

Kommentarer till Bill Dufwas förslag om en nordisk skadeståndslag

Bill Dufwas båda artiklar "Upprop! För en mer konkurrensduglig nordisk skadeståndsrätt i den europeiska smältdegeln" (NFT 2/2007) och "En nordisk skadeståndslag?" (NFT 3/2007) har föranlett en rad kommentarer som visar att ämnet är angeläget att diskutera.

Här presenteras inlägg från Bertil Bengtsson, Ulf Bernitz, Mårten Schultz, Jessika van der Sluijs, Erland Strömbäck och Staffan Vängby.

De frågor som Bill Dufwa behandlat kommer att leva vidare och troligen bli alltmer trängande. Det är därför viktigt att debatten fortsätter. Nya inlägg välkomnas av NFT.

Bertil Bengtsson

Det finns naturligtvis starka skäl för ett enigt uppträdande av de nordiska ländernas representanter vid överläggningar om en europeisk skadeståndslag; här håller jag helt med Bill Dufwa. Jag skall nu inte gå in på frågan om man redan nu skall inrikta sig på att anpassa den nordiska modellen efter det utomnordiska synsättet; själv är jag inte entusiastisk, men det kan man ha delade meningar om. Vad som i alla händelser verkar tveksamt är om det är realistiskt att få de nordiska justitiedepartementen att inrikta sig på att åstadkomma en gemensam nordisk skadeståndslag. I stora drag har vi ändå liknande regler och samma synsätt, och det kan inte te sig särskilt angeläget att sätta till kostsamma och tidsödande utredningar för att åstadkomma en fullständig överensstämmelse mellan ländernas skadeståndslagstiftning. För övrigt kan man i så fall

knappast inskränka sig till de allmänna skadeståndslagarna utan får sannolikt också gå in på praktiskt viktig speciallagstiftning – delvis är även den ett uttryck för vårt speciella nordiska synsätt, fast dess detaljer kan variera i de olika nordiska länderna.

Om man ändå får räkna med att en gemensam skadeståndslag inom några år kommer att ersättas av ett EG-direktiv – alltså den utveckling Bill Dufwa befarar – måste projektet verka ännu mindre meningsfullt för de olika regeringarna.

Däremot finns det goda skäl till mera intensiva nordiska kontakter, både på departementsnivå och mellan akademiker, för att klargöra inställningen i de olika länderna och förbereda en gemensam ståndpunkt om det blir dags för skadeståndsdiskussioner inom EG.

Bertil Bengtsson är f.d. justitieråd och f.d. professor i civilrätt vid Stockholms och Uppsala universitet. Numera är han adjungerad professor vid Luleå Tekniska universitet.

Ulf Bernitz

Bill Dufwa har aktualiserat frågan om förnyad nordisk aktivitet på skadeståndslagstiftningens område för att skapa motvikt mot de europeiska enhetssträvandena, inte minst framlagda förslag till en för EU-länderna gemensam skadeståndslag.

Jag ser inte chanserna eller riskerna för att EU:s lagstiftningsmaskineri skulle försöka driva igenom ett sådant förslag till enhetlig europeisk skadeståndslag som särskilt stora. Karakteristiskt för EU-kommissionens sätt att arbeta med lagstiftning är ju att man går fram stegvis och var gång med ett klart reformfokus. Produktansvarsdirektivet var på sin tid ett gott exempel. Inom bolagsrätten och det civilrättsliga konsumentskyddet har EU tagit ett steg i taget och det finns numera på båda områdena ett tiotal olika direktiv, vart och ett inom sin särskilda sektor.

I den mån kommissionen skulle besluta att ta nya initiativ till lagstiftning på det skadeståndsrättsliga området är det därför mest sannolikt att man stannar för att välja ut sektorer där man finner nuvarande läge otillfredsställande från integrationssynpunkt och där man kan peka på ett reformbehov som man kan övertyga medlemsstaterna och Europaparlamentet om att det bör tillgodoses på EU-planen. Förespråkarna för de stora lagförslagen har det grundläggande problemet att man saknar en reformagenda annat än själva regel-förenhetligandet, främst efter tysk läst. På politiskt håll ser man detta sannolikt som en grundläggande akademisk exercis.

Detta hindrar dock inte att Bill Dufwa tagit upp något väsentligt, nämligen den allmänna passivitet som ofta präglar svenskt och nordiskt agerande i lagstiftningsfrågor på EU-planen. Man har många gånger ingen egen agenda utan avvaktar vad kommissionen gör och reagerar sedan på detta. Den taktiken ger

knappast så mycket utdelning i längden. Ett mer proaktivt agerande vore att välkomna.

Den nordiska personskaderrätten kännetecknas ju i internationellt perspektiv framför allt av sin anknytning till försäkringslösningar; något som ju särskilt von Bars förslag till skadeståndslag klart gått emot. Kan inte den rättsliga kopplingen skadestånd för personskada/försäkring vara en nordisk exportvara? Kollektiva försäkringslösningar på personskadeproblem bör ju rimligen kunna fungera väl också i andra länder. Här finns utrymme för kreativitet och nordiska initiativ som skulle kunna gagna både medborgare och näringsliv. Finns det t ex skadeståndsrättsliga regler eller motsvarande i andra EU-länder som verkar handelshindrande genom att försvåra eller omöjliggöra tillkomsten av försäkringslösningar av nordisk typ? I så fall bör man sätta ljuset på detta.

Ulf Bernitz
är professor i europarätt
vid Stockholms universitet.

Mårten Schultz

The world won't listen. Detta är inte bara en titel på en av 1900-talets bästa popskivor utan också en känsla som kan infinna sig i olika internationella sammanhang, även juridiska.

Bill Dufwa har i två artiklar i NFT beskrivit en viss besvikelse över hur de internationella samarbetena, närmare bestämt de europeiska samarbetena, på skadeståndsrättens område kommit att utveckla sig. Den särskilda synen på skadestånd och andra ersättningsformer som kännetecknar de nordiska länderna har inte fått den uppmärksamhet den förtjänar.

Det är lätt att instämma i denna åsikt. Det gäller kanske framför allt det första seriösa förslaget till en unifierad europeisk skadeståndsrätt, Principles of European Tort Law (hädanefter kort benämnda som Principerna), som tagits fram av en grupp akademiker genom ett mångårigt arbete. I Principerna kan det nordiska synsättet knappt skönjas alls.¹ Faktum är att den forskningsgrupp, European Group on Tort Law, som legat bakom verket inte verkat intresserade av de nordiska perspektiven över huvud taget. Det finns flera avslöjande indikationer på ointresset för Norden. Av alla hundratals referenser till olika rättsordningar i den slutliga publikationen finns bara en enda referens till svensk rätt – men det finns mängder av referenser till sydafrikansk och amerikansk rätt som stöd för de europeiska principerna. Principerna är översatta till en massa språk, inklusive kinesiska och koreanska. Men inte till något nordiskt språk! I forskningsgruppen som sådan fanns bara en nordisk representant (Bill Dufwa) av totalt tjugo personer – men det fanns två *amerikanska* representanter i den ”europeiska” forskningsgruppen! – och i den kommitté som utförde det slutliga arbetet med att skriva själva reglerna fanns det inte någon från Norden. I sak så finns det inte mycket till avtryck från den nordiska modellen i Principerna. Åtskilliga regler framstår som väldigt främmande för en nordisk tradition, ibland på gränsen till det provocerande.² I de europeiska principerna har det varit svårt att finna gehör för nordiska ideer, tydligen. Världen, här Europa, vill inte lyssna på Norden.

Nu kommer det i och för sig flera förslag inom kort och vissa av dessa kommer att ha en annan politisk makt bakom sig än Principerna. Snart kommer till exempel det betydligt mer intressanta förslaget från The Study Group on a European Civil Code – som kan få en auktoritativ uppbackning som Principles of European Tort Law saknar – och där finns det anledning att hoppas på en större ly-

hördhet för erfarenheter även från andra rättsordningar än de tillhörandes vad Donald Rumsfeld så famöst, och så osmidigt, kallade för ”the old Europe”. Vi kan i alla fall hoppas.

Arbetet med en privaträttsligt harmonisering är en delikat uppgift. Det kräver ett lätt handlag, stora öron (för att lyssna på alla röster) och nedtonade föreställningar om det egna rättssystemets relativa förträfflighet. För att de akademiska projekten skall kunna utgöra ett underlag för en mjuk konvergens av europeisk privaträtt krävs det som ett minimum att alla får komma till tals. ”No harmonisation without representation.”³ Principles of European Tort Law publicerades först och fick därmed ”first mover advantage”. Förslaget visar därför som ett avskräckande exempel på hur de komparativrättsliga strävandena i praktiken kan främja disharmoni snarare än harmoni i europeiseringsdiskussionen.⁴

I ett sådant läge kan det vara trösterikt att vända blicken mot de andra nordiska länderna. Det nordiska lagstiftningsarbete som medförde en harmoniserad lagstiftning på den allmänna förmögenhetsrättsens område är en av Nordismens höjdpunkter: Här åstadkom lagstiftningen verkligen, i ett vackert rättskulturellt samspel, en gemensam juridisk anda för de nordiska länderna. Och frågan är om inte harmoniseringssträvandena på skadeståndsrättsens område är de viktigaste aspekterna av denna försystring när vi nu kan se tillbaka på 1900-talet med viss marginal. Den skadeståndsrättsliga och försäkringsrättsliga lagstiftningens roll i uppbyggandet av välfärdsstaten – ja, *folkhemmet* – kan knappast överskattas. Välfärdsstatsideologin genomsyrar de nordiska rättssystemen, med sina finmaskiga – men inte kompletta – ersättningsrättsliga nät: Socialförsäkringarna; de fyra stora ersättningssystemen för arbetsskador, trafikskador, läkemedelsskador och patientskador; de privata försäkringar som i praktiken ofta garanterar ersättningar vid striktare ansvarsformer (principalansvaret och det rent

strikta ansvaret); de allmännas allt mer utsträckta ansvar. Och så skadeståndsrätten som navet i systemet, som normkälla och som moralisk kompass. Det är ett snillrikt system, med stora fördelar men även med nackdelar. Värderingar av detta slag blir just värderingar, beroende av vilka moraliska, politiska men även estetiska preferenser som man kan ha. Men oavsett vilka personliga åsikter man kan ha så tycks det finnas en samsyn om att systemet i stort har varit uppskattat och betydelsefullt.

Den nordiska modellen är något som jag tror många jurister verksamma i systemet, oavsett politisk åskådning i övrigt, i stort uppskattar eller i alla fall uppskattat. Det har emellertid även lett till en underskattning av skadeståndsrättens roll i det juridiska systemet till fördel för försäkringsrätten.⁵ En effekt av detta är att det personliga ansvaret har haft en mindre viktig roll än ekonomiska ersättningar till offret. Bra eller dåligt? Det beror på vem man frågar. Men en viktig aspekt av den gemensamma nordiska rättskulturen är det uppenbarligen.

Behöver då denna nordiska rättskultur på något vis manifesteras i en gemensam lagstiftning? Jag är inte så säker på det. Min egen uppfattning är att skadeståndsrätten lämpar sig ganska väl för att förbli i hög grad okodifierad. En gemensam nordisk lagstiftning som försöker att fånga in grundläggande begrepp genom definitioner och riktlinjer vore ett steg i fel riktning. Men en mindre detaljerad lagstiftning, då? Mer i linje med nuvarande skadeståndslag i Norden? Ja, det vore väl inte otänkbart. Jag har dock kanske svårt att se behovet.

Vad jag däremot ser ett uppenbart behov av är att fördjupa diskussionen om vad det är som är typiskt nordiskt i skadeståndsrätten och vilka av de faktorer som är typiskt nordiska som det finns anledning att värna om och vad som är umbärligt – även den nordiska skadeståndsrätten kan behöva en utgallring, tycks det mig.⁶ Vi kan inte längre sitta still och rulla

tummarna och vänta på de allt tyngre förslag rörande skadeståndsrättens unifiering som kan anteciperas. Vi måste göra våra röster hörda, t.ex. genom deltagande i internationella sammanhang och genom att presentera vårt system på språk som andra än skandinaver förstår. Här gör Bill Dufwa en välgärning, genom att peta oss andra på axeln och påpeka att det är dags att vakna. Nu måste vi börja engagera oss, om vi inte skall riskera att bli överkörda. Det är i sig ett budskap värt att lyssna på. Kanske börjar genom en sådan diskussion även världen utanför Norden att lyssna.

Noter

- ¹ European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law*, Wien/New York 2005. I denna korta kommentar inskränker jag mig främst till några referenser till mina egna alster. Jag är medveten om att det kan verka förmätet men jag har tidigare skrivit en hel del om dessa ämnen, och djupare, och vill i detta sammanhang bara kort referera till dessa.
- ² Värst härvidlag är kausalitetsprinciperna, som ger uttryck för s.k. probabilistiska kausalitetssynsätt vilka känns väldigt främmande för en svensk tradition. Se härom Mårten Schultz, *Kausalitet*, Stockholm 2007, passim. I rättvisans namn skall det väl sägas att probabilistiska kausalitetssynsätt känns lika främmande även i andra rättssystem.
- ³ Se om representationsaspekten Mårten Schultz, *Questioning the Questionnaire*, *Scandinavian Studies in Law* 50. (Under utgivning.)
- ⁴ Se härom Mårten Schultz, *Disharmonization*, *European Business Law Review* 2007. (Under utgivning.)
- ⁵ En överskattning av försäkringsrätten på bekostnad av skadeståndsrätten görs således enligt min mening t.ex. i Malou Larssons och Jessika van der Sluijs beskrivning av den skadestånds- och försäkringsrättsliga utvecklingen under hundra år, se Malou Larsson och Jessika van der Sluijs, *Eviga frågor inom skadestånds- och försäkringsrätt*, JT 2007/08, s. 54 ff.
- ⁶ Se för en preliminär genomgång av några sådana aspekter Mårten Schultz, *Analyze This! Some Swedish Reflections on the European-*

ization of Tort Law, *European Business Law Review*, 2/2004. Se härvid även, om den särskilda frågan om orsakskravet, denna tidskrift Mårten Schultz, *Kausalitetskriteriet i svensk skadeståndsrätt och det europeiska harmoniseringsarbetet*, NFT 3/2003, samt om vissa andra aspekter Mårten Schultz, *Brottslingar förtjänar inte skadeståndsrättens skydd*, SvJT 5/2007.

Jur dr Mårten Schultz är forskare vid Stockholm Centre for Commercial Law och undervisar bl.a. vid Juridiska institutionen, Stockholms universitet.

Jessika van der Sluijs

Det lätt att se fördelarna med en gemensam nordisk skadeståndslag och det är också lätt att låta sig entusiasmeras över ett projekt som syftar till att realisera en sådan. Under ett seminarium som hölls med anledning av Bill Dufwas upprop (publicerat i NFT 2/2007) uttryckte flera deltagare emellertid tveksamhet över departementens vilja att konkretisera ett sådant projekt. Kanske finns det anledning att ifrågasätta samarbetsviljan de nordiska länderna emellan. Sett mot bakgrund av arbetet med försäkringsavtalslagarna ser det tyvärr rätt mörkt ut.

Samtliga nordiska länder har reviderat sin ursprungliga lagstiftning på försäkringsavtalsrättens område. Arbetet påbörjades som ett nordiskt samarbete. Norge var först ut med en ny försäkringsaftalelov 1989. Finland antog sin nya försäkringsavtalslag 1993. Den finska försäkringsavtalslagen fick en helt annan struktur än den norska och detaljregleringen var också annorlunda. Nya svenska FAL trädde som bekant i kraft 2006, också den med egen struktur och detaljreglering.

Danmark valde att behålla sin ursprungliga lov om försäkringsaftaler från 1930, om än modifierad. Trots de goda förutsättningarna, nämligen att vi har en gemensam rättskultur, att de ursprungliga försäkringsavtalslagarna var i stort sett likalydande, att arbetet med ny försäkringsavtalslagstiftning påbörjades som ett samnordiskt initiativ, att försäkringsmarknaden till stora delar är gemensam samt att alla aktörer har varit uppmärksamma på rättsutvecklingen i grannländerna misslyckades den nordiska satsningen. Idag är den nordiska försäkringsavtalslagstiftningen splittrad, både i struktur och i detaljer. Det förefaller som man någonstans under arbetets gång helt förlorat strävan efter en samnordisk lösning, och det kanske finns anledning att befara att ett gemensamt lagstiftningsarbete på skadeståndsrättens område skulle gå samma öde till mötes.

Icke desto mindre skulle det vara värdefullt att utreda vilka de skadeståndsrättsliga likheterna och olikheterna länderna emellan egentligen är. I detta sammanhang kan två syften med en sådan utredning lyftas fram: genom att identifiera de likheter som redan finns är det för det första möjligt att gentemot Europa anta en enad front kring dessa. För det andra skulle en sådan utredning kunna utgöra en grund för ett samnordiskt angreppssätt gällande framtida skadeståndsrättsliga frågeställningar.

Jur dr Jessika van der Sluijs är forskare vid Stockholm Centre for Commercial Law.

Erland Strömbäck

Det är ett beundransvärt arbete som vetenskapsmännen i Europa utfört, särskilt då Bill Dufwas insatser, ofta i stark motvind. Ingen annan svensk kan utföra motsvarande prestationer. Den diskussion som arbetsresultaten för med sig är ovärderlig – skadeståndsrätten skall inte få sova i frid.

Men det är omöjligt att acceptera att vi i vårt land skulle överge de positioner som vi i dag har uppnått när det gäller ersättning vid personskada. Vi har ett unikt samspel mellan skadeståndsrätt och försäkring, som kunnat åstadkommas just därför att vi övergett många av de skadeståndsrättsliga dogmer som är förhärskande i övriga Europa.

Personskadeskyddet hos oss är i många avseenden radikalt, om man förutom skadeståndslagen inkluderar trafikskadelagen, patientskadelagen och produktansvarslagen, liksom trygghetsförsäkringen och läkemedelsförsäkringen. Allt är resultatet av ett mångårigt, mödosamt och målmedvetet arbete, där kloka praktiker åstadkommit lösningar som ger ett mera heltäckande skydd än i andra länder.

Betingelserna för denna utveckling har varit goda. Några särskilda faktorer kan framhållas:

- Många gamla invanda dogmer har fått stryka på foten. Exempelvis preventionen som motiv för behovet att räkna med vållande och medvållande, vidare den invecklade läran om rättsstridighet, och en hel del annat traditionellt tankegods.
- Vi har lärt oss att utnyttja försäkring för att få liv i en tidigare förstelnad och dåligt fungerande skadeståndsrätt.
- Vi har en socialförsäkring och även andra allmänt verkande ersättningsanordningar som tar hand om en mycket stor del av

ersättningen för ekonomiska förluster, och detta i stort sett utan regressrätt mot en skadeståndsskyldig.

- Vi har haft tillgång till såväl praktiskt konstruktiva hjärnor som organisationer och korporationer som insiktsfullt kunnat medverka till enkla och adekvata lösningar för olika kategorier av skadelidande.

Idén att försäkra ett avtalat åtagande att betala skadestånd oavsett vållande var mycket radikal när den lanserades, men blev grunden för trygghetsförsäkringen, patientförsäkringen och läkemedelsförsäkringen. Nu tar vi den för given, och den möjliggör skadeståndsrättslig ersättning i ett oändligt mycket större antal skadefall än om vållandeprincipen i sin traditionella form fått fortsätta att härska. Trygghetsförsäkringen omsluter i dag ca 12 miljarder kr per år för personskador, huvudsakligen kompletterande ersättningar utöver samordningsförmånerna.

Lagstiftat strikt ansvar är ju också ett slags åtaget skadeståndsansvar. Lagstiftaren har här agerat som de skadelidandes ombud och skärpt ansvaret att gälla oberoende av vållande. Trafikskadelagen exempelvis är ju fortfarande efter över tre decennier ledande i Europa när det gäller förenklat skadeskydd vid personskada i trafiken.

Bill Dufwa konstaterar att den svenska modell som byggts upp på detta sätt inte fått spridning i Europa. Förklaringen är att de gynnsamma betingelser och den djärvhet och konstruktionsförmåga som funnits i vårt land inte har motsvarighet på andra håll. Man har helt andra tänkesätt, särskilt när det gäller behovet av prevention genom skadestandsreglerna.

Det är otänkbart att vi skulle backa från det nuvarande läget i vårt land för att medverka i en gemensam europeisk skadeståndsrätt. Ty backa skulle vi med säkerhet få göra. Bill Dufwas erfarenheter talar sitt tydliga språk.

Att ha enhetliga regler i länderna är visserligen till fördel i ett antal tänkbara fall, men denna fördel väger lätt i jämförelse med vad vi har uppnått till de skadelidandes bästa.

Redan en harmonisering mellan de nordiska länderna som ett första steg kan bli problematisk, även om överensstämmelserna på personskadeområdet är betydande. Skillnaderna är troligen tillräckligt många och djupgående för att vålla diskussioner där var och en av länderna antagligen i första hand skulle hålla på sitt. Låt oss gärna göra en förberedande analys av likheter och olikheter, så ser vi klarare på problemen. Vi märker då säkert också en del brister som behöver åtgärdas i vår egen skadeståndslag, som inte är fullkomlig.

Den som på mitt sätt försvarar det bestående låter gärna som en gammal stofil. Men det bestående gamla är i detta fall det nya och radikala, som andra länder borde ta efter, och därmed lämna det moras av skadeståndsdogmer som visat sig hindrande för en förbättring av de skadelidandes situation.

Erland Strömbäck
är f.d. vice VD i Folksam

Staffan Vängby

Det är osannolikt att EU under överskådlig tid kan anta en gemensam allmän skadeståndslag. Vad man som mest kan förvänta sig – utöver vad som enligt Bryssel I-förordningen redan gäller om jurisdiktion, erkännande och verkställbarhet – torde vara regler om lagvalet. Däremot är det naturligtvis mycket möjligt att det kommer direktiv eller förordningar som rör skadestånds- eller försäkringsfrågor av betydelse för den fria rörligheten, t.ex. när det gäller trafikskador.

Det är en utmärkt idé att upprätthålla en beredskap för nordisk samverkan vid ett europeiskt lagstiftningsarbete beträffande sådana mera specifika frågor. Eftersom det inte säkert kan förutses vad som närmast blir aktuellt är det en bra utgångspunkt att låta det nordiska samarbetet avse vilka *principer* som bör läggas till grund för nordiska ståndpunkter vid ett europeiskt lagstiftningsarbete rörande skadeståndsfrågor i allmänhet.

Däremot bör det av flera skäl inte komma i fråga att försöka åstadkomma en allmän nordisk skadestånds- eller försäkringslagstiftning. Det skulle ta alldeles för stora resurser i anspråk, resurser som bör reserveras för det europeiska lagstiftningsarbetet. Dessutom lär tre nordiska EU-medlemmar, alla ganska små länder, inte isolerade kunna åstadkomma särskilt mycket inom det europeiska samarbetet. För att vinna gehör för de nordiska synpunkterna lär dessa länder behöva liera sig med någon av EU:s stormakter. I hithörande frågor synes de bästa förhoppningarna kunna fästas vid Frankrike. Att då från början binda sig för några definitiva nordiska ståndpunkter förefaller vara en misslyckad taktik.

Från dessa utgångspunkter synes de slutsatser som Bill Dufwa redovisar i sin uppsats vara korrekta och de metoder som han förordar för det fortsatta arbetet kan varmt tillstyrkas.

Staffan Vängby
är f.d. justitieråd.

Bo von Eyben

Bill Dufwas manende opfordring til nordisk sammenhold og modstand mod et forventet angreb fra syd – i form af EU-initiativer til at gennemføre en fælles europæisk erstatningsret – rejser i første række spørgsmålet, om der foreligger en reel trussel om, at EU vil gennemtvinge en harmonisering på dette område.

Ud fra en rent dansk synsvinkel kunne man nøjes med at svare: Nej, Danmark kan ikke påtvinges en fælles europæisk erstatningsret på grund af det danske forbehold vedrørende deltagelse i samarbejdet om retlige og indre anliggender, som bevirker, at dette samarbejde kun foregår på mellemstatsligt niveau. Men dette svar er naturligvis ikke tilstrækkeligt – dels fordi vi bliver nødt til at forholde os til en eventuel harmonisering i de øvrige lande (herunder de nordiske), dels fordi det danske forbehold formentlig må forventes at blive afskaffet på et tidspunkt.

Men rent bortset herfra tror jeg ikke på, at truslen er reel. En ting er, at nogle akademiske grupper sætter sig sammen og forsøger – på komparativt grundlag – at formulere nogle almindelige principper om retstilstanden og retsudviklingen på et givet område. Et sådant arbejde kan – hvis det bedrives på tilstrækkeligt kvalificeret måde og tager tilbørligt hensyn til eksisterende forskelle mellem de lande, der inddrages i undersøgelsen – have betydelig interesse og værdi, herunder som inspirationsgrundlag for eventuelle reformer på nationalt grundlag. Noget ganske andet er at gennemtvinge en fælles lovgivning, som ned i detaljer fastlægger, hvordan retstilstanden skal være i de berørte lande. Det rejser nogle grundlæggende problemer, som de foreliggende harmoniseringsinitiativer ikke løser.

For det første: Hvad er egentlig formålet

med harmonisering? Man undgår ikke det indtryk, at det på dette område drejer sig om harmonisering *for dens egen skyld* – altså for selve dette at fremme en idé om europæisk retsenhed (en genoplivning af *jus commune* eller noget i den stil). Erstatningsretten har ikke *i sig selv* et internationalt perspektiv – det har kun tilgrænsende spørgsmål som f.eks. om lovvalg, anerkendelse og fuldbyrdelse af domme, etc., men det er jo ikke særegent for erstatningsretlige krav. Der kan selvsagt også være spørgsmål om grænseoverskridende aktiviteter på særlige områder (f.eks. trafik og miljø), men i forhold til den almindelige erstatningsret er det ikke et problem *i sig selv*, at man vil blive undergivet andre regler end sit eget lands, hvis man f.eks. forvolder eller lider skade i et andet land.

For det andet: Er formålet kodifikation eller reform? For de grundlæggende erstatningsretlige principper kan der næppe være tale om andet end kodifikation, fordi de jo i forvejen er – mere eller mindre – fælles for landene. Det er imidlertid svært at se fordelene ved, at disse principper bliver nedfældet i en lovgivning – og det er i og for sig uafhængigt af, om det er en harmoniseringslovgivning eller en rent national. Dette gælder f.eks. den almindelige culperegulering og reglerne om kausalitet og adækvans. En sådan lovgivning bliver i bedste fald en samling intetsigende principper og i værste fald en bremse for fleksibilitet i retsanvendelsen. Især lande, som lægger stor vægt på denne fleksibilitet (common law-lande), vil vende sig imod et sådant initiativ. Formuleringen af disse principper i European Group on Tort Law (herefter EGTL) er desuden præget af, hvad der (for os) er fortidige tankebaner, f.eks. brugen af en bonus-pater målestok og et påregnelighedskriterium i adækvansbedømmelsen. Det gør måske ikke i sig selv nogen skade – men det gavner i hvert fald ikke. Det samme gælder formuleringen af

princippet om “fuldstændig erstatning”. Det bekender (stort set) alle sig til i forvejen, men kendsgerningen er jo, at det alligevel udmønter sig i meget forskellige erstatningsudmålinger (især ved personskade) i de forskellige lande. Dette kommer man derfor ikke til livs blot ved at lovfæste princippet. Hvis man vil ændre på det, bliver man nødt at gå videre med reguleringen end blot til at formulere princippet, men i så fald forlader man kodifikationen og bevæger sig uundgåeligt over i en reform – og først da opstår det egentlige problem: Hvad skal reformen så gå ud på?

Dermed er vi inde på det tredje problem: Hvis man ikke nøjes med harmløs – og dermed også perspektivløs – principformulering, bliver det afgørende spørgsmål, hvilken “fællesnævner” reguleringen skal indrettes efter. Skal det være et slags gennemsnit af, hvad der i forvejen gælder i landene, eller skal det være de lande, der er gået længst – eller det modsatte? Skal harmoniseringen være total, eller skal den blot være et minimum? En harmonisering af erstatningsretten kan ikke undgå sådanne problemstillinger. Tag f.eks. blot spørgsmålet om objektivt (strikt) ansvar. EGTL formulerer således en regel om objektivt ansvar for farlig bedrift. Det er selvsagt ikke et problem for lande, der i forvejen opererer med et sådant (ulovbestemt) ansvar, men for lande, der ikke gør det, vil der næppe være forståelse for, at det skal indføres (blot) for harmoniseringens skyld, idet det rejser grundlæggende retspolitiske problemer. Lande, der i forvejen har et videregående, ulovbestemt objektivt ansvar, kan omvendt trøste sig med, at EGTL’s forslag ikke udelukker dette, men så er der jo ikke tale om (total)harmonisering.

For det fjerde: Det lader sig ikke gøre at regulere erstatningsretten *isoleret*, uanset om målet er kodifikation eller reform. Bill Dufwas hovedindvending mod de foreliggende forslag (især EGTL) er, at de ikke tager hensyn til forsikring og derfor – ud fra et nordisk

perspektiv – betegner et stort tilbageskridt i forhold til vore bestræbelser på at sætte forsikring i erstatningsansvarets sted. Jeg vil gå et skridt videre: Ud fra *ethvert* perspektiv er en regulering, der ignorerer forsikring, uegnet, fordi man under alle omstændigheder er nødt til at forholde sig til koordinationen mellem erstatning og forsikring. Den eneste antydning af en regulering herom i EGTL-forslaget er en regel om, at der ved erstatningsudmålingen skal tages “hensyn til” ydelser (“benefits”), som den skadelidte opnår i anledning af skaden, medmindre det er uforeneligt med formålet med ydelsen. En sådan regel er imidlertid ganske utilstrækkelig til at regulere de komplekse problemer om koordination mellem erstatning og forsikring samt anden kompensation. Opstilling af et generelt princip om “fuldstændig” erstatning (jf. ovenfor) giver i virkeligheden ingen mening, hvis der ikke samtidig gives anvisninger på, om erstatningen skal udmåles efter bruttotabet eller det nettotab, som bliver tilbage efter dækning fra anden side (være sig forsikring eller – ved personskade – sociale ydelser m.v.). Dette er et langt væsentligere problem end selve princippet for erstatningsfastsættelsen, og ethvert forsøg på harmoniseret regulering heraf vil møde store vanskeligheder, især på personskadesområdet, bl.a. fordi de sociale sikringsordninger er organiseret vidt forskelligt i landene (jf. herved mine bemærkninger i PEO-PIL’s rapport “Personal Injury Compensation in Europe”, 2003, s. 102 f). Disse problemer løses ikke ved, at man ignorerer dem – eller ved en intetsigende regel som den nævnte. Hertil kommer, at man heller ikke kan undgå at tage stilling til spørgsmålet om regres (selv om EGTL-forslaget gør dette), som vil være lige så kontroversielt – ikke mindst på grund af den nævnte forskel i organiseringen af den sociale sikring (skattefinansierede sociale ydelser ctr. arbejdsgiverbidrag til halvoffentlige sikringsordninger).

Det følger af det anførte, at man ikke behøver at anlægge et specifikt nordisk perspektiv for at være modstander af de foreliggende harmoniseringsinitiativer. Allerede derfor tror jeg ikke på, at der er nogen overhængende risiko for, at de skulle blive gennemført. Men heraf følger også, at Norden ikke bør besvare disse initiativer med et "modspil" i form af en nordisk erstatningslov – ikke alene, fordi det således ikke kan anses for nødvendigt, men også – og navnlig – fordi det ikke er hensigtsmæssigt. Et sådant modspil ville i virkeligheden ud fra det ovenfor anførte være delvist selvmodsigende. Trods det betydelige slægtskab mellem erstatningsretten i de nordiske lande vil en rent nordisk harmonisering møde præcis samme overordnede problemer som en fælleseuropæisk. Lighederne mellem de nordiske lande kan ikke overskygge, at der i centrale spørgsmål er afgørende forskelle (f.eks. norsk rets videregående principper om ulovbestemt objektivt ansvar, svensk rets særligt restriktive indstilling til erstatning for rent formuetab og dansk rets regler om standardiseret udmåling af erstatning for personskade). Det er ikke nogen tilfældighed, at tankerne om en fællesnordisk erstatningslovgivning i 1960'erne ikke førte til noget resultat. Efter den (delvise) lovregulering, som derefter blev gennemført i samtlige nordiske lande, er harmoniseringsproblemet ikke blevet mindre, snarere tværtimod: Hvert land vil sikkert i dag finde, at *behovet* herfor er blevet mindre, fordi man nu har indrettet sig efter den gennemførte lovgivning. Jeg kan bedst illustrere dette med mine erfaringer fra et udvalgsarbejde om revision af den danske erstatningsansvarslov, hvor det i kommissoriet var fremhævet, at målet for revision af reglerne om udmåling af erstatning for personskade skulle være, at erstatningsbeløbene skulle være "i god overensstemmelse med erstatningerne i andre EU-lande og de øvrige nordiske lande" (Betænkning nr. 1383/2000 s. 12). Ud fra denne mål-

sætning foreslog jeg en række ændringer i de danske regler, som navnlig ville gøre erstatningerne mindre standardiserede og dermed tilnærme dem mere til reglerne i andre lande (jf. betænkningen s. 137 f og 149 f), men jeg stod lige så alene med disse forslag, som Bill Dufwa er stået med sine i de europæiske arbejdsgrupper. Alle andre i udvalget mente, at den danske lov var fortræffelig, at sammenligninger med erstatningerne i andre lande var vanskelige og irrelevante, og at der derfor ikke var nogen grund til at ændre grundlæggende på det danske system (jf. betænkningen s. 43 f). Revisionen af loven blev herefter gennemført uden nogen som helst diskussion af det internationale perspektiv. Så meget des mindre kan man forvente, at det vil gøre noget indtryk på Justitsministerium eller politikere, om sådanne forslag blev fremført fra akademisk side. De ville efter al sandsynlighed højst kunne påkalde sig akademisk interesse.

Hertil kommer, at det, der i dag fremtræder som det måske væsentligste særtræk ved de nordiske lande, snarere er den udvikling, der har fundet sted *uden for* den "egentlige" erstatningsret i form af indførelsen af særlige erstatningsordninger, hvor erstatning ydes gennem "fritstående" forsikringsordninger og lign., ubundet af almindelige erstatningsretlige regler om ansvarsgrundlag m.v. (patientforsikring, lægemiddelskadeforsikring, tryghedsforsikring m.v.). Hvis opretholdelsen (og eventuelt videreførelsen) af sådanne ordninger skulle blive hindret af en totalharmonisering, som skruede udviklingen tilbage og låste den fast på et erstatningsretligt grundlag, ville der virkelig være grund til modstand – men jeg ser intet i f.eks. EGTL, som peger i den retning. Det er således næppe her, faren ligger, men snarere i harmoniseringsregler på specifikke områder, som ved totalharmonisering kan blokere for sådanne, videregående nationale ordninger. Eksempelvis var EU's produktansvarsdirektiv til hinder for en dansk

lovgivning om en lægemiddelforsikringsordning, finansieret af lægemiddelbranchen, hvorfor resultatet blev en *stats*finansieret ordning (om end med regresadgang i tilfælde af produktansvar) – hvilket naturligvis ikke er optimalt. Nogen må have sovet i timen, da det direktiv blev gennemført. Midlet herimod er derfor heller ikke her, at Norden harmoniserer sine særordninger, men at man er vågen over for EU-harmoniseringstiltag, som er unødvendigt “totale” og dermed blokerende for udviklingen i de enkelte lande.

Selv om disse særordninger er – mere eller mindre – fælles for de nordiske lande, frembyder den måde, hvorpå de gennemført, så store forskelle, at en præsentation af “den nordiske model” i form af nordisk harmonisering også på dette område indebærer en risiko for, at arbejdet vil komme til at fokusere mere på forskelle i detaljer end på ligheder i hovedprincipper. Det bør man derfor ikke bruge kræfterne på. Opgaven må i stedet være at forsøge at sprede vort hovedbudskab til det øvrige Europa om, at disse ordninger faktisk har været i stand til at løse erstatningsproblemerne på de berørte områder langt bedre, end de erstatningsretlige kunne og kan – således som det f.eks. blev forsøgt i forbindelse med AIDA’s verdenskongres i 2002 i form af en fællesnordisk rapport om “Alternative Compensation Mechanisms for Damages” (ud-

givet af den danske AIDA-afdeling i 2001). En principdebat om denne udvikling var endvidere genstand for drøftelse i en fællesnordisk rapport (“Udviklingen af reglerne om erstatning for personskade”, 1989) som oplæg til en konference og en videre debat; konferencen blev afholdt – men debatten udeblev. Risikoen ved en debat, der holder sig på det principielle plan, er naturligvis, at den ikke er tilstrækkeligt operativ, men omvendt viser erfaringen, at en debat om detailreformer let lider skibbrud, fordi den uvægerligt fører tilbage til grundlæggende problemstillinger, som er uafklarede.

Så: Naturligvis skal de nordiske lande fremføre deres holdninger og erfaringer – ikke i form af en fællesnordisk lovgivning, men ved oplysning og argumentation på alle niveauer og i alle relevante fora (akademiske, politiske, embedsmandsmæssige). Udvikler de foreliggende initiativer sig til en slags europæisk “Restatement” af erstatningsretten, bør vi derfor også forsøge at få den til at afspejle nordiske synspunkter (selv om det åbenbart er svært), således at den i bedste fald kan inspirere andre lande ved nationale reformer. Men hvis det øvrige Europa ikke vil lytte, er det mest synd for dem.

Bo von Eyben är professor i retsvidenskab ved Juridisk Fakultet på Københavns Universitet.