC'er eller ej?

Selvom der er mange udfordringer forbundet med brugen af tredjemandsaftalekonstruktionen i forbindelse med håndhævelse af SCC'er, så kunne det også være muligt for de nordiske dommere at anvende deres nationale fortolkningsprincipper til at anerkende sådan en tredjemandsret. Nordisk kontraktfortolkning er præget af en pragmatisk tilgang. Der er ingen faste, lovbestemte regler for fortolkning af kommercielle kontrakter.¹⁵ Den pragmatiske tilgang fra de danske domstoles side må ikke sidestilles med, at dommeren har absolut magt til at træffe den afgørelse, han ønsker, og den skal heller ikke forstås som et komplet lovvakuum, hvor der ikke findes nogen retningslinjer.¹⁶ Kontraktparternes fællesvilje er udgangspunktet for aftalefortolkning.¹⁷ For at bevise denne vilje, kan og skal dommere kigge på kontraktens ordlyd og formål, omstændighederne ved kontraktindgåelse, parternes adfærd før og efter kontraktunderskrivelsen og rimelighed.¹⁸

I lyset af ovenstående er det min påstand, at de nordiske domstole skal anerkende tredjemandskrav i forhold til SCC'er'. Først og fremmest, fordi de ved at gøre dette vil give kontraktparternes vilje effekt.¹⁹ Det vil for eksempel være tilfældet, hvor en køber i leveringskontrakten forpligter sin leverandør til som minimum at betale

15 L. Lennart Andersen og P. B. Madsen, *Aftaler og mellemmand*, Karnov, 7. udgave, s. 353.

16 K. Mitkidis og T. Neumann, "Entire Agreement Clauses: Convergence between US and Danish Contract Law?", *Nordic Journal of Commercial Law*, (2017) 2, s. 199.

17 M. Bryde Andersen, *Grundlæggende aftaleret*, Gjellerup, 2002, 2. udgave, s. 326.

18 O. Lando et al., *Restatement of Nordic Contract Law*, DJØF, 2016, s. 173.

19 J. Thuo Gathii, "Incorporating the Third Party Beneficiary Principle in Natural Resource Contracts", *Georgia Journal of International Comparative Law*, (2014) 43, s. 97.

en lovbestemt mindsteløn til alle sine medarbejdere, hvorefter køberen vedtager et adfærdskodeks for sin leverandører, der inkluderer emnet om mindsteløn og beskriver, hvordan køberen vil håndhæve denne forpligtelse. Desuden beskriver køberen disse forpligtelser i hans årlige CSR-rapport og på hans website, hvorved han viser, at han har en klar intention om at imødekomme tredjeparter (leverandørens medarbejdere). Det ville i denne situation være urimeligt at opfatte det anderledes. Men domstolene kan ikke gå imod kontraktparternes vilje. Så situationen er anderledes, hvis der står en 'no-third-party' kontraktbestemmelse ved siden af en SCC. Disse to kontraktbestemmelser er modstridende. Hvis de begge er klart formulerede, skal domstolen træffe et valg.²⁰ En 'no-third-party-right' bestemmelse kan ses som en hovedbestemmelse om kontraktens fortolkning, som skal have prioritet forud for mere specifikke SCC'er.²¹ Men hvis man tager alle omstændigheder i betragtning, så skal domstolen blandt andet overveje, om de individuelle bestemmelser blev forhandlet eller ensidigt pålagt, begge parters adfærd, som gav anledning til SCC'en, og rimelighed. Rimelighed er nok det, der kan drages mest i tvivl, når det tages i betragtning, at køberen får fordele ved at publicere information om sine SCC'er, og samtidig slipper for ansvaret ved at inkludere en 'no-third-party-right' bestemmelse. Måske er der netop derfor plads til, at domstolene tilsidesætter 'no-third-party-right' bestemmelser og træffer afgørelse til fordel for tredjeparten, muligvis ved brug af aftalelovens § 36.

En anerkendelse af tredjemandsret i forhold til SCC'er vil også være i tråd med de politikker og forretningsmodeller, der anvendes i de nordiske lande. I 2015 vedtog FN 'The 2030 Agenda for Sustainable Development',²² som indeholder 17 verdensmål for en bæredygtig fremtid. Verdensmål nummer 12 bærer titlen 'Ansvarligt forbrug og produktion'. EU-medlemsstaterne blev enige om en strategi for, hvordan verdensmålene skulle nås²³, og de udtaler blandt andet, at: '(t)he EU and its Member States will continue to support responsible business practices and responsible management of supply chains, respecting tenure rights and integrating human and labour rights, financial probity and environmental standards and accessibility.'²⁴ Som nævnt tidligere, er der ikke i vores samfund stor succes med at forebygge uetisk adfærd i virksomheders internationale forsyningskæder, blandt andet, fordi vi mangler de nødvendige juridiske værktøjer. Anerkendelsen af SCC'er

20 L. Lennart Andersen og P. B. Madsen, *Aftaler og mellemmand*, Karnov, 7. udgave, s. 391.

21 L. Lennart Andersen og P. B. Madsen, *Aftaler og mellemmand*, Karnov, 7. udgave, s. 392.

22 FN, General Assembly, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/70/1, adopted in New York 2015 (2030 Agenda for Sustainable Development).

23 Joint Statement by the Council and the Representatives of the Governments of the Member States Meeting Within the Council, the European Parliament and the European Commission, *The New European Consensus on Development, 'Our World, Our Dignity, Our Future'*, 7 June 2017.

24 Joint Statement by the Council and the Representatives of the Governments of the Member States Meeting Within the Council, the European Parliament and the European Commission, *The New European Consensus on Development, 'Our World, Our Dignity, Our Future'*, 7 June 2017, para. 54.

som tredjemandsaftaler kunne være en grundregel, som kontrakter forhandles ud fra, og forretningsforbindelser i forsyningskæder bygges på.²⁵ Det vil ligeledes være i tråd med rimelighedsprincippet, når de svagere parter beskyttes.

Endelig, ville en anerkendelse af tredjemandsret i forhold til SCC'er forbedre 'access to justice'. Vanskeligheder i forbindelse med 'access to justice' for ofre for krænkelse af menneskerettigheder og arbejdstagerrettigheder i de internationale forsyningskæder har været i fokus i EU de seneste år.²⁶ Emnets betydning er også stigende i forhold til miljøspørgsmål.²⁷ Vi søger efter juridiske værktøjer, der kan supplere virksomheders bedste praksis i håndtælingen af SCC'er. En tredjemandsaftalekonstruktion kunne her være det rigtige valg, hvis den kombineres med de nordiske landes aftalefortolkningsprincipper.

Spørgsmålet i overskriften til dette afsnit kan dog også besvares negativt. Der er en række afgørende argumenter, der taler imod anerkendelsen af tredjemandsret i forhold til SCC'er. Endvidere kan der opstå en bekymring for, at det vil føre til mange nye sager ved domstolene, og at mange af dem vil blive indledt af parter, der ikke er berørt.²⁸ Det er selvfølgelig en risiko, men måske er den ikke i særlig høj grad sandsynlig, fordi enkeltpersoner fra u-lande i udgangspunktet ikke har tilstrækkelige ressourcer til at starte ubegrundede retssager ved domstole i-lande. Muligheden for at håndtæve en tredjemandsret kunne derfor have en mere psykologisk og symbolsk funktion end en reel.

Et andet argument er, at en sådan anerkendelse vil påføre virksomhederne en omkostning, herunder fortrinsvis sagsomkostninger, og at virksomhederne derfor kunne være afskrækkede fra overhovedet at engagere sig i bæredygtighed i deres forsyningskæder. Men dette er ikke umiddelbart sandsynligt, da det lovgivningsmæssige pres på dette område konstant øges, og hvor nye love med stigende hastighed vedtages. Et måske mere bekymrende argument er, at ved at give mulighed for håndtæve af SCC'er overfor tredjemænd, så bliver vi afhængige af virksomheder i forhold til beskyttelse af menneskerettigheder, arbejdstagerrettigheder og miljø, og tvinger derfor virksomhederne til at være lovgivende.²⁹ Desuden er der også risiko for, at vi skader kontraktgrundlagets underliggende forudsætning, som jo er aftaler mellem to (eller flere) frie parter. Det har dog altid været en realitet, at virksomheder kan regulere mere end forholdet mellem kommercielle kontrakter.³⁰

25 J. Thuo Gathii, "Incorporating the Third Party Beneficiary Principle in Natural Resource Contracts", *Georgia Journal of International Comparative Law*, (2014) 43, s. 138.

26 'Improving access to remedy in the area of business and human rights at the EU level', Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights, FRA Opinion – 1/2017 [B&HR].

27 Strategiske klimasager (f.eks. Urgenda-sagen) illustrerer denne tendens.

28 G. S. Geis, "Broadcast Contracting", *Northwestern University Law Review*, (2012) 106(3), s. 1178.

29 G. S. Geis, "Broadcast Contracting", *Northwestern University Law Review*, (2012) 106(3), s. 1169 og 1173.

30 Se fodnote 5 ovenfor.

En anerkendelse af tredjemandsret i forhold til SCC'er vil således ikke på nogen måde ændre dette.

5. Voksende kløft mellem kontraktret og kontrakter – hvor skal vi hen?

Når et stigende antal virksomheder regelmæssigt bruger SCC'er i deres kommercielle kontrakter, men samtidigt ikke håndhæver disse, vokser kløften mellem den kommercielle og den regulerende del af kontrakterne, og derfor også mellem aftaleret og individuelle kontrakter. Kan det give grund til bekymring? Og hvis ja, hvad kan vi gøre ved det?

Den voksende kløft er bekymrende dels med hensyn til demokratisk legitimitet, og dels i forhold til opretholdelsen af aftaleretsgrundlagets underliggende forudsætning, som har styret vores forståelse af kontraktfriheden og opdelingen mellem de offentlige og private verdener. Det er min vurdering, at vi umiddelbart har tre muligheder for at gøre kløften mindre. Vi kan for det første overveje at ændre aftaleretten, så den også regulerer den regulerende del af kontrakter. Men et sådant tiltag vil også have negative konsekvenser, for eksempel en lavere retssikkerhed, overregulering af forretningsaktiviteter og at vi ad den vej kunne komme endnu længere væk fra en økonomisk effektivitet. Som det andet kan vi ændre den måde, som virksomheders sociale ansvar (CSR) reguleres på. Det vil være ideelt, men det er ikke sandsynligt i betragtning af den måde vores retssystemer er bygget op på, hvor vi skelner mellem international og national ret, mellem offentlig og privat ret, og mellem soft og hard law. Selvom disse sondringer kritiseres af mange, er der endnu ikke fundet et brugbar alternativ, som vil være acceptabelt for de fleste.³¹ Den tredje mulighed er, at SCC'er anerkendes som tredjemandsaftaler uanset eksistensen af 'no-third-party-right' kontraktbestemmelser i en specifik kontrakt. Det vil kræve en kreativ og samtidigt også modig brug af kontraktfortolkningsprincipperne. Det ser dog ud at være den mindst indgribende løsning, hvis vi også vil varetage hensynet til både forretningsaktiviteter og det nordiske retssystem.

31 G. Teubner, "After privatization? The many autonomies of private law", *Current Legal Problems*, (1998) 51(1), s. 395.



Universitetslärare, jur.dr Paula Klami-Wetterstein, Åbo Akademi

Universitetslärare, jur.dr Paula Klami-Wetterstein, Åbo Akademi

Avtalsvillkor om hållbar utveckling och tredjemans-avtalskonstruktionen som ansvarsgrund – några kommentarer

1. Bakgrund

Inom rättsvetenskapen har man sedan gammalt gjort en tydlig åtskillnad mellan rättsliga och icke-rättsliga frågor. Särskilt i den kontinentaleuropeiska rättstraditionen har man också starkt betonat betydelsen av systematik, logik och förutsebarhet.¹ De globala problemen har dock utmanat den traditionella synen på rättsvetenskapens metodologiska utgångspunkter och på systematikens betydelse. Klimatförändringen, användningen av barnarbetskraft, svältlönearbete och andra kränkningar av mänskliga rättigheter samt korruption är svåra och akuta frågor som förutsätter gränsöverskridande lösningar såväl i geografiskt avseende som i fråga om traditionella rättsliga konstruktioner.

Från rättens och rättsvetenskapens perspektiv finns det olika sätt att hantera dessa globala hot. Man kan, å ena sidan, sträva efter att förbättra övervakningen, skärpa sanktionerna och överlag skapa mer effektiva påföljdsmaskinerier och påföljdsmekanismer inom ramen för de existerande ansvarsregimerna. Å andra sidan är det möjligt att skapa helt nya ansvarskonstruktioner. Ofta är det inte fråga om något reellt val mellan dessa två hanteringssätt; om påföljdsmekanismer och övervakningssystemen visar sig vara ineffektiva, kan skapandet av nya ansvarsregimer i själva verket vara det enda alternativet.

Katerina Mitkidis framställer en ansvarsmodell där kontraktsansvaret används som verktyg för att främja en hållbar omsättning.² Mitkidis' modell bygger väsentligen på iakttagelsen om att de existerande ansvarsregimerna och påföljdsmekanismer belastas av allvarliga brister och att den åtminstone hittills rätt långt soft law-betonade regleringen inom området för Corporate Social Responsibility (CSR) inte i tillräcklig grad har bidragit till hållbar utveckling.³ Inledningsvis kan

1 Se t.ex. Jaakko Husa: *Oikeus ja globalisaatio*, *Lakimies* 1/2019, s. 73.

2 Katerina Mitkidis: *Enforcement of Sustainability Contractual Clauses in Supply Chains by Third Parties*, in Vibe Ulfbeck, Alexandra Andhov and Katerina Mitkidis: *Law and Responsible Supply chain Management – Contract and Tort Interplay and Overlaps*, New York: Routledge 2019 s. 65–87.

3 Katerina Mitkidis: *Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements*, *Nordic Journal of Commercial Law* 1/2014 s. 1–30.

jag konstatera att vi behöver just sådant här nytänkande och innovativa, konkreta lösningar, där nya ansvarsmodeller utvecklas på basis av vedertagna konstruktioner. Med detta sagt finns det dock skäl att granska hur väl kontraktsansvaret och tredjemansavtalskonstruktionen lämpar sig för bedömningen av avtalsvillkor om hållbar utveckling ('Sustainability Contractual Clauses', SCC). Min kommentar bygger på två väsentliga (och delvis konkurrerande) synpunkter: 1. I denna allvarliga situation är det nödvändigt att anta pragmatiska lösningar (jfr common law, där systematiska eller teoretiska aspekter inte i samma grad utgör hinder för att utveckla ansvarsmodeller). 2. För att garantera rättssäkerheten och förutsebarheten måste ansvarsmodellen anpassas till de existerande ansvarsregimerna. Syftet med kommentaren är att lyfta fram vissa synpunkter för fortsatt diskussion.

2. Tredjemansavtalskonstruktionen i SCC-sammanhang

Man kan konstatera att den av Mitkidis utvecklade modellen nog ter sig möjlig i ljuset av de allmänna tendenserna inom avtalsrätten. Distinktionen mellan kontraktsansvar och deliktansvar har relativiserats, och det har redan utvecklats nya ansvarsformer som inte är betingade av kategoriseringen.⁴ Tröskeln för att tillämpa kontraktsansvaret har även blivit lägre, och det kontraktuella ansvaret har i vissa fall utvidgats i personmässigt avseende.⁵ Här kan man också nämna den allmänna objektiviseringstendensen inom kontraktsrätten, som till exempel *Ulfbeck* lyfter fram. I stället för den subjektiva partsviljan betonas parternas (och eventuellt också utomstående intressenters) befogade förväntningar.⁶ Det kan också noteras att sociala eller andra partsexterna hänsyn åtminstone i rättslitteraturen allt oftare anses styra hur avtalet uppfattas och hur olika avtalsrättsliga frågor hanteras.

Avtalsfriheten innebär givetvis att parterna även har en frihet att i avtalet skapa rättigheter för en utomstående part och alltså att utfästa sig till ansvar gentemot den tredje parten. Det är dock klart att Mitkidis "töjer" de traditionella gränserna för det kontraktuella ansvaret och skapar nya tänkesätt när det gäller *de vedertagna kriterierna för tredje mannens självständiga rätt att framställa krav*. De vanligare och mer regelrätta situationer där tredje män anses ha en självständig rätt att framställa krav, är sådana där förpliktelsens kärna direkt anknyter till treparts-konstellationen (t.ex. försäkringsavtal eller transportavtal). I fråga om en livförsäkring med ett förordnande om en förmånstagare har försäkringsbolaget uttryckligen utfäst

4 Se Vibe Ulfbeck: Kontraktets relativitet – det direkte ansvar i formueretten, København: Thomson 2000 s. 119. Ulfbeck karakteriserar utvecklingen som "en pluralitet af ansvarsformer med det rene kontraktsansvar och det rene deliktsansvar som yderpoler".

5 Se t.ex. Olli Norros: Vastuu sopimusketjussa, Helsinki: WSOYPro 2007 s. 115 ff. Se även avgörandena HD 2017:15, HD 2005:14, HD 1999:19 och HD 1992:165.

6 Ulfbeck 2000 s. 61.

sig till att betala en försäkringsersättning till förmånstagaren, och betalningsskyldigheten vid ett försäkringsfall kan anses vara försäkringsgivarens mest väsentliga förpliktelse. Även i andra situationer där det har stadgats om tredje mannens direkta talerätt gentemot försäkringsgivaren kan tredje mannens rättigheter härledas från försäkringsgivarens uttryckliga åtagande.⁷ Beträffande transportavtal konstaterar *Ulfbeck* att den tvingande lagstiftningen inom området innebär att transportörens ansvar i hög grad har objektiverats och standardiserats och att avtalsfriheten är tämligen begränsad. Man kan inte heller förbise försäkringens viktiga roll i sammanhanget: att ersättningen i praktiken ofta betalas av ett försäkringsbolag innebär att direktkravsproblematiken ”avpersonifieras”.⁸ När det gäller SCC-villkor är konstellationen emellertid annorlunda. Hållbarhetsvillkoren torde oftast medföra sådana skyldigheter som kan karakteriseras som *biförpliktelser* i förhållande till avtalets kärna.⁹ Utfästelsen i sig kan visserligen vara preciserad – men i synnerhet vid leveransavtal är det ofta så att *leverantören* förpliktar sig gentemot *beställaren* att följa vissa hållbarhetsrelaterade krav, och då kan det vara svårt att på avtalsgrund motivera tredje mannens rätt att framställa krav mot beställaren.¹⁰

Man kan komma med vissa motargument när det gäller tredjemansavtalskonstruktionen. Här finns det skäl att lyfta fram de *grundläggande kriterierna för tredjemansavtal*. Mitkidis’ modell bygger väsentligen på antagandet om att det är parternas uttryckliga syfte att genom avtalet få till stånd individuella och verkställbara rättigheter för den tredje parten. Det är förstaeligt att detta är den grundläggande utgångspunkten, eftersom det viktigaste kriteriet för existensen av ett tredjemansavtal är *att parterna har avsett att den tredje mannen ska få en självständig rätt att åberopa avtalet och att denna rätt är tillräckligt preciserad*.

Kärnfrågan är alltså: Vad är det primära syftet med SCC-villkor? Med anledning av CSR-rapporteringskyldigheterna torde det primära syftet ur beställarens synvinkel i regel vara att kunna redovisa för utomstående att företagets affärsverksamhet ligger i linje med de uppsatta CSR-målsättningarna och att företaget uppfyller de lagstadgade CSR-kraven och rapporteringskyldigheterna.¹¹ Mitkidis påpekar att

7 I det svenska avgörandet NJA 1996 s. 400, där ett rättegångsombud ansågs ha en bättre rätt till försäkringsersättning på basis av en rättsskyddsförsäkring än försäkringstagarens konkursbo, hade branschpraxis en väsentlig betydelse för utgången.

8 Ulfbeck 2000 s. 361–362.

9 Se Katerina Mitkidis: Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements. *Nordic Journal of Commercial Law* 1/2014, s. 5: ”SCCs are provisions in business contracts that cover social and environmental issues which are not directly connected to the subject matter of the specific contract. This means that they do not specify the physical quality of the delivered goods, but rather prescribe how the parties should generally behave when conducting business.”

10 Det finns visserligen skäl att påpeka att den tredje mannen inte behöver vara specificerad för att tredjemansavtalskonstruktionen ska kunna användas; ett tredjemansavtal kan avse ett kollektiv av personer. Se Jan Ramberg–Christina Ramberg: *Allmän avtalsrätt*. Tionde väsentligt omarbetade och utökade upplagan. Stockholm: Wolters Kluwer 2016 s. 269, samt NJA 2013 s. 491.

11 Som exempel på dylika rapporteringskyldigheter kan nämnas företagets skyldighet att utge en ”slavery and human trafficking statement” enligt UK Modern Slavery Act 2015, Section 54, samt vissa stora företags

avtalet ibland innehåller villkor, så kallade no-third-party clauses, vilka i sig kan anses innebära att parternas syfte uttryckligen *inte* har varit att ge tredje män rätt att åberopa SCC-villkoret. Hur borde denna motstridighet hanteras? I ljuset av den redan nämnda objektiviseringstendensen torde det räcka med att förpliktelsen har formulerats så, att den tredje mannen *med fog kan hysa tillit till rättigheten*. Men även om man i stället för den subjektiva partsviljan betonar den tredje mannens tillit, torde någon befogad tillit till en verkställbar rätt inte kunna uppstå om en sådan rätt direkt utesluts. Enligt min uppfattning finns det dessutom en överhängande risk att användningen av ansvarsfriskrivningsvillkor ökar, om SCC-villkoren anses medföra verkställbara rättigheter för utomstående. Mitkidis menar att lagstiftarna kunde fundera på möjligheten att genom ogiltighetsbestämmelser begränsa dylika ansvarsfriskrivningsklausuler. Detta kan givetvis motiveras med samhällliga aspekter – men hur väl fungerar då tredjemansavtalskonstruktionen? Att helt avstå från kriteriet på parternas avsikt skulle innebära att avtalsrättens grundläggande element byggs om. I ljuset av rättspraxis och litteratur verkar man inte vara beredd att ta ett sådant steg; tvärtom poängteras det ofta att det är de kontraherande parternas avsikt som är avgörande för den tredje partens rättigheter. Också i sådana fall där ansvaret har grundats på tredje mannens befogade tillit har det i regel förutsatts att tredje mannen uttryckligen har informerats om de i avtalet stipulerade rättigheterna.¹²

Även om det eventuellt kan anses vara *omoraliskt* att företag inte på ett effektivt sätt uppfyller sina övervakningsskyldigheter eller handlar i linje med sina strategier i sina kontraktuella förhållanden, kan man fråga sig hur väl *tredjemansavtalet* som konstruktion egentligen lämpar sig för att tygla användningen av SCC-villkor i syfte att signalera CSR-strategier.

Vid sidan av tredjemansavtalet lyfter Mitkidis fram en annan kontraktuell konstruktion på vilken partens ansvar gentemot en till avtalet anknuten tredje part kunde stödjas. En möjlighet är nämligen att uppfatta sådana avtalsvillkor, vars syfte är att skydda en utomstående part, som ensidiga löften. Modellen skiljer sig

skyldighet att utarbeta en icke-finansiell rapport om miljörelaterade, sociala och personalrelaterade frågor, respekt för mänskliga rättigheter samt bekämpning av korruption och mutor enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/95/EU av den 22 oktober 2014.

12 Se t.ex. Mika Hemmo: *Sopimusouikeus II*, Helsinki: Talentum 2003 s. 412–414; Kåre Lilleholt: *Kontraktsrett och obligasjonsrett*, Oslo: Cappelen Damm AS 2017 s. 516 ff.; Geir Woxholth: *Avtalerett*, 10 utgåve, Gyldendal: Oslo, s. 186 ff.; Ramberg–Ramberg 2016 s. 267 ff. Se även HD 1982 II 32 (Finland), NJA 2005 s. 142 och NJA 2013 s. 491. I det finska avgörandet HD 1999:96 har högsta domstolen klart betonat syftet med villkoret vid bedömningen av huruvida villkoret eventuellt kunde anses ha en tredjemansverkan. A hade i ett köpebrev som gällde bostadsaktier gentemot köparen förbundit sig att svara för de eventuella kostnader för installation av en hiss som skulle betalas till bostadsaktiebolaget och som hänförde sig till bostaden. Villkoret ansågs vara ett villkor angående ansvarsfördelningen mellan A och köparen, genom vilket A inte hade förbundit sig att gentemot bolaget svara för kostnaderna. Det var möjligt att priset på aktierna hade blivit högre genom att det köpebud som blev bindande hade givits efter ett meddelande av bostadsaktiebolaget om att till bostaden hörde rätt att använda hiss. Även om A av den anledningen hade fått en vinst hade bostadsaktiebolagets tillgångar i samband med att köpeskillingen bestämdes inte övergått på A och någon vinst hade inte uppstått på bolagets bekostnad.

från tredjemansavtalskonstruktionen så tillvida att ett separat kontraktuellt förhållande tillkommer mellan löftesgivaren och löftesmottagaren, alltså den tredje parten. Mitkidis menar att konstruktionen om ensidiga löften (*unilateral promises*) sannolikt inte skulle erbjuda en effektiv mekanism för tredje män i SCC-sammanhang.¹³ Påpekandet om att det ensidiga löftet antagligen skulle vara ett ännu svagare argument i Europa än i USA torde stämma – åtminstone sett från hela Europas perspektiv.

3. Finns det andra alternativ?

Jag delar det allmänna argumentet om att tredje människans rättigheter ligger i linje med globala socialpolitiska målsättningar och att de i vissa avseenden ineffektiva mellanstatliga konventionerna och andra offentlighetsreglerings- och övervakningsverktyg bör kompletteras med privaträttsliga medel. Mitkidis föreslår sådana verktyg som avtalsrätten, och mer specifikt tredjemansavtalet, kan erbjuda. Men det finns också andra alternativ.

När det gäller ansvar för *oaktsamt vilseledande* kunde man fundera på möjligheten att utveckla en modell med ett *självständigt tillitsbaserat ansvar*.¹⁴ I Finland har ett sådant ansvar i ett utomkontraktuellt sammanhang förekommit i de så kallade Wärtsilä-fallen (HD 1999:32 och parallellfallet HD 1999:33). Offentliga uttalanden av statens representanter beträffande finansieringsarrangemang för ett varvsbolag ansågs konstituera ett tillitsbaserat ansvar för staten. Här betonades den befogade tilliten till uttalandena, även om uttalandena inte var riktade specifikt till kärandena. Det väsentliga var att statens representanter i den specifika kontexten och under de särskilda omständigheterna hade meddelat att finansieringen av varvsbolagets fartygsbeställningar och byggen var tryggad. – Sedan kan det konstateras att linjen i Wärtsilä-fallet visserligen inte har följts i senare HD-praxis i Finland.¹⁵ Men det finns ett visst utrymme för ett självständigt tillitsbaserat ansvar, vilket även syns i resonemanget i avgörandet HD 2017:15.¹⁶

¹³ Mitkidis 2019 s. 77.

¹⁴ Om ansvar för vilseledande information, se Jan Kleineman: Ren förmögenhetsskada – särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart. Stockholm: Juristförlaget 1987 s. 417 ff. och i sht s. 466–468.

¹⁵ Se t.ex. HD 2009:24.

¹⁶ I fallet hade ett fackförbunds styrelse beslutat undersöka samarbetsförhandlingar som hade lett till uppsägning av arbetstagare och att göra saken tvistig, om förfarandet konstaterades vara lagstridigt. Fackförbundet hade på sin hemsida publicerat ett tillkännagivande om beslutet. I tillkännagivandet konstaterades att detta i praktiken skulle innebära att arbetsgivaren stäms inför rätta. Fackförbundet väckte inte någon talan. Ett annat fackförbund hade väckt talan angående samma samarbetsförhandlingar, och arbetsdomstolen hade dömt ut gottgörelse till dess medlemmar på grund av att förfarandet varit i strid med samarbetslagen. Högsta domstolen poängterade betydelsen av informationen från fackförbundet och ansåg att de uppsagda arbetstagarna hade haft grundad anledning att lita på att förbundet bevakar deras intresse på det sätt som uppgivits och som allmänt hör till fackföreningarna. Den skyldighet att agera som hade uppkommit på detta sätt kunde

De allmänna argument som förekommer vid olika typer av *direktkrav* kan användas när det gäller frågan om vem som ska ansvara för människorättskränkningar eller andra brister i leveranskedjor. Vid olika typer av konstruktioner med direkt ansvar, som när det gäller produktansvar eller konsumentens rätt att rikta krav mot tillverkaren eller en underleverantör, är det, för det första, ofta typiskt att partskonstellationen är obalanserad. En annan omständighet som kan ligga till grund för direkt ansvar är att prestation inte kan fås av den direkta motparten. Också den relevanta omsättningskontexten, ett visst samband mellan den tredje mannen och den hos vilken prestation yrkas, kan utgöra en grund för direkt ansvar.¹⁷ Vidare har man till exempel i fråga om produktansvar anfört att tillverkaren har en skyldighet att producera ofarliga produkter och att tillverkaren också kan kontrollera tillverkningsprocessen.¹⁸ Dessa argument kan tala för tredje mannens rätt att framställa krav på basis av hållbarhetsvillkor. Beställaren kan åtminstone i viss mån kontrollera leveransen, och i synnerhet om parterna uttryckligen har kommit överens om att beställaren till exempel får inspektera produktionsanläggningar, torde en sådan kontrollmöjlighet vara obestriddlig.

Det är klart att den som har utfärdat en uttrycklig garanti kan bli ansvarig gentemot en annan användare än den egna motparten. I common law-länder har det traditionellt gjorts en distinktion mellan *express warranties* och *implied warranties*. I USA har man, till skillnad från engelsk rätt, ansett att *implied warranties* kan i en leveranskedja medföra en rätt för förvärvaren att ställa krav mot tillverkaren. I syfte att förhindra detta började tillverkare använda *express warranties* på ett sådant sätt att en ansvarsfriskrivning blev inkluderad i den uttryckliga garantin. I fallet *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* (32 N.J. 358, 161 A.2d 69, N.J. 1960) fann domstolen dock att en utomstående användare trots ansvarsfriskrivningen hade rätt att väcka talan mot tillverkaren med stöd av *implied warranty of merchantability*. I motiveringarna betonas att det skett ett paradigmskifte i fråga om *privacy*-doktrinen och att konsumentskyddsintresset talar för att *implied warranties* anses medfölja produkten i leveranskedjan. Det som är intressant är domstolens resonemang, där ansvaret anknyts till kedjans interna dynamik, tillverkarnas kännedom om slutanvändarna och deras behov samt till samhälleliga intressen.¹⁹

jämställas med ett ombuds förpliktelser vid skötseln av någon annans angelägenheter utifrån ett uppdragsavtal. Fackförbundets skadeståndsskyldighet gentemot arbetstagarna bestämdes utifrån avtalsrättsliga principer.

17 Se t.ex. Norros 2007 s. 168 ff.

18 Se t.ex. RP 119/1989 rd till produktansvarslag s. 9. Kontrollmöjligheten och i synnerhet de kontraktuella kontrollmekanismerna utgör en av grundpelarna i *Salminens* framställning om det så kallade produktionsansvaret ('production liability'). Se Jaakko Salminen: From National Product Liability to Transnational Production Liability: Conceptualizing the Relationship of Law and Global Supply Chains. Turku: Turun yliopisto 2017, s. 165 ff.

19 "The fact is that the dealer and the ordinary buyer do not, and are not expected to, buy goods, whether they be foodstuffs or automobiles, exclusively for their own consumption or use. Makers and manufacturers know this and advertise and market their products on that assumption; witness, the 'family' car, the baby foods, etc. [...] With the advent of mass marketing, the manufacturer became remote from the purchaser, sales were

När det gäller hållbarhetskrav och uttryckliga SCC-villkor finns det givetvis ett särskilt behov av att utveckla en ansvarsmodell med en bredare kategori av möjliga ansvarssubjekt jämfört med exempelvis det klassiska produktansvaret med tillverkaren, producenten eller importören som det främsta ansvarssubjektet.

Även om vi nu primärt diskuterar privaträttsliga mekanismer kan det i detta sammanhang noteras att det redan finns olika typer av lagstadgade beställaran-svarsmodeller. Till exempel i Finland har lagen om beställarens utredningsskyldighet och ansvar vid anlitan- de av utomstående arbetskraft, den så kallade beställ- aransvarslagen, varit i kraft sedan år 2007. Syftet är att främja en sund konkurrens mellan företag och iakttagande av arbetsvillkor och att skapa ett system där företag och offentligrättsliga samfund kan säkerställa att företag som hyr ut arbetskraft till dem och underleverantörerna fullgör sina lagstadgade förpliktelser bland annat när det gäller arbetsgivarens skyldigheter. Lagen innebär att beställaren har en skyldighet att utreda underleverantörens bakgrundsuppgifter. Det främsta syftet är att bekämpa ekonomisk brottslighet och grå ekonomi. Utgångspunkten är att beställaren får välja sin avtalspart; lagen ger beställaren verktyg för att utreda om motparten har uppfyllt sina lagstadgade skyldigheter. Om beställaren underlåter sin utredningsskyldighet kan det påföras en administrativ försummelseavgift.

Olika konstruktioner med beställaran-svar förekommer även i andra EU-länder (t.ex. i Nederländerna, Tyskland, Portugal och Spanien). Det kan även påpekas att i vissa länder, såsom i Spanien, Italien, Tyskland och Nederländerna, är det möjligt för underleverantörens arbetstagare att framställa krav på basis av brott mot arbetsgivarförpliktelser direkt mot huvudentreprenören. I den nederländska kedjeansvarslagen (*Wet ketenaansprakelijkheid*) från år 2015 stadgas om upp- dragsgivarens ansvar gentemot uppdragstagarens anställda för obetalda löner. Utgångspunkten för den nederländska modellen är att arbetsgivaren och uppdrags- givaren är solidariskt ansvariga för lönebetalningen.

Från samhällets och ekosystemets perspektiv är det nödvändigt att se till att varor och tjänster i framtiden produceras på ett sådant sätt att miljöbelastning- en minimeras och att det inte förekommer kränkningar av mänskliga rättigheter i produktions- och distributionsprocessen. Också privaträtten måste bidra med preventiva och reparativa verktyg. Oberoende av hurudan form ansvarskonstruk- tionen tar kunde den med fördel vara tillräckligt väl avgränsad och utgöra sin egen ansvarsregim, i likhet med modellerna för produktansvar respektive beställaran-svar.

accomplished through intermediaries, and the demand for the product was created by advertising media. In such an economy it became obvious that the consumer was the person being cultivated. [---] Thus, where the commodities sold are such that if defectively manufactured they will be dangerous to life or limb, then society's interests can only be protected by eliminating the requirement of privity between the maker and his dealers and the reasonably expected ultimate consumer. In that way the burden of losses consequent upon use of defective articles is borne by those who are in a position to either control the danger or make an equitable distribution of the losses when they do occur."



Professor Claes Martinson, Göteborgs Universitet

Professor Claes Martinson, Göteborgs Universitet

Reflektioner kring förmögenhetsrättslig forskning om civilrättsliga sanktionsmöjligheter mot den ohållbara utvecklingen

– *”The awareness of the climate change challenges spreads through all levels of society”*¹

1. Rättsvetenskapen och ”jordens undergång”²

Problembeskrivningen har vi alla nått av i en eller annan form. Med en tänkt läsekrets av forskare är det knappast heller någon som inte inser allvaret. För att i varje fall inte överdriva problemen sammanfattar jag med att vi står inför stora utmaningar för mänskligheten och planeten som vi känner den. Med ett problem som har sådana dimensioner att det verkar överträffa allt mänskligheten någonsin behövt organisera sig för att försöka hantera, ser jag mig föranledd att göra ett pretentiöst bidrag. Jag ser det som relevant att fråga vad vi rättsvetare med specialisering i förmögenhetsrätt kan bidra med?³ Om forskning går ut på att bidra med ny kunskap till mänskligheten; vad kan vi då åstadkomma i kunskapshänseende som kan ha relevans för de utmaningar vi står inför?

Som rättsvetare har vi anledning att utgå från att orsakerna till den serie av katastrofer som vi står inför till stor del verkar vara vår otillräckliga förmåga att samarbeta kring svåra frågor.⁴ Vi har svårt att reglera våra mellanhavanden när

1 Här hade förstas i rad olika referenser kunnat ges, men eftersom mitt bidrag på förmögenhetsrättsdagarna var att kommentera Katerina Mitkidis inlägg vill jag peka på de utgångspunkter hon använt. Kateřina Peterková Mitkidis, *Using Private Contracts for Climate Change Mitigation*, Groningen Journal of International Law, vol 2(1): Energy & Environmental Law 2014 s. 54–80, på s. 63. Jfr min medkommentator Paula Klami-Wetterstein, *Avtalsvillkor om hållbar utveckling och tredjemansavtalskonstruktionen som ansvarsgrund – några kommentarer*, i denna antologi.

2 Här kunde jag hänvisa till allehanda referenser på temat domedagsprofetism, och till titlar med nutida ambitioner som ”Den obeboeliga planeten” (Wallace-Wells) och ”Att lära sig dö i antropocen – Reflektioner över en civilisations slut” (Scranton), men efter förmögenhetsrättsdagar i Helsingfors kan det kanske passa med en referens till Tove Jansson, *Jorden går under! Mumintrollet och jordens undergång*: Tove Janssons första mumiserie i Ny tid 1947–1948, Tigertext/Ny tid 2007.

3 Frågan är relevant, för i beaktande av problemets dimension förefaller förutsättningar för att syssla med rättsvetenskap snart bli så förändrade att rättsvetenskapen blir något annat än vad vi nu känner den som. Står vi inför slutet för mänskligheten, där jorden omvandlas till en sådan obeoelig stenbit som så många andra planeter verkar vara, är rättsvetenskapen förstas inte ens en bagatell i sammanhanget.

4 Jag skriver – serie av katastrofer – för att det är den övergripande slutsatsen jag drar av den information jag

vi nu nått dithän i utvecklingen att vi är i hög grad beroende av varandra över hela planeten. Delar av problembeskrivningen går att hitta även i förmögenhetsrättslig forskning, om avtal som regleringsmekanism:

– “[C]ontemporary society is not successful in mitigation of global challenges, such as climate change or secure working conditions ...”. ”Continuous melting of ice in the Arctic or the recent fires in Bangladeshi garment factories serves as proof.”⁵

Samarbetsvårigheterna är som bekant komplexa. De beror inte bara på kulturella skillnader och vanföreställningar av religiöst eller annat slag, utan också på sådant som levnadsförhållanden, historiska oförrätter, utbildningsnivå, socialt förtroendekapital och regleringen av våra produktionsförhållanden fördelade över världen. Utifrån de erfarenheter vi gjort framstår det som att politiken har små förutsättningar att lyckas. Statsmakterna har inte tillräcklig makt för att klara av att hantera problemen. De konkurrerar dessutom med varandra på olika sätt och på mycket olika villkor. Vi har därtill fått företag som spelar på samma nivå som stater och som på ett ännu mer direkt sätt konkurrerar med såväl varandra som staterna. Förhållandena är så komplexa att de medel som situationen kräver behöver vara varierade. Det gäller även den viktiga del av medlen som handlar om regleringen. Reglering behövs inom alla fält där det kan ge effekt. Förmögenhetsrätten har därför en roll att spela. Med förmögenhetsrättslig reglering kan vi exempelvis påverka möjligheterna för civila parter att ta initiativ. Förmögenhetsrättslig forskning har möjlighet att producera en del av den kunskap mänskligheten behöver.

I detta bidrag pekar jag på fem aspekter av vad vi förmögenhetsrättsforskare kan bidra med i form av kunskap till mänskligheten. Jag begränsar mig till temat civilrättsliga sanktionsmöjligheter och vad vi kan bidra med för att civilrätten och de civila parternas initiativ skall kunna användas för att åstadkomma effekter där statsmakterna och företagen inte lyckas tillräckligt. Det handlar om möjligheterna att använda avtal som rättsgrund även för vad vi idag betraktar som tredje man. Tanken är att under vissa förutsättningar låta tredje man använda andra parter avtal som rättsgrund för att utkräva sanktioner för att de inte följer sitt avtal. Mer precist begränsar jag mig till fall där avtalsparterna använt s. k. Sustainability Contract Clauses, (SCC:s). Jag redovisar inget närmare kring dessa fenomen, eller

har tagit del av i min egenskap av akademiker. Den informationen som behövs för att dra närmare slutsatser är förstas omfattande och kunskapen (forskningsfronten) rör sig i takt med en strid ström av nya upptäckter och iakttagelser. För en enkel introduktion till klimatfrågan se exempelvis Lennart Bengtsson, Vad händer med klimatet? – En klimatforskarens syn på jordens klimat, Karneval, Stockholm 2019.

5 Som nämnts i fotnot 1; här hade förstas en rad olika referenser kunnat ges, men jag förhåller mig till utgångspunkterna hos Katerina Peterkova Mitkidis. Citaten i detta fall från Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2014 (1) s 1–30, på s. 3.

kring tredje mans möjligheter, utan utgår från andra beskrivningar av desamma som jag antar att läsaren har bekantat sig med.⁶ Det direkta temat för detta bidrag är nämligen inte fenomenet SCC:s utan rättsvetenskapens roll i sammanhanget civilrättsliga sanktionsmöjligheter mot den ohållbara utvecklingen. Fenomenet SCC:s är härvid en av flera regleringstekniker.

2. Kan förmögenhetsrättsforskare producera ny kunskap om huruvida civilrättsliga sanktionsmöjligheter för tredje man ger effekter som vi anser övervägande fördelaktiga?

Ett antagande bakom detta bidrag är att de civila parternas initiativ skall kunna användas för att åstadkomma effekter där andra aktörer, som statsmakter och företag, inte lyckas tillräckligt. Antagandet är att en sådan möjlighet kan göra SCC:s mer effektiva. Genom att de civila parterna kan utkräva sanktioner kommer SCC:s att följas i högre grad. Huruvida detta antagande är vettigt är emellertid en fråga som vi som rättsvetare bara kan bidra med kunskap om i begränsad utsträckning. Vi saknar metoder för att svara på vilka effekter vi får ut i form av beteende hos avtalsparter. Vad som behövs handlar istället om studier av mänskligt beteende som vi snarare betraktar som sociologi, psykologi eller ekonomi. Det är också förenat med svårigheter att genom förmögenhetsrättslig forskning svara på om det är det ett stort problem att företag som utger sig för att ha Corporate Social Responsibility bryter mot dessa SCC:s. Om vi skulle ge oss i kast med något sådant skulle det kräva ett mycket öppet förhållningssätt till vad vi skall betrakta som förmögenhetsrättslig forskning.

Vad vi förmögenhetsrättsforskare i högre grad skulle kunna bidra med är forskning kring marknadsstyrda system och vikten av att konstruera sådana system så att de blir självkontrollerande. När civila aktörer på marknaden har incitament att kontrollera varandra fungerar systemen med liten insats från offentliga myndigheter, media och liknande kontrollinstanser. Ett sanktionssystem utöver de sanktioner som kan utkrävas mellan avtalsparterna fyller kompletterande funktioner som vi skulle kunna studera i teori och praktik. Sannolikt skulle vi dock behöva samarbeta med andra forskare för att kunna göra tillförlitliga bidrag till det mänskliga vetandet på området. Kunskapsintresset ligger förvisso inom ramen för vad en rättsvetare har anledning att producera kunskap om, men våra metoder för att hantera forskningsfrågor inom detta fält förefaller dessvärre alltför vara ganska

⁶ Se istället gärna den klagörande beskrivningen hos Paula Klami-Wetterstein, Avtalsvillkor om hållbar utveckling och tredjemansavtalskonstruktionen som ansvarsgrund – några kommentarer, i denna antologi. Även Katerina Mitkidis i denna konferensantologi, och även Kateřina Mitkidis, Enforcement of sustainability contractual clauses in supply chains by third parties, i Ulfbeck, Andhov & Mitkidis: Law and Responsible Supply Chain Management: Contract and Tort Interplay and Overlap, Routledge 2019.

outvecklade. Det behöver givetvis inte hindra att vi använder antagandet. Vi kan utgå från antagandet att marknadsekonomiska regleringssystem bör konstrueras så att de blir självkontrollerande. Ett sådant antagande bör kanhända ses som lika grundläggande i rättsvetenskapen som antagandet om rationalitet och strävan efter vinstmaximering i den ekonomiska forskningen. Det är kanhända rent av olyckligt att vi inte i större utsträckning använt detta antagande och därmed inte i högre grad bidragit till att våra marknader reglerats med denna ambition.

En annan idé om vad vi förmögenhetsrättsforskare skulle kunna bidra med handlar om forskning kring hur civila avtalsparter agerar i förhållande till reglering av olika slag. Det kan vara en fördel att SCC:s är vaga och relativt oförbindande. Avtalsparter som framstår som att de gör mer än de är förpliktigade att göra skulle i princip kunna uppnå mer av de önskvärda effekterna än avtalsparter som agerar under trycket av förpliktelse. I den förmögenhetsrättsliga forskningen av idag hittar vi antaganden på temat:

”Leaving SCCs vague may be beneficial for the parties and may be more helpful in reaching the objective of sustainable development.”

”Enforcement is not always of a formal legal character. Even better results can, and often are, achieved through informal processes,” ”... formal and conscious acceptance of the terms as a part of a business deal is likely to increase the internalization of the values and goals by the supplier. This may also explain why companies insist on signing their codes of conduct by suppliers even without the intention to create a contract.” ”... the moral imperative of *pacta sunt servanda*”.⁷

Vi skulle emellertid kunna göra mer med antaganden och forska kring om det kan vara en fördel att SCC:s är vaga och relativt oförbindande. Sannolikt skulle vi dock även här behöva samarbeta med andra forskare för att i vissa avseenden kunna göra tillförlitliga bidrag till det mänskliga vetande på området. Frågan om hur olika regleringstekniker fungerar för att nå olika mål i olika kontexter borde förvisso vara en helt central del av juristers kunskapsområde. Vi borde kunna bidra med kunskaper om hur vi åstadkommer balans i ett regleringssystem, såsom i ett avtal eller i en lag. Rättsvetenskapen förefaller dock inte ha ägnat saken ett intresse som motsvarar frågornas potential. Att ”allt inte går att reglera” är snarare än erfarenhetsbaserad kunskap som jurister av olika slag tillägnat sig över tid, än ett tema som blivit föremål för forskning. De metoder vi skulle använda för att skaffa oss kunskap om dessa frågor borde dock inte vara särskilt avlägsna för rättsvetenskapen. Att exempelvis kategorisera och jämföra olika slag av reglering förefaller

⁷ Katerina Peterkova Mitkidis, Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2014 (1) s. 1–30.

vara relativt enkelt även när jämförelsen inkluderar erfarenheter som gjorts av hur regleringen fungerat. I viss mån finns motsvarande moment i en del lagförarbeten.

Svaret på frågan i avsnittsrubriken kan sammanfattas i att vi förmögenhetsrättsforskare inte kan producera ny kunskap om huruvida civilrättsliga sanktionsmöjligheter för tredje man ger effekter som vi anser övervägande fördelaktiga. Däremot kan vi bidra med forskning som ger ett viktigt kunskapsunderlag för andra forskare. Våra insatser kan också bidra till att ge andra, såväl forskare som beslutsfattare, uppslag och idéer. Det förutsätter emellertid att vi når fram med den kunskap som vi kan producera på temat.

3. Kan vi forska fram ny kunskap om effekterna av att vi koppla in tredje man och formell juridik?

En särskild del av temat för föregående avsnitt har att göra med regleringsfunktionen att tredje man får möjligheter att använda SCC. Att låta en tredje man använda en överenskommelse mellan två andra parter bryter förstås mot en grundläggande civilrättslig princip om avtalets subjektiva begränsning. I förmögenhetsrätten skulle en möjlig forskningsinsats därför kunna gå ut på att normativt framhålla denna princip. En forskningsinsats som begränsar sig till något sådant riskerar dock att stänga de möjligheter som kan finnas i att utnyttja de möjligheter som just ett avsteg från denna grundläggande princip möjligen skulle kunna ge. Vad en förmögenhetsrättslig forskningsinsats skulle kunna handla om är nämligen vad som går att göra. Vi kan bidra med viss kunskap relevansen av att formalisera förhållanden och ge utrymme för juridisk hantering av ett visst slag av relation. Det kan handla om jämförelser mellan de effekter som tredje mans möjligheter för med sig under olika regleringsregimer. En sådan reglering är den som här beskrivits, det vill säga där tredje man ges formella möjligheter att använda avtalsparternas avtal.

De jämförelser vi skulle kunna göra som förmögenhetsrättsforskare är dock antagligen av relativt begränsat värde. Frågan om vad som händer om vi juridifierar relationer och etablerar rättigheter, är inte en förmögenhetsrättslig specialitet. Det är heller inte något etablerat rättsvetenskapligt fält. I anslutning till vad jag beskrivit i föregående avsnitt borde det emellertid vara av intresse för rättsvetenskapen att producera kunskap kring vad juridifiering för med sig. Att veta när de juridiska verktygen gör mer skada än nytta borde vara centralt för jurister. Metoderna för sådana studier borde för förmögenhetsrättens del kunna handla om att utnyttja att förmögenhetsrätten rymmer en hel del fakta att undersöka. Den omfattande

floran av avtal och erfarenheterna av sådana som vi har i förmögenhetsrätten är ett relevant underlag att studera.⁸

I förhållande till frågan om civilrättsliga sanktionsmöjligheter för tredje man är det förstås av stor vikt att frågan om hur avtalsparterna agerar i förhållande till olika regleringar blir beforskad. Om avtalsparterna reagerar mot civilrättsliga sanktionsmöjligheter genom att sluta använda CSR förefaller de civilrättsliga sanktionsmöjligheterna för tredje man bli kontraproduktiva. Vi ser idag tydligen exempel på att avtalsparter som använder SCC:s också använder villkor med syftet att utesluta möjligheter för tredje man.⁹ Frågan om vilken betydelse sådana villkor skall ha i kombination med SCC är i sig en forskningsfråga. Den är av relativt klassiskt förmögenhetsrättsligt snitt och några av metoderna för att forska kring den är därför bekanta.

4. Kan förmögenhetsrättsforskare åstadkomma något kring temat om hur civilrättsliga sanktionsmöjligheterna skall konstrueras?

Den här aktuella tanken om att låta tredje man använda avtalet som rättsgrund för att utkräva sanktioner när SCC:s inte följs, är förstås inte den enda möjligheten att åstadkomma civilrättsliga sanktionsmöjligheter. Denna möjlighet har uppstått för att fenomenet SCC helt enkelt existerar och för att de åtaganden som en SCC innebär ger utomstående anledning att ha förväntningar på avtalsparterna. Att använda ”contract law” för ändamålet kan dock framstå som att använda ett verktyg vilket som helst, för att det behövs ett verktyg, snarare än att för att det passar. Vad vi förmögenhetsrättsforskare kan undersöka är därför om en viss regleringsform passar bättre än en annan.

Möjligheten att använda fenomenet SCC kan jämföras med att använda positiva individuella rättigheter. Sådana rättigheter skulle kunna ge tredje man civilrättsliga sanktionsmöjligheter trots att rättigheter av sådant slag får ses som offentligrättsliga påbud.¹⁰ Regleringsformen kan jämföras med andra.

8 Se exempelvis Lars Gorton, Användning och utformning av indexklausuler och vissa andra prisjusteringsklausuler i kommersiella avtal, i Festskrift til Bent Iversen, red. Torsten Iversen, Susanne Karstoft, Lars Henrik Gam Madsen 2019 s. 89–110.

9 Kateřina Mitkidis, Enforcement of sustainability contractual clauses in supply chains by third parties, i Ulfbeck, Andhov & Mitkidis: Law and Responsible Supply Chain Management: Contract and Tort Interplay and Overlap, Routledge 2019 avsnitt 2.1.1.

10 ”Positive and individual rights might be better adepts for the realization of [third party claims]”, Kateřina Mitkidis, Enforcement of sustainability contractual clauses in supply chains by third parties, i Ulfbeck, Andhov & Mitkidis: Law and Responsible Supply Chain Management: Contract and Tort Interplay and Overlap, Routledge 2019 avsnitt 5.

Vi kan också göra jämförelser med reglering som redan står till buds. Om SCC:s ger tredje man falska förväntningar på avtalsparterna och tredje man agerar utifrån dessa förväntningar, finns det anledning att använda regler om bedrägeri.¹¹ Sådana regler ger civilrättsliga sanktionsmöjligheter i form av rätt till skadestånd.¹² Detsamma gäller åtminstone delvis regler om vilseledande marknadsföring. Det finns också utrymme att använda principer mot ageranden som innebär avvikelser från en uppställd norm som drabbar någon. I sådana fall kan vi nå sanktionen civilrättsligt skadestånd och ansvarsgrunden kan vara den allmänna culpanormen som bedöms i beaktande av vad aktören själv ställt upp som norm för sitt beteende. Att normen formellt är begränsad till en enskild avtalspart behöver inte innebära något hinder mot att den används för att bedöma standarden för en mer allmän norm om beteenden. Normen i form av SCC kan under vissa omständigheter hanteras på motsvarande sätt som sedvänja. På detta sätt går det att inom ramen för etablerade rättsgrunder åstadkomma civilrättsliga sanktionsmöjligheter som i mindre grad leder till principiella problem med avtalets subjektiva begränsning.

Utöver nämnda rättsgrunder går det att tänka sig sådant som att använda SCC för att nå bevislättnader för en tredje man som vill använda civilrättsliga sanktionsmöjligheter.¹³ Exempelvis skulle en SCC kunna leda till att avtalsparten får bevisbördan för att ett orsakssamband inte föreligger, eller att en SCC inte inneburit att tredje man vilseletts.

De forskningsinsatser som skulle kunna göras kring de nämnda etablerade regleringsformerna faller närmast på förmögenhetsrättsforskarna. Vi kan göra jämförelser mellan olika regleringsformer genom att analysera olika fall och omständigheter. Det kan handla om såväl fall från praktiken runt om i världen, som hypotetiska fall. Att systematisera normer och fall är som bekant en förmögenhetsrättslig paradgren.¹⁴ Förvisso kan det förefalla som att sambandet är svagt mellan åtgärder mot en ohållbar utveckling och rättsdogmatiska insatser av nämnda slag, men med kunskap kan andra aktörer komma längre. Lagstiftaren får underlag att agera på vad vi kan visa, avtalsparter och organisationer likaså. Om vi därtill kombinerar de rättsdogmatiska insatserna med en redovisad konkret kontext och någorlunda välgrundade antaganden om konsekvenser, ger vi ytterligare underlag.

11 Katerina Mitkidis, i föregående not a.a, avsnitt 3.1.

12 I Sverige genom uttryckligt lagstadgande i svenska Skadeståndslagen 2:2. Jfr finska skadeståndslagen 5:1. Jfr också norska skadeserstatningsloven 4:1–2, och avsaknaden av ansvarsgrunder i danska erstatningsansvarsloven.

13 "While according to French law, in a tort claim, the patient would have to prove negligence of the transfusion service, in a contract law claim, the burden of proof is reversed and the transfusion service had to prove that there was no negligence on their side." Katerina Mitkidis, Enforcement of sustainability contractual clauses in supply chains by third parties, i Ulfbeck, Andhov & Mitkidis: Law and Responsible Supply Chain Management: Contract and Tort Interplay and Overlap, Routledge, 2019 avsnitt 2.1.2.

14 Se exempelvis Max Sørensen, Statsforfatningsret 1973 s. 19. Hans-Petter Graver, Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi, TfR 2011 s. 230. Jag har själv berört temat systematisering i Claes Martinson, Fenton förmögenhetsrättsliga forskningsresultat, Iustus 2018 s. 76–88.

5. Kan förmögenhetsrättsforskare bidra med kunskap om de begränsade möjligheterna att påverka rättsutvecklingen eftersom det handlar om internationella fenomen?

De fenomen som ligger bakom detta bidrag är internationella. En anledning till att både statsmakterna och de övriga aktörerna har svårigheter att hantera problemen med fenomenet, är just att det handlar om internationella sammanhang. Att åstadkomma reglering av internationella fenomen är besvärligt, för alla. Det innebär å andra sidan att rättsvetare och förmögenhetsrättsforskare har anledning att bidra med kunskap kring hanteringen av just dessa svårigheter.

En viktig anledning till tanken att låta tredje man använda avtalet som rättsgrund för att utkräva sanktioner när SCC:s inte följs är just att sanktionsmöjligheterna bygger på ett etablerat fenomen. Fenomenet SCC har lett till fenomenet att vi sett tvistemål där just tredje man vågat utnyttja möjligheterna att påtala obalanser och utkräva sanktioner. När det går att iaktta hur jurister runt om i världen använder dessa konstruktioner öppnar det fler möjligheter. Vi kan göra forskningsinsatser genom att redovisa att det är just kontraktsvägen som nu bearbetas på den internationella arenan. Det faktum att det är ett internationellt fenomen ger möjligheter som de andra vägarna inte ger, i varje fall inte på den internationella arenan. I den förmögenhetsrättsliga forskningen av idag kan vi läsa:

Om en framväxt av ”generally accepted principle across national jurisdictions...”. Likaså att ”... it is easier to build upon an already started trend”. Vidare att ”... even one decision of one court in one jurisdiction in these lines may cause a global wave of positive activism ...”¹⁵

Innebär det en rättsvetenskaplig insats att göra något sådant? Är det en förmögenhetsrättslig forskningsinsats? – Frågorna kan besvaras med en motfråga. Vem skulle annars samla denna kunskap om inte rättsvetarna gjorde det? Kanhända skulle intresseorganisationer och liknande göra en motsvarande insats, men att samla, analysera och systematisera informationen om civilrättsliga sanktioner förefaller onekligen kunna göras på en sådan nivå att det handlar om en förmögenhetsrättslig forskningsinsats. Frågan om vilka metoder vi använder för att nå resultat med vetenskaplig höjd har vi inte anledning att avgöra med hur vi brukar göra. Ingen vetenskapsgren har anledning att begränsa sig till att bara använda metoder som

15 Kateřina Mitkidis, Enforcement of sustainability contractual clauses in supply chains by third parties, i Ulfbeck, Andhov & Mitkidis: Law and Responsible Supply Chain Management: Contract and Tort Interplay and Overlap, Routledge 2019 avsnitt 2.1.

tidigare har använts.¹⁶ Kring detta behöver vi knappast tveka för givet vad vi ser av förmögenhetsrättsliga insatser kring fenomenet idag är den rättsvetenskapliga höjden knappast ifrågasatt.

6. Kan förmögenhetsrättsforskare bidra genom att redovisa vad normerna handlar om?

Den femte och sista aspekten som jag tar upp handlar liksom föregående avsnitt om att det nu finns ”generally accepted principle across national jurisdictions” av här aktuellt slag.¹⁷ För att få fram kunskap om vilket innehåll dessa normer skall anses ha behövs det forskningsinsatser. Det handlar om en normativ forskningsuppgift och det är självklart att det är en uppgift för förmögenhetsrätten. Uppgiften är dock speciell i vetenskapligt hänseende såtillvida att resultatet knappast går att kategorisera som ”gällande rätt”. Givet att fastställandet av gällande rätt kan förefalla som en tämligen märklig forskningsuppgift i sig, är detta dock närmast en fördel. I detta bidrag finns det dock inte anledning att beröra det temat.¹⁸ Vad som är relevant är bara att peka ut forskningsuppgiften som i varje fall lika relevant som att systematisera normer av visst nationellt ursprung. Frågan om hur vi avgör vad som är ”generally accepted principle across national jurisdictions” är i jämförelse inte särskilt svårhanterlig. Här kan vi förmögenhetsrättsforskare utan tvekan bidra.

7. Förmögenhetsrättsforskning behövs som en av många insatser mot den ohållbara utvecklingen

Jag avslutar minst lika pretentiöst som jag började och lika uppfordrande som jag fortsatt. I den mån någon stått ut med att läsa så här långt har han eller hon antagligen overseende med mitt tilltag.

Vad jag hävdar är att rättsvetenskaplig forskning med förmögenhetsrättslig inriktning behövs även för att bidra till att vi lyckas åstadkomma åtminstone något mot den ohållbara utvecklingen. Vetenskapliga insatser från förmögenhetsrättsforskare kan bidra med kunskap för att vi skall kunna göra insatser i förhållande till

16 Jfr exempelvis Thomas Wilhelmsson, Den nordiska rättsvetenskapens metoder och fri digital rörlighet av rättsliga idéer inom EU, JT 2019–20 (1) s. 112–135, särskilt s. 115. Claes Martinson, Femton förmögenhetsrättsliga forskningsresultat, Iustus 2018 s. 89–94.

17 Kateřina Mitkidis, Enforcement of sustainability contractual clauses in supply chains by third parties, i Ulfbeck, Andhov & Mitkidis: Law and Responsible Supply Chain Management: Contract and Tort Interplay and Overlap, Routledge 2019 avsnitt 2.1.

18 Men se exempelvis Thomas Wilhelmsson, Den nordiska rättsvetenskapens metoder och fri digital rörlighet av rättsliga idéer inom EU, JT 2019–20 (1) s. 112–135. För en av mina redovisningar på temat se Claes Martinson, Femton förmögenhetsrättsliga forskningsresultat, Iustus 2018 s. 29–131.

de utmaningar våra forskarkollegor förklarar att vi står inför. Vi har anledning att svara upp mot behoven. Risken för att vi inte känner oss bekväma med att behöva utveckla nya metoder och forska med det bredare målet att bidra med kunskap till mänskligheten, får var och en hantera på sitt sätt. Det förefaller finnas såväl konventionella som djärvare forskningsfrågor att ställa utan att vi hamnar utanför förmögenhetsrätten. Att våra insatser och den kunskap de kan leda till kan förefalla små i sammanhanget bör vi vara försiktiga med att anta. Det lär vara liten risk att någon annan som försöker komma med ny kunskap om regleringsmöjligheter än rättsvetare. Andra forskare tar nämligen alltför ofta juridiken för given. Den kunskap vi kan tillföra till mänskligheten är av vikt. Huruvida det vi tillför räcker för att vi också skall lyckas hantera de enorma utmaningarna vet vi inte, men vi bör nog inte ta den osäkerheten till intäkt för att hellre göra något annat.



Professor Hilde Hauge, Universitetet i Bergen

Professor Hilde Hauge, Universitetet i Bergen

Et nytt syn på ærbarhetsstridige avtaler?

1. Innledning

Det oppgitte temaet for innledning til diskusjon på de nordiske formuerettsdagene 2019 var ”Ny syn på osedliga avtal?”. Siden artikkelen skrives på norsk, benyttes her som utgangspunkt det i denne sammenheng tradisjonelle norske uttrykket ”ærbarhetsstridige” avtaler.¹ En fellesbetegnelse for de to uttrykkene kan være umoralske avtaler.

Spørsmålet om det finnes et nytt syn på ærbarhetsstridige avtaler kan forstås på ulike måter. *For det første* kan det være et nytt syn på hva som er ”ærbarhetsstridig” og som dermed kan gi grunnlag for at en avtale ikke skal håndheves på grunnlag av ærbarhetsstandarden. *For det andre* kan det være et endret syn på om domstolen i det hele tatt har noen rolle med tanke på å håndheve ærbarhetsstridige avtaler. *For det tredje* kan det være tale om et nytt syn på regelens formulering, og hvilke tilfeller den tar sikte på å fange opp. Spørsmålene kan nok dels gli over i hverandre, og det er i det følgende ikke et mål å behandle hver av problemstillingene isolert.

For å ta stilling til om det finnes et ”nytt” syn på ærbarhetsstridige avtaler, er det nødvendig å ha en viss formening om det finnes et ”etablert” syn. I det følgende skal det først gis en kort presentasjon av læren om ”ærbarhetsstridige” og ”osedliga” avtal i den nordiske retten. Deretter rettes oppmerksomheten mot spørsmålet om det i doktrinen finnes et mer eller mindre etablert syn på denne typen avtaler. Deretter presenteres et mulig presiserende syn, som danner utgangspunkt for en nærmere analyse av om det finnes et nytt syn på ærbarhetsstridige avtaler. Ved denne analysen vil tre dommer fra norsk rettspraksis tjene som illustrasjon.

2. ”Ærbarhetsstridige” og ”osedliga” avtaler i den nordiske retten

I den nordiske retten, i de ulike nordiske landene, må det anses som en etablert regel at avtaler som strider mot ærbarhet, eller som er osedliga, ikke skal håndheves av domstolene. I den svenske og finske retten er regelen ulovfestet, og omtales

¹ I norsk rett brukes også uttrykket reproberte rettsforhold, se om begrepsbruken Hilde Hauge, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner*, Oslo 2009 s. 427–429, med videre henvisninger.

som såkalt ”pactum turpe”.² Regelen anses å gjelde på ulovfestet grunnlag også på Island.³ I norsk rett og dansk rett anses regelen å komme til uttrykk gjennom henholdsvis Norske Lov 1687 art. 5-1-2 og Danske Lov 1683 art. 5-1-2.⁴ Denne typen regler er kjent også fra rettssystemer i andre europeiske land.⁵ I svensk og finsk rett skal en avtale som er ”osedlig” etter den ulovfestede regelen i gitte tilfeller avvises fra behandling i domstolen.⁶ Tilsvarende synes lagt til grunn i dansk rett.⁷ I norsk rett synes det å være noe uavklart om, og eventuelt i hvilken utstrekning, ”ærbarhetsstridige” avtaler skal avvises fra behandling i domstolene.⁸ Noen prinsipiell avgjørelse av spørsmålet finnes ikke, men det må antas at en sak om ærbarhetsstridige avtaler etter omstendighetene skal avvises fra behandling også i norsk rett.⁹ Det prosessuelle spørsmålet om i hvilken utstrekning ærbarhetsstrid er en avvisningsgrunn behandles ikke nærmere i det følgende.

3. ”De rent ærbarhetsstridige avtaler”

Fremstillingen i det følgende skal avgrenses til det som kan kalles ”de rent ærbarhetsstridige avtaler”. Dette innebærer en avgrensning mot det som kan karakteriseres som lovstridige avtaler, det vil si avtaler som har et innhold som strider mot loven. I slike tilfeller vil det bero på en nærmere vurdering om lovstriden leder til ugyldighet.¹⁰ Siden utgangspunktet er at avtalen strider mot lov, vil det imidlertid ikke være tale om en rent moralsk vurdering. En avtale kan også bli ansett å stride så vel mot lov som mot ærbarhet.¹¹ Heller ikke i slike tilfeller vil det bli tale om en

2 Se f.eks. Jan Ramberg og Christina Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, tiende vesentlig omarbeidede og utvidede opplag, Stockholm 2016 s. 216–217 og Johan Bärlund, Frey Nyberg, Katarina Petrell; *Finlands civil- och handelsrätt, En introduktion*, 4. reviderte opplag, Helsingfors 2013 s 289, som bruker formuleringen ”strider mot god sed”.

3 Se Restatement of Nordic Contract Law, Lando m.fl. (ed.), København 2016 s. 161.

4 I NL 5-1-2 lyder bestemmelsen slik: ”Alle Contracter som frivilligen giøris af dennem, der ere Myndige, og komne til deris Lavalder, være sig Kiøb, Sal, Gave, Mageskifte, Pant, Laan, Leje, Forpligter, Forløfter og andet ved hvad Navn det nævnis kand, som ikke er *imod Loven, eller Ærbarhed*, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saasom de indgangne ere. (uth. her)”

5 Se DCFR II. – 7:301 om ”Contracts infringing fundamental principles”. En oversikt over reguleringen i enkelte europeiske land er gitt i DCFR, Volume I s. 537–538.

6 Se Ramberg og Ramberg, *op.cit.* s. 217–218.

7 Se Mads Bryde Andersen, *Grundlæggende aftaleret*, 4. utgave, København 2013 s. 406, med videre henvisninger.

8 Se nærmere, Hauge, *op.cit.* s. 507–511.

9 Hjemmel for eventuell avvisning vil etter norsk rett være lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

10 Se f.eks. Rt. 1993 s. 312, hvor førstvoterende uttalte at: ”Jeg legger til grunn at det ikke gjelder noen alminnelig regel om at en avtale med lovstridig innhold er uten virkning mellom partene, men at spørsmålet må avgjøres ved en tolking av den enkelte lov hvor det også legges vekt på enkelte momenter av mer generell karakter – herunder om reelle hensyn tilsier at lovovrettedelsen får slik virkning (s. 315)”.

11 Se f.eks. Rt. 2004 s. 1582. Saken gjaldt avtale om overdragelse der det var avtalt en hemmelig tilleggspris mellom partene for å omgå konsesjonsreglene. Avtalen om tilleggspris ble ansett stridende mot lov og ærbarhet, og selger fikk ikke medhold i sitt krav om utbetaling av kjøpesummen.

rent moralsk vurdering av avtalens innhold da avtalen også strider mot lov. ”De rent ærbarhetsstridige avtaler” gjelder derimot tilfeller der avtalen ikke strider mot loven, men der det likevel er spørsmål om avtalen har et slikt ærbarhetsstridig innhold at den ikke skal håndheves av domstolen. Satt på spissen er det et spørsmål om domstolen skal felle en moralsk dom over avtalens innhold dersom lovgiver ikke har gitt noe forbud eller noen særskilt ugyldighetsregel som potensielt kan gi grunnlag for at avtalen ikke skal håndheves.

Utgangspunktet for ”de rent ærbarhetsstridige avtaler” er altså at avtalens innhold, herunder partenes ytelser, går ut på noe som ikke er forbudt: Forpliktelsen går i utgangspunktet ut på noe som ligger innenfor partenes alminnelige handlefrihet. Sett fra avtalepartenes ståsted kan man hevde at dersom to opplyste parter av egen fri vilje inngår en avtale som kan anses mer eller mindre ”umoralsk”, er det ikke grunn til at domstolene skulle nekte å håndheve avtalen. Partene imellom vil det også være slikt at de alminnelige ugyldighetsregler i prinsippet står til rådighet: Sett i lys av at avtaleloven § 36 gir grunnlag for å ta i betraktning både avtalens innhold og forholdene ved avtaleinngåelsen, vil denne bestemmelsen være tilstrekkelig som grunnlag for å overprøve avtalens bindende virkning partene imellom. Man trenger dermed ingen særskilt regel om ”ærbarhetsstridige” avtaler for å ivareta partenes interesser. Sett fra et partsperspektiv er det strengt tatt ingen grunn til at avtalefriheten i denne sammenheng skal være snevrere enn den alminnelige handlefriheten. Spørsmålet om ikke-håndhevelse er dermed et spørsmål om domstolenes rolle som håndhever av normer av moralsk karakter ut fra mer alminnelige samfunnshensyn.¹²

4. Eksisterer det et etablert syn på ærbarhetsstridige avtaler?

Læren om ærbarhetsstridige avtaler har i norsk og dansk rett sin formelle forankring i en over 300 år gammel lovtekst. Selve ordet ”ærbarhet” fremstår som et gammelmodig og utdatert uttrykk. Som den videre fremstilling tar sikte på å vise, kan lærens forankring i, eller kobling til, uttrykket ”ærbarhet”, eller for den del ”moral”, innebære at rettsgrunnlagets betydning underkommuniseres, at virkeområdet angis for snevert eller på en lite dekkende måte.

Den overordnede formulering av læren i den juridiske doktrinen er relativt sammenfallende, men likevel med noen nyanser. I dansk doktrine beskriver Bryde Andersen det som avtaler ”mod den almindelige moralopfattelse”,¹³ Lynge Andersen/Madsen beskriver det som avtaler i strid med ”samfundets almindelige moralopfattelse”.¹⁴ I norsk doktrine beskrives det blant annet som ”avtaler i strid

¹² Se også Hauge, *op.cit.* s. 423–424.

¹³ Bryde Andersen, *op.cit.* s. 409.

¹⁴ Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og Mellemænd*, 6. utgave, København 2012 s. 243.

med alminnelig aksepterte moralnormer”¹⁵ og som ”avtaler som av moralthensyn ikke bør anerkjennes.¹⁶ I svensk doktrine brukes bl.a. formuleringen ”avtal i strid med god moral” og i finsk rett ”i strid med goda seder”.¹⁷ Nyansene i formuleringene adresserer et av lærens utfordringer: Hvis man taler om den alminnelige moraloppfattelse, kan det spørres om hos hvem man skal lete etter den alminnelige oppfattelse. Tar man utgangspunkt i samfunnets moraloppfattelse, kan det spørres om det lar seg identifisere en moraloppfatning i samfunnet som har generell utbredelse. Kort sagt: I et verdipluralistisk samfunn, der det kan eksistere ulike subkulturer med ulike moralnormer, er det ikke gitt hvilke moralnormer som er av en slik karakter at det er domstolens rolle å tilsidesette avtaler som strider mot slike normer.¹⁸

Utfordringene i denne sammenheng er adressert også i doktrinen, men slik at ulike forfattere kan synes å trekke noe ulike slutninger fra dette. Bryde Andersen stiller spørsmål ved om det i tilfeller hvor domstolen ikke har funnet grunn til å gripe inn. ”bør være domstolens oppgave at gripe ind i formueretlige tvister om disse i sig selv lovlige forhold og optræde som smagsdommer over det ”ærbare” heri” og at ”[u]jetiske forhold bør primært rammes i det omfang de strider imod enkelte ugyldighetsgrunde, herunder AFTL §§ 33 og 36”.¹⁹ Ramberg legger ved analyse av en svensk avgjørelse som gjaldt avtale om abort mot vederlag (RH 2004: 41), til grunn at: ”Frågan om moral och goda seder är i hög grad politisk. Domstolar bör därför undvika att hitta på egna normer om vilka typer av avtal som inte förtjänaer rättsordningens skydd.”²⁰ I lys av de nevnte synspunkter påpeker Lyngse Andersen/Madsen at det må erindres ”at *ingen* rettsstandard – hvad enten den bygger på ”god skik” på ”god moral” eller på ”rimelighed” baserer sig på ren empiri, men alltid forudsætter visse almene vurderinger af retsfaktum og retsfølge i lyset af, hvilke hensyn samfunds- og retsordenen generelt ønsker fremmet”.²¹

5. Et mulig presiserende syn

Det kan hevdes at uttrykk som ”ærbarhet”, ”osedlig” og ”moral” ikke er godt egnet verken for å identifisere eller løse problemet knyttet til at det kan være avtaler

15 Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, Oslo 2009 s. 324.

16 Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014 s. 194.

17 Ramberg og Ramberg, *op.cit.* s. 216–217 og Bärlund, Frey Nyberg og Petrell, *op.cit.* s. 289.

18 Se noe nærmere om denne problemstillingen, Hauge, *op.cit.* s. 429–433.

19 Bryde Andersen, *op. cit.* s. 409–410. En tilnærmet identisk formulering fremkommer i Woxholth, *Avtaler*, Oslo 2017, 10. utgave.

20 Christina Ramberg, Avtal om abort – pactum turpe? i *Avtalslagen 90 år, Aktuell nordisk rättspraxis*, Stockholm 2005, s. 313.

21 Lyngse Andersen/Madsen, *op.cit.* s. 243 i note 243.

domstolen ikke skal bidra til å håndheve selv om de verken strider mot lov eller rammes av tradisjonelle ugyldighetsregler. Med utgangspunkt i bestemmelsen i NL 5-1-2 om avtaler i strid med "ærbarhet" påpeker Lilleholt at "[f]øresegna er berre eit gammalmodig uttrykk for ein regel som ville gjelde like godt utan lovheimel (...) Dessutan gjev "Ærbarhed" ikkje alltid dei rette assosiasjonane: folk har ein tendens til å tenkje på rammene for utfoldinga av kjønnsdrifta."²² Lilleholt vil heller beskrive læren som å handle om "Kontraktar i strid med *grunnleggjande verdiar*".²³ I den sammenheng peker Lilleholt bl.a. på at internasjonale menneskerettigheter i noen sammenhenger kan gi veiledning for kva som kan godtas eller ikke godtas.²⁴

Med denne formuleringen avhjelpes etter mitt syn noe av utfordringene knyttet til å beskrive regelens funksjon på en dekkende måte.²⁵ Vel er også "verdiar" en vag størrelse, men ved presiseringen av at det er tale om "grunnleggjande verdiar" har man etter mitt syn et bedre utgangspunkt for problemformuleringen: Kan det identifiseres grunnleggende verdier som kan få betydning for om en avtale i det hele tatt skal håndheves av domstolen?

6. Typetilfeller som er henført under læren

I norsk rett er det sparsommelig med rettspraksis som gjelder de rent ærbarhetsstridige avtaler. I doktrinen er det imidlertid påpekt noen typetilfeller som vil kunne omfattes av regelen. Herunder nevnes avtaler som har et umoralsk innhold, avtaler som innebærer formålsløs eller samfunnsskadelig ødeleggelse, avtaler som inneholder store begrensninger i handlefriheten og avtaler om avkall på den personlige integritet. Sideavtaler til en umoralsk avtale vil også kunne rammes.²⁶ I doktrinen er det også påpekt at en avtale kan ramme handlemåter det ikke er noe umoralsk ved, men der det anstøtelige er at forholdet er gjort til en rettsplikt.²⁷ En generell beskrivelse er at avtalen er ærbarhetsstridig "dersom det gjelder å kontraktfeste normer som etter rettsoppfatningen ikke hører hjemme i kontraktsregulering (...)"²⁸

22 Lilleholt, *Kontraktsrett og obligasjonsrett*, Oslo 2017 s. 458

23 L.c.

24 L.c.

25 Se også Hauge, *op.cit.* s. 429–433 for argumentasjon i samme retning.

26 Beskrivelsen av disse typetilfellene er hentet fra Hov/Høgberg, *op.cit.* s. 324–325.

27 Woxholth, *op.cit.* s. 311.

28 Se Kai Krüger, *Kontraktsrett*, Bergen 1989, s. 647.

7. Et nytt syn?

I det videre tar jeg utgangspunkt i Lilleholts beskrivelse av læren, som avtaler i strid med grunnleggende verdier. Et spørsmål er hva som kan anses som slike grunnleggende verdier at det kan være tale om at avtaler som strider mot slike verdier ikke skal håndheves av domstolen. Et klart utgangspunkt er at det må være tale om verdier som har en forankring i rettssystemet. Dermed blir det ikke tale om rettsanvenders frie moralvurdering, men om vurderinger som kan knyttes til verdier som typisk har en demokratisk forankring gjennom verdier som er kommet til uttrykk gjennom lovgivningen, herunder også menneskerettighetene som er nedfelt i Grunnloven og i menneskerettighetslovgivningen for øvrig. Spørsmålet om anvendelse av den ulovfestede normen kan oppstå både fordi slike verdier over tid kan endre seg, men også fordi det kan oppstå behov for å konfrontere nye eller atypiske avtaler med slike verdier. Dette representerer i og for seg ikke noe avgjørende nytt, men tar sikte på å vise at å knytte vurderingen tett opp mot ærbarhet, osedlighet og moral kan medføre at tilnærmingen til spørsmålet ikke blir tilstrekkelig presis og i for stor grad leder tanken i retning av rettsanvenders frie moralvurdering.

Utgangspunktet om at rettsanvender ikke skal håndheve avtaler som strider mot grunnleggende verdier gir et utgangspunkt for vurderingen, men gir selvsagt ikke uten videre svar på de ulike spørsmål som kan oppstå: Det kan være spørsmål om hvor langt man kan gå i å utlede slike grunnleggende vurderinger og det kan være nødvendig å avveie ulike verdier. I det større bildet må det ikke tapes for øye at avtalefriheten i seg selv er en grunnleggende verdi.

8. Eksempler med utgangspunkt i norsk rettspraksis

Eksemplet prostitusjon, HR-2017-2352 A

I den juridiske litteraturen har salg av seksuelle tjenester ofte blitt brukt som skoleeksemplet på avtaler i strid med ærbarhet.²⁹ Grunnleggende sett kan man se det slik at salg av seksuelle tjenester anses umoralsk, eller i strid med alminnelig moraloppfatning. Eksemplet aktualiserer ulike typer verdispørsmål: I snevrere forstand kan det være tale om samfunnets moralske fordømmelse mer generelt, noe som på sett og vis er i tråd med den tradisjonelle tilnærmingen til ærbarhetsstridige avtaler. I vid forstand kan det sies å være et spørsmål om grensene for kommersialisering av egen fysisk integritet.³⁰ At det gjelder grenser for slik kommersialisering komme

²⁹ Se nærmere, Hauge, *op.cit.* s. 442 med videre henvisninger.

³⁰ Se nærmere, Hauge, *op.cit.* s. 433–435.

til uttrykk i lovgivningen.³¹ Dette betyr likevel ikke at den fysiske integriteten ikke i noen sammenheng kan kommersialiseres. Det at det gjelder grenser for kommersialisering av den fysiske integritet gir altså ikke i seg selv svar på *hvor* grensen skal trekkes i tilfeller der det ikke gjelder noe uttrykkelig forbud.

I norsk rett ble kjøp av seksuelle tjenester kriminalisert i 2005 ved straffeloven § 316 a. Dermed handler avtaler om prostitusjon i norsk rett strengt tatt ikke lenger om de ”rent ærbarhetsstridige avtaler”. Noen tilsvarende kriminalisering skjedde ikke for salg av seksuelle tjenester. Begrunnelsen for dette var knyttet til den prostituertes sårbare situasjon.³² Denne begrunnelsen kan sies å ha en side mot det som i dag nok også kan anses å være en grunnleggende verdi i rettssystemet: vern av den svake part.³³

En høyesterettsavgjørelse som indirekte berører spørsmålet om ærbarhetsstrid i medhold av NL 5-1-2 er *HR-2017-2352 A* (Dissens 3–2). Direkte gjaldt avgjørelsen spørsmålet om krav på erstatning for det Høyesterett betegnet som erstatning for ”kortvarige fremtidige tap av prostitusjonsinntekter” (avsn. 38). Bakgrunnen for erstatningskravet var at åtte prostituerte kvinner var blitt utsatt for grove ran. I tre av fire tilfeller ved at de domfelte skaffet seg adgang til de prostituertes oppholdssted ved å inngå avtale om kjøp av seksuelle tjenester. Spørsmålet for Høyesterett var om det var tale om et tap som hadde erstatningsrettslig vern.³⁴ Flertallet tok utgangspunkt i kriminaliseringen i 2005, og bakgrunnen for denne. Etter en gjennomgang av ulike rettskilder oppsummerte flertallet med at: ”Prostitusjon anses altså som klart uønsket fra samfunnets side, og lovgivningen kriminaliserer bredt handlinger som kan knyttes til slik virksomhet.” Deretter ble det påpekt at ”Når salg av seksuelle tjenester ikke er straffbart, er det av hensyn til de prostituerte selv, som anses for å være en svak og utsatt gruppe.” Noe overraskende trekker flertallet av dette den slutning at: ”Dette taler etter mitt syn mot at tap av fremtidige inntekter

31 Se for eksempel lov 7. mai 2005 nr. 25 om donasjon og transplantasjon av organ, celler og vev (transplantasjonslova) § 20 om forbud mot ”å ta ut, sette inn eller bruke menneskelege organ, celler eller vev for å oppnå økonomisk vinning eller utilbørleg fordel, samt å krevje, tilby, ta imot eller gi slik vinning eller fordel” og lov om barn og foreldre (barnelova) 8. april 1981 nr. 7 § 2 andre ledd om at ”Avtale om å føde eit barn for ei anna kvinne er ikkje bindande.”

32 Om bakgrunnen for lovbestemmelsen, se Ot.prp.nr.48 (2007–2008) Om lov om endringer i straffeloven 1902 og straffeprosessloven (kriminalisering av kjøp av seksuell omgang eller handling mv.)

33 Tanken om beskyttelse av den svake part, eller den typisk svake part, er for eksempel et bærende element i forbrukerkontrakslovgivningen.

34 Dommen er behandlet nærmere i erstatningsrettslig sammenheng, jf. bl.a. Jo Ørjasæter og Håkon Bergsjø, ”Uten en tråd – Høyesterett om tapte prostitusjonsinntekter og erstatningsrettslig vern”, *Jussens Venner* 2018 s. 329–345, Birgitte Hagland, ”Om erstatningsrettslig vern for prostitusjonsinntekter”, *Nytt i privatretten*, nr. 1 2018, s. 7–10, Birgitte Hagland, Erstatningsvern ved personskade på saksområder hvor kvinner er typiske skadelidte”, *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 2018 s. 79–109 og Stig Eidissen, Kortvarig tap av prostitusjonsinntekter, *Lov og Rett* 2019 s. 133–145, (se særlig punkt 3.2 og punkt 4.2.1), og av Jens Edvin A. Skoghøy i *Rett og rettsanvendelse*, Tromsø 2018, på s. 224–225.

fra prostitusjon skal ha et erstatningsrettslig vern.”³⁵ Ved den videre vurdering legger flertallet vekt på at:

”Selv om et erstatningskrav for tapte, fremtidige prostitusjonsinntekter ikke direkte gjelder oppfyllelse av en avtale med ulovlig eller støtende innhold, jf. Norske Lov 5-1-2, vil et erstatningsrettslig vern måtte bygge på en forutsetning om at et slikt kjøp ville blitt gjennomført uten skaden; noe som ville innebære at den som skulle ha betalt for tjenesten, måtte ha begått en straffbar handling. Det er ut fra sammenhengen i rettssystemet vanskelig å bygge et rettskrav på et slikt utgangspunkt (avsn. 51).”

Mindretallet trakk en annen slutning fra et endret syn på prostitusjonens aktører og viste til at:

”I vår tid omtales de prostituerte, blant annet i de lovforarbeidene jeg viste til, som en sårbar gruppe som påkaller samfunnets solidaritet, beskyttelse og hjelp. Slik har det ikke alltid vært. Når det derimot gjelder kundene, er kritikken mot dem blitt forsterket, muligens også etter lovendringen i 2009 (avsn. 76).”

Mindretallet tok ikke uttrykkelig stilling til forholdet til NL 5-1-2, men peker på at ”[f]ordi utviklingen de siste tiårene har gått i retning av å legge større klander på kunden, er det mulig at ubetalt vederlag for allerede utførte prostitusjonshandlinger kan inndrives i domstolene” (avsn.72). Mindretallet kom til at vilkårene for erstatning for tapte prostitusjonsinntekter var oppfylt.

Dommen viser at en norm som viser til grunnleggende verdier kan medføre vanskelige interesseavveininger. Mens flertallet la vekt på at kravet knyttet seg til uønsket og kriminalisert virksomhet, la mindretallet mest vekt på hensynet til den svake part.³⁶ Det noe paradoksale er at flertallets begrunnelse bygger på sammenhengen i rettssystemet, herunder at den prostituerte krav forutsatte at det ble begått en kriminell handling. En mulig motsetningsslutning er da at kravet kunne hatt en sterkere stilling dersom kjøp av seksuelle tjenester *ikke* var kriminalisert, noe som ikke umiddelbart synes å harmonere godt med formålet bak kriminaliseringen.

35 De nevnte sitater er fra avgjørelsen avsnitt 50.

36 Se for øvrig også HR-2016-2491-A, der de prostituerte fikk medhold i sitt krav på tilbakebetaling av prostitusjonsinntekter fra domfelte som ble kjent skyldig i menneskehandel. Høyesterett fant i denne sammenheng det ikke var ”avgjørende at kravet springer ut av en samfunnsskadelig og uønsket virksomhet som prostitusjon (avsn. 87) Det ble vist til at kravene ikke gjaldt oppfyllelse av en avtale med ulovlig eller støtende innhold og at salg av seksuelle tjenester ikke er ulovlig (avsn. 88).

Det potensielt ”nye” finnes nok her først og fremst i mindretallets votum, ved at det nettopp ikke tas utgangspunkt i en moralsk fordømmelse av selve handlingen, men der de motstridende verdiene tydelig avveies mot hverandre.

Eksemplet troskapsavtale, LH-2017-129425 (Hålogaland lagmannsrett)

Saken gjaldt en avtale mellom to samboere som hadde et felles barn. Etter at den ene parten hadde vært utro ble det inngått avtale om at verdier knyttet til bil og bolig skulle overføres til den andre parten dersom utroskapen gjentok seg. Det viste seg at utroskapen gjentok seg og den forsmådde samboeren krevde overføring av verdiene i samsvar med avtalen. Den utro samboeren krevde avtalen tilsidesatt prinsipielt i medhold av NL 5-1-2 og subsidiært i medhold av avtaleloven § 36. Lagmannsretten kom til at avtalen ikke kunne settes til side verken i medhold av NL 5-1-2 eller avtaleloven § 36. Ved vurderingen etter NL 5-1-2 la retten blant annet vekt på at avtalen hadde et ”aktverdig formål”. Videre la retten til grunn at avtalen ikke la urimelige begrensninger på den utro partens frihet og de fant heller ikke at avtalen krenket hans integritet. Lagmannsretten oppsummerte med at ”troskap [er] en grunnleggende moralsk forutsetning for et samboerforhold, og kan normalt ikke betraktes som en særlig tyngende forpliktelse”.

Etter mitt syn er det grunn til å stille spørsmål om lagmannsrettens avgjørelse var riktig. Kanskje er det slik at det kan være ”ærbarhetsstridig” å gjøre det ”ærbare” til gjenstand for rettslig forpliktelse? Selv om det nok er en relativt bred oppfatning av at utroskap i et samliv er umoralsk, bygger dagens lovgiving på at utroskap er uten betydning for partenes rettsstilling i et ekteskap. Utviklingen har gått fra at utroskap i ekteskapet i eldre tider var straffbart, og dels en omstendighet som fikk betydning for partenes rettsstilling etter ekteskapsloven til at dagens ekteskapslov ikke knytter rettsvirkninger til årsaken til et ekteskaps opphør.³⁷ Plikt til troskap må i dag anses som en moralnorm som hører privatsfæren til. Sett i et videre perspektiv er det spørsmål om i hvilken utstrekning domstolen skal bidra til å håndheve denne typen avtaler som går ut på brudd på moralske normer i et samliv, og som innebærer begrensninger i den alminnelige handlefriheten. Denne typen avtaler vil ikke nødvendigvis bare bli inngått mellom tilsynelatende ressurssterke og likeverdige parter, og moralnormen som skal sanksjoneres kan handle om andre typer private moralnormer. Etter mitt syn må det legges til grunn at det i den norske retten er en grunnleggende verdi at denne typen avtaler hører privatsfæren til og at domstolen ikke skal bidra til å håndheve brudd på slike normer. Synspunktet representerer ikke noe avgjørende nytt. Blant annet Krüger nevner troskapsavtaler som en type avtale som ikke kan gjøres til gjenstand for kontraktsregulering.³⁸

³⁷ Fra ekteskapsloven 1918, se f.eks. § 48 om utroskap som grunnlag for skilsmisse ved dom.

³⁸ Krüger, *op.cit.* s. 647.

Dommen viser etter mitt syn også hvordan den tradisjonelle regelformuleringen kan gi en upresis tilnærming til de spørsmål som kan aktualiseres: Det blir en uheldig slutning når retten tilsynelatende slutter fra at avtaleforpliktelsen gikk ut på noe moralsk, til at den da ikke kan være i strid med ærbarhet, eller med Lilleholts formulering: I strid med grunnleggende verdier.

Eksemplet avtale om overføring av barnets bosted mot vederlag – RG 2009 s. 651 (LB-2009-16277)

Saken gjaldt to tidligere samboere med felles barn på 3 år som hadde inngått en avtale om at barnets bosted skulle overføres fra mor til far mot at mor fikk et vederlag på 1 million kroner. To år senere reiste mor sak for å få sønnen tilbake. Faren aksepterte dette gjennom et rettsforlik, men gikk deretter til sak mot moren for å få det betalte vederlag tilbake. Kravet førte ikke frem da lagmannsretten fant at den opprinnelige avtale var i strid med NL 5-1-2. Om denne vurderingen uttalte lagmannsretten blant annet:

”En slik avtale om kjøp og salg av daglig omsorg rammes etter lagmannsrettens syn av bestemmelsen i NL 5-1-2 om at en avtale blir ugyldig hvis den strider mot ”ærbarhet” – ikke bare fordi den strider mot alminnelig aksepterte moraloppfatninger, men også fordi den strider mot det bærende hovedprinsipp i barneloven om at alle avgjørelser om foreldreansvar, samvær og hvor barnet skal bo først og fremst skal baseres på hva som er best for barnet.”

Lagmannsretten viser her først til den alminnelige moraloppfatning, en størrelse som i denne sammenheng i og for seg nok er ukontroversiell. Avgjørelsen underbygges imidlertid med grunnleggende verdier som har sin forankring i lovgivningen: Hensynet til barnets beste. Avtaler om økonomisk vederlag for å overføre omsorg kan bidra til at andre hensyn kan komme til å veie tyngre.

9. Et avsluttende formuerettslig perspektiv

Temaet ”ærbarhetsstridige avtaler” behandles vanligvis som en del av avtaleretten, som igjen anses som en del av formueretten. Avtalerettens formuerettslige funksjon kan noe grovt skissert sies å være å legge til rette for omsetning og økonomisk vekst gjennom partenes avtalefrihet. Eksempelene jeg har brukt foran viser at problemstillinger knyttet til ærbarhetsstridige avtaler typisk oppstår i det man

kan kalle formuerettens ytterkant.³⁹ På den måten kan man hevde at regelen i liten grad utfordrer formuerettens grunnleggende funksjon. I en "ideell" verden ville lovgiver ha tatt standpunkt til alle typer avtaler som potensielt kunne stride mot grunnleggende samfunnsverdier. Når spørsmålet om anvendelse av standarden oppstår, er det imidlertid gjerne fordi det er inngått avtale om forhold som typisk ikke blir gjort til gjenstand for avtalerettslig eller formuerettslig regulering. Det er også grunn til å tro at vi står overfor et område som i stor utstrekning er undergitt "selvregulering": Avtaler som strider så sterkt mot grunnleggende verdier at de ikke håndheves av domstolen, vil i praksis være avtaler de fleste vil ha motforestillinger mot å inngå, eller i alle fall bringe inn for domstolene.

Etter mitt syn er det likevel i dag minst like stort behov for regelen som tidligere: I en tid med rask utvikling på mange områder er det behov for en sikkerhetsventil. Et synspunkt som har kommet til uttrykk i det forutgående er imidlertid at lærens utdaterte formulering kan yte unødvendig motstand og kan lede til en upresis tilnærming. Vurderingstemaet knyttet til om avtalen er i strid med grunnleggende samfunnsverdier gir ikke i seg selv noe klarere svar, men angir et tydeligere utgangspunkt for vurderingen. Selv om det primært er opp til lovgiver å vurdere hva som skal forbys og hvilke begrensninger som skal gjøres i avtalefriheten er det behov for en regel som i prinsippet kan ramme atypiske avtaler og for den del avtaler ingen ennå har tenkt på at i det hele tatt ville kunne bli inngått. Det kan selvsagt ikke bety at det hører til rettsordenen å veie ethvert avtaleinnhold mot grunnleggende verdier. Regelens betydning for fremtiden må fremdeles være for avtaler som ligger i formuerettens ytterkant. I formuerettens kjerne, ved omsetning av og rettsstiftelse i tradisjonelle formuesgoder er og bør det være begrenset rom for regelen.

39 Sml. Torbjörn Ingvarsson, "Ogiltighet och moralens eviga återkomst" i *Aftaleloven 100 år, Baggrunn, status, utfordringer*, fremtid, Mads Bryde Andersen, Johan Bärlund, Boel Flodgren, Johan Giertsen (red.) København 2015 s. 294: "De rena fallen då ogiltighet på grund av osedlighät kan övervägas, det vill säga då de inte kompletterar en lagfäst förbudsbestemmelse, ligger ofte i rättens utkant där moralnormerna er starka"



Professor Torbjörn Ingvarsson, Uppsala Universitet

Professor Torbjörn Ingvarsson, Uppsala Universitet

En upptäcktsresa i osedlig terräng

1. Att skilja rätt och moral åt

Ibland kan man umgås med tanken att man kunde närma sig ett ämne helt löst från tradition och tidigare uppfattningar. Likt en upptäcktsresande under en tid när ännu delar av jorden var utforskad skulle jag närma mig frågan och studera den utan belastande meningar. Med vidöppet sinne skulle jag notera allt som jag fann märkligt, viktigt eller intressant för att därefter sätta mig ner med mina anteckningar och reflektera över det jag upplevt och kanske finna linjer, spår och mönster. Redan expeditionen skulle vara en njutning, när all last kastats av och ingen tradition tynger.

Det går att försätta sig i ett sådant tillstånd, men bara för en kort stund. Det är en form av dagdrömmeri med kanske ett uns av högmod. Önskan bär alla självbedrägeriets tecken och det vore omöjligt att lösa sig från allt man tidigare gjort och sett. Ändå är det med igenkänning jag hos Rousseau läser om hans strövtåg långt bort från människor:

”En känsla av högmod blandade sig snart med detta drömmeri. Jag jämförde mig med dessa stora resenärer, vilka upptäcka en obebodd ö, och jag sade mig själv med välbehag: ›Utan tvivel är jag den förste dödlige, som har nått fram ända hit.‹ [...] Under det att jag bröstadde mig i denna föreställning, hörde jag helt nära intill mig ett sorts skrammel, som jag tyckte mig igenkänna. Jag lyssnar: samma buller upprepas och mångfaldigas. Överraskad och nyfiken, reser jag mig, jag banar mig väg genom ett snår av buskar och tränger fram åt det håll, varifrån bullret kom, och i en dalgång på tjugo stegs avstånd från just det ställe, dit jag trodde mig vara den förste som nått, varseblev jag en strumpmanufaktur.”¹

¹ Rousseau En enslig vandrars drömmier översättning Sprengel, Stockholm 2000 [1782] där han under sjunde vandrigen på s. 143 fantiserar om att vara en upptäckare på en ö i Bielsjön där ingen annan människa tidigare varit.

Rousseau hade kunnat skriva något mer neutralt, men han väljer att vara konkret. Det är inte något ospecifikt som finns där i dalgången utan just en strumpmanufaktur, kanske inte antitesen till vildmarken, men nära nog. Så finner jag själv, redan innan expeditionen har börjat på allvar, att det vore rent självbedrägeri att närma sig frågan om osedliga avtal utan förutfattade meningar. Ämnet är gammalt och väl genomarbetat och därtill kan jag knappast helt frigöra mig från vad jag tidigare tänkt och skrivit i ämnet. Risken är helt uppenbar att jag bara kommer att finna en ”strumpmanufaktur” och därtill på samma ställe där jag såg den senast jag strövade i området.²

Det råder ingen tvekan om att rättsregeln att ett avtal kan förklaras ogiltigt på grund av att det strider mot goda seder har sin grund i uppfattningar där moralen så att säga går först och rätten sedan bara skall realisera detta moraliskt riktiga. En sådan förståelse av rättsregeln är förståelig och kanske till och med nödvändig i samhällen där det finns tydliga och enhetliga moralsystem att förhålla sig till. Moralregeln får sin giltighet av att den ingår i ett system. I sådana system får också rätten själv sin legitimitet från att den överensstämmer med moralsystemet.

Denna sammankoppling av rättssystem och moralsystem är emellertid inte problematisk. När jag nu ännu en gång tar mig an ämnet, är det ändå med avsikten att förtydliga en av de huvudpunkter jag redan tidigare gjort till min, nämligen att det tyngst vägande skälet till att vi behöver läran om osedliga avtal inte är att det skulle behövas en ingång för moralen i rätten. Under lång tid döljs denna slitning mellan moral och rätt, men i början av 1900-talet blir den så stark, att det blir möjligt att på allvar ifrågasätta om det alls är så att rätten behöver få sin legitimitet från moralsystemet eller om det vore möjligt att frikoppla rätt från moral. Med upplösningen av sambandet mellan rätt och moral kommer konflikten egentligen bara till uttryck punktvis, men där kan den bli desto starkare. Läran om osedliga avtals ogiltighet är en sådan punkt. När moralsystemet förlorat sin självklara auktoritet, försvinner också gradvis legitimiteten i att en viss moralregel skall gälla.³ Den givna motfrågan när någon i ett sådant splittrat tillstånd påstår att något strider mot goda seder är varför inte det motsatta gäller, nämligen att detta är utmärkt förenligt med god moral. Mot denna invändning står vi, som Ross påpekat, ofta svarslösa:

2 Jag har tidigare behandlat frågan om osedliga avtal och närliggande frågeställningar i bidraget Moral, dubbel moral eller rätt (skrivet tillsammans med Annina H. Persson) i *Fs Hagelberg*, Stockholm 2016 s. 197–205 och i *Ogiltighet och moralens eviga återkomst* publicerad i *Aftaleloven* 100 år, Köpenhamn 2015 s. 279–304 och i de två artiklarna *Pengar luktar inte – eller gör de det?* *Svensk Juristtidning* 2011 s. 1019–1035 och *Spel och osedliga avtal* *Svensk Juristtidning* 2004 s. 739–758.

3 Jfr *Habermas Riktighet versus sanning* ur samlingen *Den moraliska punkten* (övers. Molander), Göteborg 2008, s. 237–280, s. 238 f: ”Normer som i det enskilda fallet möjliggör en sådan kognitiv bedömning av handlingar måste själva göra anspråk på giltighet i en kognitivt relevant mening. Därför har moraliska normer som regel varit inbäddade i omfattande ’läror’ som förklarar varför de förtjänar erkännande. Alla högkulturer har präglats av läror av detta slag, av världsreligioner. När dessa läror i moderniteten förlorar sin auktoritativa status och offentliga trovärdighet, uppstår ett behov av rättfärdigande som – om överhuvudtaget – bara kan täckas av ’förnuft’, dvs. genom allmänna och offentligt övertygande skäl.”

”For den der siger: sådan er det fordi jeg tror, fordi det er Guds vilje, fordi det er naturens orden, fordi det er givet i evident fornuftsindsigt, intellektuel anskuelse, eller hvad der nu påberåbes som første og absolutte sandhedskilde, står absolut uden argumenter over for den der hævder, at hans tro, Guds vilje, naturens orden, den evidente intuition osv. siger ham noget andet.”⁴

Även om det traditionella moralsystemet i Norden varit kristendomen, så förändras inte situationen på något avgörande sätt genom att hänvisa till sakens natur, förnuftet eller något liknande. Om mitt sunda förnuft säger mig något annat än ditt sunda förnuft, är motsättningen oupplöslig utan en måttstock som kan avgöra vilken av uppfattningarna som är riktig och den måttstocken tycks ha gått förlorad.

Den utmaning för rättsvetenskapen som uppkommer genom att rätt och moral skiljs åt är att avgöra vilket innehåll och funktion en sådan regel som att avtal som strider mot goda seder inte är giltiga skall ha. Regeln tycks ju hålla dörren på glänt för att moralen skall kunna smyga sig in ändå, trots påståenden om att rätt och moral absolut inget har att göra med varandra. Det bästa sättet att undersöka frågan på är att se hur regeln använts i praktisk tillämpning. För det fortsatta strövtåget tar vi med oss några fall där domstolen ogiltigförklarat avtalet för att det strider mot goda seder och de fall där domstolen avvisat talan med hänvisning till att föremålet för talan strider mot goda seder.

2. Rättspraxis om avtal i strid mot goda seder

I svensk rätt finns inga nyare avgöranden från högsta instans där ett avtal ansetts stå så i strid mot god sed att det förklarats ogiltigt. Det finns däremot flera fall där frågan berörts. Det viktigaste är NJA 1997 s. 93 där Högsta domstolen lämnar följande principiella uttalande i frågan:

”I svensk lagstiftning saknas, i motsats till vad som är fallet i många andra länder, allmänna bestämmelser om att rättshandlingar som strider mot lag eller goda seder är ogiltiga. Ogiltighet kan i stället följa av allmänna rättsgrundsatser. Huruvida ett avtal som strider mot lag är ogiltigt, trots att detta inte angivits i lagen, beror på om den lagregel som överträtts bygger på sådana hänsyn som gör att en ogiltighetspåföljd är påkallad. Detta får avgöras i varje uppkommande typfall, efter en analys av syftet med lagregeln, behovet av en

4 Ross *Naturet contra retspositivisme*, TFR 1963 s. 497–525, s. 500.

ogiltighetspåföljd för att sanktionera den och de olika konsekvenser som en sådan påföljd kan medföra, t ex för godtroende medkontraahenter. I de fall där ogiltigheten motiveras av ett allmänt intresse skall den beaktas ex officio.”⁵

I fallet kom det aldrig till att avgöra huruvida det avtal som slutits skulle vara ogiltigt, utan det Högsta domstolen tog ställning till var egentligen bara om frågan borde avgöras materiellt eller avvisas direkt av domstolen. Tidigare i domskälen anvisar Högsta domstolen även möjligheten att avvisa talan istället för att ogiltigförklara avtalet. Själva poängen med avvisning är att domstolen skall slippa ta befattning med den tvistiga frågan. För att avvisning skall så ske, skall en rad förutsättningar vara uppfyllda: Sökandens anspråk skall inte sanktioneras av rättsordningen, avtalets innehåll skall vara otillbörligt till sin karaktär och det skall vara uppenbart av yrkandet eller utredningen i målet att avtalet är otillbörligt. Därutöver skall det stå klart ”att avtalet är ogiltigt och saknar rättsverkan, därför att det strider mot lag eller goda seder.”⁶

Medan den svenska läran är okodifierad om att avtal som strider mot lag eller goda seder är ogiltiga, finns både i dansk och i norsk rätt lagstöd för att det skall vara så. Både Danske Lov och Norske Lov har i 5-1-2 en bestämmelse som trädde i kraft redan i slutet av 1600-talet som ger uttryck för huvudregeln att avtal är bindande, men att den principen bara gäller avtal ”som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed”. Ett danskt fall som kan illustrera användningen av regeln i 5-1-2 Danske Lov om avtal *i strid med lov og ærbarhed* är Højesterets avgörande i U 2006.631 H. Bakgrunden är ganska enkelt tecknad. Två personer hade slutit ett avtal om att förmedla och avsluta köp och försäljning av fast egendom i ett visst område i Spanien. Avtalet innehöll en bestämmelse som gick ut på att om den ena parten gjorde sig skyldig till väsentligt kontraktsbrott (*”grov misligholdelse”*, med avtalets formulering), så hade den andra parten rätt till ersättning beräknad på visst sätt i förhållande till de tre senaste årens bruttoförtjänst. Verksamheten att förmedla fastigheter på detta sätt krävde emellertid tillstånd som inte förelåg. Sådant tillstånd gavs dessutom bara för spanska medborgare och båda parterna i samarbetsavtalet var danska medborgare. Då den ena parten ville ta sig ut ur samarbetsavtalet, begärde den andre ekonomisk ersättning i enlighet med avtalets bestämmelser.

Højesteret lade i målet till grund för sitt avgörande att villkoret inte kunde grunda rätt till ersättning, att det stått klart för den som krävde ersättningen att verksamheten inte fick bedrivas på det sätt parterna enats om. I själva verket fanns det en förväntan att den som senare ville utträda ur avtalet ”skulle søge at tilrettelægge

5 NJA 1997 s. 93, Högsta domstolens domskäl, referatet s. 95.

6 NJA 1997 s. 93, Högsta domstolens domskäl, referatet s. 95.

virksomheden i Spanien således, at de spanske regler kunne omgås”. Under sådana omständigheter kunde samarbetsavtalet inte läggas till grund för något ersättningskrav och Højesteret hänvisar med ett ”jf.” till den gamla regeln i Danske Lov.

3. Avvisning av osedliga avtal i svensk rätt

I svensk rättspraxis från Högsta domstolen omnämns några gånger att en talan som har sin grund i osedliga förhållanden kan avvisas. Möjligheten omnämns bland annat i NJA 1992 s. 299 och senare i NJA 1997 s. 93, men Högsta domstolen beslutade i båda målen att återförvisa målen för materiell bedömning i underinstans. Även i NJA 2002 s. 322 var frågan om talan borde avvisas, men även i det målet återförvisades tvisten till underrätt för materiell bedömning.⁷ Av domarna framgår att tröskeln för att avvisa ett mål är hög.

Som uttrycks av Högsta domstolen i NJA 1997 s. 93 kan ett ogiltigförklarande på grund av att avtalet strider mot goda seder även ske ex officio. Domstolen kan alltså välja att själv göra bedömningen att avtalet strider mot goda seder, utan att någon av parterna anfört denna grund. Med denna möjlighet att ogilla en talan på grund av att avtalet är ogiltigt, framstår möjligheten att avvisa som överflödig i de uppenbara fallen.⁸ I de oklara fallen, där det inte omedelbart framgår att avtalet grundar sig i osedliga förhållanden, kräver en avvisning dessutom att domstolen tar omfattande befattning med ärendet, för att kunna avgöra om det är så osedligt att domstolen inte borde ta befattning med det.⁹ Fastän regeln framstår som både överflödig och svårhanterlig, verkar särskilt underinstanser fortsatt se ett värde i att använda möjligheten att avvisa osedliga avtal.

Går man in i register över avgöranden från svenska hovrätter, finns några fall där avvisningsmöjligheten använts. Ett av dessa fall är avgörandet från Hovrätten för Västra Sverige som refereras kort i RH 1988:130. I fallet skulle domstolen ta ställning till ett skuldebrev av med följande lydelse:

”Jag, Bertil S, förbinder mig att till Gunn L, betala ett belopp av 100 000 kronor om jag inte uppfyller löftet att skilja mig från min fru senast den

7 Se angående NJA 2002 s. 322 *Kleineman* ”Svarta pengar” i Högsta domstolen, Juridisk Tidskrift 2002–03 s. 646–656.

8 Jag instämmer alltså i Lindskogs uppfattning i denna del, när han i Om goda seder och sedesvidriga avtal Fs Södermark, Stockholm 2009 s. 195–212, på s. 209 i not 37 (s. 210) skriver: ”Det finns många skäl att föredra en materiell prövning framför en avvisning. Ett är att ett avvisande realiter normalt innefattar en materiell prövning. Ett annat skäl är att en avvisningsprövning kan i sig innefatta svårbedömda moment som domstolen kan undvika vid en materiell prövning. Ett ytterligare skäl är att vid en materiell prövning kan alternativa förklaringsmodeller, såsom jämkning enligt 36 § AvtL [...], bringas in i bedömningen (vilket också kan leda till mindre ingripande rättsföljder än total ogiltighet).”

9 Se *Westberg* Ett fall om kärlek och ett om pengar — om pactum turpe och alldeles för långa och krokiga vägar till beslut om att vägra rättskipning, Fs Lavin Lund 2006 s. 271–283, s. 283.

15 maj 1985. Jag lovar på heder och samvete att uppfylla detta löfte och om jag ej gör det så övergår denna revers till inteckning i min fastighet. Vill Gunn L ej ha en inteckning så har hon full rätt att begära inlösning av denna mot kontant ersättning. Jag förbinder mig också att erlagga skatten på denna summa.”

När den tidpunkt då Bertil S enligt förutsättningarna i skuldebrevet skulle ha varit skild från sin hustru passerat, var han fortsatt gift. Gunn L stämde honom därför och yrkade att domstolen skulle ålägga Bertil S att fullgöra betalningen enligt skuldebrevet. Både tingsrätten och hovrättens majoritet avvisade talan om att utfå beloppet enligt löftet i skuldebrevet. Grunden för denna avvisning var att fordringen grundade sig på osedliga förhållanden. Hovrätten sköt alltså saken ifrån sig och bedömde inte tvisten i sak.

Här kan man fråga sig vari det osedliga egentligen består. Enligt svensk rätt står det var gift person fritt att skilja sig. Det finns vissa begränsningar vad gäller betänketid som räknas upp i 5 kapitlet äktenskapsbalken, men när den tiden löpt ut är makarna skilda om de inte ångrat sig under betänketiden och tagit tillbaka sin ansökan om äktenskapsskillnad. Det enda rimliga svaret på frågan, är att domstolen varit av uppfattningen att äktenskapet hör till en privat sfär och att avtal med andra än maken eller maken om äktenskapsbestånd därför inte borde vara giltiga. Valet att fortsätta eller låta upplösa äktenskapet skall då inte utsättas för det yttre tryck som ett kanske framtvingat avtal med någon utomstående kunde innebära. De mycket korta domskälen tillåter emellertid inga närmre analyser.¹⁰

Ett senare avgörande som kan illustrera hur underrätter hanterar osedliga avtal är Svea hovrätts avgörande som refereras i RH 2004:41.¹¹ Bakgrunden till fallet var att en kvinna väntade tvillingar. Den blivande fadern erbjöd sig att betala kvinnan 25 miljoner kronor, under förutsättning att hon innan betalning skedde genomfört abort av de tvillingfoster hon bar på. Kvinnan genomförde aborten och krävde med stöd av skuldebrevet mannen på betalning. Då mannen vägrade att betala, stämde kvinnan mannen. Mannen gjorde invändningen, att avtalet stred mot goda seder och att talan därför skulle avvisas. Tingsrätten ogillade mannens avvisningsyrkande. Hovrätten kom däremot fram till att kvinnans talan borde avvisas. Det grundläggande uttalandet i hovrättens domskäl är att det ”ter sig helt främmande ur ett etiskt perspektiv och i strid mot de värderingar som ligger till grund för [abort-] lagstiftningen att låta en fråga om ekonomisk ersättning för ingrepp få inverkan

10 I själva verket är även det som nu beskrivits om fallet delvis baserat på det som återges av den skiljaktiges mening i målet. Jag har i brist på mer utförliga domskäl tvingats utgå från att den skiljaktiga meningen står i växelverkan med de skäl som majoriteten ansett vara avgörande för bedömningen att förhållandena som grundade skulden var av sådant slag att talan borde avvisas.

11 Rättsfallet har behandlats av *Ramberg* i bidraget Avtal om abort – pactum turpe? i Avtalslagen 90 år, Stockholm 2015 s. 307–315.

på det val som kvinnan måste göra.” Hovrätten stannar emellertid inte vid detta konstaterande, utan försöker därefter sätta in den etiska norm som man redan beskrivit i ett system. I de följande skälen görs en jämförelse med adoptionsreglerna, där det enligt gällande lagstiftning är otillåtet att erbjuda eller ge ersättning för att förmå någon att gå med på adoptionen. Hovrätten anknyter i domskälen vidare till reglerna om donation av mänskliga organ och vävnad och hänvisar till förarbetena till transplantationslagen där det ”talas om en självklar och grundläggande etisk princip om att en människas kroppsliga integritet inte får göras till föremål för köpslående (se prop. 1994/95:148 s. 51 f.)”.

Sammanförandet av lagreglerna om abort med lagregler om adoption framstår för mig som mindre lyckat. Den enda egentliga anknytningspunkten mellan reglerna är att båda i någon mening har med barn att göra, men jämförelsen mellan att avbryta ett havandeskap och att betala för att få adoptera ett barn är ganska märklig. Än längre bort ligger nästa anknytning till reglerna om donation av mänskliga organ och vävnad, där egentligen bara frivilligheten håller samman ämnena. Som hovrätten redogör för förarbetsuttalandena, kunde det kanske se ut som om det ändå finns en koppling, men i propositionen används inte vändningen ”självklar och grundläggande etisk princip” och inget sägs om den ”mänskliga kroppens integritet” på det ställe hovrätten hänvisar till. Dessa uttryck är istället hovrättens *tolkning* av vad som uttrycks i propositionen, möjligen ledd av domarnas personliga moraluppfattningar i frågan. Däremot sägs i propositionen att det vore ”stötande om en enskild donator eller någon närstående till en avliden skulle kunna köpslå om avyttring av delar en levande eller död kropp” och det sägs även att tanken att en del av en levande eller avlidens kropp skulle betraktas som en vara som kan köpas eller säljas ”är för de flesta helt främmande”. Det är också värt att notera hur frågan om hur domstolarna kunde tänkas behandla ett sådant avtal beskrivs på samma ställe i propositionen:

”I svensk rätt finns inte några författningsbestämmelser, vare sig civilrättsliga eller straffrättsliga, som direkt tar sikte på överlåtelse av organ eller annat biologiskt material från människa. Men det är mycket som talar för att en domstol, om frågan kom under prövning, skulle anse ett avtal om försäljning av organ från en avliden vara pietetslöst och därför ogiltigt såsom stridande mot goda seder.”¹²

Det är alltså enligt författarna av förarbetena inte en säker regel att domstolarna skulle förklara ett avtal om att sälja organ eller biologiskt material från människa ogiltigt, utan det som uttrycks i propositionen är en *förmodan*, eller en prognos

¹² Proposition 1994/95:148 s. 51.

om domstolarnas framtida beteende om man så vill. Någon absolut regel är det inte fråga om och avvisning omtalas inte alls.

I målet hade mannen i första hand yrkat på att talan skulle avvisas och i andra hand på att talan skulle ogillas. Mot bakgrund av detta är hovrättens domskäl märkligt formulerade. Det sägs att skuldebrevet är ogiltigt för att överenskommelsen som kommit till uttryck i den är osedlig. Eftersom skuldebrevet är ogiltigt då föremålet för fordringen är osedligt föreligger ingen reell och seriös tvist och talan skulle därför avvisas. Här hänger inte delarna samman, eftersom den *processuella* frågan om avvisning blandas med den *materiella* om skuldebrevets giltighet. Att en fordran är ogiltig leder inte till att en talan skall avvisas. Tvärt om har högsta domstolen tydligt i NJA 1997 s. 93 uttalat att det förhållande att ett avtal är ogiltigt inte nödvändigtvis innebär att det saknar varje rättsverkan. Vilka eventuella rättsverkningar som ett ogiltigt avtal kan tänkas ha, måste alltså bedömas. Själva ogiltigheten är heller ingen del av avvisningsgrunden. Det är redan det förhållande att avtalet har ett osedligt föremål som utgör avvisningsgrund. Huruvida det därtill är ogiltigt är ju precis det som domstolen inte skall befatta sig med, utan den skall skjuta ärendet ifrån sig utan någon materiell prövning.

De skäl som anges i ett senare, opublicerat avgörande från Svea hovrätt till att talan skulle avvisas är i grunden desamma som i RH 2004:41, utan någon verklig variation.¹³ Förhållandena var dock helt andra. Bakgrunden var att en man och en kvinna, som utöver att de bestämt sig för att skaffa barn tillsammans inte hade någon relation, kom överens om att kvinnan skulle genomgå en IVF-behandling. De kom överens om att kvinnan skulle låna halva den summa av mannen som det skulle kosta att genomföra IVF-behandlingen. Så långt är det svårt att finna något osedligt alls i parternas agerande. Lånet gavs dock med villkoret, att om IVF-behandlingen inte lyckades så skulle lånet efterges under förutsättning att kvinnan senare genomgick en embryotransfer i Riga. Kvinnan genomförde IVF-behandlingen, men den misslyckades. Hon ville dock inte genomföra embryotransfern i Riga och mannen krävde därför tillbaka lånet, eftersom villkoret för eftergift inte var uppfyllt. Kvinnan vägrade att betala tillbaka lånet och mannen stämde kvinnan och yrkade på att få betalt.

Tingsrätten avvisade emellertid mannens krav, med hänvisning till att avtalet avsåg ett osedligt avtal. Svea hovrätt instämde i tingsrättens bedömning och angav därför inga egna skäl till att talan skulle avvisas. I detta mål är det dock svårt att helt följa med var osedligheten så att säga kryper in. Tingsrätten har uppenbarligen inte ansett det vara osedligt att ge ett lån för att bekosta IVF-behandlingen. Hade det inte funnits ett villkor om att lånet skulle efterges under vissa förutsättningar,

13 Se Svea hovrätts avgörande i mål Ö 6907–16 avgjort 18 oktober 2016.

så skulle mannen ha haft rätt att kräva lånet återbetalt. Det är alltså villkoret för eftergiften som skulle göra hela avtalet ogiltigt.

Här finns dock ett problem, som tingsrätten inte alls tar ställning till eftersom den avvisar talan, nämligen vad som egentligen kunde vara ogiltigt. Ser man det så, att bara eftergiftsvillkoret är osedligt och därför villkoret ogiltigt, så står ett helt vanligt låneavtal kvar, där mannen skulle ha haft rätt att få tillbaka de pengar som lånats ut. Det är dock fullt tänkbart att se saken så, att den del av ett avtal som förklaras ogiltig visserligen bara utgör en detalj i helheten, men att den är så väsentlig för övriga delar i upplägget att allt dras med av ogiltigheten.¹⁴ Avtalet skulle om denna senare uppfattning lagts till grund för avvisningen ha inneburit att hela låneavtalet blev ogiltigt när eftergiftsvillkoret uppställdes. När pengarna lämnas över till kvinnan, är det alltså inom ramen för ett osedligt avtal, trots att det inte var osedligt att låna pengar till IVF-behandlingen. En ogiltighet borde dock enligt traditionell uppfattning innebära att alla prestationer skall gå tillbaka, vilket skulle ha givit mannen rätt att få det utlånade beloppet tillbaka. Det finns dock anledning att i olika sammanhang avvika från denna grundregel och när det gäller osedliga avtal kan den riktiga rättsföljden av ogiltigheten vara att återgång av gjorda prestationer inte skall ske.¹⁵ Här saknas flera led i bedömningen som tingsrätten och hovrätten slapp ta ställning till när de valde att avvisa istället för att bedöma tvisten materiellt.

4. Ogiltigförklara för att förstärka

Vad har egentligen de bedömda situationerna gemensamt, där grunden ”i strid mot goda seder” lett till ogiltighet eller avvisning? Enligt min mening är svaret ganska klart: Det är situationer där avtalet har använts för att ge rättslig genomdrivbarhet åt överenskommelser som i sin kärna har lite eller inget med förmögenhetsrättsliga överenskommelser att göra. Det är därmed fråga om överenskommelser snarare än i teknisk mening förmögenhetsrättsliga avtal. Avgörandet i RH 2004:41 kan tjänat till att förtydliga det sagda.

Temat för bedömningen i fallet är den fastslagna utgångspunkten, att det är kvinnan ensam som skall ha rätt att avgöra om hon vill genomföra aborten. Innebär avtalet att kvinnans valrätt förminskas eller helt försvinner, skall det ogiltigförklaras

14 Se för ett tydligt exempel på hur en del av ett avtalskomplex kan dra med andra, formellt åtskilda delar, se danska Højesterets avgörande i U 2004.1164 H. För motsatt följd, nämligen att ogiltighetens verkningar inskränks till en del av ett avtalskomplex, se de norska avgörandena av Høyesterett Rt 1995 s. 46 och Rt 2006 s. 168. Frågan om ogiltighetens räckvidd analyseras närmare i min framställning *Ogiltighet och rättsföljd*, Stockholm 2012 på s. 68–73.

15 Se *Aagaard* Restitusjon, Bergen 2019, s. 222–233. Se även mer allmänt om frågan att anpassa ogiltighetens rättsföljder till vad som innebär ett effektivt upprätthållande av de skäl som motiverar att ogiltigheten alls inträder min framställning *Ogiltighet och rättsföljd* s. 56–66.

eller möjligen jämkas så att det når den nivå där valrätten åter är fri. Detta har inget med avtalet att göra, utan avtalets effekt att rucka på grundprincipen om kvinnans rätt att välja om hon vill genomföra aborten eller inte. I den meningen är frågan inte ens moralisk, utan juridisk-teknisk.

Det går att formulera denna tanke närmast som ett postulat: Moralen stödjer sig på det inre, rätten på det yttre. Moral är det som jag känner mig förpliktad till, rätt är det statens makt förpliktar mig till.¹⁶ Överenskommelsen som fått det bindande avtalets form fungerar som en brygga mellan detta inre, där egen upplevd skyldighet att handla är det väsentliga, till det yttre, där rättsordningen kan användas för att tvinga fram en prestation. Det slutna avtalet kommer att motverka en annars säker och av rättsordningen skyddad utgångspunkt. I fallet med aborten skulle ett bifall i det enskilda fallet till kravet att få ut den utfästa ersättningen minska utrymmet för den valrätt som alla kvinnor skall ha enligt lagstiftningen. Talan skall av detta skäl ogillas, inte för att avtalet är omoraliskt utan för att ett upprätthållande av avtalet skulle motverka en annan rättslig norm som vi anser skall gälla. På samma sätt kan det sägas om fallet där den gifta mannen utfäst sig att betala en summa pengar till en kvinna han uppenbarligen haft en långvarig relation till om han inte var frånskild vid ett visst datum, att avtalet förminskar den frihet som båda makarna i ett äktenskap har att skilja sig enligt svensk lag. Även det danska avgörandet refererat i U 2006.631 H där ena parten i avtalet ville ta sig ur ett samarbete som förutsatte lagbrott, passar in i denna förklaringsmodell. Att begära vite för att någon träder ut ur ett samarbete är ju som sådant normalt inte alls omoraliskt, men om vitet används som påtryckning för att förmå någon att utföra handlingar som inte skulle vara lagliga måste talan ogillas.¹⁷

5. I avtalsrättens utkanter

Min strävan i detta bidrag har varit att ge det bättre argumentet, det som därmed utövar det ”tvånglösa tvång” som ger det genomslag. Möjligen har jag misslyckats i denna strävan, för att vi saknar en gemensam ram för förståelsen av dessa fall.¹⁸

16 *Geiger* Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Köpenhamn 1947, s. 268: ”Moral beruht auf innerer, Recht auf äusserer Verpflichtung. Moral ist das, wozu ich mich verpflichtet fühle, Recht das, wozu die Staatsmacht mich verpflichtet.”

17 Här kunde man även anföra avgörandet av Hålogaland lagmansrett refererat i LH-2017-129425. Avtalet låg helt visst inte i förmögenhetsrättens kärna, men det stred samtidigt inte mot några lagregler eller fasta principer i norsk rätt om hur bodelning efter upplöst samboförhållande fick ske. Utgången i målet att avtalet ansågs giltigt och att ekonomiska följder inträdde till följd av att ena sambon varit otrogen blir därmed mindre uppseendeväckande än om man beskriver ”avtalsförpliktelsen” som en skyldighet att vara trogen mot sambon.

18 Jfr *Habermas* Theorie des kommunikativen Handelns, Bd 1 Frankfurt am Main 1987, s. 52: ”Die Logik der Argumentation erfordert einen begrifflichen Rahmen, der dem Phänomen des eigentümlich zwanglose Zwangs des besseren Arguments Rechnung zu tragen erlaubt.”

Så länge några vill se moralen som fundament och egentligt uttryck för det rätta och rätten, medan andra helt vill skilja dem åt och bara se det som en fråga om interaktion mellan moral och rätt, saknas denna förståelseram. Vad regeln, att avtal som strider mot goda seder är ogiltiga, betyder får helt olika innehåll beroende på vilken utgångspunkt och grundsyn man har i frågan. Med den ena förståelseramen måste moralen bli en del av rätten och utrönandet av vad som är moraliskt riktigt blir en del av den rättsliga bedömningen, med den senare blir frågan mer teknisk och frågan är snarare om en stödregel som förstärker andra rättsregler. Det är den senare uppfattningen jag här velat visa vad den innebär, och förmodligen misslyckats att övertyga om att det är ett bättre sätt att se på frågan om osedliga avtal.

Det är också viktigt att framhålla, att många av de osedliga avtalen rör överenskommelser som aldrig borde ha fått avtalets form. Avtalsrättens grundmönster för tolkning och fastställande av vilka förpliktelser som följer av avtalet passar därmed dåligt.¹⁹ Detta gäller alla avtal som på detta sätt befinner sig i förmögenhetsrättens periferi. Skolboksexemplet, där man frågar om det vore ett giltigt avtal att sonen förbinder sig att ombesörja ”kärleksfull omvårdnad och skjuts till kyrkan varje söndag” av sin gamla mor, är inte på något sett osedligt, men rör också överenskommelser i avtalsrättens utkant som verktyget avtal inte är avpassat för; hur skulle sonen kunna tvingas till att ge kärleksfull omvårdnad och hör inte det till den verkligt privata sfären, där det nästan är stötande att ens formulera kravet som ett avtal!

Min avoghet mot moralen som del av rätten beror till stor del på min grundläggande syn på rättsvetenskapen och dess föremål rätten. Jag förnekar inte på något sätt, att moraluppfattningar har betydelse för hur rättsregler utvecklas, men det är inte detsamma som att rättsreglerna måste vara grundade i eller ha stöd av en allmänt omfattad moral. Det finns många, ibland mycket starka, moralregler som inte leder till någon rättslig reaktion och tvärt om rättsregler som vi uppfattar som stridande mot vår egen moral som är förenade med skarpa sanktioner. Har man väl gjort denna iakttagelse, finns det ingen anledning att fundera över eller närmre analyser om rättsreglerna och moralreglerna sammanfaller i någon delmängd. Det rättsliga avgörandet vilar på rättsregeln och inte på om den sammanfaller med någon allmänt accepterad moraluppfattning. Moral och rätt rör sig i den meningen på skilda plan.

Det vetenskapliga ställningstagandet är emellertid bara en del av orsaken till min motvilja att blanda in moral i rättsvetenskapen och rätten över huvud taget. En inte obetydlig anledning är mer personlig, nämligen att jag med en rysning tänker mig att en domare skall yttra sig över den moraliska halten i ett avtal jag slutit. Vi

19 Se *Ingvansson Aftaleloven 100 år s. 303 f.* ”När vi rör oss mot förmögenhetsrättens utkanter, där avtalet inte är tänkt att vara det primära instrumentet för reglering, blir det slutligen nödvändigt att ge upp försöken att finna förutsägbara, juridiska regler. Man kan fråga sig om vissa av dessa avtal ens är avtal i egentlig mening, ehuru de otvivelaktigt är överenskommelser som av moraliska skäl normalt hålls. Svårigheterna att finna rättsliga svar tycks ha sin grund i de begränsningar som rätten själv har som regleringssystem.”

tänker oss gärna den gode domaren, som skall vara en gränsvakt mot det onda, men inget hindrar att domare hyser de förfärligaste och mest motbjudande uppfattningar. En allmän hänvisning till att föremålet för avtalet måste vara moraliskt försvarbart skulle ge en fullständigt omdömeslös domare rätt att ta ställning till om ett avtal vore giltigt med bara hänvisning till personlig övertygelse om vad som vore moraliskt riktigt. Vi kan inte utgå från den goda domaren, vars godhet definieras av att domslutet blivit så som vi själva gillar, utan från den onde, som avgör tvisten på ett sätt som vi som enskilda uppfattar som felaktigt och stötande.²⁰ För frågan måste annars ställas ur vilka källor vi öser det kalla vatten som förfriskar oss så att vi med ens och för alla fall klart kan avgöra, att detta är så moraliskt förkastligt att det saknar rättsordningens stöd.

20 Jämför gärna med det välkända uttalandet av *Holmes* *The Path of the Law* 110 *Harv. L. Rev.* 1896–1897 s. 457–478, där han på s. 460f. skriver: ”Take the fundamental question, What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of his mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.”



Professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen, Københavns Universitet

Professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen, Københavns Universitet

”Lov og ærbarhed” i nutidens aftaleret

– med særligt fokus på løfter og aftaler i
den menneskelige intimsfære

Artiklen undersøger, hvornår løfter og aftaler i intimsfæren kan miste deres gyldighed, fordi deres opfyldelse kan siges at stride mod ”lov og ærbarhed”, jf. DL 5-1-2. Med udgangspunkt i enkelte tilfældegrupper fra den menneskelige intimsfære argumenteres der for, at domstolene bør være varsomme med at anvende ugyldighedssanktionen ud fra moralske overvejelser, og domstolene alene bør afvise sådanne sager fra realitetsbehandling, hvis aftalen utvivlsomt truer grundlæggende samfundsværdier.

1. Indledning

Danske og norske jurister er vant til at bedømme gyldigheden af lovstridige og uetiske aftaler med udgangspunkt i begrebsparret ”lov og ærbarhed” i Danske og Norske Lovs artikel 5-1-2. I *Sverige* og *Finland* behandles disse spørgsmål på ulovbestemt grundlag, bl.a. med støtte i den romerretlige grundsætning om *pactum turpe* (”den usømmelige overenskomst”) eller *contra bonos mores* (”imod de gode sæder”). Uanset hjemmelsgrundlaget er tanken den, at retssystemet ikke bør knytte gyldighed til løfter og aftaler, hvis genstand eller opfyldelse strider mod grundlæggende samfundsværdier, uanset om disse værdier finder udtryk ved strafsanktionerede forbud eller på anden måde.

Ønsket om at beskytte aftaleparter mod løfter, hvis *rækkevidde* de ikke kan overskue (viljeshensynet), spiller en central rolle i den almindelige ugyldighedslære. Men det viljeshensyn, der ligger til grund for den almindelige ugyldighedslære, har sjældent relevans, når en indsigelse om ugyldighed rejses, fordi etik og grundlæggende samfundsværdier står på spil. I stedet spiller de to hovedhensyn ind, der netop reflekteres ved begrebsparret i DL/NL 5-1-2: Det ene angår ønsket om at undgå aftalemæssige *incitamenta til lovbrud*. Det andet ønsket om at undgå incitamenta til adfærd, som anses for moralsk eller samfundsmæssigt *forkastelige*. I det

sidstnævnte hensyn indgår ofte et ønske om at modvirke *kommercialisering af menneskelivet* på områder, der ikke gribes af specifikke forbudsregler i lovgivningen.¹

Den vægring ved at lade retssystemet understøtte forkastelige aktiviteter, der finder udtryk i disse principper, genfindes også i andre dele af retssystemet. Den internationale privatret virker under et almindeligt forbehold om *ordre public*,² hvorefter en udenlandsk retsregel ikke kan anvendes i national ret, hvis reglen er indlysende uforeneligt med de grundlæggende etiske og politiske værdier i domslandet. Og lejlighedsvis dukker den op på specialområder, f.eks. i patentlovens § 1b (der bygger på artikel 53(a) i Den Europæiske Patentkonvention), hvorefter patent ikke kan meddeles på opfindelser, hvis kommercielle udnyttelse ville stride mod ”sædelighed eller offentlig orden.”

Nogle af de hensyn, der begrundet ugyldighed i disse tilfælde, varetages af aftalelovens §§ 33 og 36 og af læren om svigtende forudsætninger. Men disse ugyldighedsregler udtømmer langt fra behovet for at statuere ugyldighed i tilfælde, hvor opfyldelsen af en aftale understøtter aktiviteter, som anses for moralsk eller samfundsmæssigt forkastelige. Medens de almindelige ugyldighedsregler nemlig primært tilsigter at beskytte *parternes* umiddelbare interesser (herunder f.eks. ønsket om at unddrage sig skattebetaling), finder man her beskyttelsesobjektet i visse grundlæggende *samfundsværdier* og i moralske forestillinger med en almen gyldighed, der rækker videre end hensynet til parternes umiddelbare interesser.

2. ”Lov” og ”ærbarhed”

Vil man forstå det nærmere indhold af denne del af ugyldighedslæren, er man derfor nødt til at *afgrænse* de grundlæggende samfundsværdier, der kan trække i en modsat retning end parternes aftalevilje. I denne afgrænsning tager danske, islandske og norske jurister som nævnt udgangspunkt i den førnævnte sondring fra DL/NL 5-1-2 mellem ”lov” og ”ærbarhed”.

Som jeg skal vende tilbage til i afsnit 3, medfører det forhold, at en aftalepligt realiserer en *lovovertrædelse*, ikke i sig selv ugyldighed. Det princip, der udtryktes i DL 5-1-2 reflekterer dansk ret anno 1683, hvor strafsanktionerede forbudsregler var begrænsede i antal og velkendte for den almindelige offentlighed. Nutidens komplekse retssamfund er som bekendt fundamentalt anderledes bygget op. Derfor kan man ikke drage den slutning, at aftaler om en aktivitet, der rammes af en

¹ Se for en nærmere drøftelse af dette specifikke tema *Magnus Agnafors* i SvJT 2019 s. 956 ff. (s. 958 f.), der påpeger, at stadig flere livsområder i takt med den øgede individfokusering er blevet genstand for kommerciel udnyttelse, som efter forfatterens opfattelse øger behovet for moralske reservationer i rets anvendelsen.

² Se herved *Giuditta Cordero-Moss*: *Vilkår for anvendelse av ordre public-forbeholdet*, trykt i Cordero-Moss, Guiditta (red.): *Norsk ordre public som skranke for partsautonomi i internasjonale kontrakter*. Universitetsforlaget, Oslo 2018 s. 65 ff.

offentligretlig forbudsregel, uden videre skal frakendes gyldighed. En tilsvarende afkobling finder udtryk i § 1b, stk. 2, i den danske patentlov, der i tillæg til det foran omtalte patentforbud slår fast, at alene den omstændighed, at udnyttelsen af en opfindelse er *forbudt* ved en lov eller administrativ forskrift, ikke indebærer, at opfindelsen strider mod sædelighed eller offentlig orden.

Indtrådte ugyldighedsvirkning ved enhver lovstrid, ville der opstå en uantagelig usikkerhed, fordi løftegiveren da frit kunne vælge at gøre ugyldighedsgrunden gældende, når det passede ham. Skulle aftale indgået i strid med lovgivningen om butikstid være ugyldig,³ ville man skabe en vedvarende usikkerhed om den, eftersom overtrædelsen ikke truer nogen af parternes interesser og derfor heller ikke kan forventes påberåbt på noget specielt tidspunkt. Derfor må ugyldighedsrummet for aftaler i strid med ”lov” afgrænses således, at det alene angår *kvalificerede* overtrædelser af strafsanktioneret lovgivning. Hvad der nærmere ligger heri, drøftes i afsnit 3.

Vanskeligere er afgrænsningen af det residualområde, der i DL/NL 5-1-2 betegnes med ordet ”ærbarhed”. Efter sit sproglige indhold rammer dette begreb ikke de grundlæggende *samfundsværdier* og *moralhensyn*,⁴ som utvivlsomt er i fokus ved bestemmelsens afgrænsning.

Ifølge *Thøger Nielsen*: Studier i ældre dansk formueretspraksis (1951), s. 215 f.,⁵ udsprang ”ærbarheds”-komponenten i 5-1-2 af et ønske om at udskille de juridisk forpligtende aftaler fra de uforpligtende. Dermed undgik man den modsætningslutning, at en aftale skulle miste sin gyldighed, fordi den ikke var *foreskrevet* i loven. Aftaler om ”ujuridiske” forhold (herunder helt private aftaler eller aftaler om politik og høflighed) skulle derimod ikke forpligte retligt.⁶ Denne sondring finder også udtryk i aftalelovens afgrænsning til aftaler på ”formuerettens område” og rummer, som jeg skal komme tilbage til, en relevant nøgle til forståelse af princippets anvendelse i moderne aftaleret.

I dansk retslitteratur har man tidligere forstået bestemmelsen som en ugyldighedsregel, der primært rammer umoralsk adfærd. *Ussing*: Aftaler (1950), s. 190, forstår begrebet som sammenfaldende med den almindelige moralopfattelse, altså ”en objektiv Maalestok”, som dog ikke var ens for alle, men bl.a. påvirket af forskellige

3 Se tilsvarende *Kristian Torp* i U 2017B s. 359 ff.

4 *Ordbog over det Danske Sprog* definerer ærbarhed som et kendetegn for redelighed, sømmelighed, beskedenhed, pænhed i optræden og lignende – det at ”leve et roligt og stille Levnet i al Gudfrygtighed og Ærbarhed”. Tilsvarende forstås ordet ”Ærbar” som det at fortjene ære eller holde i ære (dvs. være socialt anset, ærværdig, agtværdig).

5 Tilgængelig på www.jurabog.dk.

6 Se om denne afgrænsning overfor vennetjenester o.l., *Jan Ramberg & Christina Ramberg*: Allmän avtalsrätt, Elfte upplagan 2019 s. 236. *Thøger Nielsen* konkluderede sammenfattende (s. 220), at reglen i DL/NL 5-1-2 derfor ikke kan opfattes som en sædvanlig ugyldighedsregel, ”men som en Regel om Aftalens Kollision med Normer, som i sig selv har en Funktion udover dette at være en aftaleretlig Ugyldighedsnorm, i hvert Fald ud fra et praktisk psykologisk Synspunkt.” Se tilsvarende *Ussing* i Aftaler, 3. udg. 1950 s. 186.

professioner og tider. Hovedeksemplerne herpå fandt *Ussing* inden for området for det usædelige og uærbare. Dertil føjede *Ussing* tilfælde "[u]denfor Formueretten samt paa Omraader, hvor ideelle Hensyn træder i Forgrunden" – f.eks. løfter om at skifte religion eller stemme på en bestemt måde.

Når man læser udtalelser fra denne epoke, der i dag ligger 70 år tilbage, må det erindres, at vi i dag har fået en helt anden ugyldighedslære end dengang, bl.a. med generalklausulen i aftalelovens § 36 og talrige specifikke ugyldighedsregler i særlovgivningen. Derfor må man i dag anlægge almene overvejelser og hensynsafvejninger, hvor aftalerettens forhold til almindelige samfundsnormer og særlig retlig regulering får central betydning.⁷

I dansk ret har vi ingen *retspraksis*, der viser, hvordan domstolene i dag stiller sig til ugyldighedsindsigelse baseret på moralske vurderinger, der ikke også indebærer alvorlige regelbrud. Som vi skal se, findes sådanne sager imidlertid i både Norge og Sverige.⁸ Man kan diskutere, om kulturfællesskabet mellem *de nordiske lande* gør det nærliggende at overveje problemstillingen med et sideblik på denne *retspraksis*. På en ene side har dette element af aftaleretten ikke fællesnordisk udspring, eftersom de svensk-dansk-norske aftalelove af 1915-1918 ikke inddrog en regulering af dette spørgsmål, der – som allerede påpeget – derfor har støttet sig på forskellige hjemmelsgrundlag. På den anden side har de aftaleretlige ugyldighedsregler udviklet sig parallelt i hele Norden, bl.a. pga. det kulturfællesskab, der består mellem de nordiske lande. At der på enkelte områder (herunder i synet på prostitution) gælder forskellige regler i de nordiske lande, påvirker selvsagt retsopfattelsen af disse forhold, men ikke den principielle analyse.

Man kan dernæst spørge, om sådanne afvejninger overhovedet *kan* begrænses til det nationale eller nordiske rum. I sine fortolkninger af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) f.eks. truffet en række afgørelser, hvor de hensyn, der måtte anses for umoralske mv., afvejes over for andre hensyn. I kraft af den inkorporering af EMRK og af EMD's domspraksis, som er sket i alle de nordiske lande, vil disse afvejninger herefter binde vore domstole og forvaltningsorganer også på dette område af retten.

Et eksempel herpå findes i EMD's dom af 26. september 2014 i sagen *Mennesson mod Frankrig* (sag 65192/11). Her fandt EMD det stridende med barnets "ret til familieliv", jf. EMRK art. 8, at national fransk ret ikke anerkendte den genetiske mor som mor til et barn født i udlandet på grundlag af en aftale med en surrogatmor. Det tvillingepar, som var resultatet af rugemoderaftalen, havde derfor været udsat for

7 Se tilsvarende *Kåre Lilleholt: Kontraktsrett og obligasjonsrett (2017) s. 458.*

8 Denne artikel udspringer af mit indlæg ved Nordiske Formueretsdage i Helsingfors i maj 2019. Jeg takker de to andre oplægsholdere ved denne session, professorerne *Hilde Hauge* fra Universitetet i Bergen og *Torbjörn Ingvarsson* fra Uppsala Universitet, for en inspirerende debat under dette formueretsmøde.

en privatlivskrænkelser, jf. EMRK artikel 8, ved ikke at få det genetiske moderskab bekræftet. Det fremgår ligeledes af EMD's "Advisory Opinion" (anmodning P16-2018-001), at barnets ret til privatliv kræver, at national ret indeholder en mulighed for at anerkende en juridisk forældre-barn relation mellem barnet og den genetiske moder, der efter den udenlandske (i dette tilfælde amerikanske) fødselsregistrering er angivet som mor. Problemstillingen om "surrogacy agreements" fremhæves som et af de centrale temaer i 2019-årsberetningen for EMD (se forordet, s. 8, og s. 28, 79 og 93 ff.).

Dommen blev ikke tillagt afgørende betydning for bedømmelsen i den sag, der er gengivet i *Tidsskrift for Familie- og Arveret 2019*, s. 291 (p.t. under anke til Højesteret). Landsretten fandt – efter min opfattelse med rette – at det grundlæggende hensyn, der har været lagt til grund i den danske lovgivning (jf. herom i afsnit 5) om, at børn ikke gøres til handelsobjekter, vejede tungere. Landsretten henviste herved til artikel 35 i FN's Børnekonvention, der ikke falder inden for EMD's umiddelbare jurisdiktion. Skulle man henskyde vurderingen af aftalers ugyldighed som følge af modstrid med grundlæggende samfundsværdier til de ofte uforudsigelige fortolkningsresultater, der udgår fra EMD,⁹ ville man hensætte aftaleparterne i en utålelig retsusikkerhed. Se tilsvarende *Marcus Agnafors* i SvJT 2019, s. 974 f.

Dette eksempel kaster lys over en væsentlig problemstilling, der indgår i analysen af de etiske spørgsmål, som dette emne giver anledning til. Når etiske spørgsmål har fundet retlige løsninger i lovgivningen, kan det som udgangspunkt ikke tilkomme domstolene at censurere disse moralskøn ved at statuere ugyldighed for *formueretlige* retskrav, baseret på lovlige aktiviteter. Ønsket om at undgå usikkerhed om aftalers gyldighed taler for at begrænse spillerummet for en sådan overcensur. I de tilfælde, hvor den udøves, bør kompetencen ligge hos de nationale domstole, der jo har en langt mere indgående føling med den retskultur, der danner rammerne om de relevante dispositioner, end en international domstol vil have. Det dommerpanel (det "kammer") i EMD, der træffer den pågældende afgørelse, vil typisk ingen føling vil have med denne for afvejningen så centrale nationale retskultur.

Som jeg har redegjort for andetsteds,¹⁰ giver EMD's dynamiske praksis anledning til grundlæggende demokratiske betænkeligheder. Men lignende overvejelser om magtfordelingen mellem domstole og lovgivere gør sig også gældende, hvis man giver *nationale* domstole kompetence til at afgrænse aftaleparters aftalefrihed på moralsk grundlag inden for områder, hvor lovgiveren ikke har reguleret handlefriheden. Da EMD's dynamiske fortolkninger (endnu?) ikke har sat deres præg på den formueretlige opfattelse, vælger jeg i det følgende at bortse fra denne retskilde.

9 Se herved min artikel i *Juristen* 2017, s. 81 ff. om Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkninger som retspolitisk problem.

10 Se herved min i note 9 nævnte artikel i *Juristen* 2017 s. 81 ff.

3. Aftaler i strid med strafsanktioneret lovgivning

Som nævnt i afsnit 2 må det antages, at kun aftaler, der angår *kvalificerede* overtrædelser af strafsanktioneret lovgivning, kan erklæres ugyldige som følge af dette retsbrud. At genstanden for en aftale kan udløse strafsanktioner, bør i nutidens komplekse retssamfund ikke medføre ugyldighed, medmindre ugyldighedssanktionen må antages at være en adækvat måde at understøtte det formål, der begrundet forbudsreglen.

Bag denne antagelse ligger flere ræsonnementer:

For det første er hovedparten af nutidens forbudsregler ikke båret af de moralske overvejelser som dem, der ligger bag den almindelige borgerlige straffelov. Retspolitiske debatter, der fører til speciallovgivning, foregår typisk i snævre fora af eksperter og interesseorganisationer, men finder sjældent vej til den offentlige debat. Forbud imod eller tilladelse til bestemte aktiviteter begrundes typisk med henvisning til økonomisk effektivitet, retfærdig fordeling af formuegoder og begrænsning af risici – temaer, hvor modsat rettede interesser ofte også kan gøre sig gældende. Retspolitiske beslutninger herom træffes ofte i internationale forsamlinger (herunder i EU og WTO), fjernt fra den hjemlige debat. Hvad der er forbudt i dag, kan med ét være tilladt i morgen, uden at sådanne ændringer har været båret af hjemlige retspolitiske krav.

For det andet varetages de formål, der realiseres ved speciallovgivningen, ofte af særlige tilsynsmyndigheder. Som led i dette tilsyn vil der ofte være en løbende dialog mellem de enkelte virksomheder og tilsynsmyndigheden, der ofte også inddrager relevante interesseorganisationer. Strafsanktionen findes, men den spiller langt fra altid hovedrollen for den løbende afgrænsning og kontrol af, hvad der er tilladt og forbudt.

Undertiden vil lovgivningen forholde sig til enkelte aftaleretlige konsekvenser af et regelbrud, som det f.eks. er tilfældet i konkurrencelovgivningens ugyldighedsregulering. I mangel af sådanne aftaleretlige særregler kan der ikke opstilles et almindeligt princip om, at retsbrud medfører ugyldighed. Et sådant princip ville true den partsautonomi, der ligger til grund for aftaledannelsen, og sætte tilsynsmyndigheden i en vanskelig situation, fordi de aftaleretlige konsekvenser så også skal indgå i overvejelserne. Lovgiveren vil sjældent have mulighed for at overskue disse aftalekonsekvenser, og ugyldighedssanktionen vil derfor ofte blive uforudset og uforholdsmæssig. En ugyldighedsvirkning baseret på speciallovgivningens ofte detaljerede regler vil resultere i en slags *offentligretlig præceptivitet* med vanskelige afgrænsninger og retsvirkninger.

Omvendt ligger det klart, at *nogle* brud på speciallovgivning også krænker grundlæggende samfundsinteresser. Et eksempel herpå er aftaler, der indebærer svigagtig

unddragelse af *skatter og afgifter* til det offentlige.¹¹ Tidligere afviste landsretterne sådanne søgsmål, men med Højesterets dom i *U 2014.2434 H* ændredes denne praksis, så der sker frifindelse efter en ugyldighedsvurdering.¹² Den hårdhændede afvisningspraksis er dog fastholdt i *U 2019.3799 V*, hvor en part, der i en konkurs-situation hævdede at have ret til at modregne med et honorarkrav, som han efter skyldnerens ønske angivelig havde ventet med at udfakturere, ikke fik prøvet denne indsigelse, jf. DL 5-1-2. Dommen er anket.

Uden for klare tilfælde af retsbrud bør domstolene efter min opfattelse være tilbageholdende med at benytte afvisningsadgang. Befinder parterne sig i en form for uagtsom retsvildfarelse, eller giver retsgrundlaget anledning til tvivl, vil det berøve parterne deres ret til tvistløsning ("*access to justice*") at afskære dem en prøvelse af disse spørgsmål. Skal denne procesuelle sanktion anvendes må det i det mindste ske efter forudgående formalitetsprocedure, således som det også skete forud for Sø- og Handelsrettens dom af 10. december 2019 (sag BS-20941/2018-SHR), som omtalt nedenfor.

Klart er det omvendt, at aftaler, der indebærer en form for medvirken til forbrydelser omfattet af borgerlig straffelov, ikke skal understøttes gennem formueretlige retskrav. Det er let at forstå, at én del af samfundsapparatet (domstolene) ikke bør *understøtte* lovbrud ved at tilbyde konfliktløsning og håndhævelse vedrørende anliggender, som en anden del af samfundsapparatet (politiet eller den relevante tilsynsmyndighed) har til opgave at bekæmpe. Men dette princip kan kun begrunde ugyldighedsvirkninger på områder, hvor retsstridigheden er klar, og parterne er i ond tro om lovbruddet. *Jo Hov*: Avtaleslutning og ugyldighed – Kontraktsret I (2002), s. 208, og *Johan Giertsen*: Avtalerett, 10. udg. (2017), s. 310, omtaler som eksempler en aftale om mod betaling at begå en forbrydelse.

Over for den betragtning, at domstolene ved ikke at afvise medvirker til forhold, der (i kvalificerede tilfælde) er kriminaliseret som hæleri, står nemlig et retssikkerhedsmæssigt hensyn: Det kan forekomme betænkeligt, at en domstol i en formueretlig sag reelt tager stilling til strafbarheden af at forhold, der måske slet ikke er procederet for retten, og uden de retssikkerhedsgarantier, som almindeligvis iagttages i straffeprocessen.

Dansk ret kender ingen eksempler på nyere praksis, hvor en *strafferetlig forbrydelse* har været genstand for aftaleregulering, som herefter har ført til en tvist. Nærmest herpå kommer *U 2004.1914 V*, hvor et søgsmål om en betaling i strid med "Oil for Food"-programmet (jf. anordning af 27. december 1996) blev afvist. Afgørelsen kan forekomme hårdhændet, men udfaldet blev det sammen i en

11 Denne praksis omtales bl.a. af *Kristian Torp* i *U 2017 B s. 359 ff.*, *Nikolaj Wessel Tromborg* i *ET 2015 s. 261*, *Faldborg og Troelsen* i *Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2016 s. 200*. En tilsvarende linje følges i svensk ret, se f.eks. *NJA 1997:93*.

12 Se herved af *Nikolaj Wessel Tromborg* i *ET 2015 s. 261 ff.*, og *Anders Faldborg & Kasper Troelsen* i *ET 2016.200 ff.*

tilsvarende svensk afgørelse fra Göta Hovrätt, omtalt af *Marcus Agnafors* i SvJT 2019, s. 962. Et nyere eksempel foreligger med Sø- og Handelsrettens dom af 10. december 2019, der med henvisning til DL 5-1-2 afviste et søgsmål om, hvem der var de reelle ejere af to danske kommanditselskaber, der ultimativt ville være ejere af en russisk bank. Som begrundelse for afvisningen henviste Sø- og Handelsretten til de store bestræbelser, parterne havde gjort på at skjule det reelle ejerskab af de to kommanditselskaber, herunder gennem en række ”til dels modstridende aftaler om proforma-ejerskab, som er præget af manglede eller varierende underskrifter og inkonsistent anvendelse af selskabsbetegnelser mv.” Afvisningsspørgsmålet havde forinden været procederet særskilt.

4. Aftaler i strid med forbudslovgivning

Ofte volder det tvivl, om aftaler vedrørende forhold, der enten forbydes eller påtales af offentlige myndigheder, eller som giver anledning til særlige sanktioner, af den grund også skal rammes af ugyldighed. I *Grundlæggende aftaleret* (2013), s. 407 ff., har jeg forsøgt at gruppere disse problemstillinger i en række tilfældegrupper.

Der findes talrige offentligretlige regler, der giver hjemmel til at *forbyde* forskellige aftalerelaterede aktiviteter på områder undergivet offentligt tilsyn. Inden for sådanne retsområder vil lovgivningen ofte foreskrive strafansvar, men strafsanktionen anvendes i praksis sjældent, idet selve tilsynet er i forgrunden. Et sådant tilsyn kan enten udfolde sig *generelt* (f.eks. i kraft af regler i konkurrencelovgivningen, markedsføringslovgivningen eller i EU’s generelle forordning om databeskyttelse, ”GDPR”) eller *sektorafgrænset*, f.eks. med sigte på bestemte erhvervsformer (f.eks. lovregulerede liberale erhverv eller finansiel virksomhed).

At man bør være tilbageholdende med at tildele offentligretlige forbudsregler på sådanne område aftaleretlig ugyldighedsvirkning uden særlig lovhjemmel, må særligt gælde, hvis forbuddet har hjemmel i en *generalklausul*.¹³ Pointen i den slags retlige standarder er netop, at deres grænser ofte først kendes i konkrete situationer, der ikke på forhånd er givne. At gøre en aftales gyldighed afhængig af overvejelserne hos en tilsynsmyndighed vil fjerne den forudsigelighed, som er et hovedformål med at indgå aftaler.¹⁴

Det er derimod ubetænkeligt at lade en offentligretlig forbudsregulering *indgå i skønnet* over, om en ugyldighedsregel kan bringes i anvendelse. Som anført af *Palle Bo Madsen* i *Erhvervsjuridisk Tidsskrift (ET)*, 2020, s. 6, med henvisninger til praksis, har domstolene foretaget denne kobling i adskillige tilfælde. Senest er dette

13 Se hertil min bog *Grundlæggende aftaleret* 2013 s. 408.

14 Spørgsmålet er bl.a. aktuelt inden for det finansielle område, se *Mads Bryde Andersen & Jesper Mark: Dansk pensionsret*, 2. udg. 2017 afsnit 3.1.1.b. og 13.2.2.

sket ved Højesterets dom i *U 2019.3422 H*, der bl.a. tog stilling til betydningen af, at et realkreditinstitut havde indgået en aftale om ensidig ret til vilkårsændringer i strid med reglerne i bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder. Højesteret fandt, at dette regelbrud ”ikke i sig selv” kunne medføre, at en gennemført bidragsforhøjelse skulle tilsidesættes med i medfør af aftalelovens §§ 36 og 38c. Danske Lov 5-1-2 var ikke påberåbt, men ville næppe have påvirket udfaldet.

Skal en aftale indgået i strid med offentligretlige forbudsregler rammes af ugyldighed, må der derfor kunne påvises mangler ved dens *indhold* eller *tilblivelse*. Hentes ugyldighedshjemlen i aftalelovens § 36, må man først og fremmest se på aftalens *indhold*. At en opfyldelse af aftalen strider mod en offentligretlig regel, indgår i urimelighedsvurderingen. Dette samspil illustreres ved *U 2019.2389 V*, der fandt en honoraraftale, hvis vederlag ”åbenbart” var i strid med god skik-bestemmelsen i lov om juridisk rådgivning, ”urimelig”, hvorved honoraret nedsattes i medfør af aftalelovens §§ 38c og 36. Men ingen af disse aftaleretlige bestemmelser giver hjemmel for ugyldighed, *alene* fordi en aftale strider mod offentligretlig lovgivning. Kun inden for de ganske snævre rammer, hvor den offentligretlige regel forholder sig til rimeligheden af et vederlag, kan der formentlig opstilles en *formodningsregel*, hvorefter det offentligretlige regelbrud giver grundlag for en rimelighedsbaseret ugyldighedssanktion. Men selv her kan formodningen afkræftes, hvis særlige forhold foreligger.¹⁵

5. Aftaler om befrugtning og adoption

Samspelet mellem de moralovervejelser, der har rod i *etiske* forestillinger uden umiddelbar lovs kraft, og de, der finder udtryk i *lovgivningen* ved forbud håndhævet af offentlige myndigheder, illustreres gennem den retlige og aftaleretlige regulering af de menneskelige beslutningsvalg, der træffes med henblik på at opnå graviditet gennem *kunstig befrugtning* ved *in vitro*-fertilisation (i det følgende kaldet IVF-behandling), enten som enkeltstående aftaler eller i kombination med aftaler med såkaldte *surrogatmødre*, der stiller deres krop til rådighed for en graviditet med et æg fra en anden kvinde med henblik på efterfølgende at medvirke til en adoption af det fødte barn

Det kendetegner dette område, at dansk lovgivning både begrænser friheden til at gennemføre sådanne beslutninger og muligheden for at understøtte dem gennem

¹⁵ Dette samspil kendes også på det erstatningsretlige område og belyses ved Højesterets udførlige præmisser om betydningen af overtrædelsen af lovgivningen for bankledelsens erstatningsansvar i Capinordic-sagen, se *U 2019.1907 H* (s. 1956). Bl.a. udtaler Højesteret her, at det ved vurderingen af, om en tilsidesættelse af reglerne i lov om finansiell virksomhed er tilstrækkelig til at anse et ledelsesmedlem i en bank for erstatningsansvarlig, må ses på de hensyn, der ligger bag den enkelte bestemmelse.

aftaler. Reglerne er løbende ændret og tilpasset efter intense retspolitiske debatter, der har afspejlet de forskellige moralopfattelser, der har gjort sig gældende.

I Danmark reguleres IVF-behandling ved lov om assisteret reproduktion i forbindelse med behandling, diagnostik og forskning mv., jf. lovbekendtgørelse nr. 902 af 23. august 2019. Loven gælder ifølge § 1 for assisteret reproduktion foretaget af en *sundhedsperson* (dvs. en læge eller sygeplejerske mv., jf. lov om autorisation af sundhedspersoner og om sundhedsfaglig virksomhed, lovbekendtgørelse nr. 731 af 8. juli 2019) eller under en sundhedspersons ansvar. Loven udgør dermed en del af det sundhedsretlige regime i dansk ret, der opstiller grænser for, hvilke behandlingstilbud autoriserede sundhedspersoner kan medvirke til. Loven forbyder derimod ikke danske statsborgere i at gøre brug af IVF-behandlingstilbud, som udøves af virksomheder i andre lande uden vore restriktioner. Derfor kan en dansk kvinde uanset lovens § 6 gennemføre en fertilitetsbehandling i udlandet efter sit fyldte 45. år uden at møde retlige sanktioner ved sin tilbagevenden og nedkomst i Danmark.

Spørgsmålet er nu, hvilken frihed man har til inden for det område, som ikke er undergivet lovhjemlede forbud, at træffe aftale om sådanne indgreb mv.

Det ligger klart, at aftaler, der *pålægger* en kvinde at gennemføre en IVF-behandling, ikke kan håndhæves *in natura*. Dette resultat følger allerede af, at genstanden for et sådant løfte med *Ussings* formulering som citeret oven for i afsnit 2 angår ideelle hensyn, hvor aftaleregulering i almindelighed ikke bør have nogen plads. Med aftalelovens afgrænsning er vi uden for ”formuerettens område”. Af samme grund må man være betænkelig ved at skulle udmåle økonomiske krav svarende til den positive opfyldelsesinteresse, eftersom den jo netop tilsigter at bringe kreditor i samme situation, som hvis opfyldelse var sket. Hertil er dog at bemærke, at et sådant økonomisk krav aldrig kan udmåles for ”pligtbrud” som disse, som jo ikke angår formueværdier. Men betragtningen leder til den antagelse, at man heller ikke kan vedtage vilkår om konventionalbod, der tilsigter at motivere kvinden til at gennemføre den lovede behandling. Disse resultater kan opnås uden at inddrage den almindelige aftaleretlige ugyldighedslære. Pointen er, at hovedydelsen for aftalen angår personlige dispositioner mv., som ikke har eller bør få formueretlig karakter.

De vanskelige spørgsmål drejer sig om, hvorvidt man ved aftale kan knytte andre retsvirkninger til kvindens valg om at gennemføre behandling, f.eks. ved løfter, der giver kvinden bestemte *formuefordele* ved at gennemføre behandlingen, uden i øvrigt at pålægge kvinden pligter desangående.¹⁶

Det ville f.eks. ligge klart, at et forældrepars løfte til datteren om at ville afholde *udgifterne* ved en IVF-behandling, ikke bør kunne frakendes gyldighed alene med

16 I SvJT 2019, s. 956 ff. (s. 965) diskuterer *Magnus Agnafors*, om det gør nogen forskel i den retlige vurdering, at det umoralske forhold opstår eksternt, f.eks. at A lover B at gøre noget umoralsk (men ikke ulovligt) til gengæld for, at B yder en gave til gode formål.

den begrundelse, at det angår eksistentielle forhold, eftersom det jo netop kun knytter sig til de økonomiske følgevirkninger af behandlingen. Samme resultat vil formentlig gælde, hvis gaven ikke blot dækker disse faktiske omkostninger, men også et beløb som godtgørelse for ubehaget ved indgrebet (der f.eks. involverer indtagelse af hormonpræparater og klinisk ægudtagning).

De vanskelige spørgsmål opstår, hvis gaveløftet gennem andre økonomiske incitamentter søger at motivere en kvinde, der ikke ønsker at gennemføre et svangerskab, til at gennemføre en IVF-behandling, som andre (manden, forældrene eller en tredjepart) nærer et stærkt ønske om. Stiller gaveløftet en formueværdi i udsigt, som afgørende vil ændre kvindens økonomiske situation (hvilket et tocifret millionbeløb f.eks. vil gøre for de fleste), kan man spørge, om dette incitament til at træffe et eksistentielt valg ikke trækker formueretten ind på et livsområde, hvor brugen af formueretlig regulering i sig selv strider mod grundlæggende samfundsværdier – i dette tilfælde kvindens ret til selvbestemmelse. Man nærmer sig hermed en situation, der (om end med modsat fortegn) minder om de vilkår om konventionalbod, der som nævnt indledningsvis uden videre må frakendes gyldighed.

Situationen forelå til pådømmelse ved Svea Hovrätt dom af 6. oktober 2016 i sag Ö 6907-16. En kvinde havde lånt et beløb på SEK 21.268 af sin kæreste til at finansiere en IVF-behandling i Sverige med en klausul, som kvinden selv havde ønsket, om at beløbet skulle eftergives, såfremt kvinden efter mislykket behandling ville gennemføre en ny behandling i Riga. Da denne klausul blev aktuel, ønskede kvinden alligevel ikke at gennemføre behandlingen i Riga. Kærestens krav om tilbagebetaling blev afvist fra realitetsbehandling ved både *tingsrätt* og *hovrätt* som utilbørlig.

Efter min opfattelse bør dette resultat ikke lægges til grund i dansk ret. Retsforholdet mellem kvinden og kæresten var efter sin art formueretligt, og de involverede værdier var ikke egnet til at pålægge kvinden uforholdsmæssigt indgribende økonomiske motiver. Sagen burde derfor være taget til realitetsbehandling med henblik på en nærmere aftaleretlig vurdering af løftets gyldighed.

Hvor aftalefrihedens grænser ligger i disse tilfælde, er vanskeligt at sige. Men det er efter min opfattelse vanskeligt at fastslå et generelt princip om, at aftaler, der knytter formueretlige retsvirkninger til de eksistentielle beslutninger, en person måtte træffe inden for rammerne af de gældende regler, skal frakendes gyldighed, hvis ikke den formueretlige regulering misbruges til at pålægge hovedpersonen (kvinden) et uforholdsmæssigt økonomisk motiv. Og endnu mere problematisk er det på forhånd at afskære domstolsbehandling af disse aftaler.

Et andet spørgsmål er nu, hvordan retssystemet skal forholde sig aftaler, der ikke alene knytter an til IVF-behandlingen, men også til senere at medvirke til en adoption af det fødte barn. Hvis der ingen forbudslovgivning findes herom (hvilket som nævnt straks nedenfor er tilfældet i dansk ret), vil en kvinde, der har virket som surrogatmoder, og som har ladet det genetiske forældrepar overtage det nyfødte

barn, *som udgangspunkt* have krav på betaling af det aftalte honorar, i det omfang honorarer tjener til at kompensere kvinden for belastningen ved at gennemføre svangerskabet.

I Danmark findes en sådan forbudslovgivning imidlertid. Således forbyder § 33 i den danske adoptionslov *ydelse eller modtagelse af hjælp* med henblik på at opnå forbindelse mellem en kvinde og en anden, der ønsker, at kvinden skal føde et barn til denne. Bestemmelsen er strafsanktioneret, jf. § 34, med bøde eller fængsel indtil 4 måneder.

I forarbejderne til bestemmelsen (lovforslag nr. L164, fremsag den 30. januar 1986, FT 1985–86, Tillæg A, sp. 4164) begrundes forbudet som følger:

”Justitsministeriet har i forbindelse med udformningen af disse regler overvejet, i hvilken udstrækning aftaler om surrogatarrangementer bør forhindres. Indgås der sådanne aftaler uden vederlag og uden brug af mellemænd, f.eks. inden for en snæver familiekræds, er det justitsministeriets opfattelse, at disse aftaler, der må antages at forekomme yderst sjældent, ikke bør forhindres.

Aftaler om ”levering af et barn” mod vederlag forekommer derimod i strid med helt grundlæggende principper i vort samfund. Børn bør ikke kunne købes eller sælges, og dette gælder også de ufødte børn. Problemerne ved barnløshed bør ikke kunne udvikle sig til egentlige ”handler” om et barn. Hertil kommer, at der ved aftaler mod vederlag er mulighed for, at den kvinde der vælger at ville føde et barn til en anden, ved valget af ”forældre” til sit barn lader sig påvirke af, hvilken betaling der tilbydes for barnet, i højere grad end hensynet til, hvad der er bedst for barnet.

...

Spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en egentlig betaling for barnet, må afgøres efter en samlet bedømmelse af omstændighederne i den konkrete sag. Det vil f.eks. kunne være acceptabelt, at der bliver betalt udgifter til medicin, svangerskabstøj, mindre beløb til ekstra kost og eventuelle rejseudgifter i forbindelse med nødvendige eller sædvanlige undersøgelser m.v.”

I tillæg til forbuddet mod aftaler om hjælp til surrogatmoderskab fastslår adoptionslovens § 15, at adoption ikke kan meddeles, hvis nogen, der skal afgive samtykke til adoptionen, *yder eller modtager vederlag* eller nogen anden form for modydelse, herunder betaling for tabt arbejdsfortjeneste. Den kompetente myndighed

(Familiereetshuset) kan afkræve enhver, der har kendskab til forholdene, alle oplysninger til brug ved afklaringen af, om der er ydet eller modtaget et sådant vederlag mv.

Denne retlige regulering udgør et illustrativt eksempel på, hvordan man kan håndtere et forbud mod en aftaletype, der anses for at stride mod grundlæggende samfundsværdier. Reglerne herom er i øvrigt genstand for den i afsnit 1 omtalte dom i *Tidsskrift for Familie- og Arveret 2019*, s. 291, der som nævnt p.t. er under anke til Højesteret.

6. Aftaler om abort

Modstykket til den netop omtalte problemstilling er løfter om de økonomiske konsekvenser af at gennemføre en provokeret svangerskabsafbrydelse eller fosterreduktion (i det følgende kaldet *abort*). Hvor beskyttelsesinteressen i de førnævnte angår risikoen for, at børn og børnefødsler gøres til genstand for kommerciel omsætning, er den her modsat, nemlig at *undgå*, at en kvinde mod betaling gennemfører et sådant indgreb, hvis etiske betæneligheder – uanset den legalisering, der er gennemført i dag – er utvivlsomme.

Forskellige retssystemer har gennem tiderne reguleret abortområdet på meget forskellig måde i takt med omskift i etiske og retspolitiske holdninger. At vi befinder os på et sprængfyldt område af etikken ligger derfor klart. Ligeså klart er det, at de retlige frihedsgrader på området finder klart udtryk i en strafsanktioneret lovgivning. Bemærkningerne i det følgende angår alene tilfælde, hvor abort er *tilladt* efter gældende regler. Disse regler findes for dansk rets vedkommende i afsnit VII i sundhedsloven (kapitel 25–28 bestående af §§ 92–103). Reglerne tager *ikke* stilling til spørgsmålet om aftaleregulering.

På den ene side kan en kvinde selvsagt ikke ved aftale pålægges at udføre en provokeret abort, eftersom genstanden for en sådan aftale er et anliggende, som der ingen formueværdi er knyttet til. På den anden side ligger det også klart, at et løfte om at afholde udgifterne til at få gennemført dette indgreb på et privathospital, og om at kompensere kvinden økonomisk for ubehaget ved indgrebet, vil være gyldige. Igen opstår det vanskelige spørgsmål, om formueværdien af løftet er egnet til at påvirke kvinden til at træffe en beslutning i strid med hendes personlige ønske, fordi økonomiske situation ved at modtage gaven.

Spørgsmålet diskuteres af *Christina Ramberg* i Boel Flodgren m.fl. (red.): *Avtalslagen 90 år (2005)*, s. 307 ff., på baggrund af en beslutning fra Svea Hovrätt (RH 2004:41) om at afvise et søgsmål anlagt af en kvinde, der havde gennemført en tvillingeabort efter ved aftale at have fået stillet en kompensation på 30 millioner svenske kroner i udsigt fra faderen til de ufødte børn. *Christina Ramberg* argumenter for, at der i den konkrete sag kunne tænkes talrige argumenter for at

motivere kvinden til at gennemføre indgrebet, og at den betydelige økonomiske kompensation dermed kunne have tilgodeset særlige sundhedsmæssige interesser.

Der er mange, og stærke, argumenter for og imod abort, herunder sundhedsmæssige hensyn til kvinden og det (eller de) ufødte barn. En række af disse overvejelser reflekteres i sundhedslovens § 94 om adgangen til at gennemføre en abort efter den 12. svangerskabsuge. Men også andre hensyn kan spille ind. Den gravide kvinde, der står i valget mellem at skulle lade et sådant indgreb udføre, står i en eksistentiel beslutning, hvor mange personlige, følelsesmæssige, moralske, religiøse og – givetvis – økonomiske forhold kan spille ind. Netop fordi de økonomiske momenter typisk vil indgå i en erkendt samlet afvejning med de øvrige, er der ikke helt samme risiko for at lade dem indgå, og dermed knytte gyldighed til det underliggende løfte. Udsigten til at få udbetalt et så stort beløb, som tilfældet var i 2004-sagen, kan sikkert bringe mange menneskers moralske overvejelser ud af balance. Det er imidlertid svært at se, at dette hensyn skal kunne påberåbes som en ugyldighedsindsigelse for løftgiveren.

Som anført af *Christina Ramberg* (a.st. s. 313) opstår der næppe noget ”marked” for aborter (svarende til det marked for surrogatmoderskaber, der begrundes af den danske forbud mod sådanne aftaler), hvis man knyttede retsvirkning til visse abortaftaler. Risikoen for, at beslutninger om abort ”kommercialiseres” gennem kompenserende aftaler er næppe stor. Kun få mænd har mulighed for at betale de store beløb, der blev lovet i 2004-sagen. Og de færreste kvinder vil kunne motiveres til en abort beslutning alene med udsigten til betaling af et sådant beløb. Derfor forekommer risikoen for krænkelse af grundlæggende samfundsværdier beskeden. Tilbage står *moralhensynet*, som givet den intense lovregulering må spille en beskedent rolle her. *Viljeshensynet* kan utvivlsomt håndteres gennem de aftaleretlige ugyldighedsregler, herunder generalklausulen i § 36.

Disse betragtninger fører til, at aftaler, der giver en kvinde ret til en betaling eller anden økonomisk kompensation i en situation, hvor hun gennemfører en abort, ikke på forhånd kan frakendes gyldighed som stridende imod grundlæggende samfundsinteresser. Vel kan der være en interesse i at modvirke en sådan utilbørlig påvirkning. Men at sanktionere denne interesse gennem en regel, der knytter ugyldighed til løftet, kan kun motivere parterne i sådanne retsforhold til at tilrette det økonomiske incitament anderledes. Gyldigheden af sådanne aftaler må derfor vurderes efter deres indhold og i lyset af, hvilke rettigheder og pligter aftalen pålægger dens parter. Tærsklen for at frakende aftalen gyldighed som urimelig, jf. aftalelovens § 36, må formentlig være ganske lav, men her som andetsteds, må denne ugyldighedssanktion anvendes efter en grundig afvejning af de berørte interesser.

7. Aftaler om blod- og organdonation

I medfør af § 3 i den danske lov nr. 295 af 27. april 2005 om fremskaffelse af humant *blod* til behandlingsformål (blodforsyningsloven) må tapning af humant blod kun ske fra frivillige og ubetalte donorer. Der gælder dermed et *forbud* mod at betinge bloddonation af vederlag i aftaleforhold, som dermed gør aftaler herom ugyldige. Retsområdet er et godt eksempel på en veletableret parallel regulering af forbudsrum og aftalefrihed.

Et tilsvarende forbud findes ikke for *organdonation*. En bekendtgørelse (nr. 578 af 23. maj 2013) udstedt med hjemmel i den danske lov om kvalitets- og sikkerhedskrav ved håndtering af menneskelige organer til transplantation foreskriver derimod en række krav, der tjener til at sikre, at en levende donor kan overskue sit samtykke til en organdonation. Inden organet udtages, skal en læge bekræfte og registrere, at der er indhentet samtykke til udtagningen i overensstemmelse med sundhedsloven, og af hvordan (og af hvem) donor er blevet sikkert identificeret. Den læge, der er ansvarlig for at indhente donors sygehistorie, skal sikre, at donor har forstået de fremlagte oplysninger og har haft mulighed for at stille spørgsmål og fået disse besvaret på tilfredsstillende vis. En til formålet udpeget person skal herefter indhente og registrere de relevante medicinske og adfærdsrelaterede oplysninger om donor i overensstemmelse særskilte regler.

Skulle det forekomme, at en person gennemfører en organdonation i fuld overensstemmelse med disse regler, men mod løfte om et vederlag til udbetaling efter transplantationens udførelse, opstår spørgsmålet, om en sådan aftale er ugyldig. *Johan Giertsen: Avtalerett*, 10. udg. (2017), s. 311, anfører herom, at aftaler om at sælge indre organer eller at underkaste sig eksperimentale medicinske forsøg, er ”direkte umoralske”. Han vil dog ikke frakende ordinære løfter om f.eks. at give blod til en blodbank gyldighed.

Hvis aftaler herom indgås under omstændigheder (typisk i et ikke-industrialiseret land uden en velfungerende sundhedssektor), hvor der ikke føres tilsyn med donors samtykke (fordi donor befinder sig i et fjerntliggende land uden relevant sundhedsregulering), er jeg enig i, at vejen til ugyldighed må være kort. Men dette resultat skyldes ikke selve aftalens tema (organdonationen), men derimod den omstændighed, at den forpligtede på grund af sin livssituation og fattigdom ofte vil være under et utilbørligt personligt pres, der uvægerlig vil give aftaleforholdet et element af udnyttelse.

Når aftalens moralske aspekter vurderes på hjemlig grund i en situation, hvor der er sundhedsfagligt og regulatorisk grundlag for at gennemføre indgrebet herhjemme, bør det indgå, at den heldigt gennemførte transplantation resulterer i et yderligere reddet liv eller i en stærkt forøget livskvalitet hos organmodtageren. Der forekommer derfor vanskeligt at skulle konkludere, at den donor, der mod en

kompenenserende betaling har hjulpet den syge løftegiver med et organ, skal ”straffes” gennem ugyldighedsreglerne ved ikke at få en aftalt kompensation betalt. Statuerer man i sådanne sager ugyldighed efter et generelt princip, der ikke tager højde for tilfældets konkrete omstændigheder, vil man blot incitere parterne til at foranstalte betaling på forhånd.

Igen opstår i tilknytning hertil et særskilt spørgsmål, om man ved domstolene vil sætte en rimelighedsbegrundet grænse for, hvilke beløb der kan komme til udbetaling i sådanne tilfælde. Hvor en form for ulempegodtgørelse måske kan forekomme velbegrundet, vil løfter om ganske betydelige beløb til gengæld for den livsforlængende donation, reelt indebære, at løftet gennem sit økonomiske incitament pålægger donor at eksekvere en uforholdsmæssigt vidtrækkende eksistentiel beslutning. I den konkrete situation kan dette bringe løftet i strid med så grundlæggende samfundsværdier, at det må tilsidesættes.

8. Aftaler med handlepligter i intimsfæren

Aftaler, der involverer handlepligter i intimsfæren, falder efter dansk terminologi inden for kategorien ”sædelighed”, jf. bemærkningerne hos *Ussing* som citeret ovenfor. Denne intimsfære foretrækker de fleste netop at afgrænse til det private og følelsesmæssige rum. Derfor føles det grænseoverskridende for mange at gøre sådanne aktiviteter til *salgsobjekter*, enten i form af en *personlig tjenesteydelse* (prostitution) eller som et *produkt*, der kan erhverves på et marked (pornografi). Disse følelser har fra tid til anden, og i forskellige jurisdiktioner, ført til strafferetligt sanktionerede forbud.

I Danmark findes sådanne forbud ikke længere, og det er i dag et faktum, at begge former for kommercialisering finder sted både her og civiliserede dele af verden. I mange lande har prostituerede fundet sammen i interesseorganisationer for ”sexarbejdere”. Industrien for pornografiske frembringelser omsætter årligt for milliardbeløb verden over. Og fra deres håndtering af sager inden for sædelighedsområdet (voldtægt, rufferi mv.) er domstolene vant til at beskæftige sig med *bevisførelse* om den slags meget intime forhold. Derfor er det vanskeligt at få øje på grundlæggende ”systemiske” hensyn, der skulle tale imod, at *formueretlige* aftaler herom undergives en helt almindelig formueretlig regulering.¹⁷

¹⁷ I *U 1969.303 H* fandt et flertal i Højesteret, at en dansk importørs køb af pornografiske billedhæfter fra en svensk virksomhed var ugyldigt. Ved dommens afsigelse var pornografiske billeder forbudte som ”utugtige”, men forbuddet var på vej til at blive ophævet. Et mindretal ville pga. den rådende usikkerhed om retstilstanden (pornografiens forestående frigivelse) opretholde aftalen som gyldig. En tilsvarende tvivl gjorde sig ikke gældende i den omdiskuterede norske højesteretsdom HR-2017-2352 A om erstatning for indkomsttab ved prostitution. Dommen angår ikke gyldigheden af en aftale om prostitution, men om den erstatningsretlige beskyttelse af udbyttet af en sådan virksomhed. Dommen er interessant, fordi den netop viser den vanskelighed, der kan ligge i at drage formueretlige konsekvenser af et strafferetligt sanktioneret forbud. Flertallet begrunder

Både når det gælder aftaler om *prostitution* og om medvirken i *pornografiske* optagelser og forestillinger synes retsstillingen i Norge at være mere restriktiv end i Danmark. Årsagen hertil ligger dog primært i, at prostitution er kriminaliseret i Norge, men ikke i Danmark. *Jo Hou: Avtaleslutning og ugyldighed – Kontraktsret I* (2002), s. 208, antager således, at en aftale om at skrive en pornografisk bog er ugyldig, ligesom aftalen om at medvirke i en pornografisk film er det.

I dansk ret, hvor prostitution (men ikke bordelvirksomhed) er liberaliseret, vil sådanne aftaler blive bedømt efter almindelige ugyldighedsregler, men ud fra helt forskellige perspektiver: En aftale om at forfatte en pornografisk bog vil være gyldig efter dansk ret på samme måde som enhver anden forlagsaftale. Samme udgangspunkt gælder det samme om en aftale, hvorved en skuespiller lover at medvirke i en film med en nøgenscene, eller sågar i en pornografisk film.

Ved fortolkningen og håndhævelsen af aftaler om sådanne ydelser vil domstolene utvivlsomt være tilbøjelige til at lad skuespilleren blive løst fra sit løfte, hvis der kan rejses den mindste tvivl om forpligtelsesviljen. Den unge skuespiller, der engagerer til en sådan filmoptagelse uden forudgående aftaleerfaring vil formentlig helt kunne løses fra sit løfte. En professionel skuespiller, som har indgået den slags aftaler før, og som måske kunne se frem til et anseligt vederlag, vil derimod som udgangspunkt være aftaleretligt forpligtet.¹⁸ Da det gyldige løfte dog ikke kan kræves opfyldt *in natura*, vil den formueretlige sanktion tage skikkelse af et erstatningskrav, hvis størrelse formentlig vil blive justeret i lyset af den retsstilling, der i øvrigt gælder ved misligholdelse af personlige tjenesteydelser. *Hvor* denne grænse nærmere skal trækkes i mellemtilfælde, kan selvsagt bero på vanskelige skøn. Aftaler med skuespillere og fotomodeller pålægger i øvrigt ofte realdebitor at bevare eller opretholde bestemte kropslige mål mv., således at ikke-overholdelse af disse krav kan sanktioneres med misligholdelsesbeføjelser. Se hertil min bog *Enkeltte transaktioner* (3. udg., 2016), s. 245 f. Heller ikke sådanne aftalevilkår anses for ugyldige som stridende mod grundlæggende samfundsværdier.

Af samme grund vil der i dansk ret heller ikke være tvivl om, at en aftale, der alene på et indirekte plan *understøtter* intime aktiviteter mv., vil være ligeså gyldig som aftaler om andre (lovlige) aktiviteter. Indgår to prostituerede aftale om fælles telefonbetjening af deres sexklinik (der i øvrigt drives inden for lovens rammer) og om overskudsdeling mv., vil deres aftale herom være ligeså gyldig som to partnere, der udøver et liberalt erhverv. Situationen er derimod et andet, hvis virksomheden

frifindelsen med, at der er tale om en ulovlig aktivitet på køberside, se hertil kritikken hos *Ellen Eftestol-Wilhelmsson, Lena Sisula-Tulokas & Astrid Thors* i JFT 6/2018, s. 473 ff. Mindretallet (og kritikerne) ville anlægge en konkret afvejning. Afgørelsen ville formentlig falde anderledes ud i Danmark, hvor der intet forbud gælder mod prostitution – hverken for ”køber” eller ”sælger”.

18 De særlige forhold, som kan tænkes at spille ind som grundlag for at frasige sig løfter om en sådan medvirken, kendes fra aftaler om kunstnerisk medvirken. *Viggo Hagstrøm* argumenterer i Mads Bryde Andersen m.fl. (red.): *Festskrift til Mogens Koltvedgaard* (2003), s. 250, for at der i aftaler om kunstnerisk udsmykning bør gælde en særlig afbestillingsret efter reglerne om tilvirkningskøb.

angår prostitutionsydelser leveret via tredjeparter (såkaldt ”rufferi”), eftersom sådanne forhold er strafbelagte ved § 233 i den danske straffelov.

Lovlige aftaler af denne art indgås dagligt i samfund, der ikke har kriminaliseret salg af prostitution, og der er grund til at tro, at de indgås på helt sædvanlig måde, herunder med advokatbistand mv. Også en lejeaftale mellem en sexklinik og en udlejer vil være gyldig, såfremt udlejeren kender til den (intime) aktivitet, som forventes udøvet fra lejemålet. Har udlejeren ikke et sådant kendskab, vil vejen til ugyldighed efter reglerne om urigtige forudsætninger formentlig være kort, sml. dommen i 2008.1772 Ø. Bortset herfra befinder vi os inden for rammerne af klassisk aftaleret.

I nær forbindelse med intimsfæren hører også handlinger, der retter sig mod den menneskelige krop uden at have erotisk karakter. Hertil hører bl.a. aftaler om *tatovering*. Fordi tatoveringen pr. definition er kropslig og dermed intim (for visse tatoveringer mere end for andre) falder sådanne aktiviteter inden for den kategori, der drøftes i nærværende afsnit. Da området er tæt reguleret i tatoveringsloven, jf. nr. 695 af 8. juni 2018, skal en aftale om *tatovering* respektere de rammer, der er fastsat heri.¹⁹

Man kan nu rejse det spørgsmål, om man gyldigt kan indgå aftaler, der har som direkte formål at gøre tatovering til genstand for kommerciel udnyttelse i *markedsføringsøjemed*. Spørgsmålet er relevant, fordi det man i praksis har set eksempler herpå. I 2009 tilbød den danske energidrik-producent CULT at betale deres kunder 6.000 kr. for at lade sig påføre en reklametatovering.

Hvor grænseoverskridende en sådan aftale end kan siges at være, er der næppe tvivl om, at en person, der har ladet sig tatovere på den måde, kan fremsætte krav om betaling af det tilsagte beløb. En tatovering kan trods alt fjernes igen, så nogen grundlæggende samfundsinteresse er der ikke tale om, selv om selve tatoveringen (og med den, den tatoverede krop) dermed bliver til et salgsobjekt. Klart er det derimod, virksomheden ikke kan pålægge kunden at gennemføres tatoveringen. Men til dette resultat behøves kun en henvisning til generalklausulen i § 36.

9. Løfter om de økonomiske konsekvenser af utroskab og skilsmisse

Hvor aftaler mellem ægtefæller er indgående reguleret i ægteskabslovgivningen, gribes formueretlige løfter og aftaler indgået mellem *ikke-ægtefæller* med henblik på et kommende ægteskab eller mellem *en ægtefælle og en tredjepart*, der af personlige

¹⁹ § 10 i denne lov forbyder bl.a. tatovering på personer under 18 år samt tatovering på hoved, hals og hænder. Inden for disse rammer må det antages, at der er fri adgang til at indgå aftale om tatovering.

grunde nærer et ønske om at bringe et eksisterende ægteskab til opløsning, ikke af nogen særlig lovregulering.

Som det gælder eksemplerne i de forrige afsnit ligger det klart, at de pligter, en part måtte påtage af denne art, aldrig kan gøres til genstand for naturalopfyldelse eller for vidtgående sanktioner, der pålægger en part et urimeligt pres til at opfylde løfter om sådanne eksistentielle livsvalg. De vanskelige problemer angår derfor igen løfter, der knytter andre økonomiske sanktioner til en beslutning om enten at undlade at indgå ægteskab eller at bringe et ægteskab til afslutning – i begge tilfælde trods løfte herom.

Det er ikke mere end et halvt århundrede siden, at visse aftaler af denne art nød anerkendelse. § 1 i den danske ægteskabslov, der var gældende frem til 1969 (nr. 276 af 30. juni 1922) anerkendte erstatningskrav for brudte ægteskabsløfter for så vidt angår tab lidt ”ved de Forholdsregler, som med Føje er truffet med det forestående Ægteskab for Øje”, men ikke for andre.²⁰ Reglen blev stående i det udkast til ”En Nordisk Lovbog”, hvis 2. udgave *Frederik Vinding Kruse* udsendte 1962 (§ 276). Ligesom 1922-ægteskabsloven ville også dette udkast erklære ”Tilsagn om en Formueydelse som Erstatning for senere Ophævelse af en Forlovelse” for uforbindende. Denne regel er senere udgået.

Et løfte om at betale et beløb, såfremt en familieretlig begivenhed realiseres (eller ikke realiseres) angår i sig selv en formueværdi og kan derfor ikke uden videre frakendes gyldighed. I overensstemmelse med dette udgangspunkt realitetsbehandlede Østre Landsret et krav om tilbagelevering af et antal guldmønter, som ifølge hustruen og hendes familie var lånt til manden forud for indgåelsen af et ægteskab i overensstemmelse med en muslimsk tradition, uanset mandens påstand om afvisning af denne bevisførelse efter DL 5-1-2. Hvis løftet knytter an til løftegiverens eksistentielle livsbeslutninger, som træffes på et senere tidspunkt af løftegiverens tilværelse, vil løftegiveren ofte kunne vise det fra sig efter synspunkter om bristende forudsætninger eller efter generalklausulen i aftalelovens § 36.

Tilgodeser løftet derimod saglige formål, er det svært at se, hvorfor de kontraherende ægtefællers ønske om at anvende det formueretlige løfte som en del af deres planlægning, i sig selv skulle være uetisk. Det kan f.eks. tænkes, at løftemodtageren i tillid til løftet har valgt at indrette sig på en måde, der har medført omkostninger (f.eks. ved selv at lade sig skille og anskaffe ny bolig). At holde den slags aftaler ude af det formueretlige regulering ville i øvrigt medføre en mærkværdig forskel mellem de tilfælde, hvor ydelsen var betalt (men kræves tilbagebetalt) og de tilfælde, hvor den endnu ikke var betalt (men kræves erlagt). Har løftet derimod til formål at incitere den forpligtede til at agere på den ene eller anden måde uden at søge

²⁰ Se herom J. L. Cohen i U 1925B, s. 253 ff.

en regulering af de økonomiske konsekvenser heraf, nærmer vi os det område, der efter principperne ovenfor må frakendes gyldighed.

Efter dette synspunkt burde den norske dom af 31. januar 2018 fra Hålogaland Lagmannsrett (LH-2017-129425), som knyttede retsvirkning til en aftale, hvorved en mand havde lovet sin hustru at overtage bolig og bil vederlagsfrit, hvis han var hustruen utro, være faldet anderledes ud, alene fordi det aftalte vederlag var uforholdsmæssigt. Rettens begrundelse for at fastholde manden på løftet – nemlig at det tjente det agtværdige forhold at motivere ham til troskab – burde ikke være afgørende for denne formueretlige vurdering. Omvendt burde hovrættens dom i RH 1988:130, der afviste et søgsmål til indtaling af det beløb på 100.000 kr., som en kvinde ifølge aftale med en gift mand havde fået løfte om, hvis manden ikke inden for en bestemt frist lod sig skille, være antaget til realitetsbehandling. Hermed kunne det være afklaret, om det tilsagte beløb kunne siges at indeholde en passende kompensation for de beslutninger, kvinden som løftemodtager havde truffet i tillid til løftet.

Samme principper har efter min opfattelse relevans i aftaler om samvær med børn og forældremyndighed. Også her ligger det klart, at vi har at gøre med værdier, som ingen formueretlig kvalitet har. Aftalerne angår menneskelige valg, der normalt vil forme af en mangfoldighed af faktorer, og som i et vist omfang beskyttes af offentligretlige regler om børnevelfærd mv. Hvis imidlertid aftaler herom indgår som led i en samlet ordning af ægtefællernes økonomiske forhold, hvor de direkte eller indirekte kan få betydning for den løsning, kan man ikke på forhånd frakende dem gyldighed. I sådanne forhandlinger er alle bolde i spil. At tro, at de løsninger, parterne finder på den slags spørgsmål i grænsetilfælde, træffes uafhængigt af økonomiske faktorer, er næppe realistisk. Derfor er der ingen grund til på forhånd at frakende aftaler, der tager stilling til forældremyndighed og samvær ved også at inddrage betalingspligter, gyldighed, alene fordi betalingen kunne betragtes som et vederlagselement.

Kan det ikke påvises, at sådanne hensyn gør sig gældende, må aftaler, som knytter fordelingen af samvær og forældremyndighed til betalingskrav, frakendes gyldighed. En sådan aftale forelå til pådømmelse i den sag, der er gengivet i RG 2009 s. 651 (dom afsagt af Borgating Lagmannsrett i sag LB-2009-16277). En mand krævede her tilbagebetaling af et beløb, han havde betalt til sin forhenværende hustru som led i en aftale, hvorved han opnåede forældremyndigheden over et fællesbarn på 3 år. To år senere begærede hustruen forældremyndigheden tilbageført, hvilket manden accepterede. Manden krævede senere sin betaling tilbageført, men uden held. Lagmannsretten fandt betalingsaftalen ugyldig som stridende mod såvel ”accepterte moralopfatninger” som hovedprincipper i barneloven, hvorefter afgørelser om samvær og forældremyndighed afgøres ud fra, hvad der er bedst for barnet.

10. Sammenfatning

Bemærkningerne ovenfor kan sammenfattes som følger: Hvis en aftale giver anledning til en retlig uoverensstemmelse, bør domstolene forholde sig til dens substans, selv om den angår anliggender, som der kan være forskellige etiske og samfundsmæssige holdninger til. Kun i de tilfælde, hvor aftalens genstand truer grundlæggende samfundsværdier, herunder hvis løftet utvivlsomt realiserer en alvorlig overtrædelse, bør løftet erklæres ugyldigt med denne begrundelse. I tilsvarende omfang bør søgsmål til opfyldelse af sådanne løfter afvises.

At parter indgår aftale med berøring til sædelighed, ærbarhed og god moral medfører derfor ingen immunitet over for *formueretlig* regulering. Dette resultat stemmer fint med billedet af, at der i forvejen findes en betydelig *offentligretlig* regulering af de nævnte forhold, f.eks. regler om prostitution, æg- og organdonation. Når disse forhold er gjort til genstand for særlovgivning, må denne lovgivning også antages at have gjort op med mulige aftaleretlige konsekvenser af regelbrud, således som det da også er tilfældet på en række lovområder. Domstolene bør i alle tilfælde kun afvise sådanne søgsmål efter særskilt formalitetsprocedure herom.



Professor Joel Samuelsson, Uppsala Universitet

Professor Joel Samuelsson, Uppsala Universitet

Rättssubjektiviteten i antropocen. – Några anteckningar¹

1. Tänkandet tycks alltid befinna sig i kris. Inte därför att det är hotat – tvärtom; krisen är tänkandets existensmodus. Varje tänkare som verkligen tänker, och inte bara följer med strömmen, måste röra sig förbi det språk som satt sig och alltså vilja en ny tingens ordning. Tänkande är, för att utveckla den tanken, *hädelse*: tänkandet vill finna fram till det ord som förmår sätta världen på nytt, och sätter sig, därmed, upp mot det gamla – mot de gamla gudarna; tänkandet vill deras död.

I större eller mindre utsträckning gäller detta allt tänkande, även det som inte uttryckligen förkunnar Guds död. Den tänkande människan vill ta gudens plats – själv, för först måste det nya språket vara hennes ensamt. (Därför finns det ett patetiskt drag i allt äkta tänkande.)

2. Tänkaren är en lagstiftare utan legitimitet, varför tanken måste försöka skapa sin egen legitimitet under det att den tänks. Huruvida försöket är lyckat eller inte måste få visa sig. Som bekant kan endast framgångsrika revolutioner rättfärdigas rättsligt, och det med nödvändighet retroaktivt.

3. Tänkaren säger (ytterst, förr eller senare, på den springande punkten): Det här är slutet, och det här är början. De gamla lärororna gäller inte längre. Vi skulle lika gärna kunna bränna alla böcker, som den första kejsaren av Kina, eller, om vi inte har makten, som Descartes (den nya tidens första filosof) sätta det egna förnuftet i de gamla texternas ställe – strängt taget är de ju ändå makulatur (Lundstedt).

4. För att ge plats åt det nya måste någonting dö. Skolastiken, metafysiken, filosofin, historien, konsten, ideologierna, politiken... Tänkarna ropar ut belätens död. Det gäller också i juridiken. Naturrätten, begreppsjurisprudensen, rättvisan, rättighetsbegreppet, ja, den gällande rätten som sådan ... allt detta ska vi ha övervunnit. (Vilka bedrifter!)

5. Tanken är en våldshandling – som sådan är den alltid orättvis (en kränkning).

¹ Dessa anteckningar är inte värst originella; av mer än ett skäl överlappar de med vad andra har skrivit, och jag gör inte anspråk på dem som min egendom.

6. Även om ett tänkande kan vara mer eller mindre radikalt är det ofta nog det förra, snarare än det senare. Som av en händelse finner sig tänkaren stå mitt i ett *avgörande* skede, men det som sker är hans eller hennes verk, varför det inte är konstigt om skeendet känns angeläget. Det är ju bara tänkaren som kan få skiftet ifråga till stånd ... genom att artikulera den tanke som konstituerar detsamma, och vi får "ett nytt paradigm" att lägga till raden. (Detta är normen i de tänkande vetenskaperna. Det är den form resonemangen tar. Endast undantagsvis blir följden ett verkligt skifte, och den enskilde tänkaren styr inte över huruvida så blir fallet.)

7. Ibland befinner sig undergången närmare än annars, och fler känner sig manade att tänka. Var och varannan utvecklar en känsla för det stundande skiftet. Som nu: Är detta verkligen människans tidsålder, då har människan till sist av egen kraft gjort sig till naturens herre och självsvåldigt intagit den plats som enligt Gamla testamentet var hennes från första början. Den tanken ligger nära tillhands.

Gud är alltså verkligen död, och Lagen gäller inte längre? (*All bets are off?*) Man kan gräva sig en bunker, skaffa vapen och förnödenheter eller, alltså, förhålla sig mer introspektivt till sakläget.

8. Det skrivs och tänks till exempel om rättssubjektiviteten. Teknologin – det tekniska behärskandet av livsvärlden, vårt grundläggande maktanspråk – har tagit oss så långt att det tycks nödvändigt att tänka om på denna punkt. Nu omförhandlas inte bara förhållandet mellan människa och natur, utan också vårt förhållande till maskinerna. Det finns en rörelse – responsiv, driven av krismedvetenhet. Om det är vårt tänkande som tagit oss hit, måste vi då inte, om vi ska kunna vända här vid stupets brant, arrangera om detta tänkandets grundläggande kategorier?

9. Koden måste skrivas om, tänker vi, ett krav som inom ramen för det juridiska samtalet lätt omtolkas till ett krav på ny lagstiftning i bokstavlig mening. Säg att vi genom en lagstiftningsakt ger ett hotat ekosystem rättssubjektivitet, och alltså förmågan att bära rättigheter och skyldigheter. Det är enkelt nog, och det har vi också gjort. Är nu inte detta ett berömvärt grepp, både kreativt och progressivt, som inte bara ger en ny rättsteknisk möjlighet att försvara skyddsvärda intressen, utan också ett sätt att utmana vår invanda syn på relationen mellan människa och natur, och alltså att komma åt problemets kärna?

Frågan är, emellertid, om något *alls* kan åstadkommas genom sådana tekniska manipulationer. (Teknikens begränsningar.)

10. Vad är en människa? Ingenting mindre står på spel här. Tillskriver vi exempelvis maskiner subjektivitet, säger vi samtidigt att människor inte är människor, försåvitt människor inte är maskiner, vilket de ju inte är. I denna form angår frågan det

tekniska, men i sig är den inte teknisk, och det vill säga att frågan inte gäller hur långt subjektiviteten *ska* sträckas.

Vi förfogar inte över frågan vad en människa är. Frågan kan bara vara hur långt subjektiviteten *har kommit att* sträcka sig.

11. Subjektivitetsbegreppets gränser är inte våra att tänja på just därför att det är *vår* subjektivitet det handlar om. Subjektivitet är inte en blodlös, abstrakt kategori – en egenskap som vi *råkar* ha, och som vi alltså likaväl skulle kunna dela med andra. Snarare rör det sig om det sätt på vilket vi förstår oss själva.

12. ”Om ett lejon kunde tala, skulle vi inte kunna förstå det” (Wittgenstein). Nej, vårt begrepp om talet är så uppbundet med vår egen livsform att det inte går att föreställa sig vad det skulle innebära för någon som *verkligen* är annorlunda att ”tala”. De talande lejon man ser i filmer och böcker är människor – även de som inte har kläder, går upprätt, åker buss till jobbet och så vidare.

13. Det är belysande att förhandlingarna i frågan vad en människa är bedrivs utan motparter. Dessa förhandlingar gäller vad som ska tillskrivas subjektivitet, men de nya, tentativa subjekten svarar inte på tilltal. ”Förhållandena” mellan människa och natur, människa och maskin etc. är ensidiga. Det är bara vi här, ensamma, och som vanligt är vi indragna i det ändlösa samtalet om vår egen natur. Det kan tyckas självupptaget, men vad skulle vi annars prata om? Det är bara *inom ramen för detta samtal* som talet om en interpellande natur går att förstå. Moder Jord är en antropomorf konstruktion. Alla gudar är våra.

14. Våra försök att förstå oss själva är självupptagna lika lite som solipsismen är sann. (Solipsism är som mest en känsla.) Analogt är talet om människans antropocentrism mestadels ytligt och halvtänkt.

15. Vid ett akademiskt seminarium säger någon: ”Bordet här, som vi sitter vid, är ett subjekt.” Detta påstående kan man möta med frågan vilken ny innebörd i ordet ”subjekt” som är på förslag, för brottet mot konventionen är uppenbart och radikalt. Om objekten är subjekt, vad betyder då orden ”objekt” och ”subjekt”, om ens något? Och vad är det följaktligen som sägs när det försäkras att bordet vi sitter vid är ett subjekt? Det meningsskapande skillnadsspel som vanligen gör sig gällande här sätts genom påståendet ifråga på undantag. Strängt taget blir därför frågan vilka nya regler för användningen som föresvävat den som brutit mot de gamla. Innan dessa presenteras betyder påståendet ännu ingenting. Det finns heller inga egentliga begränsningar för vad de nya reglerna kan innehålla, men oavsett innehåll är dessa reglers konsekvenser begränsade, för de har i princip ingen räckvidd utanför det mycket snäva sammanhang i vilket de introducerats.

16. Det typiska filosofiska påståendets radikalitet är ingen bieffekt utan en väsentlig egenskap hos detsamma. Just så är det konstruerat. Begreppen vänds upp och ner och tanken svindlar, som inför ett plötsligen uppenbart bråddjup ... men den teknik som används för att åstadkomma denna känsla – känslan av filosofiskt djup – är samtidigt enkel. I detta specifika, tekniska hänseende är filosofi inte nödvändigtvis svårare än rocklyrik. (*"Slowly walking down the hall/Faster than a cannonball"*)

17. Filosofiska sentenser har liknats vid vitsar. *"Catch up!"*, sa den ena tomaten till den andra, och det är roligt, inte bara därför att det är brutalt och tvetydigt, utan därför att språkanvändningen är oväntad – halsbrytande på gränsen till meningsslöshet. Vad *betyder det* att be någon som just blivit mosad att skynda på? Hur ska det förstås? Och tricket är förstås, att det ju inte är nonsens, utan bara nästan. Skämtet går att förstå eftersom det parasiterar på de normala meningssammanhangen. Det förutsätter och är beroende av de normer som åsidosätts.

Filosofins strävan efter kontroll – strävan efter att säga som det *verkliga* är – driver den bort från det som låter sig sägas. (Filosofens kärlek till *logos* är patologisk och alltid olycklig.)

18. Skämtet fungerar bara som undantag. De skruvade premisserna – tomater är subjekt och så vidare – gäller bara inom vitsens ramar. Kunde tomater verkligen gå och tala skulle *"Två tomater..."* inte vara ett skämt, utan en beskrivning av en hjärtlös psykopats reaktion på en fruktansvärd olycka.

(Inom undantagets ramar sätts reglerna fritt: Om tomater kan gå och tala, varför skulle då inte också ketchup kunna leva, och förflytta sig? Skämtet skulle kunna fortsätta, i en sämre, barnvänligare version: *"Och ketchupen gled ikapp sin vän!"*)

19. Att tillskriva tomater subjektivitet, det är ett skämt, eller filosofi.

Också för de filosofiska påståendena gäller att de bara går att förstå i undantags-situationer. Det berättas att idealisten Boström vid tentamen alltid ställde en och samma fråga: *"Är kakelugnen där i hörnet inom eller utom kandidaten?"* Vad som prövas är alltså kandidatens förmåga att *i denna situation* ersätta sitt språk med Boströms. Väl ute ur Boströms hem är det inte bara tillåtet, utan nödvändigt, att gå tillbaka till vanlig svenska – nödvändigt, om man inte vill verka vansinnig. Att tala om föremålen omkring sig på ett sätt som visar att man *på allvar* tror att de *"är"* *"inom"* en själv åstadkommer ingenting annat, så länge som man inte filosoferar.

"Saltet där, det existerar inte som sådant i någon yttervärld, utan endast inom mig. Kan du sträcka mig det?" (Det idealistiska språket hängs på det vardagliga, men det har ingen plats här, och får inget liv.)

Efter seminariet tog vi inte upp bordet på närvarolistan, och det deltog inte vid eftersitsen.

20. ”Vi måste rita om kartan!” Visst, men det kan bara betyda att vi måste försöka göra kartan mer rättvisande. Verkligheten anpassar sig inte efter våra tankelekar. När vi tänker är verkligheten visserligen inte given för oss annat än genom språket (det finns inga ”teorioberoende observationssatser”; ingen erfarenhet föregår tolkningen), men det betyder inte att vi kan domdera över verkligheten genom att justera vårt språkbruk. Vi förfogar nämligen inte heller över språket.

21. Förfogar vi inte över språket? Är inte just juridiken ett bevis på motsatsen?

Nå, under nittonhundratalet låg det länge nära till hands att se saken på det sättet. I ett utslag av det som kallats ”modernitetens oändliga arrogans” hävdades till exempel att ordet ”rättighet” är semantiskt tomt, och att det lika gärna kunde ersättas med en asterisk. Istället för att formulera oss i termer av rättigheter skulle vi helst direkt utpeka de ”rättsfakta” som är avgörande för rättsföljdernas inträdande.

Men så lätt är det inte att lösa upp banden mellan rätt, rättvisa och rättigheter. Den rätt du har – dina rättigheter – kan inte bestämmas på något annat sätt än genom tolkning av rättskällorna, och tolkningen uttöms aldrig av fakta, utan är alltid ytterst en rättvisefråga. (Denna länk mellan rätten (*jus*) och rättvisan (*justitia*) är lika gammal som juridiken själv.)

På motsvarande sätt förhåller det sig med de grundläggande kategorierna för fördelningen av det rättsliga ansvaret. Vi svarar för det vi gör, och det vi gör, gör vi – när handlandet är rättsligt relevant – varandra. Handlingen definierar ansvaret – det står i proportion till handlingen och innebär att den obalans handlingen skapade ska återställas. Jag är skyldig att prestera det jag lovat. När straffet avtjänats har jag sonat mitt brott. Skadan repareras genom ersättningen. Hur primitiva dessa strukturer än ter sig kan vi inte komma runt dem, för de hör till den grund på vilken det juridiska språket vilar, till själva marken. Det spelar ingen roll vilka teorier du erbjuder.

22. Nietzsche skriver: ”Att en teori går att vederlägga hör sannerligen inte till det minst attraktiva i den [...] Det tycks som om den hundra gånger vederlagda teorin om ’den fria viljan’ har just denna lockelse att tacka för sitt sega fortbestånd –: om och om igen dyker någon upp som känner sig stark nog att vederlägga den.” Men det kommer inte an på teorierna så mycket som på att människan genom språket är given för oss som fri. Vi *kan* inte tänka bortom den premissen, annat än på lek.

23. Maskiner kan vi tillskriva subjektivitet när de i moraliskt hänseende blivit våra likar (när gränsen mellan människa och maskin har blivit moraliskt irrelevant). Att hävda att till exempel en självkörande bil bör bära ansvaret för inträffade olyckor är än så länge nonsens.

Vi förförs av möjligheten att i tanken vända på perspektiven, och bryta mot språkets normer. Tänk om upp var ner, och ner var upp! Ja, tänk ... men det är heller ingenting mer än en tanke. Vore ner upp, skulle vi inte veta vad vi skulle ta oss till. Vi skulle inte kunna ta ett enda steg.

24. Ett rättssubjekt kan ha rättigheter och skyldigheter. Rättigheter förutsätter skyldigheter; dels i den elementära meningen att varje rättighet är någon annans skyldighet, dels såtillvida som vår förmåga att bära rättigheter villkoras av vår förmåga att vara rättsligt förpliktade. Rättigheter vinner man *ytterst sett* genom att förplikta sig. Det gäller inte bara i civilrätten, utan generellt. Rättssubjektiviteten är relationell. Tillsammans bär rättssubjekten upp rättsordningen.

25. Det hävdas ibland att vi ju redan har utsträckt rättssubjektiviteten så att den omfattar också annat än människor (stater, myndigheter, organisationer, bolag, stiftelser och så vidare), och att detta visar att den kan utsträckas ytterligare. Tankegången är förvirrad. Människor – personer – har rättssubjektivitet. Det finns också ”juridiska personer”, det är riktigt, men den juridiska personen är en fiktion i sträng teknisk mening. Den juridiska personen är inte en person, men behandlas i vissa hänseenden som om den vore en person. Juridiskt sett rör det sig, såtillvida, om en person – en person blott *de jure*.

Och vad vill det säga att vi behandlar de juridiska personerna *som* verkliga personer? Det handlar inte om att förlägga ansvarets gräns utanför det mänskliga, utan om rättsteknisk effektivitet, om hur vi organiserar oss. Ytterst är det naturligtvis alltid människor som bär ansvaret.

26. En katt kan ”ärva” (till exempel genom att en stiftelse inrättas efter ändamålet) i samma mening som en flod kan ha ”rätt” att inte bli förorenad, och det ena är inte mer revolutionerande än det andra. Ingen är förpliktad vare sig i förhållande till katten eller till floden (utan i så fall till den bakomliggande juridiska personen). Variera exemplen, det spelar ingen roll – det handlar bara om hur vi ska bete oss i förhållande till varandra.

27. ”Vi är skyldiga övergångsstället att inte gå mot rött.” Varför låter det mer befängt än påståendet att vi är skyldiga djuren respekt? På grund av vår antropocentrism (det givna perspektivet i antropocen).

Vid varje övergångsställe bor en ande, som rör över liv och död. Det är klokt att hålla sig väl med denna ande, till exempel genom att vänta på grönt. Hade vi kunnat leva så? *Hela vår värld* behöver gå under för att någonting sådant ska vara tänkbart. (Ge det några år, så får vi se.)

28. Termiterna som tuggat i sig så mycket av biskopsstolen att den inte längre bar åtalades för misshandel när biskopen väl damp i backen, men friades därför att de saknade fri vilja.

Vi får inte låta vår vilja att tänka nytt (det språkteknologiska imperativet) störa ut vår känsla för rätt och fel.



Professor Päivi Korpisaari, Helsingfors universitet

Professor Päivi Korpisaari, Helsingfors universitet

Medias ansvar mellan sanning och lögn – några kommentarer¹

1. Vilka lagar är tillämpliga?

Enligt 12 § i grundlagen (731/1999) har var och en yttrandefrihet. Yttrandefriheten innefattar rätten att framföra, sprida och ta emot information, åsikter och andra meddelanden utan att någon i förväg hindrar detta. I bestämmelsen om yttrandefrihet skyddas också var och ens rätt att ta del av offentliga handlingar och upptagningar.

Den finska staten har enligt 22 § i grundlagen en skyldighet att se till att de grundläggande fri- och rättigheterna och de mänskliga rättigheterna tillgodoses. Detta innebär exempelvis att lagstiftning som skyddar de grundläggande och mänskliga rättigheterna upprätthålls samt att lagtolkning som ställer sig positiv till de grundläggande och mänskliga rättigheterna används. Om två grundläggande rättigheter står i konflikt med varandra i en tolkningssituation, till exempel skyddet för privatlivet mot yttrandefriheten, ska av de alternativa lagtolkningar som står till buds väljas det alternativ som tillgodoser bägge rättigheterna så fullt ut som möjligt.² I praktiken kan det i det enskilda fallet vara svårt att göra en avvägning mellan olika rättigheter samt att lösa en konflikt och motivera lösningen så att de grundläggande och mänskliga rättigheterna tillgodoses på bästa möjliga sätt.

Närmare bestämmelser om yttrandefriheten utfärdas genom vanlig lag. Lagen om yttrandefrihet i masskommunikation (460/2003, yttrandefrihetslagen) trädde i kraft i början av år 2004. Yttrandefrihetslagen innehåller närmare bestämmelser om hur den grundlagsskyddade yttrandefriheten utövas i masskommunikation. I yttrandefrihetslagen föreskrivs inte om vad man får säga eller framföra, utan yttrandefrihetslagen innehåller bestämmelser av ordningsmässig karaktär och om förverkligande av ansvar.

För att tillgodose yttrandefriheten och på grundlagsutskottets initiativ infogades i lagtextens inledning ett stycke om att när lagen tillämpas får inga större intrång i kommunikationen göras än vad som är nödvändigt med hänsyn till yttrandefrihetens

1 Svensk översättning av: juris magister, översättare *Alicia Nylund*, Helsingfors universitet

2 GrUB 25/1994 rd.

betydelse i en demokratisk rättsstat.³ Yttrandefrihetslagen innehåller bestämmelser om bland annat begreppen periodisk publikation och nätpublikation, skyldigheten att utse en ansvarig redaktör, skyldigheten att publicera genmälen och rättelser, de allmänna principerna för ansvarsfördelningen, utlämnande av ett nätmeddelandes identifieringsuppgifter och avbrytande av distributionen av ett nätmeddelande, beslagtagning av publikationer och publicering av domar som gäller kränkning av heder och privatliv.

Även genom reformen av yttrandefrihetslagstiftningen, som trädde i kraft i början av år 2014, har man strävat efter att trygga en människorättspositiv lagtolkning. Genom reformen tillfogades ett nytt moment till strafflagens (39/1889) bestämmelser om spridande av information som kränker privatlivet respektive ärekränkning, vilket begränsade straffbarheten på så sätt att som brott ”anses inte heller information som lämnats för att en fråga som är av vikt från allmän synpunkt ska kunna behandlas, om informationen med hänsyn till dess innehåll, andra personers rättigheter och övriga omständigheter inte tydligt överskrider det som kan anses som godtagbart.”⁴

När åklagaren väcker åtal mot en representant för ett medium för spridning av information som kränker privatlivet eller när den kränkte yrkar på skadestånd, måste domstolen förutom den traditionella straff- och skadeståndsrättsliga prövningen även begrunda lösningsalternativ utifrån yttrandefriheten. Dock försvåras bedömningen av att också skyddet för privatliv och heder är en grundläggande och mänsklig rättighet (10 § i grundlagen och artikel 8 i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna). Ett omåttligt skydd för yttrandefriheten kan kränka skyddet för privatliv eller heder på ett sätt som strider mot de grundläggande eller mänskliga rättigheterna. Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen) kan ge en fällande dom också för kränkning av skyddet för privatlivet.

Närmare bestämmelser om yttrandefrihetens innehåll, omfattning och begränsningar utfärdas genom lagstiftning på lägre nivå än grundlagen. Yttrandefriheten begränsas bland annat av straff- och upphovsrättslagstiftningen samt av skadeståndslagstiftningen. Dessutom har media skapat ett eget självregleringssystem. Härnäst granskar jag det straff- och skadeståndsrättsliga ansvaret samt medias självreglering.

3 GrUB 14/2002 rd s. 3.

4 Orsakerna till reformen till den del den gällde skyddet för privatliv och heder se RP 19/2013 rd s. 14–23, 30–33 och 37–52; LaUB 11/2013 rd s. 3–5 och 7–8; GrUU 16/2013 rd s. 3; justitieministeriets arbetsgruppsbetänkande 24/2012, ”Yttrandefrihetsbrott, olaglig förföljelse och brott mot kommunikationsfrid”.

2. Ansvarssystem i Finland

2.1 STRAFFRÄTTSLIGT ANSVAR

I 12 § i yttrandefrihetslagen föreskrivs att "[f]ör ett brott som grundar sig på innehållet i ett meddelande som gjorts tillgängligt för allmänheten svarar den som enligt strafflagen (39/1889) skall betraktas såsom gärningsman eller medverkande i brottet." Detta innebär normalt straffrättsligt gärningsmannansvar. Exempelvis svarar artikelskribenten för en tidningsartikel som kränker någons ära. Dessutom kan den person som har läst artikeln och godkänt den för publicering hållas ansvarig, om lagstridigheten i budskapet har varit märkbar på så vis att kravet på uppsåt uppfylls för den som fattade beslutet om publicering. I så fall kan till exempel chefredaktören eller redaktionschefen tillskrivas ansvar.

Enligt principen om neutralitet i fråga om hjälpmedel, vilken iakttas i yttrandefrihetslagen, är regleringen av straff- och skadeståndsrättsligt ansvar densamma oberoende av med vilken teknik meddelandet har publicerats. Till sådana periodiska publikationer, program och nätpublikationer som avses i yttrandefrihetslagen anknyter dock även det särskilda lednings- och övervakningsansvaret som den ansvariga redaktören, dvs. chefredaktören, har samt ersättningsansvar också för skada som följer av innehåll som frilansjournalister eller programproduktionsbolag har producerat.

En chefredaktör kan dömas till böter för chefredaktörsförseelse om denne uppsåtligen eller av oaktsamhet väsentligen åsidosätter sin skyldighet att leda och övervaka det redaktionella arbetet så att detta är ägnat att bidra till att brott begås, som grundar sig på innehållet i ett meddelande som gjorts tillgängligt för allmänheten, och han eller hon inte ska anses vara gärningsman eller medverkande i brottet (13 § i yttrandefrihetslagen). Tröskeln för att döma en ansvarig redaktör för chefredaktörsförseelse är hög. Det räcker inte med att ett innehållsmässigt olagligt meddelande har publicerats i ett medium, utan därtill måste åklagaren kunna visa att lednings- och övervakningsskyldigheten väsentligen har försummats och att försummelsen har gjorts av åtminstone oaktsamhet och detta är ägnat att bidra till att det ifrågavarande egentliga yttrandefrihetsbrottet (exempelvis ärekränkning) begås.⁵ Sålunda har fällande domar för chefredaktörsförseelse getts endast ett fåtal gånger under den tid som yttrandefrihetslagen har varit i kraft.⁶

5 Om den ansvariga redaktörens bestämmandeskyldighet föreskrivs i 4 § i yttrandefrihetslagen och om chefredaktörsförseelse i 13 § i samma lag. Mer om chefredaktörsförseelse i RP 54/2002 rd, s. 73–77; Tiilikka 2008 s. 108–120; Niiranen – Sotamaa – Tiilikka 2013 s. 104–110.

6 Enligt statistik från Statistikcentralen har bara en person (2011) blivit dömd för chefsredaktörsförseelse under de senaste tio åren (2009–2018).

Ansvarssystemet i yttrandefrihetslagen är enkelt. För brottet svarar den eller de som har gjort sig skyldig(a) till brottet i fråga. Även vad gäller chefredaktörsförseelse ska begäendet av brottet och skulden bevisas på normalt sätt. Chefredaktörens sekundära ansvar gäller försummelse av lednings- och övervakningsskyldigheten, inte delaktighet i det egentliga innehållsmässiga brottet. Med andra ord straffas chefredaktören inte för ett brott som någon annan har begått, utan för att väsentligen ha åsidosatt skyldigheten att leda och övervaka det redaktionella arbetet.

Portaler, öppna diskussionsforum och bloggar är inte sådana nätpublikationer som avses i yttrandefrihetslagen, följaktligen är bestämmelserna om exempelvis rättelse, genmäle och chefredaktörsförseelse inte tillämpliga på dessa uttrycksforum. Dock står dessa uttrycksforum inte utanför den straff- och skadeståndsrättsliga regleringen, utan även här gäller regeln att för eventuellt olagligt innehåll i meddelanden som publicerats i dessa forum svarar den som enligt strafflagen ska betraktas som gärningsman eller delaktig i brottet. Den som är webbansvarig för en portal, ett diskussionsforum eller en blogg ansvarar för innehållet i meddelanden som publiceras på sajten i fråga och detta ansvar bestäms på basis av de enskilda brottsrequisiten och straffrättens allmänna läror. Den webbansvarige för ett diskussionsforum eller en blogg ansvarar vanligtvis inte för innehåll som andra har publicerat i forumet, om den webbansvarige inte själv har läst meddelandet innan publiceringen och beslutat att publicera det. Undantag finns dock. Exempelvis kan hets mot folkgrupp (strafflagen 11 kap. 10 §), spridning av våldsskildring (strafflagen 17 kap. 17 §) och spridning av pornografisk bild (strafflagen 17 kap. 18–18 a §) begås genom att innehållet i fråga hålls tillgängligt för allmänheten på internet. Vad gäller denna typ av innehåll har den webbansvarige en skyldighet på basis av strafflagen att radera materialet genast när hen har fått kännedom om dess existens och olagligheten i innehållet.⁷

För att kunna tillskriva någon ansvar måste det utredas hur var och en av de personer som varit delaktiga i produktionen av artikeln eller programmet har medverkat till uppkomsten av det olagliga innehållet. Endast då någon enskild persons handlande uppfyller alla rekviriten för ett brott, både vad gäller den egentliga gärningen och den subjektiva skulden, kan personen dömas för brottet i fråga. De flesta yttrandefrihetsbrott är straffbara endast om de begåtts med uppsåt.

Gärningsmannaansvaret kan grunda sig på till exempel produktion av en olaglig artikel eller ett olagligt radio- eller tv-program eller beslutsfattande om spridning eller framförande av ett sådant. Även en fotograf kan tillskrivas gärningsmannaansvar, liksom en redaktionssekreterare eller redaktionschef som har redigerat en rubrik. Den centrala frågan är hur aktivt och på vilket sätt olika aktörer har

7 Närmare om detta i Tiilikka 2009, Pihlajarinne 2011, Tiilikka 2012 och Korpisaari 2016 s. 119–120.

medverkat till att skapa och publicera meddelandet.⁸ Även kravet på uppsåt som är en förutsättning för gärningens straffbarhet måste uppfyllas.

En chefredaktör kan tillskrivas *gärningsmannaansvar* om hen har varit delaktig i planeringen av meddelandets innehåll eller behandlingen av innehållet i en enskild artikel eller ett program, eller har fattat beslutet om att publicera meddelandet med det olagliga innehållet. Om chefredaktören inte betraktas som den egentliga gärningsmannen, kan chefredaktören eventuellt ha gjort sig skyldig till chefredaktörsförseelse.⁹ Även medgärningsmannaskap, anstiftan eller medhjälp till yttrandefrihetsbrott kan komma i fråga, men dessa former av delaktighet behandlar jag inte utförligare här.¹⁰

2.2 SKADESTÅNDRÄTTSLIGT ANSVAR

2.2.1 Utgångspunkter

Enligt 14 § i yttrandefrihetslagen tillämpas skadeståndslagen (412/1974) i fråga om ersättning av skada som förorsakats genom innehållet i ett meddelande som har gjorts tillgängligt för allmänheten. Vidare enligt bestämmelserna om arbetsgivarens ersättningsansvar ansvarar utgivare och de som utövar programverksamhet för ersättning av skada som har förorsakats i deras verksamhet genom innehållet i ett meddelande som har gjorts tillgängligt för allmänheten, även om skadan har förorsakats av någon annan än en arbetstagare eller en person som kan jämföras med en arbetstagare enligt skadeståndslagen. På basis av bestämmelsen ansvarar utgivare eller utövare av programverksamhet även för skada som har förorsakats av meddelanden eller program som frilansjournalister och produktionsbolag har skapat. Ansvar omfattar också till exempel insändare.

Bestämmelsen skyddar den skadelidande exempelvis då identiteten på upphovspersonen till artikeln eller programmet inte är känd på grund av rätten till anonymitet och således kan ersättning inte krävas av den egentliga skadevällaren. Med stöd av bestämmelsen kan ersättning krävas av utgivaren eller utövaren av programverksamhet också i fall där den egentliga skaparen av innehållet – antingen en frilansjournalist eller ett produktionsbolag – är oförmögen att betala.

Skadeståndsansvaret enligt skadeståndslagen är ett vållandeansvar, för att ansvar ska uppkomma förutsätts uppsåt eller oaktsamhet. Skadeståndsansvaret kan

8 Närmare om gärningsmannaansvar och medverkandeansvar se RP 44/2002 rd s. 21–23 och 148–168 samt RP 54/2002 rd s. 71–73 om straffrättens allmänna läror.

9 Om fördelning av ansvar se t.ex. HD 2009:3 och HD 2010:88.

10 Om dessa former föreskrivs i strafflagen 5 kap. 3–7 §.

vara mer omfattande än det straffrättsliga ansvaret. Den handling eller verksamhet som föranlett skadeståndsansvaret är nödvändigtvis inte straffrättsligt straffbelagd.

Innehållet i ett meddelande som har gjorts tillgängligt för allmänheten kan förorsaka den skadelidande olika typer av skador. De skadetyper som kan ersättas är definierade i skadeståndslagen. Enligt skadeståndslagen omfattar skadeståndet gottgörelse för person- och sakskada samt, under de förutsättningar som anges närmare i andra lagar, för lidande och även för sådan ekonomisk skada som inte står i samband med en person- eller sakskada.¹¹

Vad gäller skada som förorsakats av innehållet i ett meddelande som har gjorts tillgängligt för allmänheten är det vanligtvis fråga om ersättning för lidande och olika ekonomiska förluster. Visserligen är det möjligt att en mycket kränkande artikel eller publicering av privata uppgifter eller bilder kan förorsaka den drabbade en personskada som tar sig uttryck i psykisk sjukdom, men detta har varit exceptionellt i rättspraxis.

2.2.2 Ersättning för lidande

Lidande är den vanligaste skadetyper som ersättning krävs för i samband med yttrandefrihetsbrott. Med lidande avses en abstrakt smärtekänsla som drabbar en person till följd av en olaga kränkning av hens rättigheter. Typiska uttryck för en kränkning är rädsla, förödmjukelse, skam eller obehagskänslor. För att utdöma ersättning för lidande krävs ingen särskild utredning om vilken känsloreaktion den kränkte förorsakats. Det är tillräckligt att handlingen är av sådan art att den objektivt sett kan anses förorsaka den kränkte lidande.¹²

Ersättning för lidande grundar sig på 5 kap. 6 § i skadeståndslagen som lyder enligt följande:

Rätt till ersättning för lidande som orsakats av en kränkning har

1. den vars frihet, frid, heder eller privatliv har kränkts genom en straffbar handling,
2. den som diskriminerats genom en straffbar handling,
3. den vars personliga integritet har blivit allvarligt kränkt uppsåtligen eller av grov oaktsamhet,
4. den vars människovärde har blivit allvarligt kränkt uppsåtligen eller av grov oaktsamhet på ett sätt som kan jämföras med en kränkning enligt 1–3 punkten.

¹¹ Om skadeståndsrätten i Finland se t.ex. Ståhlberg – Karhu 2014. En bra, fast en aning gammal, översikt också i Hemmo 2006.

¹² RP 167/2003 rd, s. 58.

5. Ersättningen bestäms på grundval av det lidande som kränkningen är ägnad att orsaka med beaktande särskilt av kränkningens art, den kränktes ställning, förhållandet mellan den som gjort sig skyldig till kränkningen och den kränkte samt kränkningens offentlighet.

Att ersättningsansvaret i bestämmelsens 1 mom. 1 och 2 punkten är sammankopplat med en straffbar handling begränsar lidandets ersättningsbarhet samt täcker sådant lidande som orsakats av ett lagstridigt förfarande och som ansetts motiverat att ersätta. Lidande kan enligt 1 och 2 punkten ersättas då den skadelidandes frihet, frid, heder eller privatliv har kränkts genom en straffbar handling eller då någon har diskriminerats genom en straffbar handling. Ersättning enligt 1 mom. 3 och 4 punkten förutsätter inte att handlingen är straffbar, även om det i sådana fall som avses i 3 punkten vanligen rör sig om en straffbar handling.¹³

Även om straffbarhet krävs för ersättningsansvar förutsätts det inte att skadevällaren har blivit dömd eller åtalad för brottet. Ersättningsansvar kan uppkomma också i fall där åtalsrätten har preskriberats eller gärningsmannen inte kan hållas straffrättsligt ansvarig på grund av sin ålder eller sitt psykiska tillstånd. Skadestånd kan utdömas också fastän brottet som riktar sig mot ett rättsgott som nämns i skadeståndslagen inte tillräknas svaranden som ett separat brott, utan det anses ingå i ett annat brott.

Det är möjligt att kräva ersättning för lidande i en civilrättslig process i stället för i en straffprocess. Det kan handla om att målsäganden inte från första början har polisanmält brottet eller så har anmälan gjorts men polisen har konstaterat att det inte är fråga om ett brott, eller så har åklagaren fattat beslut om åtalseftergift. Förutsättningarna för ersättningsansvar är desamma i bägge processerna.

Enligt förarbetena till yttrandefrihetslagen är chefredaktörsförseelse inte ett brott som leder till ersättning för lidande.¹⁴ I förarbetena till 5 kap. 6 § i skadeståndslagen nämns heller inte chefredaktörsförseelse som ett brott som leder till ersättning för lidande. Chefredaktörens ersättningsansvar kan bli föremål för prövning på andra grunder, såsom en allvarlig kränkning av människovärdet enligt 5 kap. 6 § 1 mom. 4 punkten i skadeståndslagen. Vidare kan det brott som chefredaktörsförseelsen anknyter till vara ett sådant brott som leder till ersättning för lidande enligt 5 kap. 6 § i skadeståndslagen, varmed gärningsmannen, dennes arbetsgivare och utgivare ansvarar för ersättningen av skadan som brottet förorsakat.

Enligt 5 kap. 6 § 2 mom. i skadeståndslagen ska ersättningen bestämmas på objektiva grunder ”med beaktande särskilt av kränkningens art, den kränktes ställning, förhållandet mellan den som gjort sig skyldig till kränkningen och den kränkte

13 Om ersättande av lidande som orsakats av en tidningsartikel se doktorsavhandlingen Tiilikka 2007.

14 Tryckfrihetskommisionens betänkande 1997:3 s. 133; regeringens utkast till proposition s. 79; RP 54/2002 rd s. 76.

samt kränkningens offentlighet.” Utgångspunkten för bedömningen är den mängd lidande som handlingar i likhet med den kränkning som är föremål för bedömningen typiskt sett orsakar. Dessutom kan domstolen beakta sådana enskilda omständigheter som inverkar på mängden lidande som kränkningen förorsakat och som går att bedöma objektivt. Sådana omständigheter kan vara de faktiska verkningarna av kränkningen i den skadelidandes livsmiljö.

Vid bedömningen av ersättnings belopp ska domstolen beakta att syftet med ersättningen för lidande är att gottgöra det kränkta människovärdet och kränkningen av självkänslan. Ersättnings skyldigheten ska inte anta formen av en straffartad påföljd. Ersättningen för lidande har heller inte funktionen av ersättning för ekonomiska förluster som förorsakats den kränkte.¹⁵

På bedömningen av ersättnings beloppen vid yttrandefrihetsbrott inverkar kvaliteten på det kränkande påståendet och på vilket sätt det har framförts, påståendets eventuella sanningslöshet, framförandets stil och ton, påståendets utbredning, hur lätt det har gått att identifiera föremålet för kränkningen, huruvida föremålet för kränkningen har nämnts vid namn eller har en bild på hen publicerats, har hen haft möjlighet att försvara sig mot påståendet och måste hen på grund av sin ställning tåla kritik i högre grad än en så kallad vanlig person. Av betydelse är också motiven bakom framförandet av påståendet och vilka möjligheter den som blivit föremål för kränkningen har haft att rätta det eventuella felaktiga påståendet. Ersättningsnivån vad gäller ersättning för lidande i samband med kränkningar i media har de senaste åren stabiliserats kring 3 000–10 000 euro.¹⁶

När ersättningen bestäms ska också den begränsande effekt som ersättningen har på yttrandefriheten tas i beaktande. Ersättningen får inte vara oproportionerligt stor jämfört med kränkningen eller med de ersättnings belopp som kan utdömas för andra brott som till exempel misshandel eller våldtäkt.

Högsta domstolen har i exceptionella fall utdömt ersättning för lidande som är jämförbart med sveda och värk med stöd av 5 kap. 2 § i skadeståndslagen som gäller ersättning för personskada. Den här grunden har använts då förutsättningarna som anges i 5 kap. 6 § i skadeståndslagen i fråga om ersättning för lidande inte har uppfyllts. Som exempel kan nämnas målet HD 2009:3 i vilket A hade dömts till straff i ett sexualbrottmål där domstolen hade bestämt att rättegångshandlingarna skulle hållas hemliga, med undantag av de tillämpade lagbestämmelserna och domslutet. Senare hade A, programredaktören och den ansvarige programredaktören som godkänt sändningen av programmet gjort sig skyldiga till spridande av information som kränker privatlivet genom att berätta om målet i ett aktualitetsprogram i tv. Både offren för sexualbrotten och deras mor hade till följd av att uppgifterna avslöjats haft psykiska symptom. Enligt högsta domstolen hade de förorsakats en

15 RP 167/2003 rd s. 21–22 och 10; kommittébetänkande 2001:11 s. 66 och 94.

16 Se t.ex. HD 2006:62 och HD 2010:88.

personskada i form av en psykisk störning och därför var de med stöd av 5 kap. 2 § i skadeståndslagen berättigade till ersättning för lidande som var jämförbart med sveda och värk. Högsta domstolen dömde ut en ersättning på 5 000 euro till var och en av de skadelidande.

2.2.3 Ersättning för ekonomisk skada

Ett meddelande som gjorts tillgängligt för allmänheten kan förorsaka sådan ekonomisk skada som avses i 5 kap. 1 § i skadeståndslagen, dvs. som inte står i samband med en person- eller sakskada. I samband med ärekränkingsbrott och kränkning av privatlivet har ersättningar för ekonomiska skador utdömts i rättspraxis.

Ett företag kan förorsakas ekonomisk skada genom att försäljningen och följaktligen rörelsevinsten minskar till följd av en osann eller vilseledande recension av varorna eller tjänsterna som företaget bjuder ut. En ekonomisk skada, dvs. en förmögenhetsskada, framträder oftast i form av en försämring av affärsverksamhetens resultat hos företaget eller näringsidkaren, försvårande av verksamhetsförutsättningarna, minskning av vinsten eller extra utgifter för marknadsföring. För en privatperson kan skadan framträda i form av en minskning av löne- eller andra inkomster. Ett företag kan inte vara föremål för ärekränkning, således måste företaget grunda sitt ersättningsyrkande på någon annan omständighet.¹⁷

Genom att ersätta den ekonomiska skadan strävar man efter att den skadelidande ska ha en sådan ekonomisk ställning som hen skulle ha haft om handlingen som orsakade skadan inte alls hade blivit utförd. Grunden för att ersätta sådan ekonomisk skada som inte har samband med en person- eller sakskada utgörs av bestämmelserna i skadeståndslagen och förutsättningen är att skadan har orsakats:

- genom en straffbar handling eller
- vid myndighetsutövning eller
- om det finns synnerligen vägande skäl att ersätta skadan.

Vad gäller masskommunikation kan myndighetsutövning inte komma i fråga, utan grunden för ersättningen kan då vara en straffbar handling eller omständigheter som utgör synnerligen vägande skäl.

Med en straffbar handling avses en gärning vilken som sådan är straffbelagd, fastän gärningsmannen i det enskilda fallet inte döms till straff exempelvis på grund av minderårighet. För att utdöma ersättning krävs det inte att skadevållaren döms till straff för brottet, utan ett ersättningsyrkande som grundar sig på en straffbar handling kan också framställas som ett skadeståndsyckande i ett civilmål.

¹⁷ Om ersättning av en ren förmögenhetsskada se Hemmo 2002.

Ersättningsansvar som grundar sig på en straffbar handling kan utdömas även om åtalsrätten har preskriberats eller gärningsmannen inte kan hållas straffrättsligt ansvarig för gärningen på grund av sin ålder eller sitt psykiska tillstånd. Förutsättningen är att det så kallade objektiva brottsrekvisitet uppfylls. Om handlingen på grund av dekriminalisering inte är straffbar vid domstidpunkten, fastän den var det vid gärningstidpunkten, uppkommer inget ersättningsansvar.¹⁸

Synnerligen vägande skäl förelåg i målet HD 1991:79 som gällde ett produkttest av barnvagnar. En redaktör hade utarbetat en artikel i en form som påminde om ett produkttest. Artikeln hade gett läsaren en vilseledande uppfattning om egenskaperna hos den barnvagn som en enskild näringsidkare importerade. Den person som hade anlåtats som expert och som hade utvärderat barnvagnarna var i själva verket en importör av ett konkurrerande barnvagnsmärke. Till tidningsredaktören hade denna konkurrerande barnvagnsimportör levererat vagnar av det vagnmärke som fått dåligt betyg i en bristfällig sammansättning som vagnarna normalt inte såldes i. Artikeln hade publicerats i en tidning med stor spridning och den hade utgjort en synlig del av den helhet i tidningen där frågor om barnvård hade behandlats. Andra vagnsförsäljare hade presenterat artikeln i marknadsföringen av de egna barnvagnarna. Försäljningen av vagnar av det vagnmärke som hade fått dåligt betyg hade minskat till följd av artikeln. Högsta domstolen ansåg att det förelåg synnerligen vägande skäl att ålägga redaktören och tidningens chefredaktör att ersätta den ekonomiska skada som de genom sitt vållande hade förorsakat barnvagnsimportörens näringsverksamhet.

3. God journalistisk sed och självreglering

I det praktiska journalistiska arbetet har god journalistisk sed ofta en större vägledande betydelse än de ramvillkor som ställts upp i lag. Nästan alla betydande medier inom press-, TV- och radioverksamhet har förbundit sig att iaktta den journalistiska självregleringen. Den omfattar Journalistreglerna¹⁹ och behörigheten hos Opinionsnämnden för massmedier (ONM)²⁰ som behandlar anmälningar om brott mot god journalistisk sed. Journalistreglerna innehåller regler om journalisters yrkesställning, intervjuobjektets och intervjuarens rättigheter, rättelse av felaktig information (rättelse) och egna ställningstaganden (genmäle) samt om skyddet för privatlivet och om offentlighet.

¹⁸ HD 1993:15.

¹⁹ Journalistreglerna finns tillgängliga på adressen <https://www.jnsn.fi/sv/journalistreglerna/>, besökt 15.10.2019.

²⁰ Om opinionsnämnden för massmedier se https://www.jnsn.fi/sv/opinionsnamnden_for_massmedier/detta-ar-opinionsnamnden-for-massmedier/, besökt 15.10.2019.

Journalistreglerna är ren självreglering eftersom de har gjorts upp av representanter för medierna. Inget utomstående organ har bidragit till reglernas innehåll. Reglerna åtnjuter stor respekt inom journalistkretsar, eftersom reglerna representerar branschaktörernas egen syn på hur medier ska gå till väga när de tar fram och publicerar information.

Journalistreglerna har godkänts av understödsföreningen för Opinionsnämnden för massmedier. De nyaste reglerna trädde i kraft i början av år 2014. Till dessa hör också en bilaga om material som producerats av allmänheten på massmediernas webbplatser, vilken godkändes och trädde i kraft år 2011.

Målet för Journalistreglerna är att stödja ett ansvarsfullt bruk av yttrandefriheten i massmedierna och främja den yrkesetiska diskussionen. Reglerna gäller allt journalistiskt arbete. I introduktionen anges uttryckligen att reglerna har gjorts upp enbart för självreglering inom branschen och att de inte är avsedda att utgöra grund för straffrättsligt ansvar eller skadeståndsansvar.

Man bör vara medveten om att Journalistreglerna och god journalistisk sed i många fall kräver mer än lagstiftningen samt att ett eventuellt brott mot god journalistisk sed inte kan betraktas som ett bevis på skadeståndsrättslig oaktsamhet. Visst kan ett förfarande som bryter mot god journalistisk sed också utgöra skadeståndsrättsligt vållande, dvs. vara oaktsamt, men den här frågan bedöms självständigt utifrån de rättsliga kriterierna.

Opinionsnämnden för massmedier har till uppgift att tolka god journalistisk sed och försvara yttrande- och publiceringsfriheten. Nämnden behandlar anmälningar som lämnats in till den och kan även på eget initiativ ta upp ett ärende som har stor principiell betydelse till behandling. Nämnden kan också ge principiella utlåtanden om etiska frågor inom branschen. Opinionsnämnden för massmedier är ingen domstol och den kan inte höra vittnen eller döma ut ersättningar eller böter. Om nämnden anser att ett medium har brutit mot god journalistisk sed får mediet en anmärkning som måste publiceras inom en kort tidsfrist utan direkta kommentarer. Om förseelsen är grov eller om massmediets handlande i övrigt visar prov på likgiltighet kan nämnden ge en allvarlig anmärkning. Om mediet som fått anmärkningen inte publicerar beslutet offentliggörs det på annat sätt. Basavtalet för Opinionsnämnden för massmedier och arbetsordningen innehåller närmare bestämmelser om publicering av besluten på mediernas webbsidor.

Vem som helst som anser att man har brutit mot god journalistisk sed i tidningar, radio eller television kan anmäla detta till Opinionsnämnden för massmedier. Nämnden kan också behandla material som publicerats på internet, om materialet kan anses ha publicerats i ett massmedium. Sådant material är bland annat nätversionerna av tryckta tidningar och tidningar som enbart ges ut på nätet (nätpublikationer). Den som gör anmälan måste inte personligen vara berörd av saken, men om anmälan gäller skyddet för privatlivet måste sakägaren ge sitt

samtycke till att ärendet behandlas. Detta beror på att saken kan få mer publicitet och uppmärksamhet än tidigare på grund av anmälan.

Opinionsnämnden för massmedier kan endast behandla anmälningar som gäller massmedier som har undertecknat ONM:s basavtal. Anmälan kan göras av en privatperson eller en myndighet, en förening, ett bolag eller något annat samfund. Nämnden kan också på eget initiativ ta upp ärenden som har stor principiell betydelse till behandling.

Om en journalist har ett anställningsförhållande eller arbetar som frilansjournalist hos ett sådant medium som har förbundit sig att iakttä självregleringen, måste journalisten följa Journalistreglerna och ONM:s utåtanden och beslutspraxis i sitt arbete. Eftersom praktiskt taget alla betydande massmedier har undertecknat ONM:s basavtal efterföljs standarderna för god journalistisk sed i stor utsträckning i massmedier i Finland. Däremot omfattas inte enskilda bloggar, diskussionsforum eller webbsajter, som inte är nätpublikationer, av god journalistisk sed.

Det är möjligt att existensen av Opinionsnämnden för massmedier leder till färre rättegångar som riktar sig mot media. Majoriteten av de anmälningar som nämnden behandlar är dock av sådan art att ingen skulle dömas till ersättningsansvar eller straff på grund av sakens natur. Sålunda fungerar systemet med självreglering snarare som ett komplement till det rättsliga systemet än som ett alternativ till det. Samtidigt ökar det förtroendet för verksamheten hos de medier som har förbundit sig att iakttä självregleringen.

4. Slutord

På 1990-talet och i början av 2000-talet hölls det ett stort antal mediarättegångar i Finland och i en del av dessa utdömdes relativt höga skadestånd. År 2004 kom de första avgörandena från den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna där det konstaterades att i mediamålen hade en kränkning av yttrandefriheten skett.²¹ Därefter gavs flera andra fällande domar mot Finland, varpå högsta domstolens beslutspraxis blev mer positivt inställd till yttrandefriheten²², och till strafflagens bestämmelser om spridning av information som kränker privatlivet och ärekränkning tillfogades nya moment som begränsar det straffbara området.²³ Antalet mediarättegångar har minskat.

I dagsläget i Finland funderar man över lagstiftningen som anknyter till användningen av sociala medier. Framför allt hatretorik har varit föremål för den rättsliga diskussionen. Dessutom har man övervägt möjligheten att kunna hålla

21 *Selistö v. Finland* (16.11.2004) och *Karhuvaara och Iltalehti v. Finland* (16.11.2004).

22 Se t.ex. HD 2011:71, HD 2011:101, HD 2013:15, HD 2013:69 och HD 2013:70.

23 Strafflagen 24 kap. 8 § 3 mom. och strafflagen 24 kap. 9 § 4 mom.

den webbansvarige för ett diskussionsforum eller annat nätforum ansvarig för innehåll som publicerats av tredje man, eftersom rätten till anonymitet ofta utgör ett hinder för att tillskriva den ursprungliga skribenten ansvar.²⁴ Det finns ingen officiell definition av hatretorik, men det utgör ett brott om handlingen uppfyller rekvisitet för något brott. För att förebygga hatretorik har flera utredningar redan gjorts och åtgärdsförslag har utarbetats.²⁵ Bekämpning av hatretorik ingår även i det nyaste regeringsprogrammet.²⁶ Vidare förs diskussioner vid justitieministeriet om kriminalisering av sådant handlande som innebär att någon görs till måltavla för hat. Med att göra någon till måltavla menas att man genom systematiskt handlande försöker tysta personer eller påverka deras handlande, exempelvis genom hot eller spridning av privata (eller falska) uppgifter på internet. Det är önskvärt att yttrandefriheten som blivit mer utbredd till följd av internet inte slår tillbaka mot sig själv på så vis att rädsla för hatretorik och att bli gjord till måltavla leder till att mängden och mångfalden av åsikter minskar.

Källor:

LITTERATUR, OFFICIELLT MATERIAL OCH ÖVRIGA KÄLLOR

Hemmo, Mika, Utredning av behovet av att reformera regleringen som gäller ren förmögenhetskada (Selvitys puhdasta varallisuusvahinkoa koskevan sääntelyn uudistamistarpeesta). Justitieministeriet, Utlåtanden och utredningar 2002:26.

Hemmo, Mika, Vahingonkorvausoikeus. SanomaPro 2006.

Justitieministeriets Against Hate-projekt. Rekommendationer från projektet Against Hate för arbetet mot hatbrott och hatretorik. Justitieministeriet 25.9.2019: https://api.hankeikkuna.fi/asiakirjat/80acoa59-5434-4983-b89e-e2ab0013ba21/1f991bfo-567e-46ee-a1c5-4db141bbc2dc/RAPORTTI_20190925102154.pdf.

Knuutila, Aleks – Kosonen, Heidi – Saresma, Tuija – Haara, Paula – Pöyhtäri, Reeta, Viha vallassa: Vihapuheen vaikutukset yhteiskunnalliseen päätöksentekoon. Statsrådets kansli. Publikationsserie för statsrådets utrednings- och forskningsverksamhet 2019:57.

Korpisaari, Päivi, Johdatus viestintäoikeuteen. Forum Iuris 2016.

Niiranen, Valtteri – Sotamaa, Petteri – Tiilikka, Päivi, Sananvapauslaki. Tulkinta ja käytäntö. Sanoma Pro Oy 2013.

24 Det finns ingen officiell definition av *hatretorik*, men *hatbrott* definieras i Polisyrkeshögskolans årliga rapport om hatbrott som ett brott som riktar sig mot en person, en grupp, någons egendom, en institution eller representanter för en sådan där motivet utgörs av fördomar eller hat mot offrets förmodade eller verkliga etniska eller nationella bakgrund, religiösa övertygelse eller livsåskådning, sexuella läggning, könsidentitet, könsuttryck eller funktionsnedsättning; se Rauta 2018.

25 Projekt om hatretorik se t.ex. justitieministeriets Against Hate-projekt, 25.9.2019 s. 2; Ord är handlingar. Åtgärder mot hatretorik och nätmobbing effektiviseras. Inrikesministeriets publikationer 2019:28; utredning på uppdrag av statsrådet Aleks Knuutila – Heidi Kosonen – Tuija Saresma – Paula Haara – Reeta Pöyhtäri, Viha vallassa: Vihapuheen vaikutukset yhteiskunnalliseen päätöksentekoon. Statsrådets kansli. Publikationsserie för statsrådets utrednings- och forskningsverksamhet 2019:57.

26 Regeringsprogrammet för statsminister Antti Rinnes regering 6.6.2019 s. 84.

- Ordärhandlingar. Åtgärder mot hatretorik och nätmobbning effektiviseras. Inrikesministeriets publikationer 2019:28.
- Pihlajarinne, Taina, Keskustelupalstojen ylläpitäjien vastuu: EU-sääntelystä kansalliseen oikeuteen – sananvapauserikokset ja tekijänoikeuserikokset. Lakimies 6/2011, s. 1192–1214.
- Rauta, Jenita, Poliisin tietoon tullut viharikollisuus Suomessa 2017: Poliisiammattikorkeakoulun raportteja 131. Polisyrkeshögskolan 2018.
- Regeringsprogrammet för statsminister Antti Rinnes regering 6.6.2019.
- Statistikcentralen, Rättsväsende, https://www.stat.fi/til/oik_sv.html.
- Ståhlberg, Pauli – Karhu, Juha, Finsk skadeståndsrätt. Alma Talent 2014.
- Tiilikka, Päivi, Sananvapaus ja yksilön suoja. Lehtiartikkelin aiheuttaman kärsimyksen korvaaminen. SanomaPro 2007.
- Tiilikka, Päivi, Journalistin sananvapaus. WSOYpro 2008.
- Tiilikka, Päivi, Julkaistun verkkoviestin sisällöstä aiheutuneen taloudellisen vahingon korvaaminen. Defensor Legis 4/2009, s. 606–630.
- Tiilikka, Päivi, Päätoimittajan vastuu yleisön tuottamasta verkkosisällöstä. Lakimies 1/2012, s. 53–78.
- RP 44/2002 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till revidering av lagstiftningen om straffrättens allmänna läror.
- RP 54/2002 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om yttrandefrihet i masskommunikation samt vissa lagar som har samband med den.
- RP 167/2003 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring av skadeståndslagen och vissa lagar som har samband med den.
- RP 19/2013 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om ändring av strafflagen, 10 kap. 7 § i tvångsmedelslagen och 5 kap. 9 § i polislagen.
- GrUU 16/2013 rd. Grundlagsutskottets utlåtande 16/2013 rd om regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om ändring av strafflagen, 10 kap. 7 § i tvångsmedelslagen och 5 kap. 9 § i polislagen.
- GrUB 25/1994 rd. Grundlagsutskottets betänkande nr 25 om regeringens proposition med förslag till ändring av grundlagarnas stadganden om de grundläggande fri- och rättigheterna.
- GrUB 14/2002 rd. Grundlagsutskottets betänkande 14/2002 rd om regeringens proposition med förslag till lag om yttrandefrihet i masskommunikation samt vissa lagar som har samband med den.
- LaUB 11/2013 rd. Lagutskottets betänkande 11/2013 rd om regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om ändring av strafflagen, 10 kap. 7 § i tvångsmedelslagen och 5 kap. 9 § i polislagen.
- Kommittébetänkande 1997:3. Tryckfrihetskommisionens betänkande.
- Kommittébetänkande 2001:11. Personskadekommissionens betänkande.
- Yttrandefrihetsbrott, olaglig förföljelse och brott mot kommunikationsfrid. Justitieministeriets publikation 24/2012. Betänkanden och utlåtanden.

RÄTTSPRAXIS

Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen)

Selistö v. Finland (16.11.2004)

Karhuvaara och Iltalehti v. Finland (16.11.2004)

Högsta domstolen

HD 1991:79

HD 1993:15

HD 2006:62

HD 2009:3

HD 2010:88

HD 2011:71

HD 2011:101

HD 2013:15

HD 2013:69

HD 2013:70



Professor Jessika van der Sluijs, Stockholms universitet

Professor Jessika van der Sluijs, Stockholms universitet¹

Robotik, artificiell intelligens, skador och försäkringsavtalsrätten

1. Inledning

Med artificiell intelligens (AI) avses inom ramen för denna presentation förekomsten av dels ”Big Data” (dvs. tillgång till stora mängder information i form av skilda informationsslag, som kan inhämtas i mycket hög hastighet i en global kontext) och dels förekomsten av s.k. dynamiska algoritmer, dvs. ”Machine Learning”.

Olika typer av AI-modeller är en realitet på försäkringsbolagen redan idag (se t.ex. Angelo Borselli, *Insurance by Algorithm*, 2018 Eur, *Ins. L. Rev.* 35, 2018). Redan här kanske ska tilläggas att det inte är helt lätt, gissningsvis av konkurrensfördelskäl, att som en extern aktör att genom bolagen få mer detaljerad information om omfattningen av deras AI-användning. Trots det får man (genom bl.a. ett intensivt googlande samt samtal med branschfolk) intrycket att försäkringsbranschen idag står *inför* ett skifte, eller i vart fall i *örjan av* ett skifte. Den teknik som i grunden skulle kunna förändra sättet att bedriva försäkringsverksamhet på existerar, men idag bedrivs försäkringsverksamhet alltså på ett ganska traditionellt vis. Försäkringsbolagen ”testar sig” dock fram med olika typer av AI-lösningar. Inom InsureTech-branschen tar för allt startup-företag fram innovativa AI-lösningar som kan effektivisera premieberäkning, kommunikation, distribution och automatiskt beslutsfattande i t.ex. skadehantering. Som exempel kan nämnas Folksam som har ett ”Future Lab” där man testat bl.a. en digital assistent (en chatbot) som ska fungera som en assistent för att reglera mobilskador. Ett annat exempel är Moderna försäkringars ”Smarta försäkring” där kunden betalar sin premie utifrån hur säkert denne kör. Försäkringen är kopplad till en mobilapp som analyserar körbeteendet. Enligt Moderna försäkringar är produkten den första av sitt slag i Sverige. Ett tredje exempel är det nya försäkringsbolaget Hedvig (som startades 2018), vars ambition är att hålla kostnaderna och transaktionstiderna nere genom att med hjälp av AI kapa stegen i olika processer. Än så länge verkar vi dock tidsmässigt befinna oss i en fas när

¹ Stort tack till Cecilia Magnusson Sjöberg, professor i rättsinformatik, Fredrik Sandberg, doktorand i skadeståndsrätt och rättsinformatik och Mauro Zamboni, Professor i allmän rättslära, samtliga verksamma vid Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, för värdefulla insikter och synpunkter avseende detta föredrag.

AI-frågor hanteras som ”framtidspådrag” på diverse försäkringsbranschkonferenser, alternativt något som nyligen ”drabbat” försäkringsväsendet. Exempelvis var temat på AIDA:s (Association Internationale de Droit des Assurances) världskonferens i oktober 2019 ”Landfall of the Tech Storm” och på konferensen diskuterades bl.a. självkörande fordon och cyberrisker.

Tanken med denna presentation är inte att diskutera olika typer av AI-lösningar eller att dyka ner i någon specifik AI-relaterad försäkringsfråga. I stället är syftet med denna presentation att diskutera vad den AI-reform vi står inför kommer att betyda för *försäkringsavtalsrättens* utveckling och framtid. Försäkringsväsendet har i alla tider varit känsligt för samhällsförändringar. Samhällsskiftningarna från jordbruks-samhälle till industrisamhälle och så småningom informations- och tjänstesamhälle påverkade direkt försäkringsbolagens verksamhet och produktutbud (se t.ex. van der Sluijs, Tarifföreningarna och de branschgemensamma försäkringsvillkoren – historik och betydelse för dagens försäkringsavtalsrätt, i Andersson m. fl., Uppsatser om försäkringsvillkor, Jure 2015), och det faktum att försäkringsväsendet på grund av framväxten av AI står inför en ny reform är i och för sig naturligt för branschen. Syftet med denna presentation är att genom att göra en historisk tillbakablick på försäkringsväsendet, de försäkrade riskerna och försäkringsavtalsrättens utveckling sedan slutet på 1800-talet försöka peka på möjliga utvecklingslinjer som kan följa av att allt fler funktioner i samhället digitaliseras och hanteras genom AI.

2. Skadeförsäkringsverksamheten

En slags föregångare till modern brandförsäkring, som också reglerades i 1734 års lag, var de s.k. brandstoderna, som innebar att alla invånare i ett härad var skyldiga att bidra till den vars fastighet skadats genom brand. Brandstoderna har medeltida rötter. Den första försäkringsgren i modern mening var sjöförsäkringen. Industrisamhällets framväxt från mitten av 1800-talet och framåt medförde att försäkringsbranschen utvecklades till den bransch som vi känner idag. Det första svenska brand- och livförsäkringsaktiebolaget (Skandia) bildades 1855 och det andra brand- och livförsäkringsaktiebolaget (Svea) bildades 1866. Under de följande decennierna bildades ett stort antal försäkringsbolag i Sverige, och ett stort antal utländska försäkringsbolag etablerades i Sverige. Det ledde till krav från olika aktörer (inklusive försäkringsbolagen själva) på en reglering av marknaden, vilket i sin tur ledde till en rad sammanslagningar av försäkringsbolag. Fram till och med mitten på 1990-talet utgjorde den svenska försäkringsmarknaden en slags oligopolmarknad,

med fem dominerande försäkringsbolag.² Dessa fem försäkringsbolag samarbetade dessutom tätt gällande försäkringsvillkor, statistik, forskning m.m.

Samtidigt med informations- och tjänstesamhällets framväxt från 1980-talet och framåt utvecklades också konkurrensrätten. Sverige påverkades under den här perioden mycket av EG, trots att det skulle dröja till 1994 innan Sverige blev medlem. Konkurrensrätten medförde att det rådande oligopolet uppluckrades. Samarbetena mellan försäkringsbolagen upphörde, och försäkringsmarknaden blev mer diversifierad.

AI och dess möjligheter innebär att förutsättningarna för att bedriva försäkringsverksamhet förändras i grunden. AI ger helt nya möjligheter att identifiera, beräkna och analysera olika typer av risker, upptäcka försäkringsbedrägerier, formulera avtal (t.ex. via s.k. smart contracts), samt inhämta information om försäkringstagarna och de försäkrade. AI medför också nya möjligheter att kommunicera med marknaden, vilket innebär att nya metoder står till buds för kundkontakt, distribution (robotrådgivning), automatiserad skadereglering samt automatiserad tvistlösning. ”Internet of things”, dvs. uppkopplade enheter av olika slag (fordon, vitvaror, vårdutrustning, säkerhetssystem, osv.) ger bolagen nya övervakningsmöjligheter av de försäkrade riskerna. Ett ökat användande av AI innebär också att försäkringsbranschen kan bli mer exponerad för olika typer av cyberrisker och cyberbrott.

En fråga är om AI-möjligheterna skapar en ny konkurrenssituation som de traditionella försäkringsbolagen inte kommer att klara av. Omställningen kan bli särskilt stor för de stora äldre försäkringsbolagen som drifvar föråldrade och kostsamma IT-system för sina befintliga försäkringsbestånd. Möjligen kan det å andra sidan vara just dessa bolag som har resurserna att göra en omställning. En möjlig utveckling kan vara en än större diversifiering på försäkringsmarknaden, där fler nischade försäkringsbolag konkurrerar med de stora, äldre försäkringsbolagen.

3. De försäkrade riskerna

I takt med att samhället utvecklats har bolagen kommit att försäkra nya typer av risker. De första massförsäkringsprodukterna var egendomsförsäkring (brandförsäkring) och livförsäkring. Med industrisamhällets framväxt uppstod en mängd nya risker, såsom exempelvis avbrottsrisker, sjukdomsrisker, och ansvarsrisker. Försäkringsprodukter som växte stort under den här perioden var t.ex. maskinförsäkring, fordonsförsäkring, trafikförsäkring och garantiförsäkring. Under den här

² I början på 1960-talet var det följande bolag som bildade ett ”oligopol”: Skandia, Trygg-Hansa, Folksam, Wasa och Länsförsäkringar. Av dessa bolag är det fyra som alljämt dominerar den svenska försäkringsmarknaden, nämligen Skandia/If, Trygg-Hansa, Folksam, och Länsförsäkringar. Wasa fusionerades med Länsförsäkringar 1998.

perioden utvecklades också pensionsförsäkringsformen. Informations- och tjänstesamhället medförde nya risker och nya försäkringsprodukter utvecklades av försäkringsbolagen. Några exempel är professionsansvarsförsäkringen för exempelvis revisorer, tekniska konsulter och försäkringsmäklare, M&A-försäkringen (Merger and acquisition) som täcker transaktionsrisker och förmögenhetsbrottsförsäkringen som täcker brott orsakade av anställda vid exempelvis banker.

AI medför helt nya typer av risker och kundernas efterfrågan på försäkrings-täckning av dessa risker måste hanteras av försäkringsbolagen. Det kan vara fråga om "traditionella" försäkringsformer som måste anpassas för att täcka nya AI-relaterade risker. Bolagen måste t.ex. ta fram egendomsförsäkring som täcker själva teknologin (robotarna om man så vill), dataintrång eller skada på data i olika typer av molntjänster. Inom ansvarsförsäkringens område hamnar risker förenade med robotrådgivning (eller förenade med underlåtenhet att tillämpa robotrådgivning?), ansvar på grund av vårdslös automatiserad due diligence (eller ansvar på grund av underlåtenhet att tillämpa automatiserad due diligence?), ansvar för skador vållande av självkörande bilar och fartyg eller ansvar på grund av informationsläckage. Förmögenhetsbrottsförsäkring måste innefatta risker på grund av cyberkriminalitet. Avbrottsförsäkring måste täcka systemfel, företagsspionage eller avbrott i data- och telekommunikation. Vissa risker kan inte med självklarhet behandlas inom ramen för de traditionella riskerna. Det kan vara fråga om risker relaterade till sociala medier eller goodwillrisker. Behovet av de risker som försäkringsbolagen måste möta är kunddrivet. De som ofta befinner sig s.a.s. i framkant i detta avseende är försäkringsförmedlarna, som typiskt sett kan vara de första som identifierar nya kundbehov och därmed nya risker.

4. Försäkringsavtalsrätten

Hur kommer AI att påverka försäkringsavtalsrätten? I slutet av 1800-talet fanns i Sverige en slags försäkringsavtalsrätt i form av branschgemensamma s.k. tariffvillkor, utvecklade av de branschgemensamma tarifföreningarna (se van der Sluijs, a.a.). Den första lagfästa försäkringsavtalsrätten fanns i några bestämmelser i 1891 års sjölag (1891:35). 1927 trädde den första försäkringsavtalslagen, (GFAL) (1927:77) i kraft. GFAL byggde till icke oväsentlig del på den försäkringsrätt som vid den tiden existerade genom bestämmelserna i sjölagen, i tariffvillkoren, rättspraxis och även internationell försäkringsavtalsrätt (främst tysk och schweizisk). 1980 kompletterades GFAL av konsumentförsäkringslagen (1980:80) (KFL). KFL vilade tungt på GFAL, men var anpassad till konsumentförhållanden. År 2006 trädde den nuvarande försäkringsavtalslagen (2005:104) (FAL) som i sin tur vilar tungt på KFL. Slutsatsen är att under en period när försäkringsverksamheten och de försäkrade riskerna har genomgått stora förändringar har försäkringsavtalsrätten

hållit sig ganska oförändrad. Den som idag är någorlunda väl bevandrad i försäkringsrätten känner överraskande väl igen sig i exempelvis ett tariffvillkor från 1905. Försäkringsavtalsrättens grundläggande beståndsdelar så som exempelvis upplysningsplikt, biförpliktelser, preskription eller tredjemansreglerna har inte förändrats i någon högre grad. Försäkringsavtalsrätten har med andra ord visat sig vara motståndskraftig mot olika typer av samhällsförändringar. I stället är det fram för allt tillämpningen av reglerna som anpassats efter nya förutsättningar och nya risker.

En möjlig utvecklingslinje är därför att försäkringsavtalsrätten kan komma att stå sig ganska oförändrad trots de stora förändringar som ett AI-samhälle för med sig. Däremot kan reglerna behöva justeras, och tillämpningen av de försäkringsrättsliga reglerna att behöva anpassas. Ett historiskt exempel på en sådan justering är den i FAL centrala upplysningsplikten. För att kunna beräkna risker måste bolagen ha så god kännedom som möjligt om den försäkrade risken. I den moderna försäkringens begynnelse, i tariffvillkoren, var upplysningsplikten mycket sträng mot försäkringstagaren. Fanns det någon brist i informationen som lämnades till bolaget vid avtalets ingående var försäkringsavtalet ogiltigt. Men försäkringsbolagens samarbeten gällande statistik medförde att bolagen fick ett allt säkrare underlag om de försäkrade riskerna. Gällande vissa risker hade bolagen ibland större kunskaper än vad försäkringstagaren själv hade. Ungefär samtidigt nyanserades också upplysningsplikten, och påföljder på grund av bristande upplysningsplikt kom att bero på försäkringstagarens oaktsamhet eller på relevansen av upplysningen för risken.

En fråga är m.a.o. hur samhällsförändringarna kommer att påverka tillämpningen av de försäkringsavtalsrättsliga reglerna. Av 4 kap. 1–2 §§ samt 8 kap. 8–9 §§ FAL framgår försäkringstagarens upplysningsplikt. Har försäkringstagaren förfarit svikligt eller i strid med tro och heder är avtalet ogiltigt. Har försäkringstagaren annars eftersatt sin upplysningsplikt kan ersättningen sättas ner. Nedsättning kan inte komma i fråga om oriktigheten saknat betydelse för avtalets innehåll. En fråga blir då vilken betydelse upplysningsplikten kommer att få om bolagen har tillgång till mer detaljerad information om försäkringstagaren och de försäkrade riskerna än vad försäkringstagaren själv har. Sannolikt kommer utrymmet för att tillämpa reglerna om upplysningsplikten att minskas. Vidare; enligt 8 kap. 20 § FAL kan försäkringsbolaget i villkoren uppställa ganska stränga regler gällande anmälningsplikt. En försäkrad kan enligt villkoren åläggas att snarast anmäla försäkringsfall, med risk för att rätten till försäkringsersättning annars förfaller. Syftet med en sådan anmälningsplikt sägs vara att bolaget snabbt ska kunna säkra bevisning, göra relevanta avsättningar och snabbt komma igång med skaderegleringen. Men frågan är om det mot den bakgrunden är skäligt att uppställa sådana krav på en försäkrad för det fall att försäkringsbolagen, med hjälp av olika typer av övervakningsenheter i hem, verksamheter och på människor, är den första aktör som får information om att ett försäkringsfall har inträffat. Ett tredje exempel är kontraheringsplikten i 3 kap. 1 § FAL. Enligt bestämmelsen får ett försäkringsbolag inte vägra en konsument

att teckna en sådan försäkring som bolaget ”normalt tillhandahåller allmänheten”. I det ligger ett slags ”hyllprodukttänk”, dvs. en idé om att bolagen har tagit fram vissa standardprodukter som tillhandahålles till många försäkringstagare. Däremot ska bolagen inte tvingas att ta fram individuella försäkringsprodukter. Genom olika AI-lösningar finns möjlighet för bolagen att relativt enkelt och till låg kostnad erbjuda helt individuellt anpassade försäkringsavtal, med följd att de inte längre måste distribuera ”standardprodukter” så som vi känner dem idag. Man kan även tänka sig situationer där ett bolag på grund av en algoritm nekar någon försäkring, men där ingen för kunden kan redovisa begripliga skäl härför. Syftet med kontraheringsplikten är att säkra att en grundläggande säkerhet i form av försäkring kommer så många människor som möjligt till godo, och här finns kanske anledning att bevaka utvecklingen, och eventuellt justera reglerna eller i vart fall anpassa tillämpningen av kontraheringsplikten.

5. Sammanfattande kommentar

Oavsett om försäkringsavtalsrätten visar sig vara motståndskraftig eller om den i stället kommer att vara i behov av reformer står försäkringsbranschen i och med framväxten av ett AI-samhälle inför nya möjligheter och utmaningar. De förändringar som försäkringsbranschen historiskt sett har genomgått har huvudsakligen initierats antingen underifrån (kunderna och försäkringsbolagen) eller ovanifrån (staten). Nytt är att centrala initiativtagare i detta sammanhang är AI-entreprenörerna (InsurTech startups) som drivs av andra incitament än kundnytta och kundskydd för försäkringstagarna, anpassning till EU-direktiv, mm. Förändringslandskapet ser med andra ord annorlunda ut i detta skifte jämfört med tidigare skiften, och därför ser också regleringslandskapet annorlunda ut. Större kraft och intresse än tidigare kommer sålunda att behöva tillägnas frågor som rättssäkerhet, integritet, personuppgiftsskydd, diskriminering och etik. Det innebär också att forskning och utbildning på området kanske aldrig har varit viktigare än vad det för tillfället är. Där har akademien ett stort ansvar.



Forskardoktor, jur.dr Anette Alén-Savikko, Helsingfors universitet

Forskardoktor, jur.dr Anette Alén-Savikko, Helsingfors universitet

Artificiell intelligens, risker och (privat)rätt – några reflektioner kring samhällelig utveckling och juridik

”Vi kommer att leva alltmer jämsides med artificiell intelligens och maskininlärning av olika slag framöver, eftersom metoderna och teknologierna redan visat på en stor potential. Det är därmed desto viktigare att bidra till att den utvecklas i en legitim och tillitsbyggande riktning i mänsklighetens tjänst.”¹

1. På väg till ett AI-samhälle?

Digitaliseringen av vårt samhälle innefattar inte bara en förvandling från de analoga teknologierna till de digitala utan också mer djupgående förändringar. Världen runt omkring oss har nämligen förändrats i många avseende på grund av den utveckling som förknippas med digitaliseringen och de nästa stora stegen för mänskligheten har antagligen med artificiell intelligens (AI)² att göra. Alla har vi våra mobiltelefoner och många av oss bläddrar dagligen genom några sociala medier eller söker information med hjälp av nätbaserade sökmotorer. I själva verket representerar våra Facebook-flöden och sökresultat på Google redan existerande vardagliga tillämpningsområden för AI. Ur ett bredare perspektiv pågår inte bara en förvandling från de traditionella industri- och informations samhällena till ett AI-samhälle utan, enligt Tegmark, också från liv 2.0 till liv 3.0: Tegmark anför att vi är på väg från det kulturella till det teknologiska skedet, vilket innebär att både livets och/eller teknologins mjukvara och hårdvara kan designas i stället för att de (eller endera av de två) utvecklas.³ Dessutom har Lawrence Lessig konstaterat att ”kod är lag”

1 Stefan Larsson, Artificiell intelligens som normativ samhällsutmaning: partiskhet, ansvar och transparens. I R. Banakar, K. Dahlstrand & L. Ryberg-Welander (Red.) Festskrift till Håkan Hydén, Juristförlaget i Lund 2019 s. 339–370, s. 365.

2 Det är inte lätt att definiera AI. Begreppet lever i tiden eftersom AI förknippas med olika aktiviteter som kräver intelligens av en människa och AI kan därför innehålla alla slags färdigheter från automatiseringen av rutinmässiga arbetsuppgifter till mera komplicerade uppdrag. I detta sammanhang hänvisar AI till ”en rad teknologier och analysmetoder som har kommit att samlas under (AI) som paraplybegrepp: maskininlärning, naturlig språkinlärning, bildigenkänning, s.k. neurala nätverk och djuplärande” (Larsson 2019 s. 340).

3 Max Tegmark, Liv 3.0 – att vara människa i den artificiella intelligensens tid, Volante 2017.

(*code is law*)⁴ vilket hänvisar till det påståendet att koden reglerar vårt liv och samhälle. Spelar då juridik (och speciellt privaträtt) någon roll alls när det gäller förvandlingen till ett AI-samhälle?

AI och därtill kopplade förändringar i vårt samhälle ger upphov till både nya möjligheter och nya farhågor eller risker, vilket även påverkar juridik (och privaträtt).⁵ Vi lever i ett slags risksamhälle⁶ där man sträver efter ökad säkerhet eller åtminstone (höga) sannolikheter. Det finns således allt större behov för olika slags riskbedömningar och effektiv riskhantering. I den digitala omgivningen blir även vanliga människor utsatta för så kallad ”profilering”⁷ och deras aktiviteter, inklusive handelsvanor och sökord, övervakas eller analyseras (oftast i marknadsföringssyfte) medan de surfar på nätet. Det är inte längre (i första hand) fråga om den orwellska ”Storebror” utan ett nätverk av potentiellt sammankopplade lilla bröder.⁸

Enligt Tegmark, förs debatten kring AI-relaterade risker och skador inte längre bara bland de så kallade moderna ”ludditerna”⁹ eller teknofobikerna utan även bland forskare från olika håll och, i en ökande takt, bland den stora allmänheten. Det är nämligen en debatt för oss alla. Samtidigt krävs det forskning för att kunna förstå vad som pågår i samhället samt att kunna fatta nyttiga beslut och upptäcka nya behov av reglering.¹⁰ Inom juridik är det ytterst viktigt att öka rättssäkerhet genom (privat)rättsvetenskap och bidra till att tolkningar och eventuella ändringar i lagstiftningen bygger på färsk forskning. Detta gäller såväl olika allmänna och metodologiska frågor som särskilda substantiva frågor inom både offentlig och privaträtt (t.ex. frågan om upphovsrätt till framställningar som åstadkommit med hjälp av AI). I takt med digitaliseringen blir dessutom de traditionella gränserna mellan offentlig och privaträttsliga frågor och svar allt suddigare. Inom dataskyddsjuridik har man till exempel skapat ett system som lutar sig tillbaka på de behöriga

4 Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books 1999.

5 Den här artikeln bygger delvis på mitt tal som kommentator till en presentation av professor Jessica van der Sluijs om ”Robotik, artificiell intelligens, skador och försäkringsrätten” på de 13:e Nordiska Förmögenhetsrättsdagarna ”Digitaliseringen av förmögenhetsrätten” i Helsingfors 10.5.2019. Prof. van der Sluijs hänvisade till många slags nya risker som till exempel dataintrång, systemfel och avbrott.

6 Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, Sage Publications 1992.

7 Profilerings hänvisar till särskilda datautvinningsmetoder som syftar till att kategorisera och forutspå t.ex. människor och deras beteende. Se även Francesca Bosco m.fl., *Profiling Technologies and Fundamental Rights and Values: Regulatory Challenges and Perspectives from European Data Protection Authorities*. I S. Gutwirth, R. Leenes & P. de Hert (Red.) *Reforming European Data Protection Law*, Springer 2015 s. 3–33, s. 4: ”Profiling can be understood as a specific data mining method. In this perspective profiling is regarded as an (semi-)automated process to examine large data sets in order to build classes or categories of characteristics. These can be used to generate profiles of individuals, groups, places, events or whatever is of interest. Profiles structure data to find patterns and probabilities. Using actuarial methods in this context is supposed to generate prognostic information to anticipate future trends and to forecast behavior, processes or developments. The aim is to develop strategies in order to manage uncertainties of the future in the present.”

8 Bosco m.fl. 2015, s. 14, s. 18.

9 Termen ”luddit” härstammar från en man, Ludd i efternamn, och tidiga protester mot den industriella revolutionen.

10 Tegmark 2017.

tillsynsmyndigheternas kompetens men som även innehåller gott om utrymme för individuella och kontraktuella lösningar.

2. Stora data och individens rättigheter

2.1 INDIVIDENS ROLL

I min egen forskning har jag sysslat med dataskydds- och integritetsfrågor.¹¹ Dessa blir allt viktigare med AI och dess nya tillämpningsområden. AI, inbegripet maskininlärning, behöver massor av uppgifter för att fungera. Ofta är det ingen brist på denna råvara: vi lämnar ju digitala fotspår varje gång vi handlar på nätet, söker efter information eller följer vårt Facebook-flöde samt att både myndigheter och företag producerar massor av olika slags uppgifter. Alla dessa aktiviteter bidrar till så kallad ”stora data” (*Big Data*¹²) vilket hänvisar till enormt stora datamängder, jättestora massor av information, inklusive personuppgifter. I den globala omgivningen uppbackad av den pågående tekniska utvecklingen är informationflöden ofta till och med gränsöverskridande.

Tekniskt sätt kan stora data utnyttjas för att profilera människor och beräkna sannolikheter, medan dess tillämpningsområden spänner över många livsområden, inklusive (rätts)vetenskapen. Med hjälp av så kallad ”datautvinning” (*data mining*) är det möjligt att få tillgång till ny information (t.ex. mönster, sannolikheter och tendenser). Det kan således leda till betydande nytta för allmänheten. Samtidigt är det dock möjligt att göra intrång i annans upphovsrätt. I det nya upphovsrättsdirektivet (DSM-direktivet) stadgas det således om ett nytt obligatoriskt undantag för data- och textutvinning i forskningssyfte.¹³ Medlemsstaterna måste införliva direktivet senast juni 2021.

Därtill medför ”stora data” och gränsöverskridande informationsflöden några utmaningar för var och ens möjligheter att ha kontroll över sina personuppgifter. Ur en teknisk synvinkel kan olika slags (anonyma) uppgifter i vissa fall även transformeras till något med en personlig karaktär. För sin del utgår den nya EU-rättsliga

11 Se t.ex. Anette Alén-Savikko, Naamoja ja meemejä – henkilötiedoista sosiaalisessa mediassa. Defensor legis 2016 s. 497–514 och Anette Alén-Savikko, Pois hakutuloksista, pois mielestä? Lakimies 2015 s. 410–433.

12 Viktor Mayer-Schonberger & Kenneth Cukier, Big data: A revolution that will transform how we live, work, and think, Houghton Mifflin Harcourt 2013.

13 Se Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG, artikel 3.1: ”Medlemsstaterna ska föreskriva ett undantag från de rättigheter som fastställs i artiklarna 5 a och 7.1 i direktiv 96/9/EG, artikel 2 i direktiv 2001/29/EG och artikel 15.1 i det här direktivet för mångfaldigande och utdrag som forskningsorganisationer och kulturarvsinstitutioner genomför för forskningsändamål i syfte att utföra text- och datautvinning av verk eller andra alster som de har lagligt tillgång till.” Se även artikel 4 i vilken det stadgas om en möjlighet att tillåta också andra slags datautvinning.

allmänna dataskyddsförordningen¹⁴ från mänsklig nytta. I ingressen till förordningen (skäl 2) konstateras nämligen att avsikten med rättsakten ”är att bidra till att skapa ett område med frihet, säkerhet och rättvisa och en ekonomisk union, till ekonomiska och sociala framsteg, till förstärkning och konvergens av ekonomierna inom den inre marknaden samt till fysiska personers välbefinnande,” medan ”(b) ehandlingen av personuppgifter bör utformas så att den tjänar människor” (skäl 4). Därtill betonas det i ingressen (skäl 7) att individer ska ha ”kontroll över sina egna personuppgifter”. För sin del har Europeiska datatillsynsmannen konstaterat att förutsättningarna för behandlingen av personlig information ofta är orättvisa och att det ofta är svårt för individer att bevaka sina intressen. Deras kontroll har minskat i takt med digitaliseringen. Datatillsynsmannen håller med Europeiska kommissionen om att utnyttjandet av stora data måste gynna individer och att individer bör ha kontroll över sina personuppgifter, till exempel, med hjälp av särskilda personliga datarum (*personal data spaces*).¹⁵ Å ena sidan kan olika tekniska lösningar stödas med rättsliga medel. Å andra sidan ska teknologin anpassas till lagstiftningen.

2.2 DEN (O)HELIGA UNIONEN MELLAN TEKNIK OCH JURIDIK

I dataskyddsförordningen stadgas det om ”inbyggt dataskydd” (*data protection by design*): enligt artikel 25 (stycke 1) ska en personuppgiftsansvarig (dvs. den som behandlar personuppgifter) genomföra tekniska och organisatoriska åtgärder för att genomföra de centrala dataskyddsprinciperna¹⁶. Dessa innehåller först och främst kraven på ändamålsbegränsning och uppgiftsminimering. Därtill måste behandlingen alltid vara laglig och det krävs till exempel samtycke av individen vars uppgifter det handlar om, dvs. den registrerade (artikel 5–6). Inbyggt dataskydd betyder att förordningens krav måste uppfyllas och de registrerades rättigheter¹⁷ måste skyddas redan i de initiala valen och under behandlingen av uppgifterna, i den tekniska arkitekturen och genom hela livscykeln av de behandlade personuppgifterna. Den registrerade har till exempel rätt att inte bli föremål för ett automatiserat individuellt

14 Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning).

15 European Data Protection Supervisor (2016) EDPS Opinion on Personal Information Management Systems. Towards more user empowerment in managing and processing personal data. Opinion 9/2016, 20 October 2016, 7–10. Hämtad från https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-10-20_pims_opinion_en.pdf (16.10.2019).

16 Enligt förordningen har den registrerade Dessa är: laglighet, korrekthet, öppenhet, ändamålsbegränsning, uppgiftsminimering, lagringsminimering, integritet, konfidentialitet och ansvarsskyldighet (se artikel 5).

17 Dessa rättigheter innefattar t.ex. rätt till information (artiklar 12–14), rätt till tillgång (artikel 15) samt rätt till radering dvs. ”rätten att bli bortglömd” (artikel 17). Mera om den sist nämnda rättigheten Alén-Savikko, A., Pois hakutuloksista, pois mielestä? Lakimies 2015 s. 410–433.

beslut, inklusive profilering, när detta medför rättsliga följder för hen eller på liknande sätt påverkar hen (artikel 22). Det finns dock ett par undantag från denna rätt och den registrerade kan ge sitt uttryckliga samtycke för behandlingen.

När det gäller riskhanteringen stadgas det i förordningen om konsekvensbedömningar angående dataskydd (artikel 35): ifall behandlingen sannoligen leder till höga risker för individer ska en bedömning av konsekvenser utföras. Höga risker kan orsakas speciellt av nya teknologier – antagligen även AI. Dessutom ifrågasätts många av de rättsliga krav som stadgas i förordningen av den teknologiska verklighet som bygger på stora data. Att tro på massor av data går emot minimeringskravet medan okända framtida tillämpningsområden (med potentiellt stora nyttor) går emot samlingen och behandlingen av personuppgifter endast för särskilda och på förhand angivna ändamål. Även samtycket blir komplicerat speciellt på grund av ”sakernas internet” (*Internet of Things*) där det inte nödvändigtvis är praktiskt att förmedla skriftlig information och fylla i formulär.

2.3 NÅGRA EXEMPEL: ”MY DATA” OCH ”ROBOTJOURNALISM”

En särskild ansats till kontroll och behandling av personlig information, inklusive personuppgifter kallas för ”MyData”. MyData betyder att individen placeras i centrum av kontrollen och behandlingen av personlig information. I stället för en organisations perspektiv är det individens perspektiv som gäller. På engelska beskrivs modellen MyData som ”*human centered management of personal information*”.¹⁸

MyData är en nordisk modell. Globalt finns det motsvarande modeller, till exempel den brittiska ”*midata*”-modellen.¹⁹ MyData är inte begränsad till personuppgifter utan omfattar även intressen som individen har gentemot sammankopplad eller anonymiserad data. Samtycket är centralt men modellen handlar också om transparens i behandlingen och användbarhet av data. De principer som skisseras i MyData vitboken består av komponenter som syftar på att bemyndiga (eller ”kraftfrigöra”; från engelskans ”*empower*”) individer: Människor skulle inte bara veta vilken information som behandlas utan också kunna se innehållet, rätta (vissa delar av) felaktigt innehåll, kontrollera tillgängligheten, få tillgång till data för sina

18 Se t.ex. Antti Poikola, Kai Kuikkaniemi & Harri Honko, MyData – A Nordic Model for human-centered personal data management and processing. Ministry of Transport and Communications, 4: ”We think the individuals should have legal right and technical tools to manage personal data collected on them. This is a means of digital identity management and an extension to the freedom of thought and expression we all have as citizens. At the same time, organizations should have practical methods for getting individuals’ consent to use their personal data when they discover innovative new uses or applications.” 2014. Hämtad från <https://www.lvm.fi/documents/20181/859937/MyData-nordic-model/> (9.10.2019).

19 Se t.ex. The midata vision of consumer empowerment, 3 November 2011. Hämtad från <https://www.gov.uk/government/news/the-midata-vision-of-consumer-empowerment> (9.10.2019).

egna ändamål, samt kunna dela och radera data.²⁰ Många av dessa principer är mer eller mindre konsistenta med de rättsliga medlen i dataskyddsförordningen. Till exempel artikel 20 innehåller den registrerades rätt till dataportabilitet inom ramen för förordningen, medan kraftfrigörelsen (*empowerment*) av individer med hjälp av olika gränssytor (*interfaces*) kan underlätta genomförandet av dataskyddsprinciperna och bidra till en mer balanserad behandling. Redan några år sedan (2014) konstaterade Arbetsgruppen för skydd av enskilda med avseende på behandlingen av personuppgifter (WP29) (numera Europeiska dataskyddsstyrelsen²¹) att bemyndigandet av individer, det vill säga, människors förmåga och möjligheter att hantera sina egna personuppgifter främjar utnyttjandet av digitala tjänster och konkurrensen mellan dessa tjänster och leder till nya mervärdestjänster.²²

För tillfället forskar jag i så kallad ”robotjournalism” och den AI-baserade automatiseringen av nyhetsproduktion inom mediebranschen.²³ Jag är särskilt intresserad av upphovsrättsliga frågor samt olika slags krav på transparens vilka har även med (privat)rättsliga ansvarsfrågor att göra. Ur upphovsrättens synvinkel kan endast en fysisk person anses som den ursprungliga upphovspersonen, och det upphovsrättsliga originalitetskravet hänger ihop med de krav som fastställts på internationell nivå (t.ex. Bernkonventionen) samt på EU-nivå (speciellt genom EU-domstolens praxis).²⁴

När det gäller mediebranschen har transparenskravet olika former. Ur en ekonomisk synvinkel betyder kravet att medierna ska informera publiken om sin ägarstruktur. Dessutom är denna form av transparens numera ett EU-rättsligt krav.²⁵ För sin del ställer nyttjandet av AI och automatisering nya krav på information som måste meddelas. Vid sidan av information om författaren eller journalisten ifråga (*disclosure transparency*) borde man kanske informera allmänheten om de algoritmer som används till exempel i personalisering eller nyhetsproduktion (*algorithmic transparency*).²⁶ Kravet hänger även ihop med så kallade svarta lådor

20 Poikola m.fl. 2014.

21 Se artikel 68 i den allmänna dataskyddsförordningen.

22 WP 217: Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. Adopted on 9 April 2014, 48. Hämtad från <https://www.dataprotection.ro/servlet/ViewDocument?id=1086> (16.10.2019).

23 Läs mera om forskningsprojektet ”Communication Rights in the Age of Digital Disruption (CORDI)” här: <https://cordi.blog/>.

24 Alén-Savikko m.fl. 2018.

25 Se Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2018/1808 av den 14 november 2018 om ändring av direktiv 2010/13/EU om samordning av vissa bestämmelser som fastställs i medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillhandahållande av audiovisuella medietjänster (direktivet om audiovisuella medietjänster), mot bakgrund av ändrade marknadsförhållanden, artikel 5.2: ”Medlemsstaterna får anta lagstiftningsåtgärder som föreskriver att leverantörer av medietjänster under deras jurisdiktion (...) ska tillhandahålla information om sin ägarstruktur, inbegripet verkliga ägare. Sådana åtgärder ska respektera berörda grundläggande rättigheter, såsom skydd för privat- och familjeliv för de verkliga ägarna. Sådana åtgärder ska vara nödvändiga och proportionella och ska syfta till att eftersträva ett mål av allmänintresse.”

26 Se t.ex. Montal, T. & Reich, Z., The Death of the Author, the Rise of the Robo-Journalist Authorship,

(*black boxes*) och det faktumet att man ofta varken förstår eller kan förklara vad som händer inom dessa lådor speciellt när det gäller maskininlärning och högst avancerade autonoma system.²⁷

Digitaliseringen och AI medför således ändringar i människans roll när det gäller kreativa processer, offentlig debatt och samhälleligt beslutsfattande. Människan blir så småningom avlägsen från de resultat som produceras med hjälp av AI. Ur en upphovsrättslig synvinkel är det möjligt att det i något skede inte längre finns tillräckligt med ”personlig insats” för att möta det upphovsrättsliga originalitetskravet – skapelsen avspeglar helt enkelt ingen fysisk persons personlighet. Dessutom förändras människornas roll i de processer där information produceras, diskuteras och bedöms. Det blir allt svårare att förstå och bedöma sanningshalten av och på ett meningsfullt sätt medverka i offentlig debatt (trots alla sociala medier!) på grund av den komplicerade och osynliga tekniska arkitektur som – trots den objektiva ytan – innehåller mänskliga val och värderingar. Här är det snarare individer som blir transparenta, genomskinliga, och individer som blir samlingar av risker och sannolikheter (*”individuals as dividends”*), som Francesca Bosco med flera poängterar.²⁸ Med hjälp av AI är det även möjligt att producera högkvalitativt falskt audiovisuellt material (*deepfake*) som ser autentiskt och pålitligt ut men som bidrar till nya former av disinformation.²⁹ Detta innebär helt nya risker på samhällsnivån och kräver allt mer mediarelaterade färdigheter av enstaka människor.

3. AI och välfärd – ett uppdrag för nordiska jurister?

För vetenskapen betyder allt detta att disciplinerna måste samarbeta. Det kan inte vara endast matematiska eller tekniska frågor och svar som är viktiga utan det behövs även rättsvetenskap och humanistiska vetenskaper – och tvärtom. Det behövs mång- och tvärdisciplinär forskning. Proaktivitet och förutsägbarhet kan främjas med hjälp av ansvarsful forskning inom juridik och andra vetenskapsgrener samt ansvarsful produkt- och tjänstutveckling inom AI-branschen. I varje fall är det realistiskt att kräva felfrihet när det gäller AI och dess tillämpningsområden. Kanske är det därför bättre att acceptera potentiella fel och planera för risker, även inom juridik. Men hur ska man göra det när det gäller AI? Det kan vara fråga om fel

bylines, and full disclosure in automated journalism. I Eldridge, Scott A. & Franklin, B. (Red.) *The Routledge Handbook of Developments in Digital Journalism Studies* 2019 s. 53–63; Diakopoulos, N. & Koliska, M., *Algorithmic Transparency in the News Media*. *Digital Journalism* 2016 s. 809–828, DOI: 10.1080/21670811.2016.1208053; Dalen, A., *The Algorithms behind the headlines*, *Journalism Practice* 2012 s. 648–658, DOI: 10.1080/17512786.2012.667268.

27 Se även Larsson 2019 s. 355–356.

28 Bosco m.fl. 2015 s. 14.

29 Se t.ex. Yle, *Syvä huijaus* (Teemu Hallamaa, Joel Kanerva, Taneli Arponen, Stina Tuominen, Mårten Lampén), 6.9.2019. Hämtad från <https://yle.fi/uutiset/3-10955498> (7.10.2019).

vid den ursprungliga programmeringen eller senare användningen av olika typer av algoritmer, speciellt när dessa händer utan förståelse av potentiella negativa konsekvenser.

Ju mer vårt samhälle fungerar på basis av AI-styrda och automatiserade processer, desto mer förvirrande blir det med eventuella cyberattacker och avbrott. När det gäller nya risker, så som dataintrång eller systemfel, och datasäkerhet måste vi kanske utveckla nya mätmetoder för att effektivt kunna utvärdera dessa risker. Därtill kan vi satsa på olika diffusa och decentraliserade lösningar och säkerhetsåtgärder i stället för de centraliserade. Här är det till exempel blockkedjan (*blockchain*) som erbjuder nya möjligheter.³⁰ Om vi vill kämpa mot disinformation och ytterligare polariseringen i vårt samhälle behöver vi kanske nya typer av rättigheter kring transparens vilket även påverkar ansvarsfrågor.³¹ Slutligen, med tanke på upphovsrättsliga frågor, behöver vi möjligtvis nya rättigheter eller nya tolkningar som utgår från en mer maskinvänlig utgångspunkt än det originalitetskrav som bygger på de vedertagna tolkningarna och förutfattade meningar om mänsklig kreativitet.³²

Det finns många viktiga och aktuella frågor inom juridiken (och privaträtten) som är kopplade till AI-utvecklingen. Inom ramen för tvär- och mångvetenskapligt samarbete har jurister och rättsvetenskapare ett särskilt ansvar när det gäller samhällsliga konsekvenser av samhälleligt beslutsfattande och forskningsresultat. Speciellt i Norden måste vi till och med se till att livet 3.0 ändå kommer att levas inte bara i ett risksamhälle utan också i ett välfärdssamhälle som främjar jämställdhet.

30 Blockkedjan betyder en distribuerad databas.

31 See även Larsson 2019.

32 Alén-Savikko m.fl. 2018.



Lektor, ph.d. Marie Jull Sørensen, Aalborg Universitet

Lektor, ph.d. Marie Jull Sørensen, Aalborg Universitet

Kunstig intelligens – rammer og udfordringer: 7 EU-krav til kunstig intelligens

Bidraget tager udgangspunkt i forfatterens korte indlæg til Nordiske Formueretsdage i Helsingfors, 2019. Indlægget præsenterede ganske kort 7 krav til kunstig intelligens¹, som er udarbejdet af Ekspertgruppen på Højt Niveau om Kunstig Intelligens etableret af Europa-Kommissionen. Dette skriftlige bidrag vil præsentere de 7 krav og desuden supplere med en rammesætning af kunstig intelligens for at skabe forståelse af indholdet af kunstig intelligens og dets anvendelsesområder. Kunstig intelligens har mange aspekter, og bidraget tager nogle af de etiske og juridiske aspekter op uden dog at foregive at behandle dem i dybden. Bidraget er således primært ment som en præsentation af etik og kunstig intelligens for jurister, som ikke normalt beskæftiger sig med kunstig intelligens.

1. En mandag med kunstig intelligens

Du vågner mandag morgen ved, at dit vækkeur ringer kl. 7, som du har indstillet det til aftenen før. Du skruer lidt op for varmen i køkkenet, hælder vand på kanden og putter kaffe i maskinen og trykker på tændknappen, inden du går i bad. I badet lader du vandet løbe lidt, inden det bliver varmt. Mens du drikker din morgenkaffe læser du papiravisen igennem – eller i hvert fald de artikler, du synes er interessante efter at have læst overskriften. Du holder begge hænder på rattet og fødderne på pedalerne i bilen på vej til arbejde, og lytter til en cd, du har sat i cd-afspilleren. Du arbejder som læge på det regionale hospital, hvor dit speciale er brud på knæ, hofter og skuldre. Du indfinder dig endeligt på dit kontor efter at have kørt rundt i nogen tid for at finde en parkeringsplads. Du starter morgenen med at studere røntgenbilleder taget i weekenden vedrørende potentielle brud på knogler. I løbet af formiddagen når du at tilse 6 nye patienter og 3, som har været indlagt i længere tid. Om eftermiddagen når du at operere 2 skulderpatienter. Du køber ind på vej hjem og kommer hjem til et varmt køkken, da du glemte at slukke for varmen igen, inden du kørte hjemmefra. Aftensmaden tager lidt tid, da der skal snittes og hakkes en del. Du zapper rundt på fjernsynskanalerne, inden du sætter vækkeuret til kl. 7 næste morgen og lægger dig til at sove.

¹ Forfatteren har valgt at anvende det danske ord 'kunstig intelligens'. I de citerede tekster anvender forfatterne ofte den engelske forkortelse 'AI', som står for 'artificiel intelligens'.

De fleste kan nikke genkendende til flere elementer af ovennævnte, og nogle vil mene, at nogle elementer af beskrivelsen er forældet, da kunstig intelligens allerede har haft indflydelse på nogle af områderne. Skulle kunstig intelligens, som vi kender det, eller som forskere forudser, at vi kommer til at bruge det, hjælpe lægen gennem dagligdagen, vil det se ud som følger: Gennem erfaring har vækkeuret lært, at du skal vækkes hver mandag kl. 7, så du behøver ikke at stille det. Husets kunstige intelligens har allerede tændt for varmen i køkkenet og i varmtvandsbeholderen lidt før 7, så der er klar til din morgenrutine. Imens du er i bad har din personlige robot sat kaffe over. Papiravisen er skiftet ud med en app, hvor alle de artikler, som interesserer dig popper op. Du sætter dig ud i en forvarmet bil, som med din kommando 'kør mig på arbejde' selv kører dig på arbejde, mens du læser lidt mere i nyhedsappen, og bilen spiller dine mest muntre yndlingssange. Bilen registrerer lynhurtigt, hvor der er en ledig parkeringsplads og ønsker dig denne dag en særlig god dag, da bilen gennem dit ur har modtaget besked om, at du virker lidt trist. Du tager stikprøver på nogle få af de røntgenbilleder, som hospitalets AI-maskine har vurderet og konstaterer, at maskinen efter din bedste overbevisning har gjort sit arbejde godt. Du tilser de 6 nye patienter, hvor en kunstig intelligensmaskine allerede har givet sit bud på diagnose og behandling. De 4 af dem skriver du op allerede til operation samme aften på operationsstuen drevet af kunstig intelligens, da der er tale om rutineoperationer. De 3 langtidspatienter kommunikerer du med i deres eget hjem via monitorering af deres tilstand samt e-kommunikation. Du opererer selv 5 patienter med hjælp fra en robot i løbet af dagen og får desuden lidt tid til at læse 2 nye faglige artikler, som er foreslået til dig på din faglige nyhedsapp. Da du skal hjem, er du træt, og tilkalder bilen, som henter dig ved hospitalets hovedindgang. Bilen er let opvarmet og spiller de lidt mere rolige af dine yndlingssange. Du lukker øjnene og vækkes i indkørslen af bilens blide stemme, som ønsker dig en god aften. Dit hus er let opvarmet, da husets kunstig intelligenssystem for længst har erfaret, at du er på vej hjem. Kort tid efter får du besked på mobilen om, at dine indkøb er på vej og 5 minutter efter lander en drone med dine indkøb på det lille drone-plateau foran din dør. Din personlige robot får hurtigt snittet og hakket grøntsagerne og du nyder aftensmaden, mens du opdaterer dig på de sociale medier og din nyhedsapp. En times tid efter aftensmaden giver dit ur dig besked på, at du mangler at lave dine knæøvelser, som du er blevet ordineret, da du fornylig selv blev opereret i knæet. Øvelserne er foreslået af hospitalets genoptræningssystem, som har indbygget kunstig intelligens. Efter øvelserne sætter du dig i sofaen og tænder for fjernsynet. Fjernsynet foreslår udsendelser, som måske kan opmuntre dig lidt, da du jo har været lidt trist hele dagen. Således opmuntret, går du i seng. Huset låser og lukker og slukker for lyset og skruer ned for varmen. Alle maskiner lader op. Kun dit ur på håndleddet fortsætter med sit arbejde med at registrere parametre (adfærd og fysiologi) forbundet med din helbredsmæssige tilstand såvel fysisk som psykisk.

Nogle af de beskrevne elementer i dette sidste scenarie er ikke realiseret endnu, og nogle har eksisteret længe,² men for forskere inden for kunstig intelligens er scenariet på ingen måde urealistisk – heller ikke i en nær fremtid. Scenariet viser noget af det, kunstig intelligens kan bruges til. Den kropsliggjorte kunstige intelligens i form af robotter og selvkørende biler kan udføre opgaver for brugeren, som kan aflaste brugeren, effektivisere brugerens tid, og eventuelt udføre opgaverne med mere præcision (altså bedre), end brugeren selv kan. Den selvkørende bil fjerner den menneskelige fejlkilde, som er skyld i langt de fleste færdselsulykker og operationsrobotten ryster ikke på hånden eller påvirkes af lægens psykiske tilstand. Gennem kunstig intelligens "cloud-computing" – hvor brugerens teknologi snakker sammen og/eller hvor den kunstige intelligens baseres på selvlæring – læres brugerens mønstre og adfærd at kende og kan derved optimere energiforbrug, øge oplevet behovsopfyldelse gennem målrettet informations- og underholdningslevering samt 'nudge' brugeren til et sundere liv psykisk og fysisk. Desuden kan kunstig intelligens hjælpe brugeren i sit arbejde ved at kunne effektivisere og optimere arbejdsgange og beslutningsgrundlag.

Uafhængig af, om det sidste scenarie er ønskeligt eller ej, er scenariet opstillet for at få en forståelse af, at kunstig intelligens giver en række udfordringer. En jurist vil spørge, hvem der er ansvarlig, hvis noget går galt, og der voldes skade i form af enten fysisk skade, mental skade forstået som manipulering og krænkelse af retssikkerheden eller finansiel skade.^{3,4} En jurist, der selv benytter kunstig intelligens i sin sagsforberedelse vil også være interesseret i at vide, hvornår han/hun bliver ansvarlig for et fejlagtigt output af den kunstige intelligens?⁵ En jurist vil også interessere sig for sikkerheden af de enorme mængder af data, som den kunstige intelligens i scenariet er baseret på og vil måske også udfordre brugerens mulighed for at påvirke de bagvedliggende algoritmer, som danner baggrund for de valg, som træffes på brugerens vegne. En samfundsforsker vil udfordre hensigtsmæssigheden af den potentielle overvågning og vil være bekymret for den magt, som aktørerne bag den konkrete kunstige intelligens kan have – herunder risikoen for misbrug. Og sådan vil de fleste faggrupper udfordre scenariet fra deres perspektiv. Selv de, der har tjent allerflest penge på kunstig intelligens, har bekymringer vedrørende

2 Vayena, Effy, og Tasioulas, John, *The dynamics of big data and human rights: the case of scientific research*, *Philosophical Transactions A*, 2016, 374, 20160129.

3 Se for eksempel diskussion (og afvisning) af begrebet 'e-person' i blandt andre Blume, Peter, *Robotten, maskinen og retten*, i *Ret Smart – Om smart teknologi og regulering*, Rønne, Anita og Stevnsborg, Henrik (red.), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 77 ff.

4 Særligt vedrørende sagsbehandling og advokatvirksomhed har der været diskussioner om udpegning af ansvarssubjektet, når den kunstige intelligens overtager dele af sagsbehandlingen/sagsforberedelsen, se f.eks. Ellegaard, Niels Kristian, *Robots entering the legal profession*, Hans Reitzels Forlag, 2019, s. 148.

5 Ellegaard, Niels Kristian, *Robots entering the legal profession*, Hans Reitzels Forlag, 2019, s. 148. Se også for diskussion af fundamentale spørgsmål vedrørende juridisk argumentation og juridisk metode i forbindelse med kunstig intelligens inden for rettens område, Blume, Peter, *Kunstig intelligens og juridisk metode*, U1992B.193B.

dens udvikling.⁶ Udfordringerne ved kunstig intelligens har dog indtil videre tilsyneladende ikke givet anledning til opbremsning af den teknologiske udvikling. Flere opfatter det som en mistet chance for udvikling, hvis man ikke griber de muligheder, som teknologien giver.⁷ Nogle taler sågar om *ansvar* for 'misted opportunities' i samme sætning som ansvar for uforudsete eller uønskkelige konsekvenser af kunstig intelligens.⁸ Der er dog enighed om at minimere mulige risici samtidig med, at man høster goderne, hvor goderne er beskrevet som forbedring af økonomisk og social velfærd.⁹

2. Hvad er kunstig intelligens?

Jurister behøver ikke at forstå hver tekniske detalje i kunstig intelligens for at forstå de udfordringer, som den giver. Simpelt og lidt populært sagt, er det, der kendetegner kunstig intelligens, at den er i stand til at producere et output baseret på processer, som den har lært gennem bearbejdning af store mængder af data. Denne læring kan ske ved brug af forskellige teknikker så som maskinlæring og dannelse af neurale netværk. På grund af den ofte komplicerede læring gennem de nævnte teknikker, tillægges kunstig intelligens en evne til at producere output autonomt – altså selv træffe beslutninger. Hertil kommer, at kunstig intelligens ofte er designet til fortsat at lære af de data, den bliver sat til at behandle, hvorved den konstant tilpasser og eventuelt forbedrer sine output. Det klassiske eksempel på selv-læring var Twitters virtuelle repræsentation af en pige ved navn Tay på 19 år, som efter 16 timer udviklede et groft racistisk og diskriminerende sprogbrug ved at opfange og behandle sprogbrugen på Twitter.¹⁰

Den mest avancerede udgave af kunstig intelligens indeholder elementer af selv-læring/neurale netværk, som er svær eller endda umulig at forklare, da de netværk af sammenhænge, som computeren udvikler, bliver meget komplicerede (f.eks. når outputtet ikke kan forklares af de enkelte dele). Forskere taler om, at der skabes en 'black box', hvor man i nogen grad kan kontrollere/registerere inputtet, og man

6 Se citater fra Elon Musk og Bill Gates i Torresen, Jim, *A Review of Future and Ethical Perspectives of Robotics and AI*, *Frontiers in Robotics and AI* 4:75, 2018, s. 1.

7 Blandt andre Floridi, Luciano og Taddeo, Mariarosaria, *What is data ethics?* *Philosophical Transactions A*, 2016 374, 20160360.

8 Floridi, Luciano og Taddeo, Mariarosaria, *What is data ethics?* *Philosophical Transactions A*, 2016 374, 20160360.

9 Cath, Corinne, *Governing artificial intelligence: ethical, legal and technical opportunities and challenges*, *Philosophical Transactions A*, 376, 20180080.

10 Microsoft, som stod bag Tay, mente, at nogle ('trolls') bevidst havde påvirket den til at udvikle dette sprog. Svarre, Peter, *Hvad skal vi med mennesker?* Gyldendal, 2019, s. 129–132. Se også for flere eksempler samt forklaring på kunstig intelligens Yang et al, *The grand challenges of Science Robotics*, *Science Robotics* eaar7650, 2018.

kan se et output, men man er ikke i stand til at gennemskue processen, der fører til outputtet.¹¹ Dette er naturligvis et problem, hvis den kunstige intelligens bruges til at træffe beslutninger i sager om for eksempel prøveløsladelse og sociale sager, hvor netop begrundelsen både juridisk og menneskeligt er nødvendig og ønskelig, eller hvor advokaten anvender kunstig intelligens i sin sagsforberedelse.¹²

En alment accepteret definition på kunstig intelligens er: "... resource of interactive, autonomous, and often self-learning agency (in the machine learning sense) ... that can deal with tasks that would otherwise require human intelligence and intervention to be performed successfully".¹³ EU's ekspertgruppe har defineret kunstig intelligens ud fra, hvordan den virker og hvilken kapacitet, den har:

"AI-systemer er softwaresystemer (og evt. også hardware-systemer), der er designet af mennesker, som ud fra et komplekst mål fungerer i den fysiske eller digitale dimension, hvor de opfatter deres miljø ved at indhente data, fortolker de indsamlede strukturerede eller ustrukturerede data, ræsonnerer ud fra forholdene eller behandler de oplysninger, der er udledt af disse data, og vælger den handling, der er bedst kan opfylde det angivne mål. AI-systemer kan enten bruge symbolske regler eller lære en numerisk model, og de kan tilpasse deres adfærd ved at analysere, hvordan miljøet blev påvirket af deres tidligere handlinger..."¹⁴

Udviklingen af et kunstig intelligenssystem baseres på store mængder af data. Disse data kan enten gives som åbne data, hvor computeren selv sættes til at lære sammenhænge, eller kan gives som data, hvor løsningen er givet, men hvor computeren skal bruge de mange eksempler på at lære at se sammenhænge. Værdien af en udviklet kunstig intelligens afhænger af, hvor stor en grad af sandsynlighed for korrekt/brugbar output, den giver. I eksemplet vedrørende lægen havde husets kunstige intelligenssystem gennem et stykke tid registreret mandagsrutinen og er dermed i stand til at iværksætte diverse aktiviteter uden menneskelig indblanding. Røntgencomputeren indeholdende kunstig intelligens har gennem læsning af adskillige røntgenbilleder udviklet en høj grad af billedgenkendelse og lægens musik og nyhedspræferencer er for længst blevet opfanget af mobiltelefonens musik-app.

11 Perel, Maayan og Elkin-Koren, Niva, *Black box tinkering: Beyond disclosure in algorithmic enforcement*, Florida Law Review 69, 2017, s. 181–221.

12 Se for en grundig diskussion af kunstig intelligens og juridiske afgørelser, Davis, Joshua P., *Law without mind: AI, Ethics, and Jurisprudence*, California Western Law Review 55, nr. 1, s. 165–220.

13 Floridi, Luciano and Cows, Josh, *Unified Framework of Five Principles for AI in Society*, Harvard Data Science Review issue 1, 2019.

14 *En definition af kunstig intelligens: Primære kapaciteter og videnskabelige områder*, Den uafhængige ekspertgruppe på højt niveau om kunstig intelligens, etableret af Europa-Kommissionen i juni 2018, april 2019.

Ved hjælp af data om sammenhæng mellem adfærd, sundhed og psykisk tilstand, sammenkoblet med data om lægens adfærd og humør har kunstig intelligens i lægens ur udviklet 'evne' til at vurdere lægens humør og kan gennem interaktion med lægens øvrige IT-enheder iværksætte tiltag til påvirkning af dette humør. Når den kunstige intelligens er udviklet og skal virke, opfanger den data i en konkret situation og generer derefter et output på baggrund af denne data. Den selvkørende bil og lægens ur opfanger de fænomener, der genkendes i den kunstige intelligens og laver derefter et output, som kan føre til en handling – evt. en kommando – om hhv. eventuelt at bremse bilen eller via mobilen give besked om lægens manglende genoptræning.

Som det ses af ovennævnte, afhænger udviklingen og anvendelse af kunstig intelligens af data. Outputtet er også data i form af information genereret af den kunstige intelligens. Denne information kan sige noget om et røntgenbillede, men den kan også være relateret til konkrete menneskers adfærd, humør og præferencer. Er den kunstige intelligens avanceret nok, kan input i form af anonymiseret data endda blive til information i form af en re-identificering af en person.

3. Rammen for kunstig intelligens

Rammen for kunstig intelligens består af etik, lovgivning og teknologi. Man kan opfatte etikken som noget grundlæggende (normer) og etiske principper som det første skridt hen mod etisk styring ('ethical governance').¹⁵ Etiske principper mødes undertiden med kritik af, at de ikke er udformet som lovgivning.¹⁶ Der er klare fordele ved lovgivning såsom klare mål og midler, sanktioner og kontrol, énsretning og demokratisk legitimitet. Disse fordele kan dog også være årsag til nogle af de begrænsninger, som lovgivning har, og som gør alternative værktøjer relevante i visse sammenhænge. Lovgivning kan være mere kompleks og tidskrævende at udforme og få vedtaget og implementeret, og den kan også opfattes som rigid og innovationsdæmpende. Kunstig intelligens kendetegnes ved at udvikle sig hurtigt, både hvad angår teknologien bag og anvendeligheden. Dele af lovgivningen kan have svært ved at følge med. De aktører, der udvikler og anvender kunstig intelligens må i nogen grad selv navigere inden for eget etisk kompas.¹⁷ Skabes ingen formelle rammer, er scenariet for eksempel, at det er en 27-årige amerikansk programmør, som fodrer

15 Winfield, Alan F. T., og Jirotko, Marina, *Ethical governance is essential to building trust in robotics and artificial intelligence systems*, Philosophical Transactions A, 376, 20180085.

16 Wagner, Ben, Ethics as an escape from regulation. From 'ethics-washing' to ethics-shopping? i Bayamlioglu, Emre et. al., *Gogitas ergo sum: 10 years of profiling the European Citizen*, 2018 (Amsterdam University Press).

17 Nogle virksomheder formulerer egne etiske principper jf. Cath, Corinne, *Governing artificial intelligence: ethical, legal and technical opportunities and challenges*, Philosophical Transactions A, 376, 20180080.

algoritmer¹⁸ med egne valg i en lang række etisk problematiske dilemmaer.¹⁹ Det er her, at udtrykte etiske principper (inkl. krav og evalueringslister) kan guide det etiske kompas hos dem, der skal udvikle og anvende den kunstige intelligens. Ud over ønsket om et 'gøre det rigtige', kan motivationen for en virksomhed til at følge de etiske principper ligge i et ønske om at tiltrække og fastholde brugere (markeds-hensyn). Hvor de meget store spillere på markedet reelt ikke kæmper med andre om brugerne (såsom Facebook), og brugerne derfor forbliver kunder (næsten lige meget hvad), kan motivationen i stedet ligge i at gøre sig attraktiv for investorer, som har alternative investeringsmuligheder.²⁰

Ud over det overordnede spørgsmål om, hvad vi egentlig vil overlade til kunstig intelligens at hjælpe os med, er der særligt to etiske udfordringer ved AI. Dels er der som nævnt privacy-området, som er relateret til data. Hvilke data må indsamles? Hvordan må de behandles og hvad må outputtet bruges til? Hvad er god dataetik²¹? Bør data være et offentligt gode, når det kan bruges til at forbedre menneskers sundhed og velfærd? Hvordan skal balancen være mellem privacy og security? Dels er det en etisk udfordring, når kendte etiske dilemmaer, som ingen har entydig løsning på, skal programmeres ind i robotter med indbygget kunstig intelligens såsom selvkørende biler ('etik på kode')²². Skal biler lære at styre uden om de mange børn ude på vejen, selvom det ofrer en bedstemor på fortovet? Ved valget mellem at køre cyklisten med cykelhjeml ned eller cyklisten uden cykelhjeml – hvem skal bilen udvikle præferencer for at ramme? Skal bilen altid destruere sig selv og dermed dens bruger som bedste løsning i en uheldssituation med flere valgmuligheder? Når mennesket sættes i disse dilemmaer med et splitsekund til at reagere, styres reaktionen ikke nødvendigvis af en rationel tilgang til dilemmaerne, og juridisk accepterer vi langt hen ad vejen de panikreaktioner, som følger af en presset situation. Forskere forudser, at selvkørende biler kan nå at genkende dilemmaerne i situationen og handle efter, hvad de har lært. Men hvad er det, vi skal lære dem eller de skal lære sig selv? Hvis den kunstige intelligens lærer, at den gerne må slå én ihjel for at redde de mange, så har vi givet os selv en etisk afgrænsningsopgave over for manden, der slår familiens barnepige ihjel for at redde sine trillinger, som alle mangler livsnødvendige organer. Hvis bilen lærer at køre den person ned, som statistisk set vil komme mindst til skade (ham med cykelhjeml),

18 Læs mere om, hvordan etik implementeres i den kunstige intelligens (by design, programmering, øveprogrammer osv.) i Torresen, Jim, *A review of Future and Ethical Perspectives of Robotics and AI*, *Frontiers in Robotics and AI* 4:75, 2018 s. 5.

19 Se blandt andre for tilbagevendende brug af dette scenarie Svarre, Peter, *Hvad skal vi med mennesker?* Gyldendal, 2019.

20 Svarre, Peter, *Hvad skal vi med mennesker?* Gyldendal, 2019 s. 110 ff.

21 Begrebet anvendes blandt andre af Floridi, Luciano og Taddeo, Mariarosaria, *What is data ethics?* *Philosophical Transactions A*, 2016 374, 20160360.

22 Svarre, Peter, *Hvad skal vi med mennesker?* Gyldendal, 2019 s. 116.

så straffer vi dem, der kører med cykelhjelme og fremmer således ikke brugen af cykelhjelme. Hvis biler lærer at slå sin bruger ihjel først, vil incitamentet til at købe denne bil (og producere den) bortfalde.

Etiske principper kan diskuteres og er heller ikke nødvendigvis éns i hele verden. Nogle forskere har stillet spørgsmålstejn ved indholdet specifikt af det grundlæggende udfordrede princip om privacy, da de anser det som et uopnåeligt mål i det moderne samfund.^{23,24} Hvordan skal vi regulere databeskyttelse i den moderne verden, hvor data er en realitet med og uden samtykke, og er det overhovedet realistisk at håndhæve persondatarelige regler?²⁵ Og sikrer reglerne reelt privacy? Er der behov for at tilpasse værdierne (og dermed principperne) til det moderne samfund og acceptere fænomener som 'big data'? Og så i stedet bruge ressourcerne på at definere, hvordan vores 'big data'-samfund skal se ud.²⁶

Vedrørende ansvarssubjektet i relation til kunstig intelligens har EU igangsat et arbejde omkring den nugældende lovgivning primært inden for produktansvar,²⁷ da man mener, at man kan komme langt ved at modernisere denne lovgivning (f.eks. redefinere begreber og anvendelsesområde).²⁸ Særligt det store aktørantal involveret i kunstig intelligensbaserede produkter (dataindsamlere, databehandlere, programmører, designere osv.) og samspillet mellem dem i kombinationen med den kunstige intelligens' kapacitet og autonome egenskab kan være en udfordring for ansvarsplaceringen. Ved kunstig intelligens er der ofte en række komponenter leveret af forskellige aktører. Disse enkeltdele indgår sammen i netværk og skaber et output. Hvem skal være ansvarlig, når outputtet volder skade?²⁹ Det kan være vanskeligt/umuligt for en enkelt aktør at forudse en skade på baggrund af aktørens enkelte del, som i sig selv måske heller ikke kan anses for problematisk.³⁰

23 Mulligan, DK, Koopman, C, Doty, N, *Privacy is an essentially contested concept: a multi-dimensional analytic for mapping privacy*, Philosophical Transactions A, 374, 20160118.

24 Vayena, Effy, og Tasioulas, John, *The dynamics of big data and human rights: the case of scientific research*, Philosophical Transactions A, 2016, 374, 20160129.

25 Se diskussion af sidstnævnte i Blume, Peter, *Databeskyttelse i den smarte verden*, i *Ret Smart – Om smart teknologi og regulering*, Rønne, Anita og Stevnsborg, Henrik (red.), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 47.

26 Vayena, Effy, og Tasioulas, John, *The dynamics of big data and human rights: the case of scientific research*, Philosophical Transactions A, 2016, 374, 20160129.

27 Rådets direktiv 85/374/EØF af 25. juli 1985 om tilnærmelse af medlemsstaternes administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser om produktansvar.

28 Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske Og Sociale Udvalg og Regionsudvalget, Kunstig Intelligens for Europa, COM(2018) 237 final.

29 Allerede i 2005 blev denne kompleksitet behandlet vedrørende det daværende digitale udviklingstrin, se Bryde Andersen, Mads, *IT-retten*, 2005, s. 761 ff. Se også Blume, Peter, *Eksperterystemer*, U1987B.65.

30 Leonelli, Sabina, *Locating ethics in data science: responsibility and accountability in global and distributed knowledge production systems*, Philosophical Transactions A, 374, 20160122.

4. Ekspertgruppens 7 krav

Ekspertgruppen på Højt Niveau om Kunstig Intelligens ('Ekspertgruppen')³¹ blev nedsat af Kommissionen i juni 2018 og udarbejdede et første udkast til etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens i december 2018 og offentliggjorde en revideret udgave i april 2019.³² Gruppen fastslår, at tre komponenter er nødvendige for at opnå pålidelig kunstig intelligens: 1) Kunstig intelligens skal være i overensstemmelse med loven, 2) Kunstig intelligens skal opfylde etiske principper og 3) Kunstig intelligens skal være teknologisk robust/stabilt, hvilket indebærer både et teknisk og socialt perspektiv. Ekspertgruppen fremsætter 7 krav, som sætter rammen for de to sidste komponenter og er ifølge ekspertgruppen en realisering af fire grundlæggende etiske principper:

- Respekt for menneskers autonomi
- Forebyggelse af skade
- Retfærdighed
- Forklarlighed

Ekspertgruppen har udledt disse fire principper af EU-traktaterne, EU's charter om grundlæggende rettigheder (EU-chartret) og relevant international menneskerettighedslovgivning. "Overholdelse af grundlæggende rettigheder inden for en ramme af demokrati og retsstatsprincippet er et af de mest lovende grundlag for at identificere abstrakte etiske principper og værdier, som kan operationaliseres i forbindelse med kunstig intelligens."³³ Arbejdet med omdannelsen af de fire etiske principper til syv krav bygger på arbejdet i Den Europæiske Gruppe vedrørende Etik inden for Naturvidenskab og Ny Teknologi og er inspireret af andre lignende projekter. Der synes at være et stort overlap til flere sæt af etiske principper^{34,35}. Ekspertgruppen anerkender i øvrigt, at der er tale om et globalt fænomen (ikke blot europæisk) og opfordrer til, at alle bestræber sig på pålidelig kunstig intelligens.³⁶

31 Gruppen består af 52 personer, som repræsenterer academia, det civile samfund og industrien, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence>

32 Det første udkast blev sendt i offentlig høring og det nuværende dokument er revideret på baggrund af den feedback, som mere end 500 bidragsydere leverede. *Etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens*, Ekspertgruppen på Højt Niveau om Kunstig Intelligens, april 2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

33 *Etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens*, Ekspertgruppen på Højt Niveau om Kunstig Intelligens, april 2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, punkt 37.

34 Floridi, Luciano et. al., *AI4People – An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations*, Minds and Machine, 2018 s. 689–707.

35 Se også Torresen, Jim, *A review of Future and Ethical Perspectives of Robotics and AI*, Frontiers in Robotics and AI 4:75, 2018.

36 *Etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens*, Ekspertgruppen på Højt Niveau om Kunstig Intelligens, april 2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, punkt 18.

De 7 krav er suppleret af en række tekniske og ikke-tekniske forslag til, hvordan man kan sikre pålidelig intelligens. De 7 krav operationaliseres ved en evalueringsliste udarbejdet af ekspertgruppen. Listen indeholder en lang række konkrete spørgsmål ofte indledt med: Har du overvejet? Har du indført? Har du vurderet? Har du etableret? Listen skal fungere som en tjekliste, så en virksomhed, der anvender kunstig intelligens ved at tjekke listens punkter af, sikrer sig en stor grad af sandsynlighed for, at den efterlever de 7 krav. Tjeklisten vil ikke være genstand for yderligere omtale i dette bidrag.

Ekspertgruppen udtrykker flere gange anerkendelse af et proportionalitetsprincip. Som følge af kunstig intelligenssystemers kontekstspecifikke karakter anerkendes det, at implementeringen af kravene skal tilpasses den konkrete anvendelse af kunstig intelligens. Der er således forskel på kravene til for eksempel dokumentation, procedurer og tests for musiktjenester og for medicintjenester. Ekspertgruppen lægger desuden op til, at det kan være nødvendigt med en yderligere sektorspecifik tilgang, der kan supplere den mere generelle horisontale ramme, der er udgangspunktet for ekspertgruppens forslag.³⁷

Ekspertgruppens principper og krav er ikke bindende, og der er da heller ingen sanktioner knyttet til de 7 krav.³⁸ Dokumentet er desuden ikke ment som et normsættende instrument til at udfylde gældende lovgivning eller huller i denne lovgivning. Evalueringslisten testes frem til 2020 på frivillige aktører, og herefter må det formodes, at det vurderes, hvilken status dokumentet skal have.

De 7 krav har overskrifterne:

1. Menneskelig udførelse og kontrol
2. Teknisk robusthed og sikkerhed
3. Overholdelse af privatlivets fred og datastyring
4. Gennemsigtighed
5. Diversitet, Ikkediskrimination og retfærdighed
6. Samfunds- og miljømæssig adfærd
7. Ansvarlighed

1. MENNESKELIG UDFØRELSE OG KONTROL

Udgangspunktet for dette krav er, at kunstig intelligens bør støtte menneskers autonomi og beslutningstagen ved hjælp af systemer, som fremmer et demokratisk,

³⁷ *Etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens*, Ekspertgruppen på Højt Niveau om Kunstig Intelligens, april 2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, punkt 20.

³⁸ De manglende sanktioner er kritiseret i Wagner, Ben, *Ethics as an escape from regulation. From 'ethics-washing' to ethics-shopping?* i Bayamlioglu, Emre et. al., *Gogitas ergo sum: 10 years of profiling the European Citizen*, 2018 (Amsterdam University Press).

livfuldt og retfærdigt samfund. Systemerne skal således støtte brugernes handlinger, fremme grundlæggende rettigheder og tillade menneskelig kontrol.

Udgangspunktet for kravet om menneskelig udførelse er, at kunstig intelligens skal ”hjælpe personer med at træffe bedre og mere informerede valg i overensstemmelse med deres mål.”³⁹ Ekspertgruppen anerkender risikoen for, at kunstig intelligens kan misbruges til at forme og påvirke menneskelig adfærd gennem manipulation m.m., som kan true den enkeltes autonomi. For at imødegå denne risiko og støtte brugernes handlinger skal brugerne gives viden og værktøjer til at forstå og interagere med systemerne i ”en tilfredsstillende grad”, hvilket også indebærer, at brugerne i rimeligt omfang bliver i stand til selv at vurdere og udfordre systemet. Desuden skal brugerautonomi være en central del af funktionaliteten.

Ekspertgruppen anerkender, at kunstig intelligens både kan støtte og hindre grundlæggende rettigheder. Hvor der er potentiale for, at grundlæggende rettigheder bliver udfordret, opfordrer ekspertgruppen til, at der forud for systemets udvikling foretages en konsekvensanalyse inklusiv en evaluering af, hvorvidt disse risici kan nedbringes eller begrundes.

”Menneskelig kontrol hjælper med at sikre, at et AI-system ikke undergraver menneskers autonomi eller har andre negative virkninger... Jo mindre kontrol, et menneske kan udøve over et AI-system, jo mere omfattende test og strengere styring kræves der – alt andet lige.”⁴⁰ Ekspertgruppen præsenterer under dette punkt tre niveauer af menneskelig kontrol: ’Human-in-the-loop’ (mennesker kan gribe ind i alle systemets beslutningscyklusser), ’human-on-the-loop’ (mennesker kan gribe ind i designcyklus og overvåge systemets drift) og ’human-in-command’ (mennesker kan kontrollere systemets overordnede aktivitet og afgøre, hvorvidt og hvordan systemet skal bruges i en bestemt situation). Valget af niveau af kontrol dikteres ikke af ekspertgruppen, men det forekommer at ligge implicit, at det afhænger af systemet, og hvad systemet skal bruges til. Det nævnes dog, at det skal sikres, at ”offentlige myndigheder har mulighed for at udøve kontrol i overensstemmelse med deres beføjelser.”⁴¹ Disse beføjelser vil da i disse tilfælde diktere graden af menneskelig kontrol med systemet.

39 *Etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens*, Ekspertgruppen på Højt Niveau om Kunstig Intelligens, april 2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, punkt 64.

40 *Etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens*, Ekspertgruppen på Højt Niveau om Kunstig Intelligens, april 2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, punkt 65.

41 *Etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens*, Ekspertgruppen på Højt Niveau om Kunstig Intelligens, april 2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, punkt 65.

2. TEKNISK ROBUSTHED OG SIKKERHED

Dette krav bygger på en frygt for, at den kunstige intelligens enten på grund af fejl i systemet eller på grund af udnyttelse af uvedkommende (hackere) volder skade på levende væsener eller miljøet og krænker menneskers fysiske og mentale integritet. Ekspertgruppen ønsker, at der anlægges en forebyggende tilgang til risici, så ”uforsætlige og uventede skader minimeres, og uacceptable skader forhindres.”⁴² Desuden bør der etableres en fallback-plan i tilfælde af problemer, ligesom procedurer til afklaring og vurdering af potentielle risici bør indføres. Hertil kommer, at systemet bør kunne angive sandsynligheden for fejl og desuden hvile på en udtrykkelig og velplanlagt udviklings- og evalueringsprocedure, som blandt andet kan korrigere utilsigtede risici forbundet med unøjagtigheder. Ekspertgruppen kræver også, at et output fra brugen af kunstig intelligens skal være reproducerbart, så det leverer samme resultat ved den samme påvirkning. Pålideligheden skal også sikres, så det fungerer korrekt med forskellige input.

3. OVERHOLDELSE AF PRIVATLIVETS FRED OG DATASTYRING

Potentiel krænkelse af privatlivets fred skal forebygges gennem datastyring og databehandling samt sikring af data af høj kvalitet og integritet. Datasæt, som har en bias, skal renses for dette, inden det bruges til oplæring af den kunstige intelligens. Når særligt et selvlærende system er aktivt, skal det sikres, at fejlagtigt (eller ondsindet) data ikke tilføres systemet, så det utilsigtet ændrer adfærd. Denne sikring skal ske gennem test og dokumentation af processerne på hvert trin – både for internt udviklede systemer og tilkøbte. Ekspertgruppen anerkender desuden, at kunstig intelligens på baggrund af data kan udlede enkeltpersoners præferencer, politisk overbevisning og religiøse tilhørsforhold, og gruppen kræver således, at det skal sikres, at systemet ikke udsætter brugerne for diskrimination. Slutteligt anbefaler ekspertgruppen, at der implementeres dataprotokoller til styring af hvem, der har adgang til data og hvornår.

4. GENNEMSIGTIGHED

Ekspertgruppen taler om gennemsigtighed både i relation til data, system og forretningsmodel. Gennemsigtigheden sikres gennem sporbarhed, forklarlighed og kommunikation. Således bør dataindsamling, datamærkning, de anvendte

⁴² *Etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens*, Ekspertgruppen på Højt Niveau om Kunstig Intelligens, april 2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, punkt 66.

algoritmer samt de beslutninger, som den kunstige intelligens træffer dokumenteres. Beslutningerne skal dokumenteres på en måde, som kan forstås og spores af mennesker. Særligt når en beslutning har væsentlig indvirkning på menneskers liv, skal beslutningsprocessen kunne forklares.⁴³ Ligeledes skal der foreligge en forklaring af formålet med den kunstige intelligens og designvalget og i tillæg her til, hvorvidt den kunstige intelligens påvirker en organisations beslutningsproces. Den kunstige intelligens skal give sig til kende og ikke foregive at være et menneske, og såfremt det er nødvendigt for overholdelse af grundlæggende rettigheder, har et menneske krav på at kunne vælge menneskelig interaktion. Ifølge ekspertgruppen skal brugeren desuden oplyses om systemets kapaciteter og begrænsninger (f.eks. nøjagtighed), som er relevant for anvendelsen.

5. DIVERSITET, IKKEDISKRIMINATION OG RETFÆRDIGHED

Ekspertgruppen stiller krav om, at inklusion og diversitet skal sikres gennem hele det kunstige intelligenssystem. ”Identificerbar og diskriminerende skævhed bør fjernes i indsamlingsfasen, hvis det er muligt.”⁴⁴ Da programmeringen af algoritmerne også kan indeholde skævheder, skal der indføres gennemsigtige kontrolprocesser, som kan danne grundlag for analyser og tilpasninger. Ekspertgruppen tilskynder i denne sammenhæng, at de ansatte repræsenterer diversitet gennem forskellige baggrunde, kulturer og fag. Det er ikke bare data og algoritmer, som ikke må føre til diskrimination. Særligt i forbrugerforhold skal det være muligt for alle at anvende den kunstige intelligens og den skal således tage hensyn til det bredest mulige spektrum af brugere – herunder handicappede. ”Dette skal sikre en lige adgang og aktiv deltagelse for alle personer...”⁴⁵ For at undgå diskrimination og sikre en bred anvendelighed mener ekspertgruppen, at interessenter, som direkte eller indirekte berøres af systemet, skal høres – evt. også efter udbredelsen af systemet.

6. SAMFUNDS- OG MILJØMÆSSIG ADFÆRD

Under dette krav ser ekspertgruppen ud over de umiddelbare aktører og interessenter og udvider interessentgruppen til det bredere samfund, andre følede væsener

43 Forskningsprojektet The Explainable Artificial Intelligence program of DARPA (Defence Advanced Research Project Agency) har netop til formål at definere ny teknologi til at forklare beslutningsprocesserne i AI systemer.

44 *Etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens*, Ekspertgruppen på Højt Niveau om Kunstig Intelligens, april 2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, punkt 80.

45 *Etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens*, Ekspertgruppen på Højt Niveau om Kunstig Intelligens, april 2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, punkt 81.

og miljøet. Gruppen tilskynder til bæredygtighed og økologisk ansvarlighed i de kunstige intelligenssystemer. ”Ideelt bør kunstig intelligens anvendes til fordel for alle mennesker, herunder fremtidige generationer.”⁴⁶ Ifølge ekspertgruppen har kunstig intelligens potentiale til at hjælpe med at imødegå nogle af de mest presserende samfundsbekymringer og dette skal ske så miljøvenligt som muligt. Gruppen foreslår, at der udføres en kritisk undersøgelse af ressourceanvendelsen og energiforbruget for den kunstige intelligens og at den mindst skadelige løsning vælges.

Da kunstig intelligens har indflydelse på menneskers sociale liv og kan ændre menneskers sociale adfærd og deres mentale og fysiske velfærd både i negativ og positiv retning, kræver ekspertgruppen, at denne type af kunstig intelligens nøje overvåges og vurderes. I forlængelse af dette breder ekspertgruppen desuden kravet om undersøgelser og vurderinger ud på kunstig intelligens’ potentielle samfundsmæssige virkninger på institutioner, demokratiet og samfundet som helhed. Her nævnes specifikt situationer, hvor den demokratiske proces er truet for eksempel i forbindelse med politiske beslutninger eller diverse valghandlinger.

7. ANSVARLIGHED

Ansvarlighed skal øjensynligt ikke forstås som det juridiske ansvar i denne sammenhæng. Ekspertgruppen nævner ansvarlighed udtrykt ved mulighed for revision, minimering og rapportering af negative virkninger, afvejninger og klageadgang. Ansvarlighed skal være til stede både ved brugen og udviklingen af den kunstige intelligens. Det skal være muligt at føre revision ved vurdering af algoritmer, data og designprocesser. Det skal være muligt at rapportere om manipulerede output eller potentielle negative virkninger og der skal være passende beskyttelse for whistleblowere, NGO’ere, fagforeninger og andre, når de rapporterer bekymringer over et kunstigt intelligenssystem.

Ekspertgruppen opfatter det ligeledes som ansvarligt, at udbyderen af den kunstige intelligens forholder sig til de spændinger, som kan opstå mellem ovennævnte krav, og som vil føre til afvejninger. Afvejningerne skal være begrundede og dokumenterede. Hvis det ikke er muligt at foretage en etisk forsvarlig afvejning, skal udbredelsen af den kunstige intelligens ikke finde sted i den foreliggende form.

Afslutningsvist angiver ekspertgruppen, at det bør sikres, at der er en passende klageadgang, hvis der forekommer urimelige negative virkninger af den kunstige intelligens – særligt med opmærksomhed på de sårbare personer eller grupper.

⁴⁶ *Etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens*, Ekspertgruppen på Højt Niveau om Kunstig Intelligens, april 2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, punkt 83.

5. Kommentarer til ekspertgruppens 7 krav

Formålet med de etiske principper, de 7 krav og evalueringslisten er at opbygge tillid hos brugerne og samfundet vedrørende brugen af kunstig intelligens. Det må ligge implicit, at det skal være en *fortjent* tillid og ikke blot en følt tillid, da kravene netop adresserer gennemsigtighed, kvalitet og ansvarlighed.

De 7 krav indeholder underkrav, som spænder fra krav om at leve op til overordnede målsætninger til krav om konkrete tiltag. Kravene retter sig primært mod de aktører, som udvikler den kunstige intelligens samt de aktører, der anvender den. Interessenterne (altså de, der har gavn af kravene) varierer fra den umiddelbare bruger til samfundet som helhed. Selv udtrykker ekspertgruppen, at de forskellige klasser af aktører varetager forskellige roller med hensyn til at sikre, at kravene opfyldes:

”a. Udviklere bør implementere og anvende kravene i deres design- og udviklingsprocesser.

b. Udbredere bør sikre, at de systemer, de anvender, og de produkter og tjenester, de tilbyder, opfylder kravene.

*c. Slutbrugere og det bredere samfund bør oplyses om disse krav og bør kunne kræve, at de opretholdes.*⁴⁷

Kravene kan deles op efter graden af detailstyring. En lang række af underkravene er udtrykt som krav til at sikre et bestemt formål uden dog at stille nærmere krav til, hvordan denne sikring skal foregå. Således skal den kunstige intelligens hjælpe brugeren med at træffe valg og den skal blandt andet sikre menneskers autonomi og privatlivets fred, sikre bæredygtighed og ansvarlighed samt mindske risici og beskytte mod misbrug. Krav af denne overordnede type er med til at sætte retningen, som man skal arbejde hen imod og har karakter af egentlige etiske principper. Af lidt mere konkret karakter er krav om, at aktørerne omkring kunstig intelligens skal vurdere, afveje, tage i betragtning, inddrage og undersøge diverse elementer. Denne form for krav har til formål at virke som opmærksomhedsskabende på disse konkrete elementer. Aktørerne skal således forpligtes på at behandle elementerne, men der stilles kun i få tilfælde krav om særlige aktioner på baggrund af resultatet af behandlingen. Lidt mere konkrete bliver kravene, som kan kategoriseres som informationskrav. Her findes dokumentationskrav og oplysningskrav. Begge

47 *Etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens*, Ekspertgruppen på Højt Niveau om Kunstig Intelligens, april 2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, punkt 57.

disse krav har til formål at øge gennemsigtighed. Kravet om dokumentation øger mulighed for revision og tilsyn og er primært rettet mod offentlige interessenter. Oplysningskravene er lavet for at give brugeren forståelse nok til at kunne anvende den kunstige intelligens samt varetage egne interesser ved anvendelsen. Mere konkrete krav findes i kravene om planer, procedurer og protokoller. Disse krav har både et styringsmæssigt formål og et kontrolformål. Der er tale om krav til redskaber, som kan afdække fejl og som kan sikre en gennemtænkt og styret kunstig intelligens. Sådanne krav har også en indbygget opmærksomhedsskabende mekanisme, som kan medføre en proaktiv indstilling til potentielle fejl og uhensigtsmæssigheder. Krav om konsekvensanalyser er en mere målrettet måde at kræve, at aktørerne forholder sig til den kunstige intelligens' konsekvenser på konkrete områder. I yderste konsekvens kan resultatet af en konsekvensanalyse føre til, at man ikke kan anvende det planlagte kunstige intelligenssystem, da de etiske og/eller samfundsmæssige omkostninger er for store. Her nævner ekspertgruppen selv, at krænkelse af de grundlæggende menneskeretlige hensyn kan føre til dette resultat. Konsekvensanalyser er således et stærkt redskab til at vurdere virkningen af kunstig intelligens, såfremt analyserne kan laves tilstrækkeligt præcise og bliver taget alvorligt. I samme kategori er krav om udførelse af tests. Tests har til formål at kontrollere, at den kunstige intelligens virker som forudsat – særligt løbende tests af selvlærende kunstig intelligens kan være aktuel. Den sidste type af krav, som ekspertgruppen angiver, er helt konkrete krav og forslag til handlinger. Hertil hører krav om at fjerne diskriminerende data, sikre klageadgang og forslag om at ansætte personale, som repræsenterer diversitet. Sådanne detaljerede krav (særligt de to første) har den virkning, at kravene ikke efterlader autonomi til aktørerne, og at kravene anses som så basale, vigtige eller/og operationelle, at de umiddelbart kan/skal efterkommes. Forslaget om personalesammensætningen forekommer måske lidt pudsigt i denne sammenhæng, men forslaget understreger ekspertgruppens budskab om, at dataetik, algoritmeetik og praksisetik skal undgå bias. En måde hvorpå man kan imødegå sådanne bias kan være at sikre, at de, der skal vurdere, programmere og udvikle kunstig intelligens ikke selv repræsenterer en sådan bias.

Kategoriseringen viser, at der er meget få egentlige forbud. Den anvendte teknik er kendetegnet ved, at der angives en retning i form af nogle (etiske) målsætninger. Der kræves herefter en høj grad af dokumentation i form af procesbeskrivelser, planer m.m. og systematiske vurderinger af, hvorvidt disse målsætninger nås.

Ovennævnte kategorisering afslører den store spredning af typer af virkemidler og niveauer, som de 7 krav og underkrav indeholder. Isoleret set forekommer kravene som en lidt rodet sammenblanding af overordnede etiske principper og meget detaljerede krav og en masse indimellem. De 7 krav virker dog som nævnt som bindeled mellem de fire overordnede principper og evalueringslisten, og som sådan har kravene den værdi, at de udmønter de fire principper i en række

underprincipper og supplerer med lidt mere konkrete krav, som tilsammen danner forståelsesrammen for evalueringslisten.

Ekspertgruppen understreger, at lovgivning såsom GDPR⁴⁸ naturligvis skal følges, men håndterer ikke selv for eksempel privacy-spørgsmålet ved at nedlægge forbud. I stedet erkender gruppen for eksempel, at den kunstige intelligens kan bruges til at omdanne anonymiseret data til information om en person, og gruppens krav er som følge af denne erkendelse, at denne information ikke må føre til diskrimination.⁴⁹ Ekspertgruppen fokuserer således kravene på *anvendelsen* af den kunstige intelligens og ikke på selve indsamlingen og behandlingen af data. Dette kan ses som en erkendelse af det vanskelige i at håndtere privacy i netop indsamlingen og behandlingen af data.

6. Afslutning

De to største konkrete farer for brugeren af kunstig intelligens er, 1) at den kan misbruges til ondt og 2) at den kan være af dårlig kvalitet/fejlagtig (data eller algoritmer er misvisende/fejlbæftede). Begge farer handler om risikoen for at volde skade på brugeren enten fysisk eller psykisk, eller om at give brugeren det forkerte beslutningsgrundlag. Hertil kommer naturligvis i større skala de samfundsmæssige konsekvenser af disse farer. Ekspertgruppens etiske principper, 7 krav og evalueringslisten forsøger at forebygge disse farer for derigennem at opnå pålidelig kunstig intelligens. Lægen fra eksemplet tidligere sikres således, at bilen ikke kører ind i ting, at den personlige robot ikke fejlagtigt tror, at lægen er en grøntsag, der skal snittes, at han ikke får at vide, at han skal løbe maraton på sit ny-opererede knæ, at diagnoserne for patienterne er korrekte (med en høj grad af sandsynlighed), at de opererede patienter bliver opereret i det rigtige led, at huset ikke opvarmes til 40 grader døgnet rundt, at han ikke bliver disponeret for potentielt skadeligt indhold (i forhold til hans mentale tilstand), at han ikke hører heavy metal, når han mere er til soft pop, at han ikke kører rundt i flere timer, fordi den kunstige intelligens ikke kan genkende en ledig p-plads osv. De nævnte eksempler på fejlagtig kunstig intelligens varierer naturligvis i graden af væsentlighed, og ligesom ekspertgruppen

48 EU har desuden blandt andet vedtaget Europa-Parlamentets og Rådets Forordning (EU) 2018/1807 af 14. november 2018 om en ramme for fri udveksling af andre data end personoplysninger i Den Europæiske Union og Europa-Parlamentets og Rådets Forordning (EU) 2019/881 af 17. april 2019 om ENISA (Den Europæiske Unions Agentur for Cybersikkerhed), om cybersikkerhedscertificering af informations- og kommunikationsteknologi og om ophævelse af forordning (EU) nr. 526/2013 (forordningen om cybersikkerhed) samt stillet forslag til Europa-Parlamentets og Rådets Forordning om respekt for privatliv og beskyttelse af personoplysninger i forbindelse med elektroniske kommunikation og om ophævelse af direktiv 2002/58/EF (forordning om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation)

49 *Etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens*, Ekspertgruppen på Højt Niveau om Kunstig Intelligens, april 2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, punkt 72.

lægger op til proportionalitetsafvejninger i deres krav, skal der også foretages en balanceafvejning af de fordele, som kunstig intelligens giver mod risiciene. Ikke al denne 'beskyttelse' er udelukkende positiv. Særligt den kunstige intelligens, der udleder brugerens præferencer (f.eks. nyhedsfeeds) er ikke uproblematisk set ud fra et demokratisk og dannelsestypisk synspunkt, hvor retten til at blive overrasket (hvis en sådan findes) og dermed muligheden for at udvikle sine synspunkter er udfordret?⁵⁰ Ligeledes har fænomenet 'nudging' eksisteret altid i diverse fællesskaber (familien, samfundet, religioner, foreninger m.m.), hvor vi påvirker hinanden bevidst og ubevidst, men kunstig intelligens har gjort det muligt at 'nudge' i den helt store skala. Og med den kunstige intelligens som del af næsten alle aspekter af vores liv, er et spørgsmål naturligvis også, hvorvidt teknologien skal tilpasses os, eller vi skal tilpasse os den.⁵¹ Digitaliseringsklar lovgivning (lovgivning, der kan administreres digitalt) er således allerede et kendt fænomen.⁵²

For at imødegå ovennævnte farer er der brug for en etisk ramme såvel som en lovgivningsmæssig ramme. Ekspertgruppens etiske principper og de 7 krav suppleret af en evalueringsliste er et bud på en sådan etisk ramme. Denne 'tick-box' øvelse kan være en vej mod det optimale mål, der må være, at etik er en integreret dimension af aktørernes aktivitet.⁵³ Etiske principper og krav, som de er udtrykt af ekspertgruppen, er ikke egnet til og foregiver heller ikke at give vejledning og/eller svar på alle udfordringer med kunstig intelligens. Kravene er som nævnt primært forebyggende og supplerer EU's regler for håndtering og brug af data. Sådanne forebyggende tiltag fordrer dog som minimum et samspil med regulering, der håndterer ansvarsplaceringen, når den kunstige intelligens volder skade. Hvorvidt gældende ansvarsplaceringer er tilstrækkelige, eller der kræves særskilt lovgivning på området, er til dels noget, EU undersøger, men bør også være genstand for videre undersøgelse i den enkelte medlemsstat.

50 Reviglio, Urbano, *Serendipity as an emerging design principle of the infosphere: challenges and opportunities*, Ethics and Information Technology (2019) vol. 21, s. 151–166

51 Blume, Peter, *Robotten, maskinen og retten*, i *Ret Smart – Om smart teknologi og regulering*, Rønne, Anita og Stevnsborg, Henrik (red.), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 93.

52 https://digst.dk/media/16953/vejledning_om_digitaliseringsklar_lovgivning_maj_2018_tg.pdf

53 Leonelli, Sabina, *Locating ethics in data science: responsibility and accountability in global and distributed knowledge production systems*, Philosophical Transactions A, 374, 20160122.



Professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen, Københavns Universitet

Professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen, Københavns Universitet

Er nordisk formueret internationalt konkurrencedygtig?

1. Problemstillingen

At anskue et retssystem som mere eller mindre ”konkurrencedygtigt”, som gjort i overskriften ovenfor, er på mange måder utraditionelt. Et retssystem er jo ikke en vare, der omsættes på et marked med købere og sælgere. Retssystemet er en del af et samfunds infrastruktur, der som sådant står til rådighed for dets aktører.

Alligevel giver det mening at drøfte spørgsmålet. Til- eller fravalg af retssystemer sker nemlig dagligt gennem *lovvalgsklausuler* i aftaler mellem parter fra forskellige jurisdiktioner. Sådanne spørgsmål forhandles ofte parallelt med drøftelserne om, hvilket *forum* der skal kunne påkende retlige uoverensstemmelser. Men hvor valget af forum ofte løses ved, at man aftaler voldgift hos en voldgiftsinstitution i et tredjeland, er det vanskeligere at løse lovvalgsspørgsmålet tilsvarende enkelt. Typisk kender de forhandlende parter jo kun deres eget retssystem. I kraft af studiebesøg eller praktisk arbejde vil deres juridiske rådgivere måske være fortrolige med enkelte andre større jurisdiktioner. Men et valg af andre tredjelands vil ofte foregå i delvis blinde, fordi det må støttes på usikre formodninger.

I visse tilfælde klarer koncipisterne sig ud over denne problemstilling ved at knytte lovvalget til regelsæt, som ikke er gældende i noget bestemt land, f.eks. almindelige principper om *lex mercatoria* eller de nedfældede gengivelser af sådanne principper, som vi f.eks. kender det i form af *Draft Common Frame of Reference*, *Principles of European Contract Law* eller *Unidroit Principles*. Adgangen til at gøre det kan være begrænset efter regler i det enkelte land.¹ Nogle lande, f.eks.

¹ Som anført i min bog *Praktisk aftaleret*, 5. udg. 2019 s. 469, er det omdiskuteret, om erhvervsdrivende parter kan foretage lovvalg med henvisning til et sådant regelsæt. *Jan Ramberg*: International commercial transactions, fourth edition. ICC, Kluwer Law International, Norstedts Juridik, Stockholm 2011 s. 20 ff., antager, at Unidroit-reglerne er ”sufficiently comprehensive to be regarded as an alternative to the choice of a particular law” (s. 21). Se tilsvarende positivt fremstillingen hos *Werlauff*: International Contracts the UNIDROIT principles as an alternative to clauses on governing law 2013, men kritisk heroverfor *Peter Arnt Nielsen* i U 2013B, s. 249. Som anført af *Lookofsky & Hertz* 2011 s. 840, beror spørgsmålet i nogen grad på, hvordan man definerer *lex mercatoria*. Henviser begrebet til de resultater, voldgiftsdommere vil nå frem til ved brug af forudsætninger og kutymen mv., kan det være vanskeligt at se nogen betænkelighed i, at *lex mercatoria*-voldgiftsretten bekender kulør og dømmer i overensstemmelse med dette regelsæt. Anderledes, hvis man henviser til en så detaljeret gengivelse af baggrundsretten som *Unidroit Principles*, *DCFR* eller *PECL*. Spørgsmålet sættes på spidsen, hvis der i et retssystem gælder en fristregel (f.eks. om forældelse), medens opfattelsen efter *lex mercatoria* beror på et skøn. Se generelt *Ana M. López Rodríguez*: *Lex mercatoria and harmonization of contract law in the EU* 2003 s. 321 ff.

Danmark, giver parterne adgang til at lade en voldgiftsret afgøre tvisten ”i overensstemmelse med *de retsregler*, som parterne har valgt til afgørelse af sagens realitet”, se herved, men § 28, stk. 1, i den danske voldgiftslov (med fremhævelser her). Bestemmelsen tilsigter netop at give voldgiftsretten kompetence til at afgøre sagen efter det bredere begreb ”retsregler”, og ikke ved det snævrere ”et lands ret”.

Et sådant ”semi-lovvalg” kan imidlertid efterlade parterne i en betydelig usikkerhed om baggrundsretten, som de kun delvis kan afværge ved at sikre sig udpegning af en voldgiftsret hvis dømmekraft, de har tillid til. Løsningen er (fortsat) utraditionel, og da de færreste parter ønsker at indtage rollen som juridiske ”forsøgsdyr” for innovative aftaleløsninger, står valget ofte mellem forskellige retssystemer, som ingen er rigtigt fortrolige med. Og med denne mulighed opstår så spørgsmålet, om de nordiske retssystemer overhovedet *har* et produkt, som er salgbart på det internationale marked.

I sit oplæg til det panel under den session ved De Nordiske Formueretsdage i Helsingfors i maj 2019, hvis indlæg gengives på disse sider, spurgte professor *Jan Kleineman* bl.a., om parter uden for Norden (og ikke mindst, deres juridiske rådgivere) med rimelighed vil nære forbehold mod den pragmatisme og fleksibilitet, som mange forbinder med de nordiske. Vil den almindelige præference for forudsigelighed, med andre ord, føre til en favorisering af retsordninger med et *rigor commercialis approach*? For i så fald vil aftaleparterne være motiveret til at undgå lovvalg i stater med for megen skønsudøvelse og inddragelse af ulovbestemte grundsætninger, sådan som vi f.eks. kender det fra aftalelovens § 36 og den nordiske lære om bristende forudsætninger.

I mangel af retssociologiske undersøgelser om hyppigheden af nordisk lovvalg kender vi ikke svaret på dette spørgsmål. Derfor må vi foregribe, hvad aftaleparter og deres rådgivere *sandsynligvis* motiveres af. Går vi her ud fra, at kommercielle aftaleparter generelt ønsker tryghed og forudsigelighed i deres internationale transaktioner, er der grund til at tro, at de vil vælge et kendt og stort retssystem, hvor forudsigeligheden ikke begrænses af for mange generalklausuler og uskrevede grundsætninger. Et sådant valg vil de nok træffe, uanset om man kender de enkelte detaljer i de nordiske retssystemer, og det vil næppe lede hen imod et nordisk retssystem som det første.

Spørgsmålet er derfor, *hvordan* aftaleparter og deres rådgivere alligevel kan argumentere for fordelene ved lovvalg i et nordisk land, uanset vore begrænsede befolkningstal, og uanset nordisk ret spiller en begrænset rolle på den internationale scene.

Oversigtsmæssigt træder følgende muligheder frem: For det første kan man forsøge at *godtgøre*, at nordisk ret ikke efterlader aftaleparter i væsentligt større usikkerhed end andre retssystemer gør. Herom handler afsnit 2. For det andet kan man overveje forskellige aftaleretlige ”*modtræk*”, der kan fjerne dele af den usikkerhed, der anses for kritisk. Herom handler afsnit 3. I tillæg til disse svar kan

vi overveje at tage skridt til at *synliggøre* fordelene ved et lovvalg i nordisk ret. Herom under 4.

2. Indebærer nordisk lovvalg en uantagelig usikkerhed?

Om nordisk formueret efterlader aftaleparter i en større usikkerhed om deres formueretlige retsstilling end andre retsordninger berører nogle temaer, der blev debatteret indgående ved det seminar om ”Pragmatisme og principfasthed”, der blev afholdt ved Stockholm Centre for Commercial Law (SCCL) i november 2018, og som i skrivende stund (november 2019) er under udgivelse i bogform som publikation nr. SCCL 36: ”Pragmatism v. principfasthet” med Jan Kleineman som redaktør. Den usikkerhed, som nordisk ret – med rette eller urette – ofte beskyldes for, har nemlig tæt forbindelse med forestillinger om, at nordisk ret i særlig grad skulle være kendetegnet ved en ”pragmatisme” (eller realisme), som ikke findes i andre retsordninger. Jeg henviser i den forbindelse til mit bidrag på s. 47–79 i denne bog, navnlig s. 55 ff.

Sådanne skønsmæssige vurderinger, finder vi f.eks. i den obligationsretlige loyalitetspligt, der anerkendes i nordisk aftaleret, men som (efter et bevidst valg) ikke findes i *common law*. Loyalitetspligten gennemsyrrer ganske mange retsregler i nordisk formueret, f.eks. om aftalers indgåelse (aftalelovens §§ 4, stk. 2, og 6, stk. 2), og den spiller også en central rolle for vurderingen af erstatningskrav i kontraktsforhold.

At *common law* ikke antager en sådan loyalitetspligt, skyldes ingen tilfældighed. I *common law* motiveres aftaleparter til at præcisere deres aftalepligter. Det fører til mere detaljerede kontrakter og dermed større sikkerhed om, hvad man har forpligtet sig til. At Nordisk formueret her har valgt en anden retning, kan nok forklares med retskulturelle årsager. Se hertil mine bemærkninger i den førnævnte artikel, s. 61 ff., og Christina Ramberg: ”Lojalitet i engelsk och svensk avtalsrätt”, TfR 2013, s. 521 ff.

Selv om det må erkendes, at loyalitetsforpligtelsen i dansk obligationsret indeholder et skønselement, med heraf følgende usikkerhed, kan parterne fravige dette skønselement i deres aftale og dermed opnå den ønskede retssikkerhed.

Et andet element, der kan forekomme problematisk i ”salgbarheden” af nordisk formueret, er *generalklausulen aftalelovens § 36*. Denne regel indfører et usikkerhedsmoment i tilliden til navnlig kommercielle aftaler, som man ikke finder i *common law*. Generalklausulen er tilmed udtryk for et bevidst – og på det aftaleretlige område sjældent – valg fra lovgiverens side.

Ønsker man at ”markedsføre” nordisk ret som særligt forudsigeligt, kommer man ikke uden om, at § 36 indebærer en uforudsigelighed, der er større end i *common*

law. Dermed opstår spørgsmålet, om man på aftaleretligt grundlag også kan sætte sig ud over disse to regler. Herom i det følgende.

3. Særlige løsningsmodeller

Når det i særlig grad er generalklausulen i aftalelovenes § 36, der må formodes at demotivere internationale aftaleparter fra at vælge nordisk lovvalg, opstår naturligt spørgsmålet, om ikke det er muligt at foretage lovvalg efter en nordisk jurisdiktion, der *udelader* disse kritiske regler.

Her støder man imidlertid på det problem, at en lovvalgsaftale, der fraviger en aftaleretlig ugyldighedsregel, *i sig selv* kan tænkes at blive ramt af netop denne ugyldighedsregel. Denne regelkonflikt kan kun løses ved at anse aftaleretlige ugyldighedsregler for generelt at være præceptive, på linje med de beskyttelsespræceptive regler, som vi f.eks. kender fra ansættelses- og forbrugerområdet.² Et lovvalg i et bestemt land, der generelt udelukker landets aftaleretlige ugyldighedsregler må ud fra disse kriterier anses for ugyldigt.

Heroverfor står, at parter i et aftaleforhold inden for rammerne af *ordre public* har en forholdsvis vid adgang til at vedtage lovvalg i et land, der *ikke* rummer ugyldighedsregler, som parterne finder uhensigtsmæssige, f.eks. regler, der modsvare generalklausulen og forudsætningslæren. Så hvorfor skulle man så ikke også kunne fravige et lovvalg delvis, ved udtrykkeligt at udskyde en ugyldighedsregel, hvis konturer i forvejen er uklare?

Et vist argument for en sådan løsning kunne hentes i Romkonventionens art. 3 og Rom I-forordningens art. 3, stk. 1, 3. pkt., der udtrykkeligt tillader *depecage*, dvs. opsplitning af lovvalget.³ Efter dette princip kan parterne f.eks. aftale, at tysk ret skal gælde for én del af aftalen og fransk ret for en anden. Antager man en sådan opsplitning, kunne man ligeså godt gå skridtet videre og fortolke reglen sådan, at spørgsmål om ugyldighed skal bedømmes efter regler om rimelighed i retssystem A uden sådanne regler (f.eks. engelsk ret), mens øvrige aftaleretlige ugyldighedsregler bedømmes efter reglerne i retssystem B.

Ud fra sådanne synspunkter kunne man godt argumentere for at tillade en opsplitning i større komplekse aftaler, hvorved de dele, som i særlig grad ønskes skærmet mod en § 36-censur gøres til genstand for et lovvalg i en jurisdiktion, der ikke kender til nogen tilsvarende ugyldighedsregel.

Træffes lovvalget i en aftale, der indeholder voldgiftsklausul, er adgangen til at vedtage sådanne løsninger nok videre. Som nævnt under 1. vil parterne ofte kunne

² Se hertil *Joseph Lookofsky & Ketilbjørn Hertz: Transnational Litigation and Commercial Arbitration*, 4th edition 2017 s. 548 ff., og *Ketilbjørn Hertz: Bruxelles I-forordningen*, 2. udg. 2015 s. 313 f.

³ Jeg takker professor *Peter Arnt Nielsen* for at have gjort denne pointe over for mig.

erstatte deres lovvalg af et ”regelvalg”, der giver voldgiftsretten kompetence til at afgøre sagen efter det bredere begreb ”retsregler”, og ikke ved det snævrere ”et lands ret”, se herved udtrykkeligt § 28 i den danske voldgiftslov. Med denne aftalefrihed synes vejen åbnet for også at anerkende delvise lovvalg med udeladelse af særligt kritiske vilkår, men naturligvis med forbehold for *ordre public*-tilfælde.

En vis aftalepraksis for at udelade generalklausulen i aftalelovens § 36 delvis ses bl.a. i visse længerevarende aftaler om gassalg med vilkår om vederlagsjustering. Her ser man ofte delvise lovvalg vedrørende efterfølgende forhold i vilkår, der f.eks. kunne lyde:

”Since the Parties have in Articles [...] expressly provided for the consequences of changed circumstances, § 36 of the Law of Contracts shall not apply”

Efter min opfattelse er der derfor gode muligheder for, at parter i internationale aftaler kan udnytte deres aftalefrihed til at vedtage tilsvarende delvise lovvalgsregler, således at de kvaliteter, som den nordiske formueret tilbyder, kan opnås, samtidig med at særligt uønskede regler – inden for rammerne af *ordre public* – udelades.

4. Hvordan markedsføres nordisk ret?

Som nævnt indledningsvis er der ikke tradition for at betragte retsordninger som noget, der markedsføres på internationale markeder med henblik på til- og fravalg gennem lovvalgsaftaler. Men når dette tema nu er ude og fordele og ulemper afvejet mod hinanden, opstår spørgsmålet, hvordan man i givet fald markedsfører nordisk ret.

Flere begivenheder i de seneste års retsvidenskab og samfundsudvikling har gjort denne opgave lettere end tidligere:

For det *første* har de seneste årtiers udvikling stillet de nordiske lande stærkere i den internationale konkurrence om at være lovvalgs- og forumlande end tidligere. I de årlige internationale *ratings* fra *Transparency International* fremstår vore lande som verdens mindst korrupte. Nordiske juridiske kandidater modtager en stadigt mere international uddannelse, der gør dem efterspurgt på det internationale arbejdsmarked. Og i internationale voldgift benyttes nordiske voldgiftsdommere i stigende grad.

For det *andet* er nordisk ret blevet stadigt mere synlig. I 2014 fremlagde en arbejdsgruppe under ledelse af professor *Ole Lando*⁴ resultatet af et mangeårigt

4 Ole Lando (1922–2019) afgik ved døden kort før 2019-formueretsdagene og dagene blev dedikeret mindet om ham.

arbejde med at beskrive fællesnordisk aftaleret gennem et *Restatement of Nordic Contract Law* (2014). Det nyligt gennemførte 100-årsjubilæum for de nordiske aftalelove blev bl.a. markeret med et tobindsværk, hvis ene bind på engelsk fremstillede nordisk aftaleret med sine forskellige særpræg for et internationalt publikum.⁵ Og gennem de seneste år har vi fået en betydelig mængde engelsksproget litteratur om samspillet mellem nordisk formueret på den ene side og *common law/civil law* formueret på den anden.⁶ Disse arbejder har skabt et godt grundlag for udenlandske parter, der ønsker nærmere viden om nordisk formueret.

Dermed skulle der være gode muligheder for at præsentere nordisk ret på lige fod med (og ligeså ”konkurrencedygtigt” som) de store internationale retsfamilier, så parter i internationale aftaler kan træffe kvalificerede lovvalg af et af de nordiske lande.

Man kan i høj grad betvivle, om vi i Norden er tilstrækkeligt effektive i vor markedsføring af nordisk ret over andre retsordninger i den store verden. Som nævnt har der endnu ikke været nogen tradition for at påtage sig denne opgave. Men bemærkningerne ovenfor viser, at opgaven kan løses, hvis man har viljen til at tage initiativer.

Et initiativ kunne være at fortsætte den debat, som *Jan Kleineman* initierede under ledelsen af panelet i Helsingfors i maj 2019, f.eks. gennem yderligere diskussioner om de foreslåede løsningsmuligheder.

Et andet initiativ kunne være at synliggøre de engelsksprogede værker, der findes om nordisk ret. De i pkt. 1–3 nævnte værker er primært tilgængelige i papirform og sælges i øvrigt som kommercielle løsninger. Man kan derfor ikke foretage fuldtækstøgninger i dem (som det f.eks. er muligt på www.jurabog.dk), og indholdet er derfor reelt kun tilgængeligt for særligt interesserede.

Initiativtagerne til disse bidrag burde gå i forhandling med det relevante forlag (der i begge tilfælde er Djøfs forlag) om tilladelse. Dette kunne eventuelt ske på grundlag af en fondsstøtte, som formentlig vil være relativt beskedent. Lægges dette vigtige arbejde frit ud på nettet til gavn for alle online-brugere, vil der være skabt et godt grundlag for, at ikke-nordiske jurister kan et sikkert og effektivt billede af kvaliteterne ved nordisk ret.

5 Se *Torgny Håstad* (red.): *The Nordic Contracts Act. Essays in Celebration of its One Hundreth Anniversary*. Djøf Publishing 2015.

6 I 2018 forsvarede *Nina Wilkman* sin disputats om *Interpretation of Share and Business Acquisition Contracts* ved Helsingfors Universitet. Heri fremdrog hun en række forskelle mellem navnlig *common law* og nordisk ret. I 2019 udsendte *Amund Bjøranger Tørum* en håndbog om *The Interpretation of Commercial Contracts*, hvor han fremlagde sit bud på en norsk (og nordisk) fortolkningslære, men under stor inspiration fra navnlig engelsk ret.



Professor Giuditta Cordero-Moss, Universitetet i Oslo (i mitten). På bilden även professor Mads Bryde Andersen, Københavns Universitet och professor Jan Kleineman, Stockholms Universitet.

Professor Giuditta Cordero-Moss, Universitetet i Oslo

Den nordiske kommersielle retten i en anglo-amerikansk forretningsvirksomhet

1. Innledning

Internasjonal kontraktspraksis er preget av partenes ønske om å sikre en mest mulig objektiv kontraktstolkning og minst mulig inngrep fra domstolene. Engelsk rett delegerer til partene å vurdere hva som er rimelig, og sikrer dermed en trofast håndheving av kontrakten etter sin ordlyd. I tråd med dette er engelsk rett den mest valgte bakgrunnsrett for kommersielle kontrakter.

Det kan være nærliggende å anta at det kan være vanskelig å få gjennomslag for valg av en nordisk rett for en internasjonal kontrakt. Avtaleloven § 36 trekkes ofte frem som hovedhindringen for valget av en nordisk rett.

Etter min mening utgjør avtaleloven § 36 ikke en viktig hindring for bruk av en nordisk rett som bakgrunnsrett. Det er for eksempel vanlig å velge sveitsisk rett for internasjonale kontrakter, selv om sveitsisk rett tilhører den samme rettstradisjon som nordisk rett og har sammenlignbare prinsipper om kontraktstolkning. Partene bør imidlertid ha et bevisst forhold til at nordisk rett er en aktiv ramme som kan utfylle kontrakten. Partene bør derfor ikke stole på at den avtalte ordlyden vil utgjøre det eneste kilde ved tolkningen av kontrakten. Kontraktene kan imidlertid skrives slik at virkningene av utfyllingen begrenses, men dette forutsetter en forståelse av de kontraktsrettslige prinsipper i bakgrunnsretten.

Resonnementene nedenfor bygger på den forskningen som jeg har utført gjennom årene.¹

¹ Kildehenvisninger og mer detaljerte resonnementer kan finnes blant annet i følgende verk: Giuditta Cordero-Moss, "Ulike trekk ved norsk og engelsk kontraktsrett og deres betydning for kontraktens virkninger – noen komparativrettslige betraktninger" *Jussens Venner* 2016, bind 51, s. 276–302; Giuditta Cordero-Moss, "Limitations on Party Autonomy in International Commercial Arbitration" *Collected Courses of The Hague Academy of International Law – Recueil des cours* 2015, bind 372, s. 133–326; Giuditta Cordero-Moss, *International Commercial Contracts – Sources and enforceability*, Cambridge University Press 2014; Giuditta Cordero-Moss, "Interpretation of Contracts in International Commercial Arbitration: Diversity on more than One Level" *European Review of Private Law*, 1-2014, s. 13–36; Giuditta Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett – på formuerettens område*, Universitetsforlaget 2013; Giuditta Cordero-Moss (red.), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge University Press 2011.

2. Krav fra den internasjonale kontraktspraksis

I internasjonal kommersiell kontraktspraksis er det vanlig å skrive lange og detaljerte kontraktsvilkår. Målsetningen er å regulere alle situasjoner som kan tenkes å oppstå i løpet av kontraktsforholdet og dermed øke forutsigbarhetsnivået for partene. Idealet er at kontrakten skal kunne håndheves mekanisk, uten å skape rom for skjønnsmessige vurderinger.

I tillegg inneholder ofte kontraktene en rekke klausuler som regulerer hvordan vilkårene skal tolkes og håndheves, såkalte "boilerplate clauses". Disse klausuler har den samme funksjonen som den alminnelige kontraktsretten, og formålet med å inkludere dem i kontrakten er å erstatte bakgrunnsretten.

Tanken er at ingen elementer utenfor kontrakten skal kunne påvirke kontraktsvilkårenes virkninger, ikke en gang bakgrunnsrettens kontraktsrettslige prinsipper. Målsetningen er at kontrakten skal være fullstendig autonom. Den skal inneholde all regulering som trenges for å løse de ulike spørsmål som kan oppstå, og alle prinsipper som trenges for å tolke og anvende denne reguleringen. Ønsket er at, dersom et selskap benytter en kontrakt med samme ordlyd for sine ulike internasjonale kontraktsforhold, skal de juridiske virkningene være like i hele verden, uansett hvilket land kontrakten skal håndheves i og uansett hvilket lands rett som anvendes på kontrakten.

Rent juridisk kan det virke underlig at partene skal ønske å oppnå enhetlige virkninger uansett rettssystem – spesielt i lys av at en slik uniformitet ikke kan oppnås, hvilket jeg kommer tilbake til nedenfor.

En mulig forklaring på at kontraktene skrives med en målsetning om autonomi er at partene ikke ønsker at deres kontrakt skal være underlagt nasjonal rett, men foretrekker transnasjonale kilder. Denne forklaringen stemmer imidlertid dårlig overens med den omstendighet at den aller fleste internasjonale kontrakter gir anvisning på anvendelse av en bestemt nasjonal rett. Likeså anbefaler de fleste internasjonale voldgiftsinstitusjoner at partene velger en bestemt nasjonal rett for løsning av eventuelle tvister. Man kan derfor ikke utlede av partenes ambisjon om autonomi at partene avviser nasjonal rett som ramme for deres kontrakter.

Ambisjonen om autonomi er heller ikke resultat av intellektuell latskap eller manglende bevissthet om at rettssystemene kan være ulike. Ofte er partene bevisst at standard-modellen som de bruker, ikke vil ha like virkninger i alle rettssystemer hvor den anvendes. Likevel har bruk av standardiserte dokumenter unektelig fordeler når det gjelder effektiviteten i forhandlinger og i interne funksjoner som internkontroll og for såkalt "contract management". En standardisering kan med andre ord sikre store besparelser i organisasjonen, og disse veies opp mot risikoen av at en bestemt kontraktsvilkår ikke vil kunne håndheves likt i alle land. Der denne avveilingen viser at risikoen er større enn besparelsen, vil kontraktsvilkårene

forhandles særskilt. For øvrig tar partene en kalkulert juridisk risiko; de anvender ikke-tilpassede, standardiserte vilkår, til tross for at disse muligens ikke vil bli håndhevet etter sin ordlyd.

Ambisjonen om autonomi er forståelig også fra et annet og mer kommersielt synspunkt. Ofte brukes kontrakter som grunnlag for finansielle transaksjoner. Skal for eksempel et selskap finansiere modernisering av sitt produksjonsutstyr, kan det ta opp et lån med sikkerhet i inntektene fra en langsiktig kontrakt for salget av sin produksjon. For å kunne vurdere om inntektsflyten fra kontrakten gir tilstrekkelig sikkerhet, vil banken nøye vurdere alle kontraktsvilkår. Det er viktig for banken at alle elementer som kan påvirke håndhevingen av kontrakten er synlige i selve kontrakten. Dersom det finnes en risiko for at kontraktsvilkårene kan bli anvendt på en måte som ikke tilsvarer deres ordlyd, vil det skape usikkerhet for banken. Dette kan igjen føre til at lånet blir dyrere, eller ikke innvilget. Et annet eksempel er et selskap som ønsker å forsikre risikoene knyttet til dets virksomhet. Forsikringsselskapet vil nøye vurdere alle elementer, inklusive kontraktsvilkår, og bestemme forsikringspremien basert på denne vurderingen. Dersom det finnes en risiko for at kontraktsvilkårene kan bli anvendt på en måte som ikke tilsvarer deres ordlyd, vil det skape usikkerhet for forsikringsselskapet. Dette kan igjen føre til at premien blir dyrere, eller at risikoen ikke blir forsikret.

Det er derfor viktige organisatoriske, økonomiske og kommersielle grunner som ligger under en kontraktspraksis som, dersom man betrakter den ut fra et rent juridisk ståsted, kan virke underlig.

3. Kontrakter har begrenset autonomi

Som nevnt er imidlertid ambisjonen om autonomi ofte en illusjon.

For det første kan den lokale retten inneholde preseptoriske regler som ikke kan fravikes ved avtale. Partene kan prøve å unngå anvendelse av slike preseptoriske regler ved å underlegge kontrakten en et annet lands rett – noe de har full anledning til å gjøre. Kontraktsvilkårene kan likevel ikke fravike såkalte internasjonalt preseptoriske regler. Internasjonalt preseptoriske regler omfatter kun enkelte viktigste preseptoriske bestemmelser, som for eksempel bestemmelser som beskytter fri konkurranse eller den svakere kontraktspart. Dersom et kontraktsvilkår er i strid med preseptoriske regler i bakgrunnsretten eller med internasjonalt preseptoriske regler i et annet lands rett, nytter det derfor ikke at kontraktsreguleringen er detaljert og at boilerplate-klausulene forklarer hvordan vilkårene skal tolkes og anvendes. De preseptoriske reglene i bakgrunnsretten eller de internasjonalt preseptoriske reglene i et tredje lands rett vil uansett ha forrang.

I tillegg kan bakgrunnsretten på en annen, mer subtil, måte påvirke kontrakten, nemlig ved at kontraktsvilkårene tolkes på en måte som er preget av bakgrunnsrettens prinsipper og verdier.

Forskjellen mellom, på den ene siden, den direkte begrensningen av partsautonomien utledet fra (internasjonalt) preseptoriske regler og, på den andre siden, den mer subtile påvirkningen gjennom bakgrunnsrettens prinsipper og verdier, kan eksemplifiseres ved å stille opp mot hverandre to ulike rettslige verktøy: på den ene siden avtaleloven § 36, og på den andre siden de alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper som tolkningen av kontrakter bygger på.

4. Ulik påvirkning fra nordisk og engelsk rett

Ofte trekkes avtaleloven § 36 frem som den viktigste årsaken til at nordisk rett sjelden velges som bakgrunnsrett for internasjonale kontrakter. I lys av at det er viktig for partene at kontraktsvilkår håndheves i tråd med sin ordlyd, antas det at partene ikke kan akseptere en bakgrunnsrett som uttrykkelig gir domstolen adgang til å lempe eller se bort fra avtalte kontraktsvilkår.

Det er imidlertid minst to relevante innvendinger mot denne betraktningen. For det første er det kjent at bestemmelsen i avtaleloven § 36 nærmest ikke brukes i kommersielle forhold.

For det andre, og her kommer den subtile påvirkningen nevnt ovenfor inn, er bestemmelsen i § 36 ikke den eneste kilde som kan ha betydning for tolkningen av en kontrakt. Bestemmelsen er ikke noe annet enn et utslag av den underliggende tilnærmingen som rettssystemene har til kontraktstolkning. Hvis man ser på norsk høyesterettspraksis,² er det klart at den underliggende tilnærmingen er at det som skal oppnås er rimelige og balanserte resultater i det konkrete tilfellet.

På den ene siden bedyrer Høyesterett at kommersielle kontrakter skal tolkes objektivt. Dermed bruker Høyesterett samme terminologi som anvendes i engelsk rett. Det sies i både norsk og engelsk rett at kontrakter tolkes objektivt, og dette skaper et inntrykk av at en kontrakts virkninger vil være de samme uansett om kontrakten tolkes etter engelsk eller etter norsk rett.

Imidlertid betyr formuleringen ”objektiv tolkning” to helt ulike ting i engelsk og i norsk rett.

Etter engelsk rett delegerer domstolen til partene å vurdere dersom et visst resultat er rimelig og balansert. Det som er en rimelig tolkning av kontrakten, er – for en engelsk domstol – en tolkning som sikrer en forutsigbar håndheving av ordlyden, uansett om resultatet er ønskelig i det konkrete tilfellet.

2 Se for eksempel HR-2016-1447-A (Norsk Gjenvinning).

Norges Høyesterett har en mer aktiv tilnærming til kontraktstolkningen. Bakgrunnsretten er en aktiv ramme for de avtalte vilkårene. Kontraktsvilkårene er kun et utgangspunkt som må leses i lys av partenes formål, omstendighetene før og etter avtaleslutningen og andre reelle hensyn. Dessuten utfylles de avtalte vilkårene av bakgrunnsretten, herunder det generelle lojalitetsprinsippet. Alle disse elementene vil påvirke hvordan domstolen forstår kontrakten og kan føre til resultater som ikke gjenspeiler den avtalte ordlyden.³

Det vil derfor være ulike tilnærminger til om en part kan gjøre gjeldende en avtalt rettighet. Etter engelsk rett vil domstolen for eksempel godta at en rettighet utøves når de avtalte betingelser er oppfylt, selv om det er på det rene at parten utnytter situasjonen i spekulativt øyemed eller utøvelsen av rettigheten fører til et ubalansert resultat. Domstolen vil forutsette at partene har hatt sine grunner til å avtale en mekanisme som etter omstendighetene kan føre til det som tilsynelatende er urimelige resultater. Domstolen har ikke innsyn i partenes vurderinger av risiko og avveininger, og kan derfor ikke gjøre annet enn å akseptere det resultatet som partene har avtalt. For en engelsk domstol består rimelighet i at partene kan stole på at de avtalte vilkår vil bli håndhevet etter sin ordlyd.⁴

Etter norsk rett vil det derimot ikke være tilstrekkelig at de avtalte betingelser er oppfylt, for at en avtalt rettighet skal kunne utøves. Det kreves i tillegg at parten har et saklig grunnlag for å utøve sin rettighet. For den norske domstolen består rimelighet i at resultatet i det konkrete tilfelle er balansert, selv om det skulle gå på bekostning av en ordlydstro anvendelse av kontrakten.

Når den norske bakgrunnsretten utgjør en så aktiv ramme for kontraktstolkningen, blir det klart at det ikke er utelukkende avtaleloven § 36 som begrenser kontraktsautonomien. Det er hele tilnærmingen i kontraktsretten som fører til at ordlyden ikke utgjør det eneste grunnlag for håndhevelsen av kontrakten. Det ville derfor ikke hjelpe å prøve å avtale seg bort fra anvendelse av denne bestemmelsen. Selv om det skulle være mulig – noe det etter min mening ikke er – ville man ikke ha oppnådd annet enn å utelukke ett av utslagene av de alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Norsk rett ville uansett utgjøre en aktiv ramme for kontrakten som utfyller den avtalte ordlyden med formålet om å oppnå balanserte resultater i det konkrete tilfellet.

3 Et eksempel er Rt. 2012 s. 1779 (Victacor).

4 Se for eksempel *Arnold v Britton* [2015] UKSC 36.

5. Nordisk rett som bakgrunnsrett for internasjonale kontrakter

Ut fra det ovennevnte behovet for forutsigbarhet vil man forvente at kontraktsparter generelt skulle velge engelsk rett som bakgrunnsrett. Engelsk rett er da også faktisk den rett som oftest velges for å regulere internasjonale kommersielle kontrakter, selv når ingen av partene eller kontraktsoppfyllelsen har tilknytning til England. Men generelt avgjørende for lovvalget er hensynet til å unngå at bakgrunnsretten skal vær en en aktiv ramme for kontrakten åpenbart ikke. For nest etter engelsk rett er det sveitsisk rett som er den mest valgte bakgrunnsrett for internasjonale kontrakter,⁵ og sveitsisk rett har mange likhetstrekk med nordisk rett. Jeg kan spesielt trekke frem artikkel 2 i den sveitsiske sivillovboken. Etter denne bestemmelsen skal alle rettigheter utøves i tråd med prinsippet om god tro. Bestemmelsen minner om lojalitetsprinsippet slik vi kjenner det i nordisk kontraktsrett og har sammenlignbare virkninger.

Riktignok er sveitsisk rett mer tilgjengelig i og med at den er systematisk kodifisert i en sivillovbok. Nordisk rett er mindre transparent ettersom rettsanvenderen er avhengig av å se hen til ulovfestede alminnelige prinsipper. Med hjelp av rettspraksis og juridisk litteratur kommer man imidlertid til resultater som er sammenlignbare med de resultatene som følger av sveitsisk rett.

Ettersom sveitsisk rett er den nest mest valgte bakgrunnsrett for internasjonale kontrakter, kan det neppe være noen strukturelle hindringer for en ambisjon om at det skal bli mer utbredt å anvende en av de nordiske rettssystemer på internasjonale kontrakter. I mangel av en systematisk kodifikasjon vil samlinger av rettspraksis og oversiktene i juridisk litteratur kunne levere den transparens som er en nødvendig forutsetning for at utenlandske parter skal anse valget av de nordiske rettssystemene som trygg.

6. Kontraktstilen og nordisk rett

Et legitimt spørsmål er hvordan det er mulig å velge en nordisk rett for å regulere kontrakter som, som oftest, er skrevet på engelsk. Rent språklig er det mulig å gi uttrykk for de ulike rettslige begreper på utenlandsk språk, så den semantiske siden bør ikke skape uoverkommelige hindringer. Det som er problematisk, er imidlertid at internasjonal kontraktspraksis ikke nøyer seg med å bruke engelsk språk. Den bruker også common law-kontraktmodeller. Dette innebærer at stilen kontraktene

5 Gilles Cuniberti, *The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws*, 34 *Nw. J. INT'L L. & BUS.* 455 (2014).

er skrevet i, gjenspeiler en rettstradisjon som delegerer til partene å vurdere om de avtalte mekanismer er rimelige og balanserte.

Kontraktmodellene er lange, detaljerte og omfatter boilerplate-klausuler som erstatter den alminnelige kontraktsretten, og grunnen til dette er at den opprinnelige bakgrunnsretten som modellen er skapt etter, tillater – sågar forventer – at kontraktene er uttømmende og eksplisitte. Dersom reguleringen er tydelig nok, vil domstolen ikke blande seg inn i om resultatet i et konkret tilfelle er rimelig eller balansert.

Basert på denne rettstradisjonen er modellene skrevet på en måte som er ment å gjøre tydelig det partene har ønsket å oppnå. Uttrykk som "in the buyer's sole discretion" eller "under no circumstances shall the seller be allowed to..." florerer. De er ment å tydeliggjøre og betone at partene har ønsket at en viss rettighet skal utøves av kjøperen, eller at selgeren ikke kan fritas fra sine forpliktelser som følge av etterfølgende omstendigheter eller andre betraktninger. Uttrykkene er ment å fremheve at partene ikke har tenkt at utøvelse av rettigheter eller ansvar for forpliktelser skal begrenses ut fra andre hensyn.

Det ble imidlertid nevnt ovenfor at selv om ordlyden etter nordisk rett er et viktig utgangspunkt, så er den ikke det eneste grunnlag for å tolke de avtalte vilkår. Det samme gjelder sveitsisk rett og de fleste civil law-rettsystemer, spesielt de som er basert på tysk rett (i større grad enn de som er basert på fransk rett). Det kan derfor ikke utelukkes at kontraktsvilkårene kan bli utfylt av bakgrunnsretten, med det resultatet at kjøperen – til tross for ordlyden i kontrakten – ikke kan utøve sin rettighet uten saklig grunn eller selgeren blir fritatt fra urimelig tyngende forpliktelser.

Etter min erfaring prøver partene å unngå slike inngrep fra bakgrunnsretten ved å bli enda tydeligere i sin ordlyd. Kjøperens "sole discretion" vil derfor bli til "sole and absolute discretion", og "under no circumstances" vil bli til "under no circumstances whatsoever". Dette vil imidlertid ikke endre mye på resultatet: Dersom ordlyden ikke er det eneste grunnlaget for å tolke kontrakten, vil det hjelpe lite å skrive at kjøperens skjønn ikke bare er "sole", men også "absolute".

Det betyr ikke nødvendigvis at man ikke kan bruke ordlyden til å begrense inngrep fra domstolens side. Det som må forstås er imidlertid at teknikken skal være en annen enn den som er tilstrekkelig for en engelsk domstol. For en engelsk domstol er det viktigste kriteriet om partenes intensjon er uttrykt klart. Det kan derfor være formålstjenlig å betone at partene hadde til hensikt å ikke begrense kjøperens frie valg på noen som helst måte. En nordisk eller en civil law-domstol vil imidlertid ha ytterligere kriterier. Den vil forsikre seg om at resultatet i det konkrete tilfellet blir rimelig. For å bidra til domstolens vurdering av resultatet, kan kontraktene skrives slik at partene gir domstolene elementer som viser at kjøperens utøvelse av sin rettighet, eller at selgerens ansvar til tross for etterfølgende omstendigheter, ikke vil være urimelig. Kontrakten kan for eksempel vise til at kjøperens adgang til å utøve sin rettighet er begrunnet i en spesiell interesse og gjenspeiles

i prisen som ble avtalt, at selgerens ansvar er knyttet til informasjon som selger hadde kunnskap til, osv. Kontrakten må vise at de ulike hensyn som domstolen kan anse som relevante i sin utfyllelse av ordlyden, er ivaretatt.

Den avtalte regulering bør ikke anses som vilkårlig, men som en gjennomtenkt mekanisme som beror på et saklig grunnlag under hensyn til begge parters interesser osv. Dersom avtalens formulering kan få frem slike betraktninger, er det større sjanse for at domstolene ikke vil gripe inn med ytterligere betraktninger, men håndheve avtalen etter dens ordlyd.



Professor Eyvindur G. Gunnarsson, Háskóli Íslands (till höger). På bilden även professor Jan Kleineman, Stockholms Universitet och jur.dr Nina Wilkman, Helsingfors universitet.

Professor Eyvindur G. Gunnarsson, Háskóli Íslands

Tolkning af kontrakter af engelsk oprindelse i islandsk retspraksis

1. Indledning

Denne artikel handler om hvordan islandske domstole har dømt i sager hvori der indgår kontrakter af engelsk oprindelse. England har i mange år været regnet for en ledende nation i handelsjura. Den britiske kroners magt i tidligere tid var omfattende, og indflydelsen af engelsk lovgivning i en eller anden skikkelse har derfor været betydelig over hele verden. Desuden er engelsk et af verdens mest udbredte sprog. Engelsk ret kaldes "common law" mens islandsk ret kan karakteriseres som "civil law" selv om den opdeling ikke er fuldstændig dækkende.¹ I Island har denne indflydelse blandt andet vist sig i øget brug af standardiserede kontraktformularer og kontraktbestemmelser efter engelsk forbillede. De bestemmelser og formularer stammer fra en anden retstradition end den islandske, og de harmonerer tit ikke med det grundlag som de nordiske retssystemer er bygget på.²

I oktober 2008 gik alle Islands tre største forretningsbanker med en markedsandel på i alt 85% konkurs. Bankkrakket havde alvorlige følger for det islandske økonomiske system, stabiliteten i finanserne og den islandske kroners kurs. I flere af de retssager der blev ført ved islandske domstole efter krisen i 2008, indgik tolkning af kontrakter af engelsk oprindelse. Disse kontrakter indeholdt undertiden bestemmelser om at der for vedkommende kontrakt gjaldt *engelsk lov*. Selv om der var indgået aftale om at engelsk ret gjaldt, var det ikke altid tilfældet at der var indgået aftale om at engelske domstole havde jurisdiktion, eller at sagen skulle forelægges en voldgiftsret.³ Følgen blev at det blev islandske domstoles opgave at løse tvisten ifølge udenlandsk lov. Disse kontrakter indeholdt undertiden typiske

1 Giuditta Cordero Moss: Lectures on Comparative Law of Contracts, Oslo 2004 s. 37–39 og 45.

2 Se til sammenligning Viggo Hagstrøm: "Er formuerettens grundbegreper blitt foreldet", Juristen, nr. 1, 2007 s. 4.

3 Et eksempel på en sag fra retspraksis noget før finanskrakket hvor der forelå aftale om voldgiftsretsbestemmelser, er *H 530/2002* (Papa John's) hvor sagen blev afvist fra retten eftersom en uenighed mellem parterne skulle indbringes for en voldgiftsret ved navn "The London Court of International Arbitration". Ligeledes indeholdt kontrakten en bestemmelse om at der for kontrakten gjaldt engelsk lov. Ikke desto mindre havde sagsøger i direkte modstrid med kontraktens indhold lagt islandsk lov til grund for sine søgsmålsgrunde uden at indstævnte havde godkendt noget sådant. Et krav om annullering af voldgiftsaftalen på grundlag af islandsk lov om aftaler, § 36, blev afvist.

bestemmelser (*boiler-plate*) om hvordan man skulle *fortolke* kontrakten. Her fik islandske domstole til opgave at tolke bestemmelser i kontrakter af angelsaksisk oprindelse bl.a. ud fra disses bestemmelser om tolkning, og at dømme efter engelsk lov. Endelig kom også almene tolkningsregler i engelsk ret til prøvelse.

2. Aftale om udenlandske retsregler – bevis for indhold af udenlandske retsregler

Ifølge islandsk ret har en kontrakts parter ret til at indgå aftale om at udenlandsk ret gælder for en kontrakt mellem dem. Islandsk lov nr. 43/2000 om lovkonflikter inden for aftaleretten afgør hvilket lands love der skal anvendes om en kontrakt med tilknytning til udenlandsk ret, men parterne har ret til at indgå aftale om hvilket lands lov der skal anvendes om en kontrakt, jf. loven, § 3, stk. 1. Lovens grundlag er Konvention om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser (Romkonventionen) den 19. juni 1980 (80/934/EØF).⁴

Hvis en tvist om tolkning af en kontrakt hvorom der gælder udenlandsk ret, indbringes for islandske domstole, gælder der den regel at den der henviser til en udenlandsk retsregel, må henvise til dens eksistens og indhold, jf. islandsk lov om behandling af civile sager nr. 91/1991, § 44, stk. 2.⁵ Med andre ord bærer den der henviser til en udenlandsk retsregel, bevisbyrden for dens indhold. Den bevisbyrde opfyldes ved at fremlægge redegørelser fra specialister om udenlandsk ret, dokumenter og andre manifeste beviser. Sådanne specialister kan dog ikke føres som vidner i islandsk ret, for der findes ikke såkaldte ekspertvidner (*Expert witness*) i islandsk retspleje.⁶ Således kommer specialisten selv ikke for retten som vidne selv om hans redegørelse fremlægges for retten.

En anden mulighed for at redegøre for indholdet af en udenlandsk retsregel er at retten udmelder en skønsmand til at afgive en redegørelse, jf. lov om behandling af civile sager nr. 91/1991, Kapitel IX. Den retsudmeldte skønsmands opgaver er kun at beskrive indholdet af vedkommende udenlandske retsregler, synspunkter på tolkning, retspraksis o.lign., men bevisførelsen med synsforretningen må dog ikke være klart formålsløs.⁷ Det er imidlertid ikke den retsudmeldte skønsmands opgave at bedømme hvorledes reglerne anvendes om den specifikke tvist der er

4 Island er ikke medlem af Europaunionen og har derfor ikke ratificeret Romkonventionen. Bruxelles I-forordningen gælder nu for staterne i Europaunionen.

5 Se fx *H 148/2017* (Thun mod LBI ehf.) hvor det ikke lykkedes at påvise indholdet af en lov i Luxembourg. Se nærmere om bevis for udenlandske retsregler for islandske domstole, Eiríkur Elís Þorláksson, Proof of foreign law before Icelandic courts: A change of course?, *Journal of Private International Law* 2016 s. 301–317, DOI: [10.1080/17441048.2016.1205863](https://doi.org/10.1080/17441048.2016.1205863).

6 Se fx *H 410/2012* (Kaupþing mod Commerzbank AG).

7 Se *H 231/2015* (LBI mod Merrill Lynch International) og *H 441/2015* (UBS AG mod LBI).

indbragt for dommeren, for det er domstolens opgave at hjemføre sagens omstændigheder til retsregler.

H 67/2017 (Kaupping mod Raiffeisen Zentralbank Österreich og Raiffeisen Bank International AG). I Islands Højesterets dom anførtes at det, når man havde anmodet om en retsudmeldt skønsmands bedømmelse på grundlag af de derom gældende bestemmelser i islandsk lov nr. 91/1991 om behandling af civile sager for at redegøre for indholdet af en udenlandsk retsregel, var skønsmandens opgave i overensstemmelse med loven, § 60, stk. 2, og § 63, stk. 1, at beskrive reglen og redegøre for sin begrundede mening om indholdet af den uden at beskrive om og i givet fald hvordan den skulle anvendes på omstændighederne i den sag der var til behandling.

Af retspraksis kan udledes at det, når islandske dommere skal dømme efter engelske love, ikke alene pålægger sagens parter pligt til at redegøre for indholdet af en udenlandsk lov, men også til at forklare hvorledes engelske domstole har tolket vedkommende lov. Heraf følger at parternes sagsfremstilling kan få betydelig større betydning for udfaldet end hvis der dømmes efter islandske love. Når der dømmes efter islandske love, kan sagens parter altid stole på at dommerne kender islandsk ret (*jura novit curia*) og tolker ifølge nordisk tradition i aftaleret.⁸

Det skal understreges at islandsk rets retsplejeregler ikke tilsidesættes selv om engelsk lov gælder for en kontrakt. I tre sager angående handel med derivater, *H 723/2012*, *H 166/2013* og *H 552/2013* (Commerzbank AG mod Kaupping), var standard ISDA-kontrakter til prøvelse, og i alle sagerne blev der derudover henvist til engelsk lov. Her skal nævnes at det er almindeligt at henvise til standardkontrakter som ikke er afhængige af den nationale ret i enkelte stater (*non state sources*), fx i kontrakter om derivater som offentliggøres af International Swap and Derivatives Association (ISDA). Disse kontrakter har ikke til formål at afløse national ret.⁹ Den nationale ret supplerer dernæst disse kontrakter.

I de citerede sager stillede fordringshaveren i alle tilfælde krav om at man anvendte engelsk lov om modregning ved likvidationen af Kaupping banki som var under likvidation. Udfaldet blev imidlertid, selv om det var tilladt at aftale at engelsk lov gjaldt, at de ikke gjaldt for modregning, for her var der tale om et retsplejeforhold der var underlagt den islandske konkurslov som indeholder bestemmelser om gældsudligning ved konkurs. Det er i overensstemmelse med det princip i international civilret at retsplejeforhold følger den nationale ret (*lex fori*). Parterne kunne følgelig ikke aftale at engelsk lov om modregning kom i stedet for den islandske konkurslov.

8 Se fx om tolkning af aftaler i nordisk ret Ole Lando et al. (eds.), *Restatement of Nordic Contract Law*, DJØF Publishing, Copenhagen 2016 s. 167–193.

9 Se fx Giuditta Cordero-Moss: *Anglo-American Contract Models and Norwegian or other Civilian Governing Law – Introduction and Method* s. 44.

3. Engelsk ret og engelske tolkningsregler lægges til grund

Der er mange eksempler på at der er fremlagt udførlige oplysninger om indholdet af engelske love og redegørelser fra engelske advokater om indholdet af engelske love. På dette grundlag har islandske domstole afsagt domme ifølge engelsk lov og har i givet fald tolket loven i henhold til kontraktens ”boilerplate”-tolkningsbestemmelser eller engelsk lov. Nedenstående dom er interessant af disse grunde.

H 175/2014 (Deutsche Bank AG London mod Kaupþing): Deutsche Bank og den islandske bank Kaupþing havde den 9. november 2007 indgået en kontrakt om likvidforsyning som kunne udgøre op mod én milliard ISK over en periode på fem år. Likvidforsyningen skulle gå ud på at Deutsche Bank købte gældsbreve af Kaupþing. For den service at give Kaupþing adgang til denne likvide kapital skulle Kaupþing betale Deutsche Bank et årligt gebyr. Gebyret skulle dog kun betales i to tilfælde; dels hvis Deutsche Bank ydede servicen og dels hvis magten over Kaupþing ændrede sig (*Change of Control Event*). Deutsche Bank købte aldrig nogen gældsbreve af Kaupþing banki på grundlag af kontrakten. I sagen drejede tvisten sig imidlertid om hvorvidt Kaupþing havde pligt til at betale gebyr på det grundlag at magten over banken havde ændret sig.

Forhistorien var at Kaupþing banki var krakket den 9. oktober 2008, Islands Finanstilsyn overtog aktionærmødets magt, afsatte dens bestyrelse og nedsatte en likvidationsbestyrelse med støtte i den såkaldte ”nødlov” der blev indført straks efter bankkrakket.¹⁰ Deutsche Bank sendte samme dag et brev til Kaupþing hvor den hævdede at Kaupþings krak havde indebåret en *Change of Control Event* i parternes kontrakts forstand eftersom en ny instans, Islands Finanstilsyn, havde overtaget banken, og under disse omstændigheder skulle Kaupþing betale et gebyr på 13 millioner euro. Kaupþing afviste kravet og hævdede tværtimod at det drejede sig om et ”*moratorium, winding-up or bankruptcy*” i kontraktens forstand hvilket indebar at der ikke skulle betales noget gebyr.

Som bevis for sin sag ifølge engelsk ret, jf. islandsk lov om behandling af civile sager, § 44, stk. 2, fremlagde Deutsche Bank engelske domstoles løsninger hvor der nævntes følgende principper for tolkning af kontrakter ifølge engelsk ret:

1. The court asks what would a reasonable person, who had all the background knowledge available to the parties at the time they contracted, have understood the parties to have meant.

¹⁰ Se om nødloven Eyvindur G. Gunnarsson: The Icelandic Regulatory Responses to the Financial Crisis. European Business Organization Law Review, 2011, Volume 12, Issue 01, s. 4–15.

2. *The interpretation of a contract is an objective exercise.*
3. *The question for the court is not what the parties' intentions were, but what a reasonable person would have taken the parties' intentions to be from the words actually used.*
4. *Where a provision is unambiguous, the court is bound to apply it, even when the result is not commercially reasonable.*
5. *Words used in a contract should be given their ordinary meaning, even if the consequences appear to be harsh for one side or another.*
6. *In interpreting a contract, an English court will start with the language of the contract itself.*

På grundlag af ovennævnte tolkningsregler fandt herredsretten at en *reasonable person* som tolkede kontrakten på en *objective* måde og ikke tog hensyn til om kontrakten var *harsh for one side or another* ville komme til den konklusion at der ikke var tale om en *change of control event* men om en *winding-up*. Islands Højesteret stadfæstede på dette punkt herredsrettens kendelse under henvisning til præmisserne.

Herredsrettens kendelse som Islands Højesteret stadfæstede, viser at islandske dommere mener at de kan anvende engelske retsregler, men forudsætningen er at sagens parter demonstrerer indholdet af disse regler derunder hvilke tolkningsregler der gælder. Bortset fra dette er der en vis sandsynlighed for at sagsbehandlingen har et vist islandsk præg når advokater og dommere er islandske. Et eksempel herpå kan ses i ovennævnte dom. Således hævdede Kaupþing fx i sagen at man burde gå ud fra tolkningsprincippet *in dubio contra stipulatorem*, viljesprincippet og tillidsprincippet foruden at banken anså det for at være evident urimeligt hvis domstolen gav medhold i Deutsche Banks krav. Alt dette er kendte tolkningsregler i nordisk formuleret og i øvrigt andre steder. I herredsrettens kendelse blev dette ikke omtalt; der anvendte man de engelske tolkningsregler. Man kan i øvrigt hævde at udfaldet i denne sag var blevet det samme ifølge tolkningsreglerne i nordisk formuleret.¹¹ Forskellen er nok ikke så stor hvis det drejer sig om en forholdsvis simpel tekstudlægning.

¹¹ Se fx reglen om *reasonable meaning*, jf. Ole Lando et al. (eds.): *Restatement of Nordic Contract Law*, s. 171–173.

4. Konklusion

Ved gennemgang af engelsk juridisk litteratur og retsafgørelser, ser man at der lægges stor vægt på formuleringer som *common sense*, *objectivity* m.m. ved tolkning af kontrakter. Den tilgang tjener til at skabe tillid hos dem der skal stole på kontraktens forpligtende karakter. Endvidere anerkendes i engelsk ret hverken god tro eller tillid mellem parterne efter aftaleforhandlinger. Indtil kontrakten er underskrevet, har parterne ikke pligt til at tage hensyn til forhandlingspartens interesser for så vidt der ikke er tale om bedrag som fx at give forkerte oplysninger.¹² Tankegangen i engelsk ret er at hver part skal varetage sine egne interesser, skaffe sig de nødvendige oplysninger og kende den relevante lovgivning. Der lægges også i engelsk ret stor vægt på forudsigelighed ved tolkning af en kontrakt. Det anses for vigtigt at kunne forudse udfaldet af en tvist frem for at opnå rimelighed i hvert enkelt tilfælde. En anden form for tolkning af en kontrakt anses for at mindske retssikkerheden. I islandsk ret er der større spillerum til at betragte parternes kontrakt i en videre kontekst. Parterne har i vidt omfang pligt til at tage hensyn til deres modparts interesser.

Ovenstående medfører også at der ikke er det samme behov for udførlige kontrakter i islandsk ret som i engelsk ret. Selv om grundlaget for tolkningen af en kontrakt ifølge islandsk ret er dens tekst og indhold, har den tolkende lettere ved at inddrage supplerende retsregler og omstændigheder ved indgåelsen af kontrakten end i engelsk ret.

Uanset ovenstående er der ikke altid stor forskel på tolkningen af kontrakter ifølge islandsk eller engelsk retspraksis. I *H 175/2014* (Deutsche Bank AG London mod Kaupþing) gennemgået ovenfor, er det sandsynligt at dommeren var kommet til samme konklusion ifølge engelsk såvel som islandsk ret. Således gælder princippet om kontraktens forpligtende karakter (*pacta sunt servanda*) i vestlige lande. Desuden er selve kontrakten – teksten – altid hovedsagen.

Sandsynligvis er grunden til hvor populær angelsaksisk ret er, at engelsk er vor tids *lingua franca*, USA's og Storbritanniens internationale stilling er stærk, og at advokatfirmaer fra disse lande står stærkt på markedet. Det er ikke sikkert at angelsaksisk ret som retssystem har egenskaber eller fordele som tyder på at det er bedre end andre retssystemer, fx nordisk ret.

Kort sagt er hovedforskellen på angelsaksisk og nordisk aftaleret at man i angelsaksisk ret lægger vægt på *commercial realities* eller *certainty*, mens man i nordisk ret lægger vægt på retfærdighed i ånden i islandsk aftalelov, § 36. Én mulighed for at fremhæve fordelene ved nordisk ret i forhold til angelsaksisk, fx med en længeløbende kontrakt er følgende: Hvis forholdene ændrer sig stærkt mens kontrakten gælder, ønsker man så en ”overraskende kontrakt” eller en ”overraskende retspraksis”? Efterfølgende kan man så spørge om hvad der er *common sense*.

¹² Giuditta Cordero Moss: Lectures on Comparative Law of Contracts, s. 45 og 76.

Professor Johan Bärlund, Helsingfors universitet

Avslutande ord vid de 13 Nordiska förmögenhetsrättsdagarna i Helsingfors 8–10.5.2019

Kära nordiska vänner! De 13 Nordiska förmögenhetsrättsdagarna börjar lida mot sitt slut i och med att även tredje dagens sakprogram nu är avklarat. Tack till alla inledare, kommentatorer, panelister, moderatorer, sessionsordförande och alla som deltagit i debatterna. Dagarnas program har varit digert och vi har hört fascinerande inlägg och kommentarer. Jag tror att vi alla har lärt oss något nytt och har fått tankar och idéer som vi kan ta med oss hem. Vi har hört analyser om likheter och olikheter i nordisk rätt.

Thomas Wilhelmsson nämnde under första konferensdagen det s.k. Helsingforsavtalet från 1962. Avtalet innehåller artikel 4 enligt vilken de nordiska staterna ska eftersträva ”största möjliga överensstämmelse på privaträttens område”. Om jag nu reflekterar kring vad som sagts under konferensen, så kan jag konstatera att ingen har kastat fram tanken eller rekommenderat samnordisk lagstiftning över huvud taget. Gemensam lagstiftning skulle enligt min mening vara välkommen och min vision har varit att kanske vi akademiker kunde bidra med insatser för att få till stånd ny gemensam lagstiftning för de nordiska länderna. Det skulle vara riktigt spännande om vi kunde ena oss om något väl avgränsat område där det finns rum för ny nationell lagstiftning som kunde utarbetas och beredas gemensamt för de fem nordiska länderna.

Efter de nordiska förmögenhetsrättsdagarna för två år sedan utkom en fin publikation innehållande dagarnas föredrag. Vi har samma målsättning vid dessa dagar i Helsingfors. Alla inledare och kommentatorer kommer därför att bli kontaktade med en förfrågan om villighet att delta i publikationen.

Efter att sakprogrammet nu är slut följer ytterligare ett besök på vårt universitetsmuseum.

Nu återstår det för mig att förklara de 13 Nordiska förmögenhetsrättsdagarna avslutade. På allas vägnar uttalar jag mitt varma tack till våra kolleger i Bergen som har lovat arrangera följande Nordiska förmögenhetsrättsdagar 2021 i Bergen. Jag önskar er alla en trygg hemresa! På återseende i Bergen 2021 eller kanske före det på Nordiskt juristmöte på Island sommaren 2020.

Jag avslutar på samma sätt som vid början av konferensen: Länge leve det nordiska samarbetet på förmögenhetsrättens område!

NORDISKA FÖRMÖGENHETSRÄTTSDAGARNA 2019 /
PROGRAM

DE 13: E NORDISKA FÖRMÖGENHETSRÄTTSDAGARNA
I HELSINGFORS 8-10.5.2019:

**NYA TRENDER OCH BÄRANDE PRINCIPER
I DEN NORDISKA FÖRMÖGENHETSRÄTTEN**

Onsdag 8.5

Konferensrum: Lilla festsalen i Huvudbyggnaden

Ordförande: *professor Lena Sisula-Tulokas, Helsingfors universitet*

13.00–14.00 Registrering och lätt lunch utanför Lilla festsalen

Tema: Den juridiska metoden i blickfånget

14.00–14.15 Välkomstord / kort översikt över hur våra samarbetsprojekt

(Nordbok, nordisk databas, doktorandkurser, lärarutbyte) framskridit

Professor Johan Bärlund, Helsingfors universitet

14.15–15.45 Doktorandpresentationer (doktoranderna presenterar kort sitt ämne och lägger särskild vikt vid metod och rättskällor, 15 min., och därefter följer en diskussion på 15 min.)

- *Doktorand Henrik Jorem, Universitetet i Bergen*: Beskyttelsen av eiendomsretten i den europeiske menneskerettighetskonvensjonen
- *Doktorand Haddis Akbari, Uppsala universitet*: Överlåtelse av fast egendom – vilka krav bör ställas på överlåtelseprocessen?
- *Doktorand Morten Smedal Nadheim, Universitetet i Oslo*: Rettighetskollisjoner i immaterielle formuesgoder

15.45–16.15 Kaffe

16.15–17.45 Doktorandpresentationer

- *Doktorand Emilie Yliheljo, Helsingfors universitet*: Handel med utsläppsätter
- *Doktorand Jonatan Schytzer, Uppsala universitet*: Fordrans uppkomst såsom begrepp i förmögenhetsrätten

18.00–19.00 Keynote: Den nordiska juridiska metoden och rättskälleläran i vårt EU/EES-tidevarv

Kansler emeritus Thomas Wilhelmsson, Helsingfors universitet

19.00–21.00 Universitetets mottagning där universitetets kansler Kaarle Hämeri fungerar som värd, Lärarnas tidningssal, Huvudbyggnaden, gamla sidan

Torsdag 9.5

Konferensrum: Lilla festsalen i Huvudbyggnaden

Ordförande: *professor Ellen Eftestøl-Wilhelmsson, Helsingfors universitet*

Tema: Moral, etik och sunt förnuft i förmögenhetsrätten

09.00–10.45 Vilken roll spelar god sed inom olika branscher idag? (god advokatsed, god sportsmannased, god banksed osv.)

Inledare: *professor Hans Petter Graver, Universitetet i Oslo*

Kommentatorer: *professor Jori Munukka, Stockholms universitet, arbstlivsprofessor Tuomas Lehtinen, Helsingfors universitet och professor Palle Bo Madsen, Aarhus universitet*

Diskussion

10.45–11.00 Paus med kaffe

11.00–12.00 Avtalsvillkor om hållbar utveckling

Inledare: *adjunkt Katerina Mitkidis, Aarhus universitet*

Kommentatorer: *universitetsläraren Paula Klami-Wetterstein, Åbo Akademi och universitetslektor Claes Martinson, Göteborgs universitet*

Diskussion

12.00–13.00 Lunch

Ordförande: *biträdande professor Olli Norros, Helsingfors universitet*

13.00–14.00 Ny syn på osedliga avtal?

Inledare: *professor Hilde Hauge, Universitetet i Bergen*

Kommentatorer: *professor Torbjörn Ingvarsson, Uppsala universitet och professor Mads Bryde Andersen, Københavns universitet*

Diskussion

14.00–15.00 Ny syn på rättssubjektet

Inledare: *forskardoktor Visa Kurki, Helsingfors universitet*

Kommentatorer: *professor Johan Giertsen, Universitetet i Bergen och professor Joel Samuelsson, Uppsala universitet*

Diskussion

15.00–15.30 Kaffe

15.30–17.00 Medias ansvar när gränsen mellan sanning och lögn suddas ut

Inledare: *professor Mårten Schultz, Stockholms universitet*

Kommentatorer: *professor Päivi Korpisaari, Helsingfors universitet, professor*

Eiríkur Jónsson, Háskóli Íslands och professor Søren Sandfeld Jakobsen,

Aalborg universitet

Diskussion

18.30 Vandring till Södra hamnen

19.00 Festmiddag på NJK (<http://www.ravintolanjk.fi/se>)

Festföreläsning: *dekanus Pia Letto-Vanamo, Helsingfors universitet*

Musikaliskt inslag: *visartisten Henrik Huldén*

Ett norskt lärosäte torde inbjuda till NFD år 2021

Klädkod: mörk kostym

Fredag 10.5

Konferensrum: Lilla festsalen i Huvudbyggnaden

Ordförande: *biträdande professor Katri Havu, Helsingfors universitet*

Digitaliseringen av förmögenhetsrätten

9.30–10.45 Robotik, artificiell intelligens, skador och försäkringsrätten

Inledare: *professor Jessika van der Sluijs, Stockholms universitet*

Kommentatorer: *forskardoktor Anette Alén-Savikko, Helsingfors universitet, professor Tobias Mahler, Universitetet i Oslo och lektor Marie Jull Sørensen, Aalborg universitet*

Diskussion

10.45–11.00 Paus med kaffe

11.00–12.00 Blockchains inom olika rättsområden

Inledare: *professor Erik Røsæg, Universitetet i Oslo*

Kommentatorer: *professor Christina Ramberg, Stockholms universitet och professor Jukka Mähönen, Universitetet i Oslo och Helsingfors universitet*

Diskussion

12.00–13.00 Lunch

Ordförande: *professor Björn Sandvik, Åbo Akademi*

Amerikaniseringen av förmögenhetsrätten

13.00–14.20 Avslutande panel: Hur klarar sig den nordiska kommersiella rätten i en anglo-amerikansk business-verklighet?

Moderator: *professor Jan Kleineman, Stockholms universitet*

7 min. inlägg av kommentatorer: *professor Mads Bryde Andersen, Københavns universitet, professor Giuditta Cordero-Moss, Universitetet i Oslo, professor Eyvindur G. Gunnarsson, Háskóli Íslands, och juris doktor Nina Wilkman, Helsingfors universitet*

Diskussion

14.20–14.30 Avslutande ord

Professor Johan Bärlund, Helsingfors universitet

14.45–16.00 Besök på universitetsmuseet i Huvudbyggnaden

*Bilder från universitetets mottagning 8.5.2019,
där universitetets kansler Kaarle Hämeri fungerade som värd,
Lärarnas tidningssal, Huvudbyggnaden, gamla sidan*



Kansler Kaarle Hämeri, Helsingfors universitet



Bilder från festmiddagen på NJK 9.5.2019





Toastmaster var professor Ellen Eftestøl-Wilhelmsson, Helsingfors universitet.



Festföredraget hölls av dekanus för juridiska fakulteten Pia Letto-Vanamo, Helsingfors universitet.



Underhållningen stod trubaduren Henrik Huldén för.



Konferensbyrån



Från vänster till höger: konferenssekreterare Angelica Lindqvist, konferenssekreterare Niklas Ekström, generalsekreterare Janet Johansson, konferenssekreterare Karolina Lång och konferenssekreterare Alexander Eriksson, alla studerande vid juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet

ISBN 978-951-51-6440-7
HELSINGFORS 2020

