

Frey Nybergh

RÄTTEN TILL TJÄNSTER
I INFORMATIONS- OCH
KREDITSAMHÄLLET

En rättsdogmatisk undersökning om tillgången till
infrastrukturen för handeln, särskilt banktjänster

RÄTTEN TILL TJÄNSTER I INFORMATIONSS-
OCH KREDITSAMHÄLLET



.....
SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA

A-sarja N:o 256

PUBLIKATIONER AV SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

Serien A Nr 256

.....
Frey Nybergh

Rätten till tjänster i informations- och kreditsamhället

En rättsdogmatisk undersökning om tillgången till
infrastrukturen för handeln, särskilt banktjänster

Akademisk avhandling som med tillstånd av Juridiska fakulteten vid
Helsingfors universitet framläggs till offentlig granskning i lilla festsalen
i universitetets huvudbyggnad lördagen den 11 september 2004 kl. 10

TIIVISTELMÄ SUOMEKSI
WITH AN ENGLISH ABSTRACT

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS
HELSINKI • HELSINGFORS

Julkaisuvaliokunta

Raimo Lahti, puheenjohtaja

Markku Helin

Mika Hemmo

Risto Nuolimaa

Lea Purhonen, sihteeri

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-532-5

© 2004 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Frey Nybergh

ISSN 0356-7206

ISBN 951-855-231-2

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2004

*Till minnet av min farfar justitierådet,
doctor iuris honoris causa
Gunnar Nybergh*

Förord

Forskning i rättsvetenskap kan liknas vid segling och i synnerhet kappsegling. En kappsegling börjar ofta med kryss, dvs. man seglar snett mot vinden så att vinden först kommer mot den ena sidan och sedan mot den andra sidan av båten. Vändningarna med fören mot vinden kallas att gå över stag eller i kort form slag.

Om seglingen börjat med en krysstart ligger det första vändmärket på banan rakt mot vinden. Det finns två grundläggande taktiska sätt att välja emellan. Man kan segla så att man tar det ena slaget först och när man tror sig komma fram till märket på följande slag går man över stag. Då tar man en stor risk i fall vinden vänder. Det kan hända att man blir tvungen att segla en längre väg än vad konkurrenterna gör.

Ett annat sätt att gå till väga är att slå ofta i synnerhet om vinden pendlar. Det är ett vanligt meteorologiskt fenomen att vinden inte konstant blåser precis från samma håll. Ofta vrider den fram och tillbaka en aning. Om man som man säger slår på vindskiftena kan man sträva efter att minimera den sträcka man blir tvungen att segla för att nå märket. Detta förutsätter att man befinner sig på rätt ställe av banan när vinden vrider. Om man vill vara säker på sin sak förutsätter det lokalkännedom och kunskaper i meteorologi som kan omsättas i praktiken då man iakttar de lokala väderfenomenen.

När man väljer vilka risker man tar får man bedöma om det lönar sig att segla konservativt, dvs. om man skall hålla sig inom en smal sektor från märket sett så att man alltid kan slå då ett skifte föranleder det, eller om man vill ta stora risker och gå ut på den ena sidan av banan och vänta sig att man skall vinna stort när vinden borde vända på ett fördelaktigt sätt i förhållande till ens läge. Om man glömmet bort sig med att segla så fort som möjligt med ett ypperligt segeltrim och gott rorsmanskap kan det hända att man förseglar sig, dvs. seglar förbi den tänkta linje som utgör den kurs som leder till märket på det sista slaget. I så fall måste man segla en lägre kurs i förhållande till vinden än en krysskurs vilket innebär förlängd väg till märket. Analogt gäller liknande lagbundenheter då vinden kommer från sidan eller akterifrån.

För ett framgångsrikt kappseglingsprojekt krävs det att många olika uppgifter bemästras: projektledningskunskande, tekniskt, taktiskt och meteorologiskt kunskande samt ledningsförmåga ombord på båten. Det är sällan fråga om att endast en person har allt detta kunskande och projekten består därför ofta av flera personer.

Seglingstävlingar hålls på korta banor, havsbanor eller t.ex. över Atlanten

eller runt jorden. Projekten och det engagemang de fordrar ser mycket olika ut beroende på vad man ger sig in på. Ett av de mest krävande kappseglingsprojekt man överhuvudtaget kan ge sig in på är ensamsegling runt jorden. Vid vissa tävlingar får man ta emot råd från land genom telekommunikationer. Det finns ett slag av särskild hjälpreda som på franska kallas "routeur", dvs. en person som med meteorologiskt kunnande och kappseglingskunnande samlar kunskap och sedan analyserar fram vilken kurs det lönar sig att hålla för att snabbast och tryggast komma runt banan. Ensamseglingen sker endast fysiskt i ensamhet, bakom varje projekt finns flera engagerade människor.

Talesättet "It takes a whole village to raise a child" blev för en tid sedan känt i ett annat sammanhang och det sägs härstamma från Afrika. Applicerat på detta sammanhang kommer man till att det behövs ett forskarsamfund för att ta fram en doktorsavhandling.

Med stöd av ovanstående går det lätt att dra den slutsatsen att eventuella goda sidor i denna avhandling inte enbart kan tillräknas författaren. Men liksom skepparen på en båt som har det yttersta ansvaret svarar jag för de tillkorta-kommanden som kommer att uppdragas av vetenskapssamfundet.

Jag har haft förmånen att utföra arbetet på institutionen för privaträtt vid Helsingfors universitet. I spontana diskussioner med många av kollegerna har jag haft möjlighet att tänka högt och få mina idéer testade.

Den person som har styrt mig in på rättsvetenskapens kappseglingsbana är professor Thomas Wilhelmsson. Han har inte bara låtit det bli därvid utan även fungerat som handledare för denna avhandling och projektledare i det s.k. HYS-projektet som finansierats av Finlands Akademi. Projektet var av avgörande betydelse för detta arbete genom att jag på seminarier och en internationell konferens kunnat presentera vissa idéer i ett tidigt skede. Visserligen tog det slut redan 1998, men verkningarna av det kommer ännu i form av denna avhandling.

Det uppstod också en särskild sparringgrupp antagligen på grund av att det såg ut som om jag i ett visst skede satt i "bleke" med slående segel i dödsjö. Jag riktar mitt tack till professor Lena Sisula-Tulokas, professor (tjänsteförhållande på viss tid) Johan Bärlund och forskaren Casper Herler som tillsammans med Thomas på ett engagerat sätt bidragit till att jag lyckades få vinden in från rätt håll igen.

Professor Ulf Bernitz har vänligen åtagit sig uppdraget som den ena förhandsgranskaren och opponenter och jag tackar honom för de råd han gett mig. Jag tackar också professor Heikki Halila som i egenskap av den andra förhandsgranskaren delgivit mig många tänkvärda kommentarer. Kommentarer som både varit allmänna och detaljerade visar att han med ett stort engagemang gått in för uppgiften och jag har försökt beakta dem i finslipningen. Jag har också haft förmånen att få mitt manuskript kommenterat av min kollega sedan länge, docent Tapani Lohi.

I egenskap av forskare med omfattande civilrättsligt kunnande har han gett mig värdefulla synpunkter på vad som kunde förbättras och jag tackar honom för det.

Min far justitierådet Björn Nybergh har också offrat mycket möda med att läsa olika manuskriptversioner och slutligen den version som varit föremål för förhandsgranskning. Jag tackar för alla de skrivfel och otydliga eller felaktiga uttryckssätt som avslöjats liksom även för de innehållsliga kommentarer som föranlett ytterligare bearbetning av texten.

Dessa tack riktar sig till dem som bistått mig med "routeur"-tjänster. Utöver denna hjälp finns det också den ekonomiska sidan. Jag har under den tid som detta projekt varat haft förmånen att sköta olika tjänster vid institutionen för privaträtt. Även i egenskap av forskare har jag kunnat utnyttja institutionens faciliteter. Forskningsperioderna har finansierats av följande finansiärer som jag riktar mitt tack till: E.J. Sariolan Säätiö, Ella och Georg Ehrnrooths stiftelse, Eugen Schaumans Fond vid Stiftelsens för Åbo Akademi, Helsingfors stads forskningsstipendium, Jenny ja Antti Wihurin rahasto, Oskar Öflunds Stiftelse, Osuuspankkiryhmän Kyösti Haatajan Säätiö och Svenska Kulturfonden. Finansieringen har möjliggjort att jag förutom en ett års period i HYS-projektet även kunnat vara tjänstledig från lärartjänsterna vid institutionen för att på heltid kunna föra arbetet vidare.

Jag har också haft förmånen att sedan våren 1999 tidvis idka praktiskt inriktat författarskap såsom deltidsföredragande vid högsta domstolen i de s.k. Ålandsärendena. Uppgiften har inneburit skrivövningar som jag har upplevat som nyttiga även för det vetenskapliga skrivandet. Jag har dessutom genom detta engagemang så att säga fått åtnjuta en kurs i EG-rätt som i stort sett saknades i den grundexamen som jag avlade 1987. Jag tackar särskilt justitierådet Gustav Bygglin som introducerat mig i den konkreta världen med tolkning av självstyrelselagen för Åland i enskilda situationer, EG-rätt och minimalistiskt uttryckssätt.

Det har på senare år till följd av marknadsorienteringstendenser skett förändringar på förlagsfronten. Av denna orsak verkade det svårt att finna en förläggare till denna bok. Jag riktar därför mitt stora tack till Suomalainen Lakimiesyhdistys (Finska Juristföreningen, FN:s översättning) som tagit ett symboliskt steg genom att uppta denna bok i sin anrika och etablerade A-Serie. Förlagsredaktör Pipsa Kostamo har på ett tillmötesgående sätt tagit hand om min bok för vilket jag tackar henne. Detta är den första svenskspråkiga boken i denna serie och härigenom finns det en gemensam serie för vetenskapliga verk från denna rättskultur. Även boktryckeriet Gummerus Kirjapaino Ab har på ett effektivt sätt skött tryckningen av boken.

Det projekt som nu är slutfört har till det yttre sett sig som en ensamsegling några varv runt jorden. Det finns många inblandade utöver de uttryckligen nämnda som jag också vill rikta mitt tack till. Det behövs alltså till och med mera än ett forskarsamfund för att vårda och uppfostra en forskare så att en doktorsavhandling kommer till.

FÖRORD

Att skriva en doktorsavhandling är ett val av livsstil som går att jämföra med t.ex. företagsverksamhet i form av långa dagar och i viss mån en sammanblandning av arbete och fritid. Detta har min familj, min hustru Nina och våra barn Thomas, Charlotta, Susanne samt Anna, inte kunnat undgå att leva med. De har också dagligen effektivt återkallat mig till det konkreta livet.

I huvudsak har jag kunnat beakta material som publicerats före den 31.12.2003. I vissa fall har jag försökt beakta även material som utkommit under våren 2004.

Helsingfors den 9 juli 2004

Frey Nybergh

Innehåll

FÖRORD	VII
INNEHÅLL	XI
KÄLLOR	XVI
Litteratur	XVI
Offentligt tryck	XXXIV
Dagstidningar och tidskrifter	XLIV
EG-RÄTTSAKTER OCH NATIONELLA FÖRFATTNINGAR	XLVII
FÖRKORTNINGAR	LII
1 INLEDNING	1
1.1 Allmänt	1
1.2 Frågeställning och avgränsning	5
1.3 Terminologi	13
1.3.1 Kontraheringsplikt	14
1.3.2 Infrastrukturtjänster	20
1.3.3 Marknadsorientering	21
1.4 Källmaterial	21
2 MARKNADSORIENTERINGEN OCH DEN VIRTUELLA MARKNADEN	25
2.1 Allmänt	25
2.2 Närmare analys av de olika formerna av marknadsorientering ..	29
2.2.1 Resultatansvar	32
2.2.2 Köptjänster	33
2.2.3 Konkurrensutsättande eller införande av marknadsmekanism	35
2.2.4 Organisatorisk omvandling	35
2.2.5 Delvist eller komplett avstående av ägande	38
2.2.6 Överförande av uppgifter eller underlåtelse att inleda verksamhet	43
2.2.7 Analys	44
	XI

2.3	Framväxten av den virtuella marknaden	47
2.3.1	Allmänt	47
2.3.2	Den traditionella infrastrukturen och den elektroniska handeln	50
2.3.3	De finansiella tjänsterna och den elektroniska handeln ...	50
2.4	Slutsatser	51
3	GRUNDEN FÖR AVTALS RÄTTEN	55
3.1	Allmänt	55
3.1.1	Avtalsrätten i marknadsekonomi	55
3.1.2	Allmänt om avtalsfriheten	57
3.2	Konkurrensrättsliga aspekter	64
3.2.1	Allmänt	64
3.2.2	Utvecklingen av regler om leveransvägran i de nordiska länderna	67
3.2.3	Missbruk av dominerande ställning på marknaden	72
3.2.4	Leveransvägran och kontraheringsplikt	73
3.3	Avtalsfriheten och kontraheringsplikten	81
3.3.1	Allmänt	81
3.3.2	Den traditionella uppfattningen om avtalsfriheten och kontraheringsplikten	86
3.3.2.1	Den lagreglerade kontraheringsplikten	86
3.3.2.2	Den allmänna rättsgrundsatsen om kontraheringsplikt	88
3.3.3	Avtalsfriheten – rätt till avtal	92
3.3.4	Allmänt om godtagbara grunder för vägran	97
3.3.5	Reglering av diskriminering och kontraheringsplikt	99
3.4	Sammanfattning	105
4	ALLMÄNT OM REGLERING AV TILLGÄNGLIGHET AV TJÄNSTER	107
4.1	Inledning	107
4.2	Indelningen av rättssystemet i privaträtt och offentlig rätt och regleringen	108
4.3	Geografisk tillgänglighet – tillgänglighet i enskilda fall	111
4.3.1	Problemställning	111
4.3.2	Dagligvaruhandel	113
4.3.3	Sambandet mellan posten och bankverksamheten i statlig regi	119
4.3.4	Konsumentintresset	121
4.4	Regleringen av informationssamhällets infrastruktur	124

5	POST- OCH TELEBRANSCHEN – TRADITIONELL INFRASTRUKTUR	129
5.1	Allmänt om regleringen av infrastruktur	129
5.2	Posttjänster	132
5.2.1	Allmänt om postbranschen	132
5.2.2	Reglerna om tillgänglighet av posttjänsterna	134
5.2.3	Analys	137
5.3	Teletjänster	141
5.3.1	Allmänt om telebranschen	141
5.3.2	Utvecklingen av regleringen av telebranschen	143
5.3.2.1	Allmänt om regleringen och telebranschen	143
5.3.2.2	Den första generationens reglering	145
5.3.2.3	Den andra generationens reglering	147
5.3.2.4	Den tredje generationens reglering	150
5.3.3	Reglerna om tillgänglighet av teletjänsterna	153
5.3.3.1	Allmänt om regleringen av tillgängligheten	153
5.3.3.2	Kontraheringsplikt	155
5.3.3.3	Godtagbara grunder för vägran	158
5.3.3.4	Krav på presumtiva kunder som kan jämföras med godtagbara grunder för vägran	162
5.3.3.5	Indirekt reglerad kontraheringsplikt	164
5.3.3.5.1	Allmänt	164
5.3.3.5.2	Stängning och begränsning av anslutning på grund av underlåten betalning	165
5.3.3.5.3	Stängning och begränsning av anslutning på grund av annat avtalsbrott än underlåten betalning	168
5.3.3.5.4	Hävning av anslutningsavtal	168
5.4	Sammanfattande synpunkter	169
6	BANKTJÄNSTER – NY INFRASTRUKTUR	173
6.1	Allmänt om regleringen av bankbranschen i ett tillgänglighetsperspektiv	173
6.1.1	Utvecklingen av regleringen	173
6.1.2	Utvecklingen i EU	178
6.2	Rätt till grundläggande banktjänster	185
6.2.1	Begreppslik analys	185
6.2.1.1	Utvecklingen av nyttjandet av tjänsterna	185
6.2.1.2	Kontotillgodohavanden i rättsligt hänseende	188
6.2.1.3	Språkbruk	193

6.2.2	Allmänt om rätt till grundläggande och övriga banktjänster	197
6.2.2.1	Inledning	197
6.2.2.2	Danmark	207
6.2.2.3	Sverige	210
6.2.2.4	Norge	213
6.2.2.5	USA	214
6.2.2.6	Sammanfattning av argumenten	216
6.2.2.7	Utformningen av den nya 50 a § kreditinstitutslagen	218
6.2.3	Rätt till depositionskonto	222
6.2.3.1	Allmänt om rätt till depositionskonto	222
6.2.3.2	Vägande skäl att vägra öppna ett vanligt inlåningskonto	223
6.2.3.2.1	Väsentligt brott mot avtal	224
6.2.3.2.2	Misstanke om straffrättsligt sanktionerat brott	229
6.2.3.2.3	Det finns uppenbart inte ett behov av ett kundförhållande	230
6.2.3.3	Rätten till grundläggande banktjänster förfaller	231
6.2.4	Rätt till betalningsförmedling	234
6.2.5	Rätt till betalningsmedel med hjälp av konto	236
6.2.5.1	Produkt som är avsedd för användningen av ett konto	236
6.2.5.2	Vägande skäl att vägra bevilja ett betalningsmedel	242
6.2.6	Gränsen för tillämpningsområdet av 50 a § kreditinstitutslagen	244
6.2.7	Sammanfattning	246
6.3	Rätt till kredit	248
6.3.1	Allmänt om kreditgivning till privatpersoner	248
6.3.1.1	Utveckling av frågeställningen	248
6.3.1.2	Jämförelse – ingående av försäkringsavtal och skäl för vägran	249
6.3.1.3	Kreditgivningen i kreditsamhället	252
6.3.1.4	Kreditförlusternas roll	254
6.3.1.5	Allmänt om rätt till kredit	256
6.3.2	Regleringen av rätt till krediter i allmänhet	259
6.3.2.1	Konsumentskyddslagen och allmänna regler	259
6.3.2.2	Kreditprövningsförfarandet	264
6.3.2.3	Reglering av vissa typer av krediter	269
6.3.3	Rätt till social kredit	270

6.3.4	Rätt till särreglerat studielån	275
6.3.5	Rätt till särreglerat bostadslån.....	279
6.3.6	Sammanfattande synpunkter	282
7	SAMMANFATTNING	285
7.1	Forskningsuppgiften	285
7.2	Sammanfattning av resultatet av granskningen i de olika kapitlen	286
7.2.1	Bakgrundskapitlen	286
7.2.2	Rätten till avtal	290
7.2.3	De godtagbara grunderna för vägran	292
7.3	Konklusion	297
	TIIVISTELMÄ	299
	ABSTRACT	303
	RÄTTSPRAXIS	307
	SAKREGISTER	311

Källor

Ort och årtal avser utgivningsort och utgivningsår. Text inom klammer anger att författaren i informativt syfte har översatt titeln från finska.

LITTERATUR

AC Nielsen, Lehdistöiedote 25.3.2002

AC Nielsen, Lehdistöiedote 25.3.2002. Päivittäistavarakaupan myymälärekisteri [Dagligvaruhandelns butiksregister] 2001. <http://www.acnielsen.fi/>, 29.11.2002

AC Nielsen, PT-kaupan rakenne

AC Nielsen, PT-kaupan rakenne [Dagligvaruhandelns struktur]. <http://www.acnielsen.fi/>, 29.11.2002

Adlercreutz I 1989

Adlercreutz, Axel: Avtalsrätt I. Nionde upplagan. Lund 1989.

Adlercreutz I 2000

Adlercreutz, Axel: Avtalsrätt I. Elfte upplagan. Lund 2000.

Adlercreutz II 2001

Adlercreutz, Axel: Avtalsrätt II. Femte upplagan. Lund 2001.

Aine 1998

Aine, Antti: Kilpailulainsäädännön vaikutus sopimusten pätevyteen [Konkurrenslagstiftningens inverkan på avtalens giltighet]. Turku 1998.

Aine DL 1999

Aine, Antti: Kilpailurajoituksella aiheutetun vahingon korvaaminen [Ersättning av skada som har förorsakats genom en konkurrensbegränsning]. DL 1999 s. 799–805.

Airaksinen 1993

Airaksinen, Manne: Sähkönjakelun ja teletoininnan markkinaoikeudelliset säännöt [De marknadsrättsliga reglerna för eldistributionen och televerksamheten]. Helsinki 1993.

Almén 1924

Almén, Tore: Om köp och byte av lös egendom. Kommentar till lagen den 20 juni 1905. Andra delvis omarbetade upplagan. Stockholm 1924.

Anttila 1996

Anttila, Tapio: Pankki, riskit ja sääntely. Oikeustieteellinen tutkimus mahdollisuuksista sääntelyllä hallita pankin riskejä. Summary, Bank, risk and regulation. Helsinki 1996.

Arajärvi Oikeus 1995

Arajärvi, Pentti: Valtionhallinnon muutos ja yksilön asema. Oikeus 1995 s. 383–395.

Arnholm II 1964

Arnholm II, Carl Jacob: Privaträtt II. Avtaler. Oslo 1964.

Asuntorahoitus

Asuntorahoitus 23.10.2001. Pankkien myöntämät asuntolainat ja valtion tuki asuntorahoitukseen [Bostadsfinansiering 23.10.2001. De bolån som bankerna beviljar och statens stöd för bostadsfinansiering]. Suomen Pankkiyhdistys [Bankföreningen i Finland]. Helsinki 2001.

Atiyah 1979

Atiyah, P.S.: The Rise and Fall of Freedom of Contract. Clarendon Press. Oxford 1979.

Aurejärvi LM 1983

Aurejärvi, Erkki: Kirjallisuutta [Litteratur]. Herten, Hannu von: Sopimusneuvottelut. Siviilioikeudellinen tutkimus. (Contract Negotiations. With an English Summary.) Suomen Lakimiesliiton Kustannus Oy. Helsinki 1983. X + 340 sivua. LM 1983 s. 1149–1159.

Aurejärvi Oikeus 1984

Aurejärvi, Erkki: Sopimus oikeuden teoria ja jälkitekollisen yhteiskunnan sopimukset [Den avtalsrättsliga teorin och avtalen i det postindustriella samhället]. Oikeus 1984 s. 125–129.

Aurejärvi 1986

Aurejärvi, Erkki: Luotto- ja maksuvälineet [Kredit- och betalningsmede]. Helsinki 1986.

Aurejärvi LM 1993

Aurejärvi, Erkki: Kirjallisuutta: Huhtamäki, Ari, Luotonantajavastuu, Lender Liability Suomessa – velvoiteoikeudellinen tutkimus luotonantajan vastuusta luotonottajaa kohtaan erityisesti USA:n oikeuteen verrattuna. Lakimiesliiton Kustannus, Jyväskylä 1993. L + 348 sivua. [Litteratur: Huhtamäki, Ari, Kreditgivansvar, Lender Liability i Finland – en obligationsrättslig undersökning om kreditgivarens ansvar gentemot kredittagaren särskilt i jämförelse med rätten i USA.] LM 1993 s. 1095–1127.

Aurejärvi – Hemmo 2004

Aurejärvi, Erkki – Hemmo, Mika: Luotto-oikeuden perusteet [Krediträttens grunder]. Helsinki 2004.

Bankbranschens Kundrådgivning, Verksamhetsberättelse 2001

Bankbranschens Kundrådgivning, Verksamhetsberättelse 2001. Helsinki 2001.

Bankföreningen i Finland: God banksed, 11.1.2001

Bankföreningen i Finland: God banksed, 11.1.2001. Helsinki 2001.

Bankkorten och övriga betalkort 2002

Bankkorten och övriga betalkort 2002. Bankföreningen i Finland. Helsingfors 2002.

Beatson 1995

Beatson, Jack: Public Law Influences in Contract Law. I verket Beatson, Jack – Friedmann, David (Edited by): Good Faith and Fault in Contract Law. Oxford 1995 s. 263–288.

Bengtsson 1992

Bengtsson, Bertil: Försäkringsrätt – några huvudlinjer. Fjärde upplagan. Stockholm 1992.

Bernitz 1969

Bernitz, Ulf: Marknadsrätt. En komparativ studie av marknadslagstiftningens utveckling och huvudlinjer. English Summary. Rätts- och samhällsvetenskapliga biblioteket I. Stockholm 1969.

Bernitz 1986

Bernitz, Ulf: Svensk marknadsrätt. Andra reviderade upplagan. Uddevalla 1986.

Bernitz 1991

Bernitz, Ulf: Svensk marknadsrätt. Tredje reviderade upplagan. Stockholm 1991.

Bernitz 1993

Bernitz, Ulf: Den nya konkurrenslagen. Andra upplagan. Stockholm 1993.

Bernitz – Kjellgren 1999

Bernitz, Ulf – Kjellgren, Anders: Europarättens grunder. Stockholm 1999.

Blomberg-Kroll 1999

Blomberg-Kroll, Helena: Kosta vad det kosta vill? Attitydmönster och attitydförändringar hos befolkning och eliter beträffande välfärdsservicen i nedskärningarnas tid. Åbo 1999.

Brinck m.fl. 1998

Brinck, Bertil – Lang, Christer – Ohlson, Birger – Thornell, Greger. Civilrätt. Grundläggande lärobok. Tolfte reviderade upplagan. Umeå 1998.

Bydlinski 1980

Bydlinski, Franz: Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszanges. Archiv für die civilistische Praxis 1980 s. 1–46.

Bygglin OTJP 1978

Bygglin, Gustav: Om franchiseavtal och upplösningsfrihet med särskild hänsyn till förhållandena på dagligvaruhandelns område. Oikeustiede – Jurisprudentia XI 1978 s. 89–157.

Bärlund 1990

Bärlund, Johan: Sociala prestationshinder i konsumentavtal. Nordiska ämbetsmannakommittén för Konsumentfrågor. Näk-rapport 1990:6. Nordisk Ministerråd. Köpenhamn 1990.

Bärlund 2000

Bärlund, Johan: Postilaitoksen yhtiöittäminen vaikutukset kuluttajan reklamaatiovelvollisuuteen [Inverkan av bolagiseringen av postverket på konsumentens reklamationskyldighet]. I verket Wilhelmsson, Thomas m.fl.: Pieniä kertomuksia hyvinvointivaltion siviilioikeudesta [Små berättelser om välfärdsstatens civilrätt]. Helsinki 2000 s. 132–149.

Bärlund 2002

Bärlund, Johan: Reklamation i konsumentavtal. En kontraktsrättslig studie av konsumentens reklamation som en förutsättning för att konsumenten skall kunna åberopa näringsidkarens avtalsbrott. Helsingfors 2002.

Caplovitz 1969

Caplovitz, David: The poor pay more. Consumer practices of low-income families. Third printing. New York – London 1969.

Cassity CLR 2000

Cassity, Wendy: Note. The Case for a Credit Union Community Reinvestment Act. CLR 2000 s. 331–364.

Cincotta 1996

Cincotta, Gale: From Redlining to Reinvestment – The Need for Eternal Vigilance. I verket Banque & Region – The Strasbourg Report. Proceedings of the Fourth International Conference on Financial Services 27–28 sept. 1996. "European monetary Union and the Regional Responsibility of Financial Institutions towards the Consumer." Institut für Finanzdienstleistungen (IFF) & Chambre de Consommation d'Alsace, Strasbourg. Hamburg 1996 s. 26–32.

Consumers in Europe Group – Mitchell JCP 1997

Consumers in Europe Group and Jeremy Mitchell of the International Consumer Policy Bureau: Response to the Green Paper: Financial services: Meeting Consumers' Expectations, Journal of Consumer Policy (JCP) 1997 s. 379–394.

Domont-Naert Consumer Law Journal 2000

Domont-Naert, Françoise: The right to basic financial services: opening the discussion. Consumer Law Journal 2000 s. 63–70.

Drexl EBLR 2002

Drexl, Josef: Community Legislation Continued: Complete Harmonisation, Framework Legislation or Non-Binding Measures – Alternative Approaches to European Contract Law, Consumer Protection and Unfair Trade Practices? European Business Law Review 13 (6) 2002 s. 557–582.

Eckhoff – Gjelsvik 1955

Eckhoff, Torstein – Gjelsvik, Øystein: Prisloven av 26. juni 1953 med kommentarer. Oslo 1955.

Eckhoff – Smith 1997

Eckhoff, Torstein – Smith, Eivind: Forvaltningsrett. 6 utgave. Oslo 1997.

Eilavaara – Sarja 1999

Eilavaara, Pertti – Sarja, Mikko: Valtion omistajavalta. Tutkimus valtion omistajavallasta ja esteellisyydestä omistajavallan käytössä. [Statens ägarmakt. En undersökning om statens ägarmakt och jäv vid nyttjandet av ägarmakten.]Helsinki 1999.

Ekroos 2001

Ekroos, Ari: 4. Yleiskaavoitus [Planläggning genom generalplan]. I verket Kuusiniemi, Kari – Ekroos, Ari – Kumpula, Anne – Vihervuori, Pekka: Ympäristöoikeus. Oikeuden perusteokset. [Miljörätt. Rättens grundläggande verk.] Helsinki 2001, s. 392–422.

Eriksson LM 1996

Eriksson, Lars D.: Syrjintäkielto ja yhdenvertaisuus. [Diskrimineringsförbud och likställdhet] LM 1996 s. 862–872.

Erjanti 2002

Erjanti, Kaija: Ratkaisuesitys ongelmaan, jota ei ole [Ett lösningsförslag till ett problem som inte finns]. Pankkikatsaus 2/2002, kesäkuu. Suomen Pankkiyhdistys, s. 4–5.

Ervasti 1998

Ervasti, Kaijus: Riitaprosessi uudistuksen arviointi. Lakimiesten ja tuomioistuimen kanslianhenkilökunnan käsityksiä ja kokemuksia uudesta riita-asioiden menettelystä. Summary An assessment of the reform of civil procedure in Finland. Opinions and experiences of lawyers and court officials with the new civil procedure. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos. Helsinki 1998.

Ervasti – Tala 1996

Ervasti, Kaijus – Tala, Jyrki: Lainvalmistelu ja vaikutusten ennakointi. [Lagberedning och prognostisering av verkningarna]. Valtionvarainministeriö, Hallinnon kehittämissosasto – Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos. Helsinki 1996.

Fogelholm 2003

Fogelholm, Markus: Suosikaamme korttimaksamista [Låt oss främja kortbetalningar]. Pankkikatsaus 1/2003, huhtikuu. Suomen Pankkiyhdistys, s. 3.

Forsberg 1997

Forsberg, Håkan: Konsumenternas valmöjligheter vid dagligvaruinköp. Speglade genom rörlighet och tidsanvändning. Konsumentverket, Rapport 1997:18, Byggeforskningsrådet. Stockholm 1997.

Gerber 1998

Gerber, David, J: Law and Competition in the Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus. Clarendon Press. Oxford 1998 .

Gomard 1996

Gomard, Bernhard: Almindelig kontraktret. Indgåelse, gyldighed, fortolkning. 2. omarbejdede udgave. København 1996.

Gorton SvJT 2000

Gorton, Lars: Litteratur. Claes-Robert von Post, Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden, Stockholm. SvJT 2000 s. 751–760.

Gorton SvJT 2001

Gorton, Lars: Aktuella frågor. Den norska finansavtalslagen. SvJT 2001 s. 523–532.

Gorton JFT 2002

Gorton, Lars: Kreditavtal och ställningsfullmakt – en rättslig utblick. JFT 2002 s. 5–26.

Granqvist 1997

Granqvist, Nina: Privatisering i princip och praktik. En studie av privata inslag i finländska kommuners verksamhet. Åbo 1997.

Graver 2002

Graver, Hans Petter: Forvaltningsretten i markedsstaten. Studier i europeisering av forvaltningsretten. Bergen 2002.

Grönfors JFT 1988

Grönfors, Kurt: Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler. JFT 1988, s. 317–327.

Grönfors Avtal 1989

Grönfors, Kurt: Avtalslagen. Andra upplagan. Stockholm 1989.

Grönfors Tolkning 1989

Grönfors, Kurt: Tolkning av fraktavtal. Göteborg 1989.

Grönfors 1993

Grönfors, Kurt: Avtalsgrundande rättsfakta. Stockholm 1993.

Gulman – Hagel-Sørensen 1993

Gulman, Claus – Hagel-Sørensen, Karsten: EF-ret. 2. udgave. København 1993.

Gundersen – Bernitz 1977

Gundersen, Fridtjof Frank – Bernitz, Ulf: Norsk og internasjonal markedsrett. Bergen 1977.

Hakulinen 1962

Hakulinen, Y.J.: Obligationsrätt I. Allmänna läror. Helsingfors 1962.

Hakulinen 1965

Hakulinen, Y.J.: Velvoiteoikeus I. Yleiset opit. Toinen laajennettu painos. [Obligationsrätt I. Allmänna läror. Andra utvidgade upplagan.] Helsinki 1965.

Hakulinen 1974

Hakulinen, Y.J.: Uusi lakikielen sanakirja. Laki- ja liikekielen sanastoa, suomi – ruotsi – saksa, ruotsin- ja saksankielinen hakemisto – Ny juridisk ordbok. Lag- och handelsspråk, finsk – svensk – tysk jämte svenskt och tyskt register – Neues juristisches Wörterbuch. Rechts- und Handelssprache, Finnisch – Schwedisch – Deutsch nebst schwedischem und deutschen Register. Helsinki 1974.

Hakulinen – Raninen 1968

Hakulinen, Y.J. – Raninen, Huugo: Osamaksukauppa [Avbetalningsköp]. Helsinki 1968.

Halila 1993

Halila, Heikki: Toimivaltajako yhdistyksissä. Zusammenfassung, Kompetenzverteilung in Vereinen. Helsinki 1993.

Halila – Hemmo 1996

Halila, Heikki – Hemmo, Mika: Sopimustyyppit [Avtalstyper]. Helsinki 1996.

Hallberg m.fl. 2000

Hallberg, Pekka – Haapanala, Auvo – Koljonen, Ritva – Ranta, Hannu: Uusi maankäyttö- ja rakennuslaki. [Den nya markanvändnings- och bygglagen] Helsinki 2000.

Halme 1999

Halme, Liisa: Pankkisääntely ja valvonta. Oikeuspoliittinen tutkimus säästöpankkien riskinotosta [Reglering av banker och tillsyn. En rättspolitisk undersökning om sparbankernas risktagning]. Summary, Banking regulation and supervision]. Suomen Pankki – Finlands Bank, Tutkimuksia E:15. Helsinki 1999.

Hannus – Hallberg 2000

Hannus, Arno – Hallberg, Pekka: Kuntalaki. Helsinki: Werner Söderström Lakitieto Oy, 2000.

Hanell m.fl. 2002

Hanell, Tomas – Aalbu, Hallgeir – Neubauer, Jörg: Regional Development in the Nordic Countries 2002. Nordregio Report 2002:2. Stockholm 2002.

Harjula – Prättälä 1996

Harjula, Heikki – Prättälä, Kari: Kommunallagen – bakgrund och tolkningar. Svensk upplaga. Helsingfors 1996.

Havansi 1984

Havansi, Erkki: Luotto-oikeus. Yleiset perusteet. [Krediträtt. Allmänna grunder]. Lapin korkeakoulun oikeustieteiden osaston julkaisuja, Sarja C, N:o 1. Rovaniemi 1984.

Heliskoski m.fl. 1996

Heliskoski, Joni – Sunila, Mirjami – Tala, Jyrki – Varis, Minna: Kuluttajien maksuvaikeudet ja välttämättömyyspalvelut. Sammandrag: Konsumenternas betalningssvårigheter och tillgången till livsnödvändiga tjänster. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 131. Helsinki 1996.

Hellner TjR 1976

Hellner, Jan: Konsumentskydd och generalklausuler. TjR 1976, 145–167.

Hemmo 1994

Hemmo, Mika: Vahingonkorvauksen määrätymisestä sopimussuhteissa. Siviilioikeudellinen tutkimus. Summary, Fixing damages in contract law. Helsinki 1994

Hemmo I 1997

Hemmo, Mika: Sopimusoikeus I [Avtalsrätt I]. Helsinki 1997

Hemmo 2001

Hemmo, Mika: Pankkioikeus [Bankrätt]. Helsinki 2001.

Hemmo I 2003

Hemmo, Mika: Sopimusoikeus I [Avtalsrätt I]. Toinen uudistettu painos. Helsinki 2003.

Hemmo II 2003

Hemmo, Mika: Sopimusoikeus II [Avtalsrätt II]. Toinen uudistettu painos. Helsinki 2003.

Heuman 1980

Heuman, Lars: Reklamationsnämnder och försäkringsnämnder. Stockholm 1980.

Hjeple Festskrift 1951

Hjeple, Bernt: Kontraheringspligt. Festskrift til professor, dr. juris Henry Ussing 5. maj 1951. København 1951.

Holopainen 1987

Holopainen, Janne: Pankin velvollisuudet ja vastuu pankkisiirtotoimeksiannossa [Bankens skyldigheter och ansvar vid ett bankgirouppdrag]. I verket Halila, Heikki (toimittanut): Tutkielmia yrityksen otto- ja antolainauksessa. Syventävät opinnot 1984. Helsinki 1987 s. 19–136.

Hoppu 1997

Hoppu, Esko: Suomen vakuutusosikeus [Finsk försäkringsrätt]. Helsinki 1997.

Hov 1991

Hov, Jo: Avtalerett. 1. utgave, 6. opplag. Oslo 1991.

Hov 1993

Hov, Jo: Avtalerett. 3. utgave. Oslo 1993.

Howells 1999

Howells, Geraint G.: Whose Responsibility to Plan for Future Changes in Circumstances – Debtor, Creditor or the State? I verket Wilhelmsson, Thomas (edited by): From Dissonance to Sense. Dartmouth, Aldershot, 1999 s. 437–459.

Howells – Weatherill 1995

Howells, Geraint – Weatherill, Stephen: Consumer Protection Law. Aldershot: Dartmouth 1995.

Huhtamäki LM 1992

Huhtamäki, Ari: Oikeustapauksia, Kommentteja [Rättsfall, Kommentarer]. KKO 1991:42 [HD 1991:42]. LM 1992 s. 548–570.

Huhtamäki 1992

Huhtamäki, Ari: Hyvä pankkitapa [God banksed]. Hyvä tapa. Oikeusperiaatteet ja oikeuskäytäntö -tutkimusprojektin seminaarin 12.11.1992 alustukset. Toimittanut Seija Huhtamäki. Turku 1992 s. 17–44.

Huhtamäki 1993

Huhtamäki, Ari: Luotonantajavastuu. Lender Liability Suomessa – velvoiteoikeudellinen tutkimus luotonantajan vastuusta luotonottajaa kohtaan erityisesti USA:n oikeuteen verrattuna. Summary in English, Lender liability in Finland: A comparative study of the lenders' liability towards their borrowers with particular reference to the law of the United States of America. Helsinki 1993.

Huhtanen 1994

Huhtanen, Raija: Toimeentulotuen myöntäminen. Julkisoikeudellinen tutkimus hallinto- ja hallintolainkäyttöviranomaisten soveltamiskäytännöstä. Summary, Providing income security support. A study of the practices in the social welfare boards and the provincial courts. Tampere 1994.

Håstad 1998

Håstad, Torgny: Sakrätt avseende lös egendom. Sjätte, omarbetade upplagan. Stockholm 1998.

af Hällström 1931

af Hällström, Erik: Om villfarelse såsom divergens mellan vilja och förklaring vid rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Helsingfors 1931.

Häyhä 1993

Häyhä, Juha: Vakuutuksenantajan tiedonantovelvollisuus, oikeusvaltion vai hyvinvointivaltion sopimusoikeutta? [En försäkringsgivares skyldighet att lämna uppgifter, rättsstatens eller välfärdsstatens avtalsrätt?] Wilhelmsson, Thomas – Kaukonen, Katariina (toimittaneet): Euroopan integraatio ja sosiaalinen sopimusoikeus [Den europeiska integrationen och den sociala avtalsrätten] s. 163–238. Helsinki 1993.

Häyhä 1993a

Häyhä, Juha: How does the welfare state fit into the Finnish legal system? I verket Kosonen, Pekka (edited by): The Nordic Welfare State as a Myth and as Reality. Renvall Institute Publications 5 s. 26–44.

Häyhä 1996

Häyhä, Juha: Sopimus, laki ja vakuutustoiminta. With an English Summary, Contract, legislation and insurance. Helsinki 1996.

Häyhä 2000

Häyhä, Juha: Jälleenvakuutus sopimuksena [Återförsäkringen såsom avtal]. Helsinki 2000.

Häyhä Solidaarisuus 2000

Häyhä, Juha: Yksityisoikeus ja solidaarisuus [Privaträtt och solidaritet]. I verket Wilhelmsson m.fl.: Pieniä kertomuksia hyvinvointivaltion siviilioikeudesta [Små berättelser om välfärdsstatens civilrätt]. Helsinki 2000, s. 44–92.

Iivari m.fl. 2002

Iivari, Juhani – Piirainen, Keijo – Siltaniemi, Aki: Sosiaalinen luototus – vaikuttavuus- ja kokonaisarviointi. Sosiaalisen luototuksen evaluaatiotutkimuksen raportti II (Social kreditgivning – en effektivitets- och helhetsbedömning) Sosiaali- ja terveysministeriön julkaisuja 2002:1. Helsinki 2002.

Junkkari EIF III 1996

Junkkari, Hannu: Asunto-olojen kehittäminen [Utvecklandet av bostadsförhållandena]. Encyclopædia Iuridica Fennica III. Perhe-, työ ja sosiaalioikeus. Suomalainen oikeustietosanikirja. Suomalainen lakimiesyhdistys. Helsinki 1996.

Jørgensen 1971

Jørgensen, Stig: Kontraktret. 1. Bind. København 1971.

Kaisto 2001

Kaisto, Janne: Sopimusvapaus, laki ja maksusuoja. Varallisuus oikeudellinen tutkimus yksityisautonomiasta systemaattisena ja aineellisena lähtökohtana etenkin hyvässä uskossa tehdyin suorituksen velvoitteesta vapauttavaa vaikutusta silmällä pitäen. [Avtalsfriheten, lagen och betalningsskyddet. En förmögenhetsrättslig undersökning om privatautonomin såsom systematisk och materiell utgångspunkt särskilt med beaktande av en prestations befriande verkan från en skyldighet när prestationen gjorts i god tro.] Helsinki 2001.

Kalima 1980

Kalima, Kai: Pankkien valvonnasta. Hallinto-oikeudellinen tutkimus pankkitarkastusorganien toimivallasta. Summary, The inspection and control of banks. A study of the administrative and legal principles determining the competence of the organs for inspection and control of banks in Finland. Helsinki 1980.

Kalliomaa-Puha 1995

Kalliomaa-Puha, Laura: Kielletyt kartellit ja hyödyllinen yhteistyö kilpailuoikeudessa [Förbjudna karteller och nyttigt samarbete i konkurrensrätten]. Helsinki 1995.

Karapuu 1986

Karapuu, Heikki: Perusasioita perusoikeuksista. Summary, Some basic comments on basic rights. Oikeustiede – Jurisprudentia. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen vuosikirja XIX 1986 s. 67–124. Helsinki 1986.

Karapuu 1999

Karapuu, Heikki: 1. Perusoikeuksien tausta ja yleinen sisältö [Bakgrunden till de grundläggande rättigheterna och deras innehåll i allmänhet]. I verket Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet [De grundläggande rättigheterna]. Helsinki 1999 s. 61–86.

Kartio 2000

Kartio, Leena: 3 Äganderätten och övriga sakrätter. I verket Bärlund, Johan – Nybergh, Frey – Petrell, Katarina (Redigerad av): Finlands civil- och handelsrätt. En introduktion s. 105–173. Helsingfors 2000.

Kearney – Merrill 1998

Kearney, Joseph D. – Merrill, Thomas, W: The Great Transformation of Regulated Industries Law. CLR 1998 s. 1323–1409.

Kekkonen 1987

Kekkonen, Jukka: Merkantilismista liberalismiin. Oikeushistoriallinen tutkimus elinkeinovaivapuden syntytaustasta Suomessa vuosina 1855–1879. Summary, From mercantilism to liberalism. A study in the history of law on the adoption of freedom of trade in Finland 1855–1879. Helsinki 1987.

Kilian 1980

Kilian, Wolfgang: Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem. Archiv für die civilistische Praxis 1980 s. 47–83.

Kivimäki – Ylöstalo 1961

Kivimäki, T.M. – Ylöstalo, M.: Lärobok i Finlands civilrätt. Allmän del. Helsingfors 1961.

Kivimäki – Ylöstalo 1973

Kivimäki, T.M. – Ylöstalo, M: Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. Kolmas, uudistettu painos toimittanut Matti Ylöstalo. [Lärobok i Finlands civilrätt. Allmän del. Tredje förnyade upplagan redigerad av Matti Ylöstalo.] Helsinki 1973.

Kleineman JT 1992–93

Kleineman, Jan: Lender Liability – ett skadeståndsrättsligt perspektiv på 1990-talets finansiella kris. JT 1992–93 s. 289–317.

Koktvedgaard 1960

Koktvedgaard, Mogens: Kontraheringspligt. København 1960.

Koktvedgaard 2000

Koktvedgaard, Mogens: Lærebog i konkurrenceret. 4. udgave. København 2000.

Korhonen DL 2003

Korhonen, Helena: Maankäyttö- ja rakennuslain soveltamisen kokemuksia ja ongelmia [Erfarenheter och problem vid tillämpningen av markanvändnings- och bygglagen]. DL 2003 s. 553–575.

Koskinen JFT 1997

Koskinen, Pirkko K.: Rättsskyddet kontra privatiseringen av kommunala och statliga funktioner. *JFT* 1997 s. 424–439.

Kosonen 1998

Kosonen, Pekka: Pohjoismaiset mallit murroksessa [De nordiska modellerna i ett brytningskede]. Tampere 1998.

Koulu OTJP 1991

Koulu, Risto: Tilimaksun saajan suojasta [Skyddet av mottagaren av kontobetalning]. *Oikeustiede – Jurisprudentia* 1991 s. 197–265.

Koulu OTJP 1992

Koulu, Risto: Laillisen maksuväliehen käsitteestä [Om begreppet legalt betalningsmedel]. *Oikeustiede – Jurisprudentia* 1992 s. 109–163.

Koulu 2003

Koulu, Risto: Kansainvälinen prosessioikeus pääpiirteittäin [Internationell processrätt i huvuddrag]. Helsinki 2003.

Koulu 2004

Koulu, Risto: Uusi konkurssilaki [Den nya konkurslagen]. Helsinki 2004.

Krüger 1989

Krüger, Kai: Norsk kontraktsrett. Bergen 1989.

Kulla LM 1997

Kulla, Heikki: Kirjallisuutta [Litteratur]. Rasinmäki, Jorma, Yksityistäminen kunnallishallinnossa. Hallinto-oikeudellinen tutkimus yksityistämisen oikeudellisista taustoista, edellytyksistä, rajoituksista, muodoista ja vaikutuksista. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1997. *LM* 1997, s. 1089–1121.

Kuoppamäki 2000

Kuoppamäki, Petri: Kilpailuoikeuden perusteet [Konkurrensträttens grunder]. Helsinki 2000.

Kuoppamäki 2003

Kuoppamäki, Petri: Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. Summary, The regulation of market power in EC and Finnish competition Law. Helsinki 2003.

Lappalainen II 2001

Lappalainen, Juha: Siviiliprosessioikeus II [Civilprocessrätt II]. Helsinki 2001.

Lappi-Seppälä – Nuutila 1999

Lappi-Seppälä, Tapio – Nuutila, Ari-Matti: RL 21: Henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset [SL 21: Brott som riktar sig mot liv och hälsa]. I verket Heinonen, Olavi – Koskinen, Pekka – Lappi-Seppälä, Tapio – Majanen, Martti – Nuotio, Kimmo – Nuutila, Ari-Matti – Rautio, Ilkka: Rikosoikeus. Oikeuden perusteokset [Straffrätt. Grundläggande verk om rätten]. Helsinki 1999 s. 411–476.

Lee JCP 2002

Lee, Jinkook: The Poor in the Financial Market: Changes in the Use of Financial Products, Institutions, and Services from 1995 to 1998. *JCP* 2002 s. 203–204.

Lehrberg 1997

Lehrberg, Bert: Moderna betalningsformer. Stockholm 1997.

Lehrberg Bankrätt 2001

Lehrberg, Bert: 14. Bankrätt. I verket Sandgren, Claes: Norstedts juridiska handbok. Sjuttonde omarbetade upplagan. Stockholm 2001 s. 251–266.

Lehto 2001

Lehto, Eero: Pankkien maksupalveluiden kilpailu [Konkurrens inom bankernas betalningstjänster]. I verket Kannianen, Vesa – Määttä, Kalle (toim.): Taloustieteellinen näkökulma kilpailuoikeuteen. Helsinki 2001 s. 257–278.

Lohi Juhlajulkaisu Erkki Havansi 2001

Lohi, Tapani: Konkursitakaisinsaanti kuolleen henkilön velkojien suojakeinona [Konkurs-återvinning såsom skyddsåtgärd för borgenärer till en avliden person]. I verket *Velka*, vakuus ja prosessi: juhla-julkaisu Erkki Havansi 1941–11/7–2001 [Gäld, säkerhet och process: fest-skrift till Erkki Havansi]. Helsinki 2001 s. 226–270.

Lyng Andersen m.fl. 1991

Lyng Andersen, Lennart – Madsen, Palle Bo – Nørgaard, Jørgen: *Aftaler og mellemmand*. 2. udgave. København 1991.

Lyng Andersen – Møgelvang-Hansen 1994

Lyng Andersen, Lennart – Møgelvang-Hansen, Peter: *Bankretlige emner. Klager over pengeinstitutter*. København 1994.

Lyng Andersen – Møgelvang-Hansen 2001

Lyng Andersen, Lennart – Møgelvang-Hansen, Peter: *Udredning om bedre privatkundebeskyttelse inden for pengeinstitutsektoren*. København 2001. <http://www.fs.dk/index.htm>, 20.11.2002

Länsineva 2002

Länsineva, Pekka: *Perusoikeudet ja varallisuussuhteet*. Summary, System of basic rights and property. Helsinki 2002.

Madell 1998

Madell, Tom-Erik: *Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar*. Stockholm 1998.

Madsen – Bruun Nielsen 1986

Madsen, Palle Bo – Bruun Nielsen, Anne-Dorte: *Dansk forbrugerret*. København 1986.

Majamaa – Ekroos 2000

Majamaa, Vesa – Ekroos, Ari: *Maankäyttö ja rakennuslaki [Markanvändnings- och bygglagen]*. Helsinki 2000.

Mathiassen 1974

Mathiassen, Jørgen: *Aftaler i forvaltningsretten med særlig henblik på aftaler imellem forvaltningsmyndigheder og private*. København 1974.

McEldowney 1994

McEldowney, John F.: *Public Law*. London: Sweet & Maxwell 1994.

Mentula m.fl. 1998

Mentula, Arttu – Pokela, Hannu – Saraste, Tuomas: *Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö kilpailuoikeudessa [Missbruk av dominerande ställning på marknaden i konkurrensrätten]*. Helsinki 1998.

Mickwitz, Oikeus 1985

Mickwitz, Erik: *Pankkitoiminnan valvonta kuluttajien näkökulmasta [Övervakning av bankverksamheten ur konsumenternas perspektiv]*. Oikeus 1985 s. 23–30.

Modeen 1965

Modeen, Tore: *Om de självständiga offentligrättsliga anstalterna i Finlands förvaltningsorganisation*. Åbo 1965.

Mononen 1993

Mononen, Marko: *Kohtuuttomat sopimusehdot EY:n ja Suomen kuluttajaoikeudessa [Oskäliga avtalsvillkor i EG:s och Finlands konsumenträtt]*. Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja 41. Helsinki 1993.

Mononen 1995

Mononen, Marko: *Määräävän markkina-aseman väärinkäytön arviointi [Bedömning av missbruk av dominerande ställning på marknaden]*. Helsingin yliopiston Kansainvälisen talousoikeuden instituutin julkaisuja 17. Helsinki 1995.

Mononen 2001

Mononen, Marko: Sopimus oikeuden materiaalisuudesta [Om det materiella i avtalsrätten]. Helsinki 2001.

Mutttilainen 2002

Mutttilainen, Vesa: Luottoyhteiskunta. Kotitalouksien velkaongelmat ja niiden hallinnan muodonmuutos luottojen säännöstelystä velkojen järjestelyyn 1980- ja 1990-luvun Suomessa. Summary: Credit Society. Changing governance of debt problems facing Finnish households in the 1980s and 1990s – from regulated credits to debt adjustment. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 189/2002. Helsinki 2002.

Myllymäki 2000

Myllymäki, Arvo: Finanssihallinto-oikeus. Valtion ja kuntien varainkäyttö ja varainkäytön valvonta. [Finansförvaltningsrätt. Medelsanvändningen hos staten och kommunerna och övervakningen av användningen.] Helsinki 2000.

Myrsky 1999

Valtionalousoikeus [Statsfinansrätt]. Helsinki 1999.

Mäenpää 1989

Mäenpää, Olli: Hallintosopimus [Förvaltningsavtal]. Helsinki 1989.

Mäenpää 1991

Mäenpää, Olli: Hallinto-oikeus [Förvaltningsrätt]. Helsinki 1991.

Mäenpää EIF V 1997

Mäenpää, Olli: Yksityistäminen [Privatisering]. Encyclopædia Iuridica Fennica V. Julkisoikeus. Suomalainen oikeustietosanakirja. Suomalainen Lakimiesyhdistys. Helsinki 1997.

Mäenpää 2000

Mäenpää, Olli: Hallinto-oikeus [Förvaltningsrätt]. Kolmas laitos. Helsinki 2000.

Määttä 2001

Määttä, Kalle: Taloustieteen hyödyntäminen kilpailunrajoitusten sallittavuutta arvioitaessa. I verket Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle: Taloustieteellinen näkökulma kilpailuoikeuteen. Helsinki 2001.

NCSA History, The 1990s

The National Center for Supercomputing Applications (NCSA). History, The 1990s. University of Illinois. <http://archive.ncsa.uiuc.edu/About/NCSA/History/90s.html>, 22.10.2003

Nial 1957

Nial, Håkan: Från individualism till kollektivism – en utvecklingslinje i avtalsrätten under ett halvt sekel. Minnesskrift utgiven av Juridiska fakulteten i Stockholm vid dess femtioårsjubileum 1957. Stockholm 1957, s. 190–202.

Niemi 1996

Niemi, Matti Ilmari: Päämäärien valtakunta. Konventionaalinen analyysi lainopillisen tiedon edellytyksistä ja oikeusjärjestelmän perusteista. Summary: The Kingdom of ends. A Conventional Analysis of the Preconditions of Knowledge in Legal Dogmatics and the Foundations of Legal Orders. Helsinki 1996.

Niemivuo OTJP 1997

Niemivuo, Matti: Perusoikeudet ja lainsäädännön kehittäminen [Grundrättigheterna och utvecklandet av lagstiftningen], Oikeustiede – Jurisprudentia XXX 1997, s. 226–251.

Niemivuo – Kanninen NJM 1993

Niemivuo, Matti – Kanninen, Heikki: Privatisering av offentliga funktioner – möjligheter och gränser. 33. nordiske Juristmøde København, 18.–20. august 1993, särtryck 1993.

Niiniluoto 1994

Niiniluoto, Ilkka: Part One: Introductory. Principles of Justice, Law, and Welfare Society. I verket Paasivirta, Esa – Rissanen, Kirsti (editors): Principles of Justice and the Law of the European Union. Proceedings of the Helsinki Seminar, Hanasaari, Helsinki, Finland October

17–19, 1994, Published by the European Commission Directorate-General XIII, Science, Research and Development, COST A 7 s. 5–22.

Norio-Timonen 1997

Norio-Timonen, Jaana: Kuluttajavakuutusten vertailtavuus ja sääntely. Summary: Comparability of consumer insurance and regulation. Helsinki 1997.

Nuotio 2002

Nuotio, Kimmo: RL 37: Maksuvälineriikokset [SL 37: Betalningsmedelsbrott]. I verket Heinonen, Olavi – Koskinen, Pekka – Lappi-Seppälä, Tapio – Majanen, Martti – Nuotio, Kimmo – Nuutila, Ari-Matti – Rautio, Ilkka: Rikosoikeus. Oikeuden perusteokset [Straffrätt. Grundläggande verk om rätten]. Helsinki 2002 s. 1185–1202.

Nuutila 2002

Nuutila, Ari-Matti: RL 11: Sotariikokset ja rikokset ihmisyyttä vastaan. 3. Rikokset ihmisyyttä vastaan. [SL 11: Om krigsförbrytelser och brott mot humaniteten. 3. Brott mot humaniteten.] I verket Heinonen, Olavi – Koskinen, Pekka – Lappi-Seppälä, Tapio – Majanen, Martti – Nuotio, Kimmo – Nuutila, Ari-Matti – Rautio, Ilkka: Rikosoikeus. Oikeuden perusteokset [Straffrätt. Grundläggande verk om rätten]. Helsinki 2002 s. 569–578.

Nybergh 1997

Nybergh, Frey: Avtalsfrihet – rätt till avtal. En nordisk undersökning om kontraheringsplikt till förmån för privatpersoner. Nord 1997:10. Köbenhavn 1997.

Nybergh 1999

Nybergh, Frey: Dissonance in Freedom of Contract? – How to Make Sense of It. I verket Wilhelmsson, Thomas (edited by): From Dissonance to Sense. Dartmouth, Aldershot, 1999 s. 373–403.

Nybergh 2000

Nybergh, Frey: Markkinaehtoistumiskesityksen vaikutus hyödykkeiden saatavuuteen [Inverkan av marknadsorienteringsutvecklingen på tillgängligheten av nyttigheter]. I verket Wilhelmsson, Thomas m.fl.: Pieniä kertomuksia hyvinvointivaltion siviilioikeudesta [Små berättelser om välfärdsstatlig civilrätt]. Helsinki 2000 s. 95–131.

OECD Finland 2003

OECD (Organisation for economic co-operation and development) Reviews of Regulatory Reform. Finland. A New Consensus for Change. Paris 2003.

Olsen 1995

Olsen, Lena: Konsumentskyddets former. Uppsala 1995.

Pankit 31.12.2001

Pankit 31.12.2001 [Bankerna 31.12.2001]. Bankföreningen i Finland.

Pankkikatsaus 2/2001

1990-luku pankkitoiminnassa: Sääntelystä markkinatalouteen, kansallisesta kansainväliseen ...vastakirjasta verkkoyhteyksiin. [1990-talet i bankverksamheten: Från reglering till marknadsekonomi, från nationellt till internationellt ...från motbok till nätförbindelser.] Pankkikatsaus 2/2001 [Banköversikt] kesäkuu. Suomen Pankkiyhdistys.

Pankkikortit ja muut maksukortit 2002

Pankkikortit ja muut maksukortit 2002 [Bankkorten och övriga betalkort 2002]. Suomen Pankkiyhdistys.

Pankkivuosi 2001

Pankkivuosi 2001 & Toimintakertomus [Bankåret 2001 & Verksamhetsberättelse]. Suomen Pankkiyhdistys – Bankföreningen i Finland.

Pehrson 1976

Pehrson, Lars: Kontraheringsplikt. Skrifter utgivna av Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms universitet nr 1. Stockholm 1976.

Pietala 2003

Pietala, Jorma: Päivittäistavarakaupan dynamiikka ja ostoskäyttäytyminen pääkaupunkiseudulla [Dynamiken i dagligvaruhandeln och köpbeteendet i huvudstadsregionen]. Helsinki 2003.

Pisuke 1991

Pisuke, Heiki: On some questions of regulation and supervision of contracts in the USSR and the Estonian republic, s. 51–69 i verket Kaukonen, Katariina: Market and plan in the regulation of economy. Proceedings of an Estonian – Czech – Finnish Seminar, October 1990. Publications of the Department of Private Law, University of Helsinki 38. Helsinki 1991.

Posten Finland Abp:s årsberättelse 2001

Posten Finland Abp:s årsberättelse 2001.

<http://www.posti.fi/postenfinlandabp/pdf/arsberattelse2001.pdf>, 10.12.2002.

Postmuseum-länk

<http://www.posten.se/index.jsp?PageName=omposten&val=o&parentId=60>, 9.12.2002.

Pöyhönen 1988

Pöyhönen, Juha: Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. With an English Summary: The System of Contract Law and the Adjustment of Contracts. Helsinki 1988.

Pöyhönen LM 1992

Pöyhönen, Juha: Oikeustapauksia, kommentteja, KKO 1992:3. [Rättsfall, kommentarer, HD 1992:3]. LM 1992 s. 1180–1189.

Pöyhönen 1993

Pöyhönen, Juha (edited by): An Introduction to Finnish Law. Helsinki 1993.

Pöyhönen LM 1995

Pöyhönen, Juha: Oikeustapauksia, kommentteja, KKO 1994:140 [Rättsfallskommentar, HD 1994:140]. LM 1995 s. 622–630.

Pöyhönen 1999

Pöyhönen, Juha: 3.2 Velvoitteet ja tehosteet [Förpliktelser och sanktioner]. I verket Johdatus Suomen oikeusjärjestelmään. Nide 1. Yksityisoikeus [Inledning till Finlands rättsordning. Band 1. Privaträtt] s. 132–210. Helsinki 1999.

Pöyhönen 2000

Pöyhönen, Juha: Uusi varallisuus oikeus [Den nya förmögenhetsrätten]. Helsinki 2000.

Ramberg Festskrift 1994

Ramberg, Jan: Avtalsautonomi och den dispositiva rätten. Festskrift till Anders Agell. Uppsala 1994 s. 501–512.

Ramberg – Hultmark 1999

Ramberg, Jan – Hultmark, Christina: Allmän avtalsrätt. Femte upplagan. Stockholm 1999.

Rasinmäki 1997

Rasinmäki, Jorma, Yksityistäminen kunnallishallinnossa. Hallintooikeudellinen tutkimus yksityistämisen oikeudellisista taustoista, edellytyksistä, rajoituksista, muodoista ja vaikutuksista. Summary: The privatisation of the administration of local government. A judicial study of the background, provisions, restrictions, forms and effects of privatisation. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1997.

Reifner 1995

Reifner, Udo: Part Six: Principles of Justice in Financial Market Law within the EU. Principles of Justice in Financial Market Law: A Comment. I verket Paasivirta, Esa – Rissanen, Kirsti (editors): Principles of Justice and the Law of the European Union. Proceedings of the Helsinki Seminar, Hanasaari, Helsinki, Finland October 17–19, 1994, Published by the European Commission Directorate-General XIII, Science, Research and Development, COST A 7 s. 383–406.

Reifner m.fl. 2000

Reifner, Udo – Krüger, Ulrich – Evers, Jan – Habschick, Marco – Jack, Stefanie: Access to Financial Services: Strategies towards equitable provision. German National Report for the 5th Int. Conference on Financial Services (Goeteborg, 22/23 September 2000). I verket: Final Study. Access to Financial Services – Strategies towards equitable provision. EU project Contract B5-1000/99/058103. Presented by Institut Für Finanzdienstleistungen e.V. (IFF), Hamburg To the European Commission, Health and Consumer Protection Directorate-General. Hamburg 2001.

Repo, P. 2000

Repo, Petteri: Consumer interest in free trade revisited. Interpreting reactions of four consumer organizations. Publications of the Swedish School of Economics and Business Administration, Finland, Nr 84. Helsingfors 2000.

Rissanen 1978

Rissanen, Kirsti: Kilpailu ja tavaramerkki. Kilpailunrajoituslainsäädännön soveltaminen tavaramerkin yksilöimiin järjestelyihin. With an English Summary: Competition and Trademarks. The Application of Competition Law to Arrangements Individualized by a Trademark. Helsinki 1978.

Rissanen – Korah 1991

Rissanen, Kirsti – Korah, Valentine: EY:n ja Suomen kilpailuoikeus [Konkurrensrätten i EG och Finland]. Helsinki 1991.

Rissanen, T. OTJP 1978

Rissanen, Tom: Asuntoluottosuhteessa olevan pankkiasiakkaan oikeussuojasta [Rättsskyddet för en bankkund i ett bostadskreditförhållande]. Oikeustiede – Jurisprudentia. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja. Helsinki 1978 s. 359–396.

Romppainen 2002

Romppainen, Esko: Raha-automaattiyhdistys ja kilpailu. Tutkimus kilpailuoikeuden vaikutuksista Raha-automaattiyhdistyksen avustustoimintaan erityisesti silmällä pitäen sosiaali- ja terveyspalveluiden hankintojen kilpailuttamiselvoitetta. [Peningautomatföreningens och konkurrensens. En undersökning om inverkan av konkurrensrätten på Penningautomatföreningens bidragsverksamhet särskilt med tanke på förpliktelsen att utsätta social- och hälsovårdstjänster för konkurrens. Lisensiaattitutkimus, Helsingin yliopisto, Julkisoikeuden laitos. RAY:n avustustoiminnan raportteja 9. Helsinki 2003.

Roschier-Holmberg DL 1964

Roschier-Holmberg, Åke: Den nya lagen om främjande av ekonomisk konkurrens. DL 1964 s. 133–151.

Rudanko 1993

Rudanko, Matti: Pankin ja asiakkaan välisestä suhteesta [Om förhållandet mellan banken och kunden]. I verket Rissanen, Kirsti (toimittanut): ETA, EMU ja rahoitusmarkkinoiden muutospainet. Seminaariraportti [EES, EMU och förändringstrycket på finansieringsmarknaden. Seminarieraport]. Helsingin yliopisto, Kansainvälisen talousoikeuden instituutin julkaisuja B:1. Helsinki 1993 s. 67–87.

Rudanko 1995

Rudanko, Matti: Pankkiasiakkaan ja pankin oikeussuoja. Siviilioikeuden mahdollisuudet pankkiasiakkaan suojelussa ja pankkikriisin hoidossa [Rättsskyddet för bankkunden och banken. Civilrättsliga möjligheter vid skyddet av bankkunden och vid skötseln av bankkrisen]. Helsingin yliopiston Kansainvälisen talousoikeuden instituutin julkaisuja 21. Helsinki 1995.

Saarnilehto 2001

Saarnilehto, Ari: 3. III Sopimus. 3. Sopimuksen synty. 4. Sopimuspakko [III Avtal. 3. Tillkomst av avtal. 4. Kontraheringsplikt]. I verket Saarnilehto, Ari – Hemmo, Mika – Kartio, Leena: Varallisuusoikeus. Oikeuden perusteokset [Förmögenhetsrätt. Grundläggande verk om rätten]. Helsinki 2001 s. 352–353.

Sandgren I JT 1992–93

Sandgren, Claes: En social avtalsrätt? Del I. JT 1992–93 s. 456–486.

Scheinin 1991

Scheinin, Martin: Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus kansainvälisten ihmisoikeussopimusten valtiosisäisestä voimassaolosta sekä ihmisoikeus- ja perusoikeusnormien sovellettavuudesta Suomen oikeusjärjestyksessä. Summary, Human Rights in Finnish Law. A Study in Constitutional Law of the Domestic Validity of International Human Rights Treaties and the Applicability of Human and Constitutional Rights in the Finnish Legal Order. Helsinki 1991.

Schiek 1999

Schiek, Dagmar: Contract Law, Discrimination and European Integration. I verket Wilhelmsson, Thomas – Hurri, Samuli (Edited by): From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law, Ashgate Publishing, Aldershot 1999 s. 405–433.

Scott ELJ 2000

Scott, Colin: Services of General Interest in EC Law: Matching Values to Regulatory Technique in the Public and Privatised Sectors. European Law Journal, Vol. 6, No. 4 December 2000 s. 310–325.

Siltala 2003

Siltala, Raimo: Oikeustieteen tieteenteoria. Summary, A Theory of the Science of Law. Helsinki 2003.

Sisula-Tulokas 1990

Sisula-Tulokas, Lena: Felpåföljden prisavdrag. Helsingfors 1990.

Sipponen 2000

Sipponen, Kauko: Kansalainen – isäntä vai renki [Medborgaren – husbonde eller dräng]. Helsinki 2000.

Siragusa FILJ 1996

Siragusa, Mario: Privatization and EC Competition Law. FILJ Vol. 19:999–1110, 1996.

Stray Ryssdal L&R 1994

Stray Ryssdal, A.C.: Ny norsk konkurranselov. L&R 1994 s. 387–406.

Stridbeck JT 1993–94

Stridbeck, Ulf: Från status till kontrakt och tillbaka igen? JT Nr 1/1993–94, s. 149–168.

Stutterheim 1992

Stutterheim, Roelf H.: Consumer Law in the Year 1992 in Europe and the Netherlands: Law for the Consumer or Law for the Market. I verket Wilhelmsson, Thomas (edited by): Perspectives of critical contract law. Dartmouth, Aldershot 1993 s. 349–359.

Suomen Pankkiyhdistys, lausunto 24.9.2002

Suomen Pankkiyhdistys, Eduskunnan talousvaliokunnalle 24.9.2002. Hallituksen esitys (he 33/2002) luottolaitostoiminnasta annetun lain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta [Bankföreningen i Finland, Till Riksdagens ekonomiutskott 24.9.2002. Regeringens proposition (RP 33/2002) till riksdagen med förslag till lagar om ändring av kreditinstitutslagen och vissa lagar som har samband med den. <http://www.pankkiyhdistys.fi/index.html>, 13.2.2003.

Suviranta LM 1966

Suviranta, Antti: Truck-kielto ja palkka pankkiin -järjestelmä [Truck-förbudet och systemet med lönen till banken]. LM 1966 s. 550–563.

Syrjänen 1999

Syrjänen, Olavi: Harkintavalta kaavoituksessa ja rakentamisessa. Summary: Discretion in planning and building. Helsinki 1999.

Tala 1993

Tala, Jyrki: Luottojen sääntely, heikomman suoja ja EY-integraatio [Reglering av krediter, skyddet av svagare och EG-integrationen]. I verket Wilhelmsson, Thomas – Kaukonen, Katariina (toimittaneet): Euroopan integraatio ja sosiaalinen sopimusoikeus. [Den europeiska integrationen och den sociala avtalsrätten]. Helsinki 1993 s. 291–318.

Taxell 1972

Taxell, Lars Erik: Avtal och rättskydd. Åbo 1972.

Taxell 1976

Taxell, Lars Erik: Rätt och demokrati. Åbo 1976.

Taxell JFT 1980

Taxell, Lars Erik: Ensidig ändring av villkor i massavtal. JFT 1980 s. 31–47.

Taxell 1987

Taxell, Lars Erik: Avtalsrättens normer. Åbo 1987.

Telaranta 1990

Telaranta, K.A: Sopimusoikeus [Avtalsrätt]. Helsinki 1990.

Terämaa 2001

Terämaa, Jyri: VII Rahasuoritus ja sähköinen kauppa [Betaling och elektronisk handel]. I verket Laine, Juha (toim.): Verkkokauppaoikeus [Näthandelsrätt]. Helsinki 2001 s. 247–328.

Timonen 1987

Timonen, Pekka: Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä [Prejudikaten och deras betydelse såsom rättskälla]. Helsinki 1987.

Timonen 1997

Timonen, Pekka: Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely. Summary: Control, price and market power – The judicial regulation of transfers of control in quoted corporations. Helsinki 1997.

Tilastotietoja pankkien maksujärjestelmistä Suomessa

Tilastotietoja pankkien maksujärjestelmistä Suomessa [Statistikuppgifter över bankernas betalningssystem i Finland]. 11.4.2002. Bankföreningen i Finland.

Tilastotietoja pankkien maksujärjestelmistä Suomessa 1993–2002

Tilastotietoja pankkien maksujärjestelmistä Suomessa 1993–2002 [Statistikuppgifter över bankernas betalningssystem i Finland]. 31.3.2003. Bankföreningen i Finland.

Tolonen, H. 1993

Tolonen, Hannu: Det privata och det offentliga rättsområdet. Sandgren, Claes (red.): Utvecklingslinjer inom avtalsrätten. Stockholm 1993, s. 64–72.

Tolonen, J. Oikeus 1994

Tolonen, Juha: Sosiaalisen sopimusoikeuden mahdollisuus yhdistyvässä Euroopassa [Möjligheten för den sociala avtalsrätten i det integrerande Europa]. Oikeus 1994 s. 253–265.

Tunney JCP 2002

Tunney, James: The Neglected Tension Between Disclosure of Information in Consumer and Competition Law Contexts. JCP 25 (4) 2002 s. 329–343.

Tuomisto Kommentti 1998

Tuomisto, Jarmo: KKO 1998:45 [HD 1998:45]. I verket Timonen, Pekka (toimittaja): KKO:n ratkaisut kommenttein I 1998 [HD:s avgöranden med kommentarer I 1998] s. 282–284.

Tuori OTJP 1998

Tuori, Kaarlo: Julkisesta yksityiseen: rajoituksia ja edellytyksiä [Från det allmänna till privata: begränsningar och förutsättningar], OTJP XXXI – 1998 s. 296–353.

Tuori LM 1999

Tuori, Kaarlo: Perustuslakiuudistus ja hallinto-oikeus [Grundlagsreformen och förvaltningsrätten]. LM 1999 s. 530–549.

Tuori 2000

Tuori, Kaarlo: Sosiaalioikeus [Socialrätt]. 2. laitos. Helsinki 2000.

Tuori Kriittinen 2000

Tuori, Kaarlo: Kriittinen oikeuspositivismi [Kritisk rättspositivism]. Helsinki 2000.

Ussing 1945

Ussing, Henry: Aftaler paa formuerettens omraade. Anden udgave. København 1945.

Wahl 1994

Wahl, Nils: Konkurrensförhållanden. Om förhållandet mellan EGs konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt. Stockholm 1994.

Vahlén 1966

Vahlén 1966, Lennart: Avtal och tolkning. Andra tryckningen. Stockholm 1966.

Walker – Korpinen DL 1992

Walker, Edward F. – Korpinen, Raimo: Creation of a Secondary Market Through Securitization of Loans/Assets. DL 1992 s. 684–701.

Verhoeven ICLQ 1996

Verhoeven, Amaryllis: Privatisation and EC Law: Is the European Commission "Neutral" with Respect to Public versus Private Ownership of Companies? ICLQ Vol. 45 1996, s. 861–887.

Whish 2001

Whish, Richard: Competition Law. Fourth Edition. London 2001.

Victorin SvJT 1976

Victorin, Anders: Om kontraheringstvång inom förmögenhetsrätten. SvJT 1976 s. 436–451.

Viitanen 2003

Viitanen, Klaus: Lautakuntamenettely kuluttajariitojen ratkaisukeinona. Summary, Public board as a way to settle consumer disputes. Helsinki 2003.

Wilhelmsson 1977

Wilhelmsson, Thomas: Om styrning av försäkringsvillkor. En rättsvetenskaplig studie angående avtalsfriheten vid frivillig skadeförsäkring. Helsingfors 1977.

Wilhelmsson TfR 1985

Wilhelmsson, Thomas: Den nordiska rättsgemenskapen och rättskälleläran. TfR 1985 s. 181–197.

Wilhelmsson 1987

Wilhelmsson, Thomas: Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsträttsens allmänna läror. Helsingfors 1987.

Wilhelmsson 1989

Wilhelmsson, Thomas: Konsumentskyddet i Finland. Allmän del. Helsingfors 1989.

Wilhelmsson 1992

Wilhelmsson, Thomas: Critical Studies in Private law. A Treatise on Need-Rational Principles in Modern Law. Dordrecht / Boston / London 1992.

Wilhelmsson 1993

Wilhelmsson, Thomas: Sosiaalinen sopimusoikeus ja Euroopan integraatio [Den sociala avtalsrätten och den europeiska integrationen]. I verket Wilhelmsson, Thomas – Kaukonen, Katariina (toimittaneet): Euroopan integraatio ja sosiaalinen sopimusoikeus [Den europeiska integrationen och den sociala avtalsrätten]. Helsinki 1993 s. 7–146.

Wilhelmsson Festskrift 1994

Wilhelmsson Festskrift, Thomas: Vakuutusopimuksen sovittelu ja integraatio. Yritys ymmärtää korkeinta oikeutta [Jämknig av försäkringsavtal och integrationen. Ett försök att förstå den högsta domstolen]. Asianajajan työkentältä – Från advokatens arbetsfält. Helsinki 1994, s. 516–525.

Wilhelmsson 1995

Wilhelmsson, Thomas: Standardavtal. Om avtalsbundenhet och oskälige avtalsvillkor. Helsingfors 1995.

Wilhelmsson SvJT 1997

Wilhelmsson, Thomas: Avtal och jämlikhet. SvJT 1997 s. 505–527.

Wilhelmsson Preface 1999

Wilhelmsson, Thomas: Preface i verket Wilhelmsson, Thomas – Hurri, Samuli (Edited by): From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law, s. XXI–XXII, Ashgate Publishing, Aldershot 1999.

Wilhelmsson 2000

Wilhelmsson, Thomas: Yksityisoikeuden uudet mahdollisuudet [De nya möjligheterna med privaträtten]. I verket Wilhelmsson m.fl.: Pieniä kertomuksia hyvinvointivaltion siviilioikeudesta [Små berättelser om välfärdsstatens civilrätt]. Helsinki 2000 s. 19–44.

Wilhelmsson Avtal 2000

Wilhelmsson, Thomas: 5 Avtal. I verket Bärlund, Johan – Nybergh, Frey – Petrell, Katarina (Redigerad av): Finlands civil- och handelsrätt. En introduktion s. 236–310. Helsingfors 2000.

Wilhelmsson Korvausvastuu 2000

Wilhelmsson, Thomas: Korvausvastuu uutena sääntelyvälineenä [Ersättningsansvaret som ett nytt regleringsinstrument]. I verket Wilhelmsson m.fl.: Pieniä kertomuksia hyvinvointivaltion siviilioikeudesta [Små berättelser om välfärdsstatens civilrätt]. Helsinki 2000 s. 239–264.

Wilhelmsson Privaträtt 2000

Wilhelmsson, Thomas: 1 Privaträtten och dess allmänna läror. I verket Bärlund, Johan – Nybergh, Frey – Petrell, Katarina (Redigerad av): Finlands civil- och handelsrätt. En introduktion. Helsingfors 2000 s. 1–36.

Wilhelmsson 2001

Wilhelmsson, Thomas: Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik. Helsingfors 2001.

Virtanen 2001

Virtanen, Pertti: Määrävään markkina-aseman kontrollointi. Oikeus- ja taloustieteellinen vertaileva tutkimus Saksan, Suomen ja EU:n kilpailuoikeudesta. Summary: Control of dominant position in the market. A comparative study in law and economics of competition law in Germany, Finland and European Union. Helsinki 2001.

Virtanen – Mäkitalo Årsbok 2001

Virtanen, Martti – Mäkitalo, Raili: Marknadsorienteringen inom den kommunala produktionen. Konkurrensverket i Finland, Årsbok 2001, s. 41–45.

Wuolijoki 2003

Wuolijoki, Sakari: Hyvä pankki- ja vakuutustapa [God bank- och försäkringssted]. Helsinki 2003.

Zahle Festschrift 1986

Zahle, Henrik: Polycentri i retskildelæren. Samfunn Rett Rettferdighet. Festschrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag. Otta 1986 s. 752–756.

Åbyhammar – Nordenanckar 2000

Åbyhammar, Marianne – Nordenanckar, Vilhelm: Tendencies in Access to Financial Services in Sweden. International Conference. Access to Financial Services. Göteborg 22–23 September 2000. I rapporten Final Study. Access to Financial Services – Strategies towards equitable provision. EU-project Contract B 5-1000/99/058103. Presented by Institut Für Finanzdienstleistungen e.V. (IFF), Hamburg. To the European Commission, Health and Consumer Protection Directorate-General. Hamburg, 15.2.2001.

OFFENTLIGT TRYCK

DANMARK

Forbrugerstyrelsen, Juridisk Årbok 1996

Forbrugerstyrelsen, Juridisk Årbok 1996. 2.1.8.12 Oprettelse af almindelig lønkonto. Kun mod fremvisning af slutopgørelse.

Forslag 2000-01 – L 165

2000-01 – L 165 (som fremsat): Forslag til lov om finansiel virksomhed

http://www.ft.dk/Samling/20001/lovforslag_som_fremsat/L165.htm, 19.11.2002

Finanstilsynet, Høring vedr. god skik for finansielle virksomheder

<http://www.ftnet.dk/view.asp?documentID=1391>, 20.11.2002

Vejledning

Vejledning til bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder

<http://www.ftnet.dk/sw2967.asp>, 10.6.2004

EUROPARÅDET

Recommendation No. (93) 7

Council of Europe. Recommendation No. R (93) 7 of the Committee of Ministers to Member States on Privatisation of Public undertakings and activities (Adopted by the Committee of Ministers on 18 October 1993).

EU

Handlingarna anges på det språk beroende på vilken språkversion som varit tillgänglig då texten behandlats.

COM(96) 209 final

Commission of the European Communities. Financial Services: Meeting Consumers' Expectations. Green Paper (presented by the Commission). COM(96) 209 final. Brussels, 22.5.1996

COM(1999)232

Communication of the Commission, COM(1999)232, 11.5.1999. Financial Services: Implementing the Framework for Financial Markets: Action Plan.

http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/actionplan/index.htm, 10.12.2002

COM(2000)692/2

Commission of the European Communities. Financial Services Priorities and Progress, Third Report. COM(2000)692/2 final, Brussels, 8.11.2000.

http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/actionplan/index.htm, 10.12.2002

COM(2001) 286 final

Commission of the European Communities. Financial Services. Political challenges. Fourth Report. Brussels, June 2001. COM(2001) 286 final.

http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/actionplan/index.htm, 10.12.2002

COM(2001) 712 final

Commission of the European Communities. Financial Services. Europe Must Deliver on Time. Fifth Report. Brussels, 30 November 2001. COM(2001) 712 final.

http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/actionplan/index.htm, 10.12.2002

COM(2002) 443 final

Commission of the European Communities. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning credit for consumers. Brussels, 11.9.2002, COM (2002) 443 final, 2002/0222 (COD)

COM(2004) 374

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. White Paper on services of general interest. COM (2004) 374.

Commission of the European Communities, Report to the Council of Ministers 23.11.1998

Report of the European Commission to the Council of Ministers: Services of general economic interest in the banking sector (adopted by the Commission on 17.6.1998 and presented to the ECOFIN Council on 23.11.1998)

http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/report_bank/report_bank_en.html, 16.1.2003.

Communication of the Commission, 28.10.1998

Communication of the Commission, 28.10.1998. Financial Services: Building a Framework for action.

http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/actionplan/index.htm, 10.12.2002

Consumer Committee, Position paper 6.12.1999

Consumer Committee position paper 6.12.1999, Elaborating the Universal Service Concept in the Services of general interest,

http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/committee/cc17_en.html, 26.9.2002

eEurope

eEurope. Ett informationssamhälle för alla

http://europa.eu.int/comm/information_society/eeurope/pdf/com081299_sv.pdf, 29.3.2001

eEurope 2002

eEurope 2002, Ett informationssamhälle för alla, Handlingsplan utarbetad av rådet och Europeiska kommissionen för Europeiska rådets möte i Feira 19–20 juni 2000. Europeiska unionens råd, Europeiska gemenskapernas kommission, Bryssel den 14 juni 2000.

http://europa.eu.int/comm/information_society/eeurope/pdf/actionplan_sv.pdf, 26.9.2002.

Ekonomiska och sociala kommittén, EGT C 123, 25.4.2001

Ekonomiska och sociala kommittén, Yttrande om ”Konsekvenserna av elektronisk handel på inre marknaden (OIM)”, EGT C 123, 25.4.2001.

Europaparlamentets och rådets beslut nr 50/2002/EG

Europaparlamentets och rådets beslut nr 50/2002/EG av den 7 december 2001 om inrättande av ett program för gemenskapsåtgärder som skall uppmuntra medlemsstaterna att samarbeta för att motverka social utslagning, EGT L 10, 12.1.2002.

Europeiska rådet. Målsättningar i kampen mot fattigdom och social utslagning EGT C 82, 13.3.2001

Europeiska rådet. Målsättningar i kampen mot fattigdom och social utslagning (2001/C 82/02), EGT C 82, 13.3.2001.

Financial Services Action Plan, Progress Report 29.11.1999

Financial Services Action Plan, Progress Report 29.11.1999.

http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/actionplan/index.htm, 10.12.2002

Financial Services, 3 December 2002 Seventh Report

Financial Services. Meeting the Barcelona Priorities & Looking Ahead: Implementation. Brussels, 3 December 2002 Seventh Report.

http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/actionplan/index.htm, 10.12.2002

KOM(97) 309 slutlig

Kommissionens meddelande, Finansiella tjänster: Stärka konsumenternas förtroende. Uppföljningen av kommissionens grönbok ”Finansiella tjänster: Att tillgodose konsumenternas förväntningar”. KOM(97) 309 slutlig. Bryssel 26.6.1997.

KOM(2000)336 slutlig

Rapport från kommissionen. Finansiella tjänster: Lägesrapport. Andra rapporten. KOM(2000)336 slutlig. Bryssel den 30.05.2000.

http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/actionplan/index.htm, 10.12.2002

KOM(2002) 263 slutlig, eEurope 2005

Meddelande från kommissionen till rådet, europaparlamentet, ekonomiska och sociala kommittén och regionkommittén. eEurope 2005: Ett informationsamhälle för alla. En handlingsplan inför Europeiska rådet i Sevilla, den 21–22 juni 2002. KOM(2002) 263 slutlig. Bryssel den 28.5.2002.

KOM(2002) 267 slutlig

Rapport från kommissionen till rådet och europaparlamentet. Sjätte lägesrapporten om handlingsplanen för finansiella tjänster. Bryssel den 3.6.2002 KOM(2002) 267 slutlig

http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/actionplan/index.htm, 10.12.2002

KOM(2003) 270 slutlig

Europeiska gemenskapernas kommission. Grönbok om tjänster i allmänhetens intresse. Bryssel den 21.5.2003. KOM(2003) 270 slutlig.

Meddelande om Tjänster i allmänhetens intresse i Europa (96/C 281/03),

Meddelande från kommissionen, Tjänster i allmänhetens intresse i Europa (KOM (96) 443 Slutlig, EGT C 281, 26.9.1996, s. 3

Meddelande om tjänster i allmänhetens intresse i Europa (2001/C 17/04)

Meddelande från kommissionen, Tjänster i allmänhetens intresse i Europa. EGT C 17, 19.1.2001, s. 4.

Regionkommittén, Yttrande 14.2.2001, EGT C 148, 18.5.2001, s. 12

Yttrande från Regionkommittén av den 14 februari 2001 om ”De offentliga kreditinstitutens betydelse för en balanserad utveckling i Europas regioner, städer och kommuner”, EGT C 148, 18.5.2001, s. 12.

FINLAND

EkUB 13/1984 – RP 100 och 101/1984

Ekonomiutskottets betänkande 13/1984 – RP 100 och 101/1984 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring av lagen om främjande av ekonomisk konkurrens.

EkUB 14/1992 – RP 162/1991

Ekonomiutskottets betänkande 14/1992 – RP 162/1991 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till konkurrensbegränsningslag.

EkUB 1/1993 – RP 379/1992

Ekonomiutskottets betänkande 1/1993 – RP 379/1992 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om ändring av lagen om statens säkerhetsfond och 55 § lagen om depositionsbankernas verksamhet.

EkUB 10/1998 rd – RP 39/1998

Ekonomiutskottets betänkande 10/1998 rd. Regeringens proposition med förslag till lag om ändring av lagen om Postbanken Ab.

EkUB 27/1998 – RP 176/1998

Ekonomiutskottets betänkande 27/1998 rd. Regeringens proposition med förslag till lagar om vissa referensräntor samt om ändring av räntelagen, RP 176/1998.

EkUB 32/2000 rd – RP 49/2000

Ekonomiutskottets betänkande 32/2000 rd. Regeringens proposition med förslag till lagar om minuthandelns öppettider och om upphävande av 3 § 23 punkten lagen angående rättighet att idka näring.

EkUB 25/2002 rd – RP 33/2002

Ekonomiutskottets betänkande 25/2002 rd. Regeringens proposition med förslag till lagar om ändring av kreditinstitutslagen och vissa lagar som har samband med den.

Finlands bank, Finansmarknaden, Statistisk översikt 5.2002

Finlands bank, Finansmarknaden, Statistisk översikt 5.2002. 14.5.2002.

FinOHTAn rapporti 12

Lääkintähelikopterin vaikuttavuuden arviointi. FinOHTAn helikopterityöryhmä. [Bedömningen av impakten av läkarhelikoptern] FinOHTAn rapporti 12. Sosiaali- ja terveysalan tutkimus ja kehittämiskeskus – Forsknings- och utvecklingscentralen för social- och hälsovården. Helsinki 2000.

<http://www.stakes.fi/finohta/raportit/012/r012f.html>, 19.9.2003

FvUB 16/2002 rd – RP 173/2002

Förvaltningsutskottets betänkande 16/2002 rd. Regeringens proposition med förslag till lagar om ändring av lagen om förhindrande och utredning av penningtvätt och 32 kap. 1 § strafflagen

GrUU 24/2002 rd – RP 33/2002

Grundlagsutskottets utlåtande 24/2002 rd. Regeringens proposition med förslag till lagar om ändring av kreditinstitutslagen och vissa lagar som har samband med den.

GrUU 43/2002 rd – RP 142/2002

Grundlagsutskottets utlåtande 43/2002 rd. Regeringens proposition med förslag till lag om social kreditgivning, lag om ändring av socialvårdslagen samt lag om ändring av 3 § lagen om klientens ställning och rättigheter inom socialvården.

Helikopterityöryhmän mietintö 1999

Helikopterityöryhmän mietintö. Sisäasiainministeriö 4.2.1999 [Helikopterarbetsgruppens betänkande. Inrikesministeriet 4.2.1999]. Julkaisu 20/1999.

<http://www.pelastustoimi.net/arkisto/raportit/heko/hekoraport.html>, 25.9.2003

HIM, Lagstiftning

Handels- och industriministeriet, Förstasidan, Statens bolagsinnehav, Statens ägarpolitik, Lagstiftning

http://www.ktm.fi/index.phtml?menu_id=200&lang=2, 8.10.2003

HIM 16.9.1999

Statsrådets principbeslut om statens ägarpolitik, Handels- och industriministeriet 16.9.1999.

http://www.ktm.fi/index.phtml?page_id=206&menu_id=206&topmenu_id=8&lang=2&chapter_id=5955#5955, 8.10.2003

HIM 19.2.2004

Statsrådets principbeslut om statens ägarpolitik, Handels- och industriministeriet 19.2.2004.

JO:s verksamhetsberättelse 1995

Riksdagens justitieombudsmans berättelse över sin verksamhet år 1995. Helsingfors 1996.

JO:s verksamhetsberättelse 1998

Riksdagens justitieombudsmans berättelse över sin verksamhet år 1998. Helsingfors 1999.

KM 1990:20

Komiteanmietintö – Kommittébetänkande 1990:20. Oikeustoimilakitoimikunnan mietintö – Betänkande av kommissionen för revidering av rättshandlingslagen. Det huvudsakliga innehållet i kommissionens betänkande och lagtexter på svenska. Helsingfors 1990.

KM 1993:7

Komiteanmietintö – Kommittébetänkande 1993:7. Kulutusluottolainsäädännön tarkistamistoimikunnan mietinnöt – Betänkanden av kommissionen för ändring av konsumentkreditlagstiftningen. Helsingfors 1993.

KomM 44/2000

Tietoyhteiskunnan palvelujen käytettävyyks [Användbarheten av informations-samhällets tjänster]. Esiselvitys [Förberedande utredning]. Liikenne- ja viestintäministeriön julkaisuja 44/2000 [Kommunikationsministeriets publikationer]. Helsinki 2000.

KomM 50/2003

Kansallinen laajakaistastrategia. Ehdotus. Liikenne- ja viestintäministeriön julkaisuja 50/2003 [Nationell bredbandsstrategi. Förslag. Betänkande Kommunikationsministeriets publikationer 50/2003]. Helsinki 2003.

Konkurrensverket 2000

Konkurrensverket i Finland Årsbok 2000.

Konkurrensverket 2001

Konkurrensverket i Finland Årsbok 2001.

Konkurrensverket 2002

Konkurrensverket i Finland Årsbok 2002.

Konkurrensverket 2003

Konkurrensverket i Finland Årsbok 2003.

Konkurrensverket, Missbruk

Konkurrensverket, Missbruk av dominerande ställning.

<http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/svenska.cgi?luku=konkurrensbegransningar%2Fmissbruk-av-ds&sivu=missbruk-av-ds>, 20.11.2003

KTM 18.12.2003

Omistajaohjaustyöryhmän raportti [Ägarstyrningsarbetsgruppens rapport]. Kauppa- ja teollisuusministeriö. Työryhmä- ja toimikuntaraportteja 18.12.2003. Handels- och industriministeriet [Arbetsgrupps- och kommissionsrapporter 2003].

KTM 2/2004

Matti Vuoria. Valtion omistajapolitiikan selvitysmiesraportti. Referat, Utredningsmannarapport om statens ägarpolitik. Kauppa- ja teollisuusministeriön tutkimuksia ja raportteja 2/2004. Handels- och industriministeriet, Undersökningar och rapporter 2/2004.

Kuluttajansuoja 5/1993

Kuluttajansuoja [Konsumentskydd] 5/1993. Yleisen tuomioistuimen päätöksiä [Avgöranden av allmänna domstolar]; Vakuutusmaksujen korotukset oikeudessa [Förhöjning av försäkringspremier i rätten].

Kuluttajansuoja 1/1996, Pankkien tiliehdot

Kuluttajansuoja [Konsumentskydd] 1/1996. Kuluttaja-asiamiehen neuvottelut: Pankkien tiliehtojen ja hinnastojen muutokset. KA:n neuvottelut (95/43/0892), s. 9. [Konsumentombudsmannens förhandlingsverksamhet: Bankernas kontovillkor och ändringar av tariffer.]

Kuluttajansuoja 1/1996, Teletointalaki

Kuluttajansuoja 1/1996. Kuluttaja-asiamiehen lausunto: Teletointalakiin kuluttajan näkökulma (95/70/1469) s. 13. [Konsumentombudsmannens utlåtande: Konsumentsynvinkel i telelagen].

Kuluttajansuoja 1/2002

Kuluttajansuoja 1/2002. Kuluttaja-asiamiehen kannanottoja 2001/40/6075. Huippukalliiden pikaluottojen todelliset kulut pitää kertoa [Konsumentombudsmannens ställningstaganden. Man måste berätta om de jättedyra snabbkrediternas verkliga kostnader].

LA 47/2002 vp – Pekka Kuosmanen /kok ym.

Lakialoite 47/2002 vp. Laki luottolaitostoiminnasta annetun lain muuttamisesta.

Liikenneministeriön julkaisuja 7/99

Liikenneministeriön julkaisuja 7/99. Postitoiminta [Postverksamheten]1999. Helsinki 1999.

LM 3/2004

LM 3/2004 rd. Lagmotion: Lagar om ändring av 50 a § kreditinstitutslagen och av 4 § lagen om Finansinspektionen.

Miljöministeriet, Handledning 4/2001

Kaupan suuryksiköiden vaikutusten selvittäminen ja arviointi. Utredning och bedömning av konsekvenserna av stora handelsenheter. Opas 4 Maankäyttö, Ympäristöministeriö, Alueiden käytön osasto. Helsinki 2001.

MiUB 6/1998 rd – RP 101/1998

Miljöutskottets betänkande 6/1998 rd. Regeringens proposition med förslag till reform av byggnadslagstiftningen.

MiUB 7/2004 rd – RP 164/2003

Miljöutskottets betänkande 7/2004 rd. Regeringens proposition med förslag till lagar om ändring av markanvändnings- och bygglagen och fastighetsbildningslagen.

OLJ 3/1988

Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 3/1988: Ehdotus vahinkovakuutuslaiksi. Työryhmän mietintö. [Förslag till skadeförsäkringslag. Ett arbetsgruppsbetänkande.] Helsinki 1988.

OM 2003:3

Oikeusministeriön työryhmämietintöjä 2003:3. Luottotietolainsäädännön kehittämisen vaihtoehtot [Alternativen vid utvecklandet av kredituppgiftslagstiftningen].

OPM 10:2001

Ratkaisuehdotuksia opintolainaongelmiin – takaustyöryhmän muistio, OM 10:2001 [Lösningförslag på studielåneproblemen – borgensarbetsgruppens betänkande].

RP 60/1986

RP 60/1986 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagstiftning om televerksamhet.

RP 148/1987

RP 148/1987 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om konkurrensbegränsningar.

RP 242/1989

RP 242/1989 rd. Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagstiftning om depositionsbanker.

RP 162/1991

RP 162/1991 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till konkurrensbegränsningslag.

RP 238/1992

RP 238/1992 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om ändring av 7 kap. konsumentskyddslagen samt 1 a och 9 §§ lagen om avbetalningsköp.

RP 295/1992

RP 295/1992 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagstiftning om kreditinstitut och finansiella institut och deras verksamhet.

RP 49/1993

RP 49/1993 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagstiftning om postförmedling.

RP 94/1993

RP 94/1993 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om ändring av strafflagen och vissa andra lagar, vilka hör till det andra skedet i totalrevideringen av strafflagstiftningen.

RP 114/1993

RP 114/1993 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om försäkringsavtal och till lagar om ändring av vissa lagar som har samband med den.

RP 177/1993

RP 177/1993 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till revidering av aravalagstiftningen.

RP 209/1993

RP 209/1993 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till räntestödslagstiftning som utvecklas jämsides med aravalångivningen.

RP 226/1993

RP 226/1993 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till ändring av lagstiftningen om studiestöd.

RP 309/1993

RP 309/1993 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till ändring av grundlagarnas stadganden om de grundläggande fri- och rättigheterna.

RP 13/1994

RP 13/1994 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om ändring av 10 kap. handelsbalken, 7 och 11 kap. konsumentskyddslagen och 1 § lagen om konsumentklagor-nämnden.

RP 180/1995

RP 180/1995 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring av telelagen.

RP 8/1996

RP 8/1996 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagstiftning om utvecklande av bostadsfinansieringen.

RP 38/1996

RP 38/1996 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till ändring av lagstiftningen om kreditinstitut.

RP 163/1996

RP 163/1996 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till telemarknadslagen och lag om ändring av lagen om teleförvaltningen.

RP 199/1996

RP 199/1996 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om indrivning av fordringar och lagar om ändring av vissa lagar som har samband med den.

RP 22/1997

RP 22/1997 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om avgift för tryggande av postförmedling i glesbygden.

RP 223/1997

RP 223/1997 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om ändring av kreditinstitutslagen och till vissa lagar i samband därmed.

RP 243/1997

RP 243/1997 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om ändring av lagen om konkurrensbegränsningar och vissa andra lagar som anknyter till den.

RP 1/1998

RP 1/1998 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till ny Regeringsform för Finland (Ny rubrik: Finlands grundlag, GrUB 10/1998 rd)

RP 39/1998

RP 39/1998 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring av lagen om Postbanken Ab (Ny rubrik: Lag om postbanken).

RP 96/1998

RP 96/1998 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till personuppgiftslag och till vissa lagar som har samband med den.

RP 101/1998

RP 101/1998 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till reform av byggnadslagstiftningen.

RP 5/1999

RP 5/1999 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om betalningsöverföringar.

RP 128/1999

RP 128/1999 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring av 7 § lagen om bostadssparpremier.

RP 6/2000

RP 6/2000 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om upphävande av lagen om postbanken samt ändring av vissa lagar som har samband med den.

RP 9/2000

RP 9/2000 rd. Regeringens proposition till riksdagen om inhämtande av riksdagens samtycke till en fusion mellan Leonia Abp, som ägs av staten, och Försäkringsbolaget Sampo Abp samt till en minskning av statens andel av aktieinnehavet i den finanskoncern som bildas.

RP 49/2000

RP 49/2000 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om minuthandelns öppettider och om upphävande av 3 § 23 punkten lagen angående rättighet att idka näring.

RP 74/2000

RP 74/2000 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om posttjänster.

RP 96/2000

RP 96/2000 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till ändringar av valutaenhet i lagstiftningen om bostadsfinansiering

RP 157/2000

RP 157/2000 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till arbetsavtalslag och till vissa lagar som har samband med den.

RP 176/2000

RP 176/2000 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring av lagen om räntestödslån för anskaffande av ägarbostad.

RP 166/2001

RP 166/2001 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om ändring av lagen om studiestöd och 10 a § militärunderstödslagen.

RP 194/2001

RP 194/2001 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om tillhandahållande av informationssamhällets tjänster och till lagar som har samband med den.

RP 241/2001

RP 241/2001 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring av lagstiftningen om kommunikationsmarknaden.

RP 33/2002

RP 33/2002 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om ändring av kreditinstitutslagen och vissa lagar som har samband med den.

RP 112/2002

RP 112/2002 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till ändring av lagstiftningen om kommunikationsmarknaden.

RP 142/2002

RP 142/2002 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om social kreditgivning, lag om ändring av socialvårdslagen samt lag om ändring av 3 § lagen om klientens ställning och rättigheter inom socialvården.

RP 161/2002

RP 161/2002 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om statliga affärsverk.

RP 175/2002

RP 175/2002 rd. Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om Finansinspektionen och till vissa lagar som har samband med den.

RP 28/2003

RP 28/2003 rd. Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till utlänningslag och vissa lagar som har samband med den.

RP 44/2003

RP 44/2003 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om tryggnad och jämlikhet samt ändring av vissa lagar som har samband med den.

RP 11/2004

RP 11/2004 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om ändring av lagen om konkurrensbegränsningar och vissa lagar som har samband med den.

RSv 42/2000 rd – RP 9/2000

Riksdagens svar 42/2000 rd. Riksdagens svar på regeringens proposition om inhämtande av riksdagens samtycke till en fusion mellan Leonia Abp, som ägs av staten, och Försäkringsbolaget Sampo Abp samt till en minskning av statens andel av aktieinnehavet i den finanskoncern som bildas.

ShUB 36/2002 rd – RP 142/2002

Social- och hälsovårdsutskottets betänkande 36/2002 rd. Regeringens proposition med förslag till lag om social kreditgivning, lag om ändring av socialvårdslagen samt lag om ändring av 3 § lagen om klientens ställning och rättigheter inom socialvården.

SRR 4/2003

SRR 4/2003 rd. Statsrådets redogörelse om konsekvenserna och tillämpningen av lagen om posttjänster.

Statsbolagen och intressebolagen 2002

Statsbolagen och intressebolagen 2002. Handels- och industriministeriet. Helsingfors 2002.

Statsrådets beslut 30.11.2000 om riksomfattande mål för områdesanvändningen

Statsrådets beslut 30.11.2000 om riksomfattande mål för områdesanvändningen.

<http://www.ymparisto.fi/sve/markanv/riks.htm>, 29.11.2002.

TrUB 1/1997 rd – RP 163/1996

Trafikutskottets betänkande 1/1997 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till telemarknadslagen och lag om ändring av lagen om teleförvaltningen.

TrUB 26/2002 rd – RP 112/2002

Trafikutskottets betänkande 26/2002 rd. Regeringens proposition med förslag till ändring av lagstiftningen om kommunikationsmarknaden.

VM 13.4.2000

Pankkipalvelutyöryhmän väliraportti. Väliraportin taustaselvitykset 13.4.2000 [Banktjänstarbetsgruppens mellanrapport. Mellanbetänkandets bakgrundsutredningar]. Rapportia ei ole julkaistu painettuna versiona.

<http://www.vn.fi/vm/julkaisut/tyoryhmamuistiot/pdf/palvvaliliite.pdf>, 12.9.2002

VM 16/2000

Pankkipalvelutyöryhmän raportti [Banktjänstarbetsgruppens rapport]. Valtiovarainministeriön työryhmämuistioita – Finansministeriets arbetsgruppsbetänkanden 16/2000.

YM, muistio 26.2.1999

Vähittäiskaupan suuryksiköiden ohjaamista koskevat uudet säännökset. Muistio 26.2.1999 [Miljöministeriets PM 26.2.1999. De nya stadgarna som gäller styrningen av detaljhandels stora enheter].

Ympäristöministeriö, Maankäyttö- ja rakennuslain toimivuus

Ympäristöministeriö, Maankäyttö- ja rakennuslain toimivuus. Arvio laista saaduista kokeuksista. Maankäyttö- ja rakennuslain toimeenpanon seurannan yhteistyöryhmä, Suomen ympäristö 565. Sammandrag av erfarenheterna av lagens ändamålsenlighet och ställningstaganden angående fortsatta åtgärder. Miljöministeriet Helsinki 2002.

FÖRENADE KUNGARIKET

Cruickshank 2000

Cruickshank, Don: Competition in UK Banking. A Report to the Chancellor of the Exchequer. March 2000. Published with the permission of HM Treasury on behalf of the Controller of Her Majesty's Stationery office.

Financial Services Authority 2000

Financial Services Authority. In or out? Financial exclusion: a literature and research review. Consumer research 3. London 2000.

NORGE

Ot.prp.nr. 41/1992–93

Odeltingsproposisjoner nr. 41/1992–93. A. Lov om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurrenseloven), B. Lov om pristiltak.

Ot.prp.nr. 41(1998–99)

Odeltingsproposisjoner nr 41(1998–99) Om lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven).

<http://odin.dep.no/jd/norsk/publ/otprp/012005-050039/index-dok000-b-n-a.html>, 12.12.2002

NOU 1983:56

Norges offentlige utredninger 1983:56: Lov om avtaler om personforsikring (Personforsikringsloven).

NOU 1987:24

Norges offentlige utredninger 1987:24: Lov om avtaler om skadeforsikring.

NOU 1994:19

Norges offentlige utredninger 1994:19: Finansavtaler og finansoppdrag. Delutredning nr. 1.

SVERIGE

Ds 2002:21

Lärobok för regelnissar – en ESO-rapport om regelhantering vid avregleringar. Ds 2002:21. Expertgruppen för studier i offentlig ekonomi (ESO) är en kommitté under Finansdepartementet.

Finansinspektionen 1999:3

Finansinspektionen 1999:3. Bankernas betaltjänster – Avgifter och information. Regeringsrapport den 21 juni 1999 (dnr. 6039-98-019).

Finansutskottets betänkande 2003/04:FiU15

Finansutskottets betänkande 2003/04:FiU15. Reformerade regler för bank- och finansieringsrörelse.

Förslag till avtalslag 1914

Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m.m. Avgivna den 31 jan. 1914 av därtill utsedda kommitterade. Stockholm 1914.

Konsumentverket, Rapport 2001:13

Konsumentverket, Rapport 2001:13. Betaltjänster. Förslag om rätt för alla att ha inlåningskonto förenat med tillgång till betaltjänster. Stockholm 2001.

Prop. 1979/80:9

Regeringens proposition 1979/80:9 om konsumentförsäkringslag, mm.

Prop. 1990/91:154

Regeringens proposition 1990/91:154 om rörelse regler för bank mm.

Prop. 1991/92:83

Regeringens proposition 1991/92:83 om ny konsumentkreditlag.

Prop. 1995/96:74

Regeringens proposition 1995/96:74. Ökad bankkonkurrens.

Prop. 2002/03:139

Regeringens proposition 2002/03:139. Reformerade regler för bank- och finansieringsrörelse.

SOU 1977:84

Statens offentliga utredningar 1977:84. Konsumentförsäkringslag. Delbetänkande av försäkringsrättskommittén.

SOU 1994:66

Statens offentliga utredningar 1994:66. Finansiella tjänster i förändring. – Insättning av kundmedel – Andelsbank och kreditföretag – Valutaväxling – Banktjänster genom ombud. Delbetänkande av Betaltjänstutredningen.

SOU 1995:69

Statens offentliga utredningar 1995:69. Betaltjänster. Slutbetänkande av Betaltjänstutredningen.

SOU 2000:11

Statens offentliga utredningar 2000:11. Finanssektorns framtid. Betänkande från Finansmarknadsutredningen.

SOU 2000:29

Statens offentliga utredningar 2000:29. Starka konsumenter i en gränslös värld. Betänkande från Konsumentpolitiska kommittén.

SOU 2003:78

Statens offentliga utredningar 2003:78. Bredbandsnät i hela landet – Statens infrastrukturer som resurs. Slutbetänkande från Utredningen om IT-stomnät till vissa kommuner.

USA

Office of the Law Revision Counsel

Office of the Law Revision Counsel. <http://uscode.house.gov/about.htm>, 31.3.2003

DAGSTIDNINGAR OCH TIDSKRIFTER

Helsingin Sanomat 9.3.1999

Helsingin Sanomat 9.3.1999. Rahoitustarkastus asetti rajat pankkien ulkoistamisinnolle. Pankkivalvoja: Ydinliiketoimintoja ei voi siirtää ulkopuolisille. [Finansinspektionen ställde gränser för externaliseringsivern hos bankerna. Banktillsynen: Kärnaffärsverksamhet kan inte överföras på utomstående.]

Helsingin Sanomat 12.7.1999

Helsingin Sanomat 12.7.1999. Vähittäiskauppiat ja vakuutusyhtiöt hinkuvat pankkien revii- rille. Valitovarinministeriö selvittää rahoitusalan lakien ajanmukaistamista. Minuthandeln och försäkringsbolagen propsar på att få komma på bankernas revir. Finansministeriet utreder ajourförandet av finansieringsbranschens lagar.

Helsingin Sanomat 10.9.1999

Helsingin Sanomat 10.9.1999. EU yrittää taata peruspalvelujen saannin kaikille [Euförsöker trygga tillgängligheten av bastjänster åt alla].

Helsingin Sanomat 10.10.1999

Helsingin Sanomat 10.10.1999 Kaupunkiosasto, Uudenmaan suurmyymäläverkosto paisuu kolmen Itäkeskuksen verran [Stadsavdelningen, Stormarknadsnätet i Nyland sväller lika mycket som tre stycken Östra centrum].

Helsingin Sanomat 4.11.1999

Helsingin Sanomat 4.11.1999. Pankkiala haluaisi laskuttaa palveluista kustannusten mukaan. Jos valtio tukisi köyhien pankkiasiointia, jokaisesta asiakkaasta tulisi kannattava. [Bankbranschen skulle vilja fakturera för tjänsterna enligt kostnaderna. Om staten skulle stöda de fattigas utträttande av bankärenden skulle varje kund bli lönande.]

Hufvudstadsbladet 4.11.1999

Hufvudstadsbladet 4.11.1999. Meritas Voutilainen öppnar diskussionen. Skild bank för socialfall?

Helsingin Sanomat 4.4.2000

Helsingin Sanomat 4.4.2000. Kesko toivoo K-kauppiaista pankkien asiamiehiä. Pankit haluavat jakelukanavia mutta pelkäävät muita yrityksiä. [Kesko önskar att K-handelsmännen blir bankombud. Bankerna är ute efter distributionskanaler men är rädda för andra företag.]

Helsingin Sanomat 23.3.2001

Helsingin Sanomat 23.3.2001. S-ryhmä kasvatti päivittäistavaroiden kaupan osuutta. Lisämyynti oli lähes 600 miljoonaa. [S-gruppens andel av dagligvaruhandeln ökade. Tilläggsförsäljningen var närmare 600 miljoner].

Helsingin Sanomat 8.3.2002

Helsingin Sanomat 8.3.2002. Analyysi. Posti ei ole enää entisensä. [Analys. Posten är inte längre sig lik.]

Helsingin Sanomat 12.9.2002

Helsingin Sanomat 12.9.2002. Pakko avata pankkitili kaikille mietityttää kansanedustajia [Tvånget att öppna bankkonto gör riksdagsledmöterna betänksamma].

Helsingin Sanomat 26.1.2003

Helsingin Sanomat 26.1.2003. Valitukset jumittavat hypermarketteja. Myös kaavoituksen vaikeudet hidastavat hankkeita. [Besvär får hypermarketerarna att fastna. Även svårigheterna med planerna fördröjer byggnadsprojektet.]

Helsingin Sanomat 12.12.2003

Helsingin Sanomat 12.12.2003. Lyhyesti. Laajakaista kasvaa arvioita nopeammin. [I korthet. Bredband växer fortare än beräknat.]

Kauppalehti 13.11.2000

Kauppalehti 13.11.2000. Ruotsin ICA Ahold rupeaa pankiksi [ICA Ahold i Sverige inleder som bank].

Kauppalehti 8.6.2001

Kauppalehti. Muoviluoton helppous voi ajaa ahdinkoon [Plastkreditens lätthet kan leda till trångmål] 8.6.2001 s. 4.

MikroPC IT- uutissähkeet 20.10.2003

Vertaisverkottajien ahdistelu jatkuu [Trakasseringen av de som fungerar i nätverket för likställda fortsätter]. MikroPC.net. IT- uutissähkeet, ma 20.10.2003 klo 11:49.

<http://mikropc.net/uutiset/uutiset.html?categoryId=atk&day=20031020&fra=w200310201056245942>, 22.10.2003

KÄLLOR

MikroPC IT-uitissähkeet 7.5.2004

Apple myi 3,3 miljoonaa biisiä viikossa [Apple sålde 3,3 miljoner musikstycken på en vecka. MikroPC.net - pe 7.5.2004 klo 4:44.

<http://mikropc.net/uutiset/uutiset.html?categoryId=atk&day=20040507#w20040506202226697>, 20.5.2004

Time, November 11, 2002

Time, November 11, 2002, Business. Taking a beating. Soaring bankruptcies have saddled German banks with billions in bad debts. What are they going to do about it.

Time, November 24, 2003

Time, November 24, 2003, The 99 c Solution. Steve Jobs' new Music Store showed foot-dragging record labels and freeloading music pirates that there is a third way.

EG-rättsakter och nationella författningar

Om en förkortning nyttjats står förkortningen först. Om det är fråga om en författning från ett annat land än Finland anges landet inom parentes.

	Aravalag (1189/1993)	279
	Arbetsavtalslag (55/2001)	187
Bank- og sparkasseloven		89, 208
	Lovbekendtgørelse om banker og sparkasser mv. 12. april 1994 Nr. 261 (Danmark)	
	Banking Act (1933) (USA)	215
	Bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder 604 af 26/06/2003 (Danmark)	209
BrB	Brottsbalken (1962:700) (Sverige)	101, 102, 103
BRL	Bankrörelselag (1987:616) (Sverige)	210, 212, 217, 267
	Bostadsrättslag (1991:614) (Sverige)	102 f.
CRA	Community Reinvestment Act (1977) (USA)	215, 218, 281
	Depository Institutions Deregulation and Monetary Control Act (1980) (USA)	215
EG-fördraget		30, 65, 65, 71–73,
	Fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen med de ändringar som gjorts genom det den 26 februari 2001 undertecknade Nicefördraget, EGT nr C 325, 24.12.2002, s. 33	76–80, 125, 126, 183
	Elmarknadslag (386/1995)	87
Elmarknadsdirektivet (96/92/EG)		109
	Europaparlamentets och rådets direktiv 96/92/EG om gemensamma regler för den inre marknaden för el 19.12.1996, EGT nr L 027, 30.1.1997, s. 20	
	Europaparlamentets och rådets beslut nr 676/2002/EG av den 7 mars 2002 om ett regelverk för radiospektrumpolitiken i Europeiska gemenskapen (radiospektrumbeslut) 7.3.2002, EGT nr L 108, 24.4.2002, s. 1	143
	Europaparlamentets och rådets direktiv 97/5/EG om gränsöver- skridande betalningar 27.1.1997, EGT nr L 043, 14.2.1997, s. 25	190
	Europaparlamentets och Rådets direktiv 97/67/EG om gemensamma regler för utvecklingen av gemenskapens inre marknad för posttjänster och för förbättring av kvaliteten på tjänsterna 15.12.1997, EGT nr L 015, 21.1.1998, s. 14	135
	Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/12/EG om rätten att starta och driva verksamhet i kreditinstitut 20.3.2000, EGT nr L 126, 26.5.2000, s. 1	198
	Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (Direktiv om elektronisk handel) 8.6.2000, EGT nr L 178, 17.7.2000, s. 1	49

	Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv) 7.3.2002, EGT nr L 108, 24.4.2002, s. 33	143
	Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/20/EG om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (auktorisationsdirektiv) 7.3.2002, EGT nr L 108, 24.4.2002, s. 21	143
	Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/19/EG om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter (tillträdesdirektiv) 7.3.2002, EGT nr L 108, 24.4.2002, s. 7	143
	Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/22/EG om samhälls- omfattande tjänster och användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (direktiv om samhälls- omfattande tjänster) 7.3.2002, EGT nr L 108, 24.4.2002, s. 51	143, 145, 154–156, 158, 162, 165, 169
FAL	Lag om försäkringsavtal (543/1994)	90, 249, 250
Finansavtalen		179, 213, 257
	Lov om finansavtaler og finansoppdrag (1999-06-25 nr 46) (Norge)	
	Finansinspektionens allmänna råd om inlåningskonton och tillhörande tjänster (FFFS 2001:8) (Sverige)	211, 212
	Finlands grundlag (731/1999)	32, 38, 52, 95, 96, 99, 137, 157, 161, 163, 164, 223, 269, 272, 286, 293
	Föreningslag (503/1989)	26
	Författningssamlingsförordning (1976:725) (Sverige)	213
	Förordning om statsbudgeten (1243/1992)	33
	Förordning om studiestöd (260/1994)	276
	Förvaltningslag (434/2003)	273
HB	Handels Balk 31.12.1734	191
HMDA	Home Mortgage Disclosure Act 1975 (USA)	281
IndrivningsL		166
	Lag om indrivning av fordringar (513/1999)	
	Inkomstskattelag (1535/1992)	280
	Järnvägstransportlag (1119/2000)	87
KFL	Konsumentförsäkringslag (1980:38) (Sverige)	16, 18, 72, 249–251
Klientlag	Lag om klientens ställning och rättigheter inom socialvården (812/2000)	273
	Kommunallag (365/1995)	32, 272
KomMarkL	Kommunikationsmarknadslag (393/2003)	143, 144, 151, 154–156, 158–169
KonkBL	Lag om konkurrensbegränsningar (480/1992)	19, 20, 56, 65, 66, 70, 71, 73–75, 77–80, 86, 104
Konkurrensbegränsningslag		4, 69
	Lag om motverkande i vissa fall av konkurrensbegränsning inom näringslivet (1953:603) (Sverige)	
	Konkurrenslag (1993:20) (Sverige)	66, 79
Konsumentkreditdirektivet		259, 267
	Rådets direktiv 87/102/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om konsumentkrediter 22.12.1986, EGT nr L 042, 12.2.1987, s. 48	

	Konsumentkreditlag (1977:981) (Sverige)	267
	Konsumentkreditlag (1992:830) (Sverige)	257, 261, 267, 268
KreditIL	Kreditinstitutslag (1607/1993) (Finland)	8, 77, 87, 88, 105, 158, 159, 176, 178, 185, 193, 197–200, 205, 206, 218–247, 257, 260, 262, 265, 280, 283, 287, 291, 292, 295–297
KSL	Konsumentskyddslag (38/1978)	37, 133, 200, 228, 248, 258–260, 263
	Lag om aktiebolag (734/1978)	39–41
	Lag om arbetsavtal (141/1922)	188
	Lag om arbetsavtal (320/1970)	104, 187
	Lag om avbetalningsköp (91/1966)	261, 266
	Lag (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse (Sverige)	210, 267
	Lag om betalningsöverföringar (821/1999)	190, 193, 235
	Lag om bostadssparpremier (1634/1992)	279, 280
	Lag om depositionsbankernas verksamhet (1544/1991)	176, 179, 200
	Lag om Finansinspektionen (503/1993)	203
	Lag om Finansinspektionen (587/2003)	200, 202
	Lag om främjande av ekonomisk konkurrens (1/1964)	56, 69
	Lag om främjande av ekonomisk konkurrens (423/1973)	69
	Lag om föreningar (1/1919)	26
	Lag om förvaltningsförfarande (598/1982)	203, 272
	Lag om hemkommun (201/1994)	273
	Lag (2004:299) om inlåningsverksamhet (Sverige)	210
	Lag (1995:1571) om insättningsgaranti (Sverige)	210, 211
	Lag om konkurrensbegränsningar (709/1988)	70
	Lag om finansiering av landsbygdsnäringar (329/1999)	270
	Lag om främjande av bostadsbyggnadsproduktionen i tätorter (225/1949)	279
	Lag om likabehandling (21/2004)	99
	Lag om minuthandeln och frisersalongers öppettider (1297/2000)	118
	Lag om offentlig upphandling (1505/1992)	34, 43
	Lag om ombildande av Post- och televerket till aktiebolag (885/1993)	147
	Lag om Postbanken Ab (972/1987)	46, 120
	Lag om räntestöd för bostadsrättslån (1205/1993)	279
	Lag om räntestöd för ägarbostadslån (1204/1993)	279, 280
	Lag om räntestödslån för anskaffande av ägarbostad (639/1982)	279, 280
	Lag om rätt att utöva näring (122/1919)	146
	Lag om skuldebrev (622/1947)	191, 192
	Lag om skuldsanering för privatpersoner (57/1993)	253, 266, 269
	Lag om social kreditgivning (1133/2002)	270–274, 276
	Lag om statens affärsverk (627/1987)	35, 36
	Lag om statliga affärsverk (1185/2002)	36
	Lag om statsborgen för ägarbostadslån (204/1996)	279, 280
	Lag om studiestöd (65/1994)	275–278
	Lag om telegrafanläggningar (150/1919)	145
	Lag om televisions- och radioverksamhet (744/1998)	144
	Lag om tillhandahållande av informationssamhällets tjänster (458/2002)	49, 144
	Lag om upphävande av lagen om postbanken (383/2000)	120
	Lag om utkomststöd (1412/1997)	272
	Lag om ändring av lånevillkoren för hyreshuslån (1186/1990)	279
	Lag om övervakning av konkurrensbegränsning inom näringslivet (47/1957)	69

	Lag om yttrandefrihet i masskommunikation (460/2003)	144
	Lag (1986:796) om godtrosvörvär av lösöre (Sverige)	191
	Landsbygdsnäringslag (1295/1990)	270
	Lov om finansiel virksomhed nr. 428 06/06/2002 (Danmark)	207–209
	Lov om konkurrence i ervervsvirksomhet 11 juni. Nr. 65. 1993 (konkurranseloven) (Norge)	68
	Markanvändnings- och bygglagen (132/1999)	113, 115–118, 123
Markedsføringslov		208
	Lov om markedsføring LBK nr 699 af 17/07/2000 (Danmark)	
	Monopolloven nr. 102 af 31. marts 1955 (Danmark)	68
PenningtvättL		221, 232
	Lag om förhindrande och utredning av penningtvätt (68/1998)	
	Personuppgiftslag (523/1999)	159, 160, 227, 265, 276
	Postlag (907/1993)	132–137
PostavgiftstryggandeL		135, 138
	Lag om avgift för tryggande av postförmedling i glesbygden (708/1997)	
	Postlov af 11 marts 1851 (Danmark)	132
	Postlov nr. 288 9. Maj 1919 (Danmark)	132
PosttjL	Lag om posttjänster (313/2001)	87, 119, 133–141
	Posttrafikförordning (692/1980)	132–134
	Prisaftealelov nr. 158 af 18. maj 1937) (Danmark)	68
Prisloven	Lov om kontroll og regulering av priser, utbytte og konkurrenceforhold av 26. juni 1953 nr. 4 (prisloven) (Norge)	67, 68, 71, 72, 74, 103, 214
	Lov om pristiltak 11 juni. Nr. 66. 1993 (pristiltaksloven) (Norge)	68
	Regeringsform för Finland (94/1919)	38, 44, 99
	Riegle-Neal Interstate Banking and Branching Efficiency Act (1994) (USA)	215
	Rådets direktiv 93/13/EEG om oskälige avtalsvillkor 5.4.1993	
	EGT nr L 95, 21.4.1993, s. 29	19
RättshL	Lag om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (228/1929)	90, 92, 189, 190
SkL	Skadeståndslag (412/1974)	79, 99, 101, 104, 105
SL	Strafflag (39/1889)	98–101, 104, 159, 229, 236, 249, 258, 294
Skuldebrevslag		90
	Lag (1936:81) om skuldebrev (Sverige)	
	Socialvårdslag (710/1982)	273, 275, 277
Statsbolagslag		39, 40
	Lag om utövande av statens delägarrätt i vissa aktiebolag som bedriver ekonomisk verksamhet (740/1991)	
strl.	Straffeloven 22. mai 1902 nr. 10 (Norge)	103
Telefonkungörelse		145
	Kungörelse angående villkoren för rättighet att uppställa och begagna telefonledningar inom landet (23.12.1886)	
	Telelag (183/1987)	145, 147, 148, 156–158
	Telelag (1993:597) (Sverige)	148
Tillämpningsförordningen		66, 71, 73, 77
	Rådets förordning (EG) nr 1/2003 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget 16.12.2002, EGT nr L 1, 4.1.2003, s. 1	

TL	Trafikskadelag (1975:1410) (Sverige)	16, 250
	Trafikförsäkringsförordning (324/1959)	87
	Trafikförsäkringslag (279/1959)	87
	Trafikministeriets beslut om de allmänna grunderna för villkor vid leverans av teletjänster (478/1997)	156–158, 165
	Trafikministeriets beslut om villkoren vid leverans av teleanslutningar (503/1996)	157, 158
	Truck Act 1831 (Förenade kungariket)	187
Trustlov	Lov om kontroll med konkurrensinnskrenkninger og om prismisbruk av 12. mars 1926	67
Uppgiftsskyldighetslag	Lag om uppgiftsskyldighet rörande pris- och konkurrensförhållanden 1956 (Sverige)	69
	Utlänningslag (301/2004)	244, 245
	Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen, 1923 Reichgesetzblatt [RGBl.] I, 1067 (Nov. 2, 1923) (Tyskland)	67

Förkortningar

Om det är fråga om en förkortning från ett annat land än Finland anges landet inom parentes.

ADSL	Asymmetric Digital Subscriber Loop
ARN	Allmänna reklamationsnämnden (Sverige)
CLR	Columbia Law Review
DL	Defensor Legis
Ds	Departementsserien (Sverige)
EBLR	European Business Law Review
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EG	Europeiska gemenskapen
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
EIF	Encyclopædia iuridica Fennica
EkUB	Ekonomiutskottets betänkande
ELJ	European Law Journal
FFFS	Finansinspektionens författningssamling (Sverige)
EMU	European Monetary Union
FILJ	Fordham International Law Journal
FO	Forbrugerombudsmand (Danmark), Forbrugerombudet (Norge)
HD	Högsta domstolen (Finland och Sverige)
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
HIM	Handels- och industriministeriet
HYS	Forskningsprojektet Hyvinvointivaltio-odotukset, yksityistämien ja siviilioikeus (Välfärdsstatliga förväntningar, privatisering och civilrätt) som finansierats av Finlands Akademi 1996–1998
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ISDN	Integrated Services Digital Network
JCP	Journal of Consumer Policy
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland
JO	Riksdagens justitieombudsman
JT	Juridisk tidskrift (Sverige)
Kkn	Konsumentklagonämnden
KM	Komiteanmietintö [kommittébetänkande].
KO	Konsumentombudsmannen (Finland och Sverige)
KTM	Kauppa- ja teollisuusministeriö (Handels- och industriministeriet)
LM	Lakimies
L&R	Lov og Rett (Norge)
MD	Marknadsdomstolen (Finland och Sverige)
NJA	Nytt juridiskt arkiv (Sverige)
NJM	Förhandlingarna på det nordiska juristmötet
NCSA	The National Center for Supercomputing Applications (USA)
OECD	Organisation for economic co-operation and development

OJ	Official Journal of the European Communities
OLJ	Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu (Justitieministeriet, Lagberedningssavdelningens publikation)
OTJP	Oikeustiede – Jurisprudentia. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja [Finska Juristföreningens årsbok]
Ot.prp.	Odeltingsproposisjoner (Norge)
Pt.	Pristidende (prisrådets avgöranden, Norge)
RIAA	Recording Industry Association of America (USA)
RP	Regeringens proposition
RSv	Riksdagens svar
SRM	Statsrådets meddelande
SRR	Statsrådets redogörelse
SvJT	Svensk juristtidning
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap (Norge)
TrafMb	Trafikministeriets beslut
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen. Domssamlingen (Danmark)
U.S.C.	United States Code (USA)

1 Inledning

1.1 ALLMÄNT

Inom den industrialiserade världen och särskilt i många europeiska länder har under de senaste årtiondena en utvecklingstendens enligt vilken marknadsekonomiska krav tillmätts större betydelse än tidigare tilltagit. Dessutom har det under 1990-talet skett och håller fortfarande på att ske en särskild transformationsutveckling i de östeuropeiska länderna. Ett mål för denna utveckling har varit att dessa länder skulle kunna bli medlemmar i EU. I maj 2004 har några av dessa länder redan blivit medlemmar i EU medan vissa ännu aspirerar på att få bli det. Denna utveckling har till sin karaktär varit mycket mera djupgående och omfattande än den utveckling som ägt och ännu äger rum i de västeuropeiska länderna. En global dimension är de strävanden som går ut på att genomföra fri handel mellan alla länder på jorden. Denna globaliseringsprocess är föremål för en mycket livlig samhällsvetenskaplig debatt. Den västeuropeiska utvecklingen utgörs av ett synsätt som kan komprimeras i uttrycket 'less government' och som har utgått från USA. Utvecklingen i USA fick fart under 1970-talet och fortsatte under Reagans presidentperiod. Även i EU-medlemsstaterna har synsättet fått ett starkt fotfäste liksom även i själva EU. Trenden har även i Finland varit mycket lätt att skönja.

På en konkret nivå tar sig detta synsätt sig uttryck i t.ex. att branscher som tidigare varit reglerade (monopol eller i övrigt begränsad konkurrens) har avreglerats. Man har konkurrensetsatt dem och ändrat på organisationsstrukturen och eventuellt ändrat på det allmännas ägoengagemang. Det är å ena sidan fråga om *sektorer av samhällsservice* såsom distribution av energi samt tillhandahållande av tele-, post- och trafik tjänster. Det gäller också affärsbranscher såsom bank och försäkring. Å andra sidan är det också fråga om att ställa nya krav på *myndighetsverksamheten* genom att införa resultatansvar enligt affärsökonomiska principer. Man kan tala om en allmän *utveckling mot marknadsorientering* som lämnat spår i lagstiftningen på grund av att avreglering, reformering av det allmännas verksamhet och avyttrandet av det allmännas egendom fordrar lagstiftningsåtgärder.

En annan betydelsefull trend är den som uppstått som en följd av den informationsteknologiska utvecklingen. Sedan slutet av 1990-talet har användningen av datorer i nätverk tilltagit och inom den närmaste framtiden kommer skillnaderna mellan datorer, mobiltelefoner och televisioner att minska. Detta innebär att de tjänster som varit tillgängliga i endast ett medium inte längre

kommer att vara bundna till detta. En betydande del av handeln och annat mänskligt samväre börjar äga rum genom Internet. Inom handeln har det under tiden efter andra världskriget också skett omfattande förändringar i betalnings- och finansieringssystemen. Detta har också satt djupa spår i hur t.ex. enskilda personer sköter sina dagliga ekonomiska rutiner.

När samhällsstrukturer förändras till följd av förändringar i företagens och människornas beteende bildas det ofta ett tryck på rättssystemet då nya intressekonflikter uppstår. Antingen tar sig lagstiftaren, den nationella eller övernationella, an problemet eller så faller det på marknadsaktörerna att utveckla fungerande lösningar inom ramen för privatautonomi. Om detta misslyckas kan domstolarna bli tvungna att utan lagstiftarens medverkan tackla problemen.

Ett exempel på ett nytt problemkomplex är hur man i turbulensen av de stora förändringarna kan trygga tillgängligheten av varor och tjänster, dvs. nyttigheter. Branscher som fungerar utan närmare reglering av denna fråga behöver inte tänka på annat än hur vinsten skall maximeras för ägarna. Det faller på det allmänna att definiera verksamheter där man inom ramen för den samhälleliga solidariteten avser att kräva t.ex. tillgänglighet av nyttigheter. Det är kännetecknande för ett utvecklat samhälle att man med hjälp av den kollektiva styrkan tar hand om individer som inte skulle klara sig på egen hand. Det finns olika lösningar på hur man engagerat sig till förmån för de svaga. Inom västvärlden har det utvecklats en samhällsmodell som kallas välfärdssamhälle.

Det verkar finnas knappt om forskning om vad dessa utvecklingstrender innebär för det privaträttsliga systemet även om forskning om det s.k. *privatiserings*-fenomenet finns i mycket omfattande grad både i vårt land och internationellt.

Över lag verkar det finnas rätt litet forskning om hur rättssystemet tryggar tillgängligheten av nyttigheter i allmänhet. Det finns emellertid forskning inom konkurrensrätten om missbruk av dominerande ställning på marknaden där tillgänglighetsproblematiken blir aktuell.¹ Inom statsförvaltningsrätten finns det forskning om grundläggande fri- och rättigheter och problemet med tillgänglighet uppkommer i samband med förbudet mot diskriminering.² Dessa teman kommer nära temat för denna undersökning. Däremot finns det knappt om forskning om den privaträttsliga möjligheten att trygga tillgängligheten av nyttigheter. En ganska färsk undersökning har dock gällt privatiseringen inom den kommunala sektorn.³ I samband med en undersökning om statens ägarmakt

¹ Se t.ex. *Kuoppamäki 2003* del B kapitel II avsnitt 6 s. 782–830.

² Se t.ex. *Länsineva 2002* s. 104 f., 143, 157 och 241 f.

³ Se *Rasinmäki 1997* som har titeln ”Yksityistäminen kunnallishallinnossa” (Privatisering inom kommunförvaltningen) och där han på s. 20 säger att han granskar även de rättsliga verkningarna av privatiseringen. Se vidare 6 kap. där han behandlar frågan om huruvida medborgarnas rättsskydd i samband med regleringen av privatiseringen i tillräcklig mån har beaktats och hur rättsskyddet över lag har förverkligats. Han behandlar dock mycket kort problemen kring tillgängligheten av tjänster, se s. 400 f. Den privaträttsliga möjligheten att trygga tillgängligheten av nyttigheter är inte föremål för undersökningen.

i statsbolag finns även en analys om förändringar av verksamheter hos det allmänna till lösningar som följer marknadsrationalitet.⁴

Många samhällseliga affärsbranscher eller tjänstesektorer anses så viktiga och komplicerade att den verksamhet som idkas måste vara föremål för en samhällselig styrning. Man kan genom rättslig reglering trygga tillgängligheten av nyttigheter på olika sätt. Den näringsrättsliga styrningen är ett sätt att tillse att det finns näringsidkare inom vissa branscher som fyller vissa krav. Genom planerings- och byggnadslagstiftningen kan man reglera var näringsidkarna kan etablera sig och i hurdan omfattning. Tillgängligheten förverkligas emellertid i sista hand genom att man ingår avtal.

I branscher där varor tillverkas av råvaror eller komponenter och där det eventuellt tillverkas komponenter till slutliga produkter går produkterna igenom en distributionskedja där varje länk i kedjan utgörs av avtal. Den sista länken inom sådana branscher som producerar konsumtionsvaror är en slutlig användare av produkten och om det är fråga om en privatperson är det fråga om ett avtal mellan en näringsidkare och en konsument.

Inom branscher där man tillhandahåller tjänster föreligger inte en lika klar distributionskedja även om den som tillhandahåller tjänster kan utnyttja underleverantörer. Tjänsternas immateriella natur gör att ”distributionskedjan” skiljer sig från den som gäller fysiska föremål, dvs. varor.

I kritiska situationer när näringsidkaren av någon orsak vägrar betjäna en kund genom att sälja en vara eller tillhandahålla en tjänst måste man fråga sig om han enligt de rättsliga normerna får göra det eller om det går att tillämpa en regel om skyldighet att ingå avtal, dvs. om han har en *kontraheringsplikt* medan den potentiella slutanvändaren har en *rätt till avtal*. I detta sammanhang är det inte av betydelse om det är fråga om en vara eller tjänst utan det som är relevant är snarare frågan om hur nödvändig nyttigheten är.

En regel om kontraheringsplikt innebär att den som plikten riktas mot är skyldig att sluta ett avtal om att sälja en vara eller tillhandahålla en tjänst på de villkor som denna i allmänhet tillämpar om någon det fordrar.⁵ Med fordran förstås enligt avtalsmekanismens begrepp att kräva att acceptansen av det stående anbud som den förpliktade räknas ha avgett leder till avtal.⁶ Arbetsfördelningen i samhället innebär att den rättsliga formen för anskaffningar av nyttigheter är avtal. Härvid måste man bedöma om denna rättsliga form, som

⁴ Se *Eilavaara – Sarja 1999* som har titeln ”Valtion omistajavalta. Tutkimus valtion omistajavallasta ja esteellisyydestä omistajavallan käytössä” (Statens ägarmakt. En undersökning om statens ägarmakt och jäv vid nyttjandet av ägarmakten). Se s. 19 ff. där det framkommer att undersökningen i huvudsak gäller jävsfrågor i anslutning till användandet av ägarmakten. Frågor om tillgänglighet av tjänster som statsbolag tillhandahåller är inte föremål för närmare analys.

⁵ Se t.ex. *Vahlén 1966* s.12 f., *Kivimäki – Ylöstalo 1973* s. 263 ff., *Hov 1991* s. 77 f., *Adlercreutz I 2000* s. 101 f., *Lynge Andersen m.fl. 1991* s. 22 och *Gomard 1996* s. 15 f.

⁶ Se t.ex. *Vahlén 1966* s.12 f. och *Adlercreutz I 2000* s. 101.

distributionen av nyttigheterna fått, är tillfredsställande, dvs. om normerna möjliggör ett tillträde till marknaden på ett tillfredsställande sätt. Fastän tillträdet genom regler om kontraheringsplikt är tryggt formellt sett kan de faktiska omständigheterna bli sådana att en del av aktörerna utesluts t.ex. på grund av diskriminerande prissättning.

Angående kontraheringsplikten finns det tidigare rättslig forskning om än rätt så lite. Av de som tidigare behandlat kontraheringsplikt i monografier har *Pehrson* utgått från en indelning i speciallagstiftningen enligt samhällssektorer såsom transport, övrig infrastruktur, statliga monopol och speciella yrkesgrupper och koncentrerat sig på konkurrensrättslig kontraheringsplikt enligt den dåvarande svenska lagen om motverkande i vissa fall av konkurrensbegränsning i näringslivet från år 1953 (som allmänt kallades konkurrensbegränsningslagen).⁷ *Koktvedgaard* å sin sida har behandlat kontraheringsplikten utgående från kollektiv arbetsrätt och har koncentrerat sig på den konkurrensrättsliga sidan medan han inte alls behandlat en sådan kontraheringsplikt som grundas på en koncession som ger rättsligt monopol.⁸ Gemensamt för dessa framställningar i vilka ingår indelningar av stadganden om kontraheringsplikt är att de gjorts under en tid då regleringsläget i de nordiska länderna såg annorlunda ut än vad det gör i dag.

Till och med i en av de färskaste framställningarna av läroboksformat av *Adlercreutz* från år 2000 syns inte ännu drag av hur utvecklingen mot marknadsorienteringen inverkat på regleringen av kontraheringsplikten.⁹ Sådana framställningar, som härrör sig från tiden då indelningen i privaträttsligt – offentligrättsligt avspeglade ett annat läge och då avregleringen inte kommit igång, har blivit föråldrade. Den senaste monografien är en nordisk rättsjämförande undersökning om regleringar inom ett flertal branscher som jag själv utfört. I denna har jag noterat utvecklingen mot marknadsorienteringen men jag hade inte möjlighet att gå in för att analysera vad den innebär för tillgängligheten av nyttigheter.¹⁰

⁷ Se *Pehrson 1976* 2 och 3 kap.

⁸ Se *Koktvedgaard 1960* s. 2–5. Se även *Hjeje Festskrift 1951* där granskningen också gäller konkurrensrätt. I sig är en branschreglering som leder till monopol även konkurrensrättsligt relevant på grund av det allmänna konkurrensrättsliga förbudet mot missbruk av monopol. Lagstadgad kontraheringsplikt i en branschreglering har således samma mål som den allmänna konkurrensrättsliga regleringen. Därutöver finns regleringar som har andra mål än att säkra fri konkurrens. I försäkringssammanhang är målet att trygga att de skadelidande får ersatta sina skador som uppkommit vid den verksamhet som varit försäkrad. Andra mål är att trygga den personliga säkerheten och hälsan. Se *Gomard 1996* s. 16 f.

⁹ Se även *Ramberg – Hultmark 1999* s. 25 f. där framställningen begränsas till ett kort omnämnande av vissa lagregler.

¹⁰ Se *Nybergh 1997* vars titel är ”Avtalsfrihet – rätt till avtal. En nordisk undersökning om kontraheringsplikt till förmån för privatpersoner”. Se s. 6 ff. där frågeställningen presenteras. Den gick i huvudsak ut på att utreda hurdana kontraheringspliktsstadganden det finns i de nordiska länderna och om det också finns en princip om kontraheringsplikt som kunde tillämpas då något uttryckligt lagstadgande inte föreligger.

I välfärdsstaten har det allmänna traditionellt haft rollen som distributör av välfärden och vissa nödvändiga nyttigheter. Denna fördelning av nyttigheter har antingen genomförts utan avgifter eller till ett subsidierat pris för mottagaren. Jämfört med detta är den privata sektorns roll att ombesörja distributionen av alla slags nyttigheter, både nödvändiga och mindre nödvändiga. Denna arbetsfördelning har blivit förskjuten genom att den privata sektorn expanderar på den offentliga bekostnad till följd av olika reformer av marknadsorientering.¹¹ Man kan också säga att den offentliga sektorn beger sig in på den privata sektorn i form av en marknadsaktör när man går in för att sälja nyttigheter enligt marknadsekonomiska principer på en mer eller mindre konkurrensutsatt marknad. Det uppstår lätt paradoxala effekter. Tidigare har det allmänna tagit över verksamheter på vissa marknader genom att förstatliga bolag som fungerat på en viss marknad eller genom att man grundat stats- eller kommunalt ägda bolag. Under tiden innan den pågående utvecklingen mot marknadsorientering började gavs sådana bolag dessutom ensamrätt på en viss marknad. Det nya är nu att man säger sig sträva efter en verklig konkurrensutsatt marknad även om det inom vissa branscher såsom postsektorn inte går särskilt snabbt

På nivån för rättssystemet tar sig denna förändring uttryck så att offentlig-rättsliga förvaltningsförhållanden förvandlas till privaträttsliga avtalsförhållanden varigenom den traditionella offentliga rättens tillämpningsområde krymper. Istället uppstår emellertid nya regleringsbehov för att genomföra tillsyn av de nya konkurrensutsatta branscherna. Det förefaller nämligen föreligga såsom en naturlagsbundenhet att konkurrensen inte bibehålls om inte det allmänna liksom en trädgårdsmästare gallrar ogräsaktiga monopoliststrävanden.

1.2 FRÅGESTÄLLNING OCH AVGRÄNSNING

När en omfattande och djupgående förändring sker i samhället till följd av lagstiftningsreformer uppstår utan tvekan nya rättsliga problem. I denna undersökning frågas vilka de kan vara. Har man då dessa reformer drivits igenom beaktat alla viktiga synpunkter vis-à-vis tillgängligheten av varor och tjänster? Även om man tror sig ha gjort det kommer man osökt till att det trots allt kan uppkomma problem. Man kan tvivla på att det på förhand skulle kunna vara möjligt att kunna förutse vilka alla problem som kan uppstå. Avreglering, reformering av det allmänna verksamhet och avyttrandet av det allmänna egendom fordrar lagstiftningsåtgärder. Vid alla lagstiftningsåtgärder finns det effekter som man avser att uppnå, den uttalade målsättningen, men också

¹¹ Se *Wilhelmsson 2001* s. 31 f. som i samband med att han behandlar marknadsorienteringen och ansvarsrätten redogör för att den offentliga sektorn slagit på en backväxel. Han konstaterar dock att välfärdsstatens återtag i Norden ändå varit relativt begränsat med tanke på effekterna.

oavsedda effekter som man inte har kunnat förutse.¹² Man återfinner antagligen båda dessa effekter bland de här skisserade reformerna. Av denna orsak är det *övergripande målet* för denna undersökning att finna lösningar på vissa problem som kan uppstå vid en förändringsprocess av avreglering, konkurrensutsättning, privatisering och en utveckling mot ett informationsteknologisamhälle. Lösningarna på problemen gäller grundläggande drag i avtalsrätten och tillgänglighet av nyttigheter. Det är främst fråga om regler om kontraheringsplikt för näringsidkare som tillhandahåller tjänster på marknaden. På motsvarande sätt är det fråga om regler om *rätt till att få ingå avtal* (eller i kortare form *rätt till avtal*) för dem som söker sig till marknaden i avsikt för att köpa tjänster, med andra ord den enas skyldighet är den andras rättighet.

Utvecklingen mot marknadsorienteringen inleddes under en tid då den ekonomiska utvecklingen i västvärlden i huvudsak utvecklades gynnsamt. Under 1980-talet nådde denna utveckling sin kulmen och övergick sedan med litet varierande tidtabell i en ekonomisk depression i Europa. I Norden antog denna depression former som gjorde att man jämförde med den tidigare djupa depressionen på 1930-talet. Härmed uppstod det höga krav på de nordiska välfärds-samhällena på grund av att finansieringsbasen för dem började vittra sönder till följd av den ökande arbetslösheten som i sin tur ledde till sjunkande skatteintäkter.¹³ Det oaktat bibehölls medborgarnas välfärdsförväntningar gentemot rättssystemet även om de traditionellt i första hand har riktat sig till socialrätten, skatterätten och dylika rättsområden. Medborgarna väntade sig också och väntar sig fortfarande att få vissa tjänster av det allmänna även om eliten i samhället inte är helt ense med detta.¹⁴

Dessa förväntningar minskar knappast på grund av att 1990-talets depression så småningom har övergått till en högkonjunktur som visserligen inte fullt ut har kommit alla branscher och områden till godo innan den första informations-teknologiboomen ebbade ut för en tid. Demonteringen av välfärdssamhället

¹² Se *Ervasti – Tala 1996* s. 9 ff. och 195 ff där man undersökt vilka effekter lagstiftaren sagt att man strävar till. Man avhöll sig dock från att undersöka hur lagstiftarens prognoser slagit ut (s. 196). Resultatet av undersökningen var att målsättningarna formulerades vagt (år 1994) och att bedömningen av effekterna inte gjordes systematiskt.

¹³ Se *Tuori 2000* s. 105 som formulerar saken så att Finland överraskades av depressionen.

¹⁴ Se t.ex. *Blomberg-Kroll 1999* s. 23, 28 f. och artikel I s. 70 f. samt artikel II s. 66 ff. Se även *Sipponen 2000* s. 323 som återger det som sammanställts av flera opinionsundersökningar i rapporten Mikä on kohtuullinen minimi? Vähimmäisturvan taso konsensusmenetelmällä arviointuna [Vad är ett skäligt minimi? Minimiskyddets nivå bedömt utgående från konsensusmetoden]. Forma, Pauli – Heikkilä, Matti – Keskitalo, Elsa. Raportteja. STAKES 240(1999). En betydande majoritet av de som svarat understödde fortfarande offentliga välfärdstjänster. Däremot avvek uppfattningar hos personer i ledningen och i ledningen på mellannivå i storföretag samt i ledningen för kommuner från uppfattningarna hos medborgarna. Endast 35 % av de ledande personerna ansåg att den finska välfärdsstaten är värd sitt pris jämfört med 74 % av de andra svararna.

eller åtminstone de reformer som går ut på att begränsa tillhandahållandet av välfärdstjänsterna innebär förändring i alla dessa avseenden. I denna undersökning söker jag ett svar på den *övergripande frågan* i vilken mån dessa förändringar medför ett nytt tryck på vissa delar av det privaträttsliga systemet och hur man inom ramen för detta system har lyckats uppfylla de nämnda förväntningarna.¹⁵

Man kan granska civilrättsliga mekanismer och konsumentskydd ur olika synvinklar för att få ett svar på frågan i vilken mån man kan uppfylla medborgarnas välfärdsförväntningar under en tid av marknadsorientering. För det första uppstår frågan huruvida marknadsorienteringen som berör statens och kommunernas funktioner medför nya skyddsbehov inom det privaträttsliga systemet och om systemet inom ramen för sin nuvarande utformning svarar för dessa behov. Den privaträttsliga styrningen av tjänsterna, tillgängligheten av dem och den eventuella kontraheringsplikten som gäller vid tillhandahållandet av dem hör till denna grupp. För det andra kan man utreda i vilken mån nedskärningarna inom socialskyddet skapar ett nytt tryck på att utveckla det privaträttsliga systemet.¹⁶

Forskningen bygger på en utgångspunkt enligt vilken demonteringen av välfärdssamhället, införandet av reformer där marknadsideologin i en allt högre grad än tidigare betonats och utvecklingen mot ett informationsteknologisamhälle, har skapat nya regleringsbehov inom privaträtten.¹⁷ *Hypotesen* för detta forskningsarbete är att samhällsutvecklingen, vari utvecklingen mot marknadsorientering och den teknologiska utvecklingen ingår, har lett till ett ökat beroende av de nödvändiga finansiella tjänsterna. Därmed har det även uppstått ett större behov för så gott som var och en att ha tillgång till dessa tjänster. Visserligen hade redan under industrisamhällets tid uppstått behov av de nödvändiga finansiella tjänsterna som inte funnits i det agrara samhället. Senast på 1960-talet då de vardagliga betalningsrutinerna började utvecklas lades grunden för den situation som råder i dag. Trots detta har man först i december 2002 uttryckligen genom lag infört regler om tillgängligheten av s.k. grundläggande banktjänster, dvs. basbanktjänster.¹⁸

¹⁵ Se *Wilhelmsson 2001* s. 48 f. där han redogör för hur välfärdsförväntningar fungerar som pådrivare av utvecklingen. Han antar att de starka välfärdsförväntningarna kan antas fortleva också till den del man i det välfärdspluralistiska fältet valt mera marknadsorienterade lösningar.

¹⁶ Se angående denna problematik i ett vidare sammanhang *Wilhelmsson 2000* s. 19–25 som utgör inledningen till framställningen i boken Pieniä kertomuksia hyvinvointivaltion siviilioikeudesta (Små berättelser om välfärdsstatens civilrätt).

¹⁷ Denna utgångspunkt ställdes som hypotes i forskningsprojektet HYS (Hyvinvointivaltio-odotukset, yksityistäminen ja siviilioikeus, dvs. Välfärdsstatliga förväntningar, privatisering och civilrätt) förutom att utvecklingen mot ett IT-samhälle inte upptogs till granskning, se *Wilhelmsson 2000* s. 23 f. Forskningsarbetet för föreliggande undersökning började inom ramen för detta projekt.

¹⁸ Se lag om ändring av kreditinstitutslagen (69/2003).

Utvecklingen i samhället är mångfasetterad. Marknadsbeteendet har lett till en situation där det uppstått ett standardiserat förfarande för den dagliga penningtrafiken så att kontoöverföringar i huvudsak ersatt kontantbetalningar. Den elektroniska handeln (i fortsättningen e-handel) är beroende av vitt tillgängliga teletjänster (Internetabonnemang), posttjänster (leverans av varor) och finansiella tjänster (betalningar av varor och tjänster). I olika sammanhang har det också ställts krav på att man skall ombesörja ett försäkringsskydd för sig och sin egendom utöver det socialskydd som det allmänna bjuder på. Finanssektorn har varit föremål för avregleringsåtgärder med avsikt att öka konkurrensen på marknaden samtidigt som det statliga engagemanget inom branschen har trappats ned. Tillfredsställandet av de nya regleringsbehoven har tidigare varit svårt att genomföra genom att endast presentera en nytolkning av då existerande lagregleringar.¹⁹ Sedermera har emellertid den strax ovan nämnda ändringen av kreditinstitutslagen (nedan KreditIL) genomförts och därmed har det visat sig att även lagstiftaren har funnit det meningsfullt att trygga tillgängligheten av basbanktjänsterna med privaträttsliga regler. Samtidigt har kunskapsintresset för den förevarande undersökningen förskjutits till den frågeställning som presenteras strax nedan.

Regleringsbehoven utgör ett exempel på en situation där skillnaden mellan privaträtt och offentlig rätt får en minskad betydelse i och med att det uppstår en grå zon där drag från de båda områdena blir framträdande. Privaträtten och den offentliga rätten skiljer sig beträffande många olika omständigheter. De skiljer sig bl.a. beträffande de rättsmedel och påföljder som kommer i fråga. Privaträttsliga krav såsom yrkande på att ett avtalsförhållande föreligger genomdrivs i en individuell process vid en allmän domstol medan den offentliga rätten reglerar straffsanktioner, licenskrav, övervakning och kontroll. De skiljer sig också beträffande de grundläggande värderingarna. Privaträtten bygger på privatautonomi medan den offentliga rätten tar sig an samhällspolitiska uppgifter till vilket hänför sig solidaritetsaspekter.²⁰

När man med reglering inskränker avtalsfriheten kan man välja mellan olika former av reglering. Man har oftast nöjt sig med tvingande privaträttslig reglering inom områden där man strävat till att skydda en presumerad svagare part. Sådana områden har traditionellt varit arbetsrätten samt hyres- och arrenderätten. Ett förhållandevis nytt område som skär igenom rättsystemet är konsumenträtten. I de tvingande stadgandena som finns i konsumentavtalsrätten stadgas att avtalsklausuler genom vilka man till nackdel för konsument

¹⁹ Se *Nybergh 1999* s. 392 ff. och i mera elaborerad form *Nybergh 2000* s. 195 ff.

²⁰ Se *Wilhelmsson 2000* s. 33 f. och *Wilhelmsson SvJT 1997* s. 522 f. angående en närmare analys av skillnaderna. Se även *Tuori 2000* s. 110 f. som ger en prognos om att förändringar i värderingar mot en större individualism och värdepluralism kommer att öka trycket på ta fram alternativ inom den sociala sektorn.

avviker från lagens stadganden är ogiltiga. I situationer där det inte alls finns ett avtal fungerar emellertid en sådan tvingande lagstiftning inte som ett medel att befatta sig med en eventuell förvägran på näringsidkarens sida. Därför finns för vissa branschers del – om ock till synes slumpmässigt – stadganden om kontraheringsplikt. Dessutom regleras verksamheter som förutsätter koncession såsom finansiella tjänster genom främst offentligtrettsliga branschvisa generalklausuler. Dessa generalklausuler gör det möjligt att på ett smidigt sätt utöva tillsyn av branschen. Man förutsätter att i verksamheten iakttas ”god sed” eller dylikt. Man kan fråga sig om man i dessa situationer kan tillämpa en allmän rättsgrundsats om kontraheringsplikt om plikten inte är lagreglerad.²¹

När det sker förändringar i samhället kan man tänka sig att ompröva vedertagna utgångspunkter såsom vilken roll vissa aktörer skall ha i samhället. En allmänt omfattad uppfattning är att samhället vinner på att marknaden fungerar ur allas synvinkel på ett tillfredsställande sätt. Den gör det när det finns klara spelregler som de flesta känner till och omfattar. Marknaden fungerar när tillgången motsvaras av efterfrågan vilket gör att affärsverksamheten kan utövas så att den är lönsam. Det allmänna måste dock kräva att affärsidkarna inte inom vilken bransch som helst tillåts begränsa utbudet till blott de bästa segmenten av marknaden. Det är fråga om branscher som tillhandahåller nyttigheter som är särskilt nödvändiga för det dagliga livet.

Marknadsorienteringen kan leda till att innehållet av den kontraheringsplikt som gällt för en viss bransch eller sektor förändras. Detta gäller även sådana branscher eller sektorer inom vilka det inte har gällt en lagreglerad kontraheringsplikt. I samband med reformer tar man inte alltid ställning till hur man skall förhålla sig till kontraheringsplikten. Man kanske tänker sig att en så tung regleringsåtgärd inte längre behövs på grund av att en nyinförd eller utökad konkurrens tryggar tillgängligheten av varor eller tjänster. Av denna orsak kan det hända att kontraheringsplikten antingen omedvetet eller avsiktligt blir avhängig av den allmänna rättsgrundsatsen. Härmed uppstår en synnerligen otillfredsställande situation, eftersom rättsläget förblir oklart. Detta accentueras ytterligare av det faktum att kontraheringsplikten i situationer som inte uttryckligen reglerats i lag är rätt okänd eller att den bestrids av de näringsidkare som skyldigheten riktas emot. I sådana fall där rättsförhållandet varit av förvaltningsrättslig karaktär blir det efter en reform mot marknadsorientering också ibland oklart om en kontraheringsplikt träder i stället för de förvaltningsrättsliga principerna.

Jag har tidigare undersökt lagreglerad kontraheringsplikt och oreglerad kontraheringsplikt genom att jämföra de fyra största nordiska länderna sins-

²¹ Se t.ex. *Ussing 1945* s. 99, *Pehrson 1976* s. 82 f., *KM 1990:20* s. 273 f. och den föreslagna 9 a § i rättshandlingslagen samt *Nybergh 1997* 4 kap. och *Lyng Andersen – Møgelvang-Hansen 2001* s. 48 f.

emellan. Ett oväntat och oplanerat forskningsresultat var en bild av hur de olika utvecklingsskedena av marknadsorientering såg ut inom de olika samhällssektorer och affärsbranscher som jag undersökte i de olika länderna. Det fanns slående likheter i utvecklingens gång liksom det även fanns skillnader mellan länderna som dock verkade mera beroende på att man befann sig i olika skeden av en mycket liknande utveckling än på att man hade gått egna vägar.²²

I denna undersökning går jag vidare och tar med utvecklingen mot marknadsorientering i frågeställningen men tar upp informationssamhällets infrastruktur som systematiseringsgrund. Härvid koncentrerar jag mig på att granska regleringen av tillgången till tjänster som behövs för e-handel. Det torde dock vara klart att det som är relevant för tillgången till tjänster i denna kontext även är det i den traditionella handeln. I handeln mellan närvarande parter finns det också behov av att använda finansiella tjänster men på ett litet annat sätt än vid e-handel. Den traditionella postorderförsäljningen har åter mera gemensamma drag med e-handeln även om sättet att kommunicera skiljer sig. De finansiella tjänsterna kan i detta sammanhang ses som ett slags ersättare av de ursprungliga enkla förfarandena vid utbyte av varor och tjänster. Banktjänsterna är en förutsättning för all handel – såväl traditionell som elektronisk. Jag ställer således följande frågor:

- (1) Har förändringar på marknaden för post- och teletjänsterna samt banktjänsterna tillsammans med marknadsorienteringen och den informationsteknologiska utvecklingen medfört ett behov att formulera regler om rätt till avtal inom dessa branscher?
- (2) Hur tryggas tillgängligheten av de tjänster som behövs för e-handeln genom regleringsåtgärder?
- (3) Vilka banktjänster omfattas av regeln om rätt till avtal?
- (4) Vad innebär reglerna om rätt till avtal om banktjänster för de olika banktjänsternas del?

Besvarandet av fråga (1) går ut på att identifiera förändringar i de faktiska förhållandena i samhället som fungerar som ett motiv för att vidta omformuleringar av de rättsliga reglerna om tillgängligheten av de ifrågavarande branschernas tjänster. Det är fråga om att förklara varför man övergått från att betona privatautonomi till att införa en övergripande styrning av tryggandet av utbudet av tjänsterna. Fråga (2) gäller de rättsliga förutsättningarna för

²² Se Nybergh 1997 3 och 4 kap. samt avsnitt 5.4 och s. 300.

e-handeln över lag, dvs. det är fråga om att undersöka hur regleringen av tillgängligheten av tele- och posttjänster samt banktjänster genomförts. Dessa två frågor är av en inledande natur medan besvarandet av fråga (3) och (4) förutsätter en detaljerad analys av rättsläget. I konkretiserad form kan fråga (3) uppdelas i följande: Har enskilda fysiska personer rätt att erhålla konto med därtill hörande betalningsmedel, att använda kontot till betalningsöverföringsuppdrag och rätt att erhålla kredit? Fråga (4) förutsätter i sin tur att man undersöker vad man skall ta sig till om en bank vägrar att överhuvudtaget tillhandahålla en viss tjänst eller tillhandahåller endast en del av de önskade tjänsterna.

Tillgången till de finansiella tjänsterna är bl.a. beroende av hurdana grupper näringsidkarna tillåts bilda bland sina kunder. Kostnadsmotsvarigheten för de tjänster som de olika kundgrupperna får bära utgör ett problem för de svagare grupperna.²³ För att lösa problemet måste man efterlysa solidaritet i verksamheten som kan konkretiseras i form av korssubventionering mellan kundgrupperna. Näringsidkarna har en möjlighet att visa hur de bär sitt sociala ansvar genom att administrera korssubventionerna i en acceptabel utsträckning.

I en marknadsekonomi blir man tvungen att från det allmännas sida ställa krav på en viss miniminivå så att aktörer med ett mindre väl utvecklat socialt ansvar inte på ett chikanöst sätt skall kunna skumma grädden inom sin bransch och sålunda nå en orättmätig konkurrensfördel. Det är klart att hur vidlyftiga utvidgningar av det sociala ansvaret som helst inte låter sig göras med risk att marknadsekonomins styrka – den ekonomiska effektiviteten – går förlorad. Till den ekonomiska effektiviteten kan emellertid också räknas att marknaden hålls öppen, dvs. att ingen av slumpmässiga orsaker och på irrationella grunder exkluderas från en marknad. Detta är uttryckligen tryggt på konkurrensrättens område och kunde utvecklas på konsumenträttens område. Marknaden som helhet blir ineffektiv om det inte går att nå t.ex. alla betalningsmottagare som behöver delta i omsättningen.

Konkurrensrätten reglerar näringsidkarnas rätt till tillträde på marknaden medan konsumenträtten reglerar konsumenternas rätt till avtal med näringsidkarna. Det är här fråga om att vidga perspektivet så att lönsamhetskalkylen inte i temporalt hänseende begränsas till alltför korta perioder och inte ur samhälls-synvinkel begränsas till alltför små helheter. Ett exempel på detta är en lönsamhetsbedömning kvartalsvis inom ett företag eller en annan organisation. Om bedömningen inom organisationerna dessutom spjälks upp till resultatenheter som tillhandahåller vissa slag av tjänster kan det uppstå ett behov att rationalisera bort olönsamma men också inte tillräckligt lönsamma verksam-

²³ Se Caplovitz 1969 s. xxvii vars titel "*The poor pay more*" börjat leva sitt eget liv. Om man inte intervenerar i skeendena på marknaden kan man lätt hamna i en situation som kan karakteriseras: "*The poor pay more if they can afford it at all!*"

heter. I undersökningen talar jag för en lönsamhetsgranskning i ett marknads-ekonomiskt samhälle som förutsätter ett litet vidare perspektiv.

För att jag skall kunna besvara de ställda frågorna måste jag först behandla de grundläggande omständigheter som jag avser att bygga min analys på. Behandlingsättet ser ut på följande sätt.

I det *andra kapitlet* beskriver jag i korthet hur samhällsutvecklingen under efterkrigstiden har ändrat förhållandena på marknaden överlag. Såsom jag ovan har berört har inte bara marknadsaktörernas beteende ändrat utan även regleringen av många affärsbranscher och samhällssektorer har förändrats. Därför granskar jag även det som jag föredrar att kalla utvecklingen mot marknadsorientering som man kan se såsom en konkretare form av globaliseringen. Den utveckling som är den mest centrala för denna undersökning är framväxten av den virtuella marknaden. Denna marknad kommer antagligen under en nära framtid att möjliggöra en inomstatlig handel som gör parterna oberoende av var de befinner sig. Dessutom kan den gränsöverskridande handeln för vissa nyttigheters del öka så att det finns fog för att tala om en tilltagande globalisering.

Reglerna om rätt till avtal, dvs. om kontraheringsplikt går in i frågan om avtalsfriheten. Den rättsligt tryggade traditionella avtalsfriheten leder till att den faktiska avtalsfriheten för svagare parter kringskärs. Detta gäller både i förhållanden mellan näringsidkare och i förhållanden mellan näringsidkare och konsumenter. Det finns därför ett behov att i *tredje kapitlet* översiktligt granska utvecklingen av regleringen av näringsfriheten och avtalsfriheten i ett längre historiskt perspektiv.

I det *fjärde kapitlet* genomför jag utgående från perspektivet om arbetsfördelningen i samhället en granskning av regleringen av en del av det ekonomiska livet med tanke på tillgängligheten av nyttigheter i allmänhet. Det är fråga om regleringsåtgärder som påverkar den geografiska tillgängligheten av nyttigheter. Det bär nämligen föga att finna att det föreligger en rätt till avtal för vissa nyttigheters del om regleringen i övrigt inte kan trygga att nyttigheterna i någon form är faktiskt tillgängliga. Avsikten är ändå inte att genomföra en självständig analys av den rättsliga regleringen av samhällsplaneringen och byggnadslagstiftningen. Jag inleder kapitlet med en kort granskning av rättssystemets indelning i privaträtt och offentlig rätt på grund av att den senare framställningen i undersökningen inte kan hänföras endast till någondera sidan av rättssystemet.

All handel på distans förutsätter kommunikations- och transporttjänster. Därför granskar jag i *femte kapitlet* hur regleringen av post- och telebranschen ser ut i ett tillgänglighetsperspektiv. Regleringsåtgärderna har traditionellt varit omfattande och är det fortfarande trots marknadsorienteringen. Det är fråga om branscher som har hört till den traditionella infrastrukturen och för vilka det varit självklart att tillgängligheten har tryggats av det allmänna. Jag besvarar den *första frågan* i frågeställningen om förändringar på marknaden för post-

och teletjänsterna tillsammans med marknadsorienteringen och den informationsteknologiska utvecklingen har medfört ett behov att formulera regler om rätt till avtal. Dessutom besvarar jag den *andra frågan* för post- och teletjänsternas del om hur tillgängligheten av de tjänster som behövs för e-handeln tryggas genom regleringsåtgärder. Det är dels fråga om att analysera näringsrättslig reglering och dels privaträttslig reglering som är relevant med tanke på tillgängligheten av tjänster som är särskilt viktiga med tanke på e-handeln.

Banktjänsterna representerar i denna framställning den nya infrastrukturen i samhället. Denna roll accentueras i e-handeln även om samma gäller för all handel. Detta beror på utvecklingen av ny teknologi som kräver ajourförda rättsliga regler så att de motsvarar de samhällseliga behoven. I det *sjätte kapitlet* analyserar jag vad en rätt till avtal inom bankbranschen kan stödas på. Jag besvarar den *första frågan* om förändringar på marknaden för banktjänsterna tillsammans med marknadsorienteringen och den informationsteknologiska utvecklingen har medfört ett behov att formulera regler om rätt till avtal. Dessutom besvarar jag den *andra frågan* till den del det gäller banktjänster om hur tillgängligheten av de banktjänster som behövs för e-handeln tryggas genom regleringsåtgärder. Det är även för banktjänsternas del fråga om dels näringsrättslig reglering och dels privaträttslig reglering som är relevant med tanke på tillgängligheten av tjänster. Här efter går jag in på den *tredje frågan* om vilka banktjänster som omfattas av regeln om rätt till avtal. Sedan följer behandlingen av den *fjärde frågan* om vad reglerna om rätt till avtal om banktjänster innebär för de olika banktjänsternas del, dvs. vilka godtagbara grunder för vägran föreligger för de olika tjänsterna. En svårighet vid analysen av dessa är att det sedvanliga rättsdogmatiska materialet är knappt främst på grund av att tvister om rätt till avtal mycket sällan blir anhängiga i domstolar eller andra tvistslitande organ liksom även sällan hos tillsynsmyndigheterna.

I det *sjunde kapitlet* sammanfattar jag forskningsresultatet genom att återkalla de springande punkterna i framställningen.

1.3 TERMINOLOGI

Det ingår några viktiga normer, begrepp eller rättsliga institut i denna undersökning. Uttrycket ”rätt till” syftar på näringsidkarnas kontraheringsplikt medan ”informationsteknologisamhällets infrastruktur tjänster” syftar på den nya roll som banktjänsterna måste tilldelas. Dessutom har samhället genomgått en sådan förändring som jag kallar marknadsorientering. Här går jag igenom vad som kan avses med kontraheringsplikt och dess förhållande till missbruk av dominerande ställning på marknaden, infrastruktur tjänster och marknadsorientering.

1.3.1 Kontraheringsplikt

Kontraheringsplikten har i litteraturen betecknats både som begrepp och norm (i bemärkelsen undantagsregel till principen om avtalsfrihet).²⁴ Ett annat sätt att se är å ena sidan att tala om kontraktsfriheten, som syftar på friheten att bestämma avtalsinnehållet, och å andra sidan om kontraheringsfrihet som går ut på friheten att bestämma parterna i avtalet.²⁵

Det finns flera synonymer till kontraheringsplikt²⁶ vilken är den form jag har nyttjat tidigare²⁷ och valt att nyttja även här på grund av att den är den vanligaste. Som komplement till kontraheringsplikten kan man använda uttrycket ”rätt till att få ingå avtal”. Man ser då som redan ovan nämnts i början av avsnitt 1.2 på frågan från det andra hållet.²⁸ Kontraheringstvång²⁹ verkar också vara en rätt allmänt nyttjad form av fenomenet medan avtalstvång³⁰ eller avtalsplikt³¹ inte i någon vidare utsträckning används liksom inte heller kontraktsstvång³². I omskriven form talar man om en skyldighet att ingå avtal. I vissa fall bestäms fenomenet genom en dubbel negation: en presumtiv kontrahent får inte förvägra sin förhandlingspart att sluta avtal.³³ Oberoende av i vilken form begreppet nämns avses inte några skillnader i betydelsen.

Regler om kontraheringsplikt särskiljs ofta från tvingande (indispositiv) rätt fastän regler om kontraheringsplikt givetvis även måste vara tvingande.³⁴ Med den tvingande rätten inom avtalsrätten förstår man vanligen de specifika regler

²⁴ Se *Adlercreutz I 2000* s. 102 där han kritiserar sättet på vilket Victorin för in många olika betydelser i begreppet, se *Victorin SvJT 1976*.

²⁵ Se *Hjeje Festskrift 1951* s.152.

²⁶ Denna form verkar vara den vanliga i Finland och Sverige, se t.ex. *Hakulinen 1962* s. 98 och *Wilhelmsson 1987* s.157 samt *Adlercreutz I 2000* s. 101 f. I Danmark används motsvarigheten kontraheringspligt, se t.ex. *Lynge Andersen m.fl. 1991* s. 22 liksom även i Norge, se *Hov 1993* s.126. På engelska används ”compulsory contracting”, se t.ex. *Atiyah 1979* s. 742 och *Pöyhönen 1993* s. 64 eller omskrivet ”duty to contract”, se *Wilhelmsson 1992* s. 55. På franska används ”le contrat imposé”, se *Arnholm II 1964* s. 86 med vidare hänvisning.

²⁷ Se *Nybergh 1997* s. 10 ff.

²⁸ Se *Nybergh 1997* s. 77 ff. där ett första försök görs att se på avtalsfriheten även ur den persons synvinkel som tyr sig till marknaden. Se dock *Hjeje Festskrift 1951* s. 151 och s. 159 där han talar om ”kontraheringsret” i ett konkurrensrättsligt sammanhang.

²⁹ Se *Hakulinen 1974* s. 461 som ger denna översättning av finskans ”sopimuspakko”, jfr den tyska formen ”Kontrahierungszwang”. I *Hakulinen 1965* s. 97 förekommer en äldre domligare form ”kontrahoimispakko”. Se även *Kivimäki – Ylöstalo 1961* s. 208 liksom även *Ramberg – Hultmark 1999* s. 25.

³⁰ Se *Kivimäki – Ylöstalo 1961* s. 209.

³¹ Se *Arnholm II 1964* s. 88 f. använder ”avtaleplikt” jämsides med kontraheringsplikt.

³² Se *Grönfors JFT 1988* s. 320.

³³ Avsaknad av kontraheringsplikt kan även ses som ett uttryck för en sida av avtalsfriheten, nämligen rätten (friheten) att underlåta att sluta avtal. Se *Nial 1957* s. 198 och *Wilhelmsson 1977* s. 8.

³⁴ Se t.ex. *Adlercreutz I 2000* s. 101 och *Wilhelmsson Avtal 2000* s. 272 ff.

som reglerar innehållet i vissa avtalstyper.³⁵ Man kan inte heller tänka sig att reglerna som bestämmer att en rättshandling är ogiltig liksom inte heller den allmänna jämningsregeln i 36 § lagen om rättshandlingar på förmögenhetsrättsens område (228/1929, avtalslagen eller avtaleloven i de övriga nordiska länderna) skulle gå att på förhand åsidosätta med avtalsvillkor och därför har man ansett att vissa regler är tvingande även om det inte uttryckligen sägs i en lag.³⁶ Gemensamt för både regler om kontraheringsplikt och de övriga tvingande rättsreglerna är att de utgör inskränkningar i avtalsfriheten. En viss skillnad föreligger dock. Med de indispositiva reglerna utom kontraheringsplikten ingriper man vanligtvis på ett svagare sätt i avtalsfriheten än genom att använda sig av kontraheringsplikt.³⁷ De indispositiva reglerna innebär att avtalet antingen är ogiltigt eller att avtalets innehåll inte bestäms av sådana villkor som är förbjudna enligt reglerna, dvs. om man avtalar om villkor som står i strid med dessa regler är de utan verkan och de tvingande reglerna träder istället.

En norm om kontraheringsplikt föranleder att ett avtal anses uppstå trots bristande samverkan från den ena partens sida (den som förpliktas av normen) i den specifika situationen. Reglerna om kontraheringsplikt gäller ett skeende innan ett avtal föreligger. Den till vars förmån regeln gäller har rätt att få ett avtal till stånd genom att ensam vara aktiv.³⁸ Kontraheringsplikt föreligger dock för det mesta för sådana typer av avtal för vilka det även finns tvingande regler om avtalsinnehållet. Tvingande regler om avtalsinnehållet tillämpas således utan påverkan av om avtalet kom till med stöd av ”normala” tillblivelseregler eller regler om kontraheringsplikt.³⁹ Det verkar dock inte finnas några skäl att betona skillnaden mellan reglerna om kontraheringsplikt och tvingande avtalsrättsliga regler i övrigt. De utgör båda delar av den indispositiva rätten i rättssystemet.

En närmare dissekering av kontraheringsplikten behövs för att precisera innebörden av begreppet. Det kan vara fråga om att en presumtiv avtalspart (P_1) har rätt att få ett avtal till stånd med en annan presumtiv avtalspart (P_2 , man kan tala om en ensidig kontraheringsplikt) på sådana villkor som P_2 normalt tillämpar. Man kan också tänka sig att en person som idkar en viss verksamhet (P_1) förpliktas att ingå ett avtal och att den till vilken han vänder sig (P_2) även är skyldig att sluta avtalet samt att även P_2 har en rätt att få ett sådant avtal till

³⁵ Se t.ex. *Jørgensen 1971* s. 15 f. och 28 samt *Adlercreutz I 2000* s. 101.

³⁶ Se t.ex. *Jørgensen 1971* s. 28.

³⁷ Se *Victorin SvJT 1976* s. 438.

³⁸ Se *Vahlén 1966* s.12 f. som använder sig av uttrycket påbud. När det föreligger regler om avtalstvång är anbudet så att säga redan givet genom den generella skyldigheten för påbudets mottagare att på vissa villkor ingå avtal.

³⁹ I den allmänna avtalsrättsliga litteraturen behandlas ofta dessa inskränkningar av avtalsfriheten separat. Se t.ex. *Adlercreutz I 2000* s. 101 ff., *Adlercreutz II 2001* s. 15 ff. och *Ramberg – Hultmark 1999* s. 25 f. och 29 f. jämfört med *Taxell 1976* s. 450 ff. samt *Taxell 1987* s. 32 ff. och s. 51 ff. som behandlar dessa inskränkningar tillsammans.

stånd (ömsesidig kontraheringsplikt) på sådana villkor som P_2 normalt tillämpar. Den sistnämnda situationen för en mycket långt från den normala avtals-situationen i ett samhälle med marknadsekonomi och påminner mera om det planeekonomiska sättet att arrangera samhällsekonomin. I ett sådant system går regleringen ända till en mycket detaljerad nivå.⁴⁰

I denna undersökning är följande situation främst föremål för behandling:

att enskilda individer med stöd av en norm har rätt att inträda i ett avtalsförhållande med sådana som tillhandahåller finansiella tjänster i egenskap av näringsidkare.

Sådana normer där en privatperson förpliktas att sluta avtal (t.ex. teckna en försäkring) är inte i sig föremål för granskning. Däremot utgör sådana normer relevant tolkningsmaterial för bedömningen av frågan om en norm om rätt till avtal föreligger för en privatpersons del. Om lagstiftaren förutsätter att man för vissa ändamål skall ha t.ex. en försäkring är det inte långsökt att en kontraheringsplikt föreligger för försäkringsgivarnas del.

När det i lagstiftning stadgas att privatpersoner (t.ex. i egenskap av försäkringstagare) har en skyldighet att ingå avtal är det missvisande att kalla denna skyldighet en kontraheringsplikt. I dylika stadganden ges näringsidkarna inte en rätt till avtal i och med att de vänder sig till enskilda privatpersoner.⁴¹ Enligt här nyttjad terminologi är det fråga om en ensidig kontraheringsplikt som en näringsidkare eller därmed jämförbar person eller jämförbart samfund har gentemot en konsument eller därmed jämförbart samfund. I litteraturen förekommer också andra distinktioner av förpliktelse att sluta avtal, men i detta arbete nyttjas de ovan angivna.⁴²

⁴⁰ Se *Pisuke 1991* s. 53 angående avtal i planeekonomin i det forna Sovjetunionen. Betydelsen av avtalen i denna ekonomi var betydligt mindre än i länder med marknadsekonomi. Lagstiftningen begränsade eller till och med förbjöd valet av avtalspart, friheten att sluta och häva avtal, friheten att slå fast innehållet i avtalet. Organisationerna i ekonomin hade en skyldighet att sluta avtal. Man kunde inte tala om att den traditionella principen om avtalsfrihet rådde i en sådan ekonomi.

⁴¹ Om en konsument är förpliktad att sluta ett avtal, t.ex. teckna en obligatorisk försäkring, finns det vanligtvis stadganden om andra slag av sanktioner än att ett avtal uppkommer varför det förefaller omotiverat att kalla förpliktelsen kontraheringsplikt. Se *Kivimäki – Ylöstalo 1973* s. 265 not 13 och *Arnholm II 1964* s. 86. Jfr däremot *Taxell 1976* s. 451. Se även *Wilhelmsson 1977* s. 30: obligatoriska försäkringar ”utmärkes av att kontraheringsplikt ålagts den ena eller vardera (kursiv här) parten”. På sin höjd kunde man kalla situationen för en ofullständig ömsesidig kontraheringsplikt. Se *Nybergh 1997* s. 12 f.

⁴² Se *Bengtsson 1992* s. 35 och *Bernitz 1991* s. 91 som särskiljer en normal kontraheringsplikt från en ”absolut kontraheringsplikt”, jfr kontraheringsplikten t.ex. enligt 9 § den svenska konsumentförsäkringslagen (1980:38, nedan KFL) med den i 5 § 1 st. (lag 1983:309, numera 5 § 2 st., lag 1995:785) trafikskadelagen (1975:1410, TL). Skillnaden är att det enligt KFL 9 § 2 st. finns giltiga grunder för vägran medan det enligt 5 § 1 st. TL föreligger kontraheringsplikt oberoende av en hur dålig risk försäkringstagaren utgör. Däremot kan man tänka sig andra grunder för vägran såsom att försäkringstagaren inte har rättshandlingsförmåga eller att accepten är modifierad. Bengtsson och Bernitz tar dock inte ställning till vilken typ av kontraheringsplikt som föreligger för de andra obligatoriska försäkringarnas del.

Det är också skäl att precisera förhållandet till situationer som *inte nödvändigtvis uppfattas som situationer av kontraheringsplikt*. De vanligaste situationerna av kontraheringsplikt är inskränkning av valfrihet beträffande medkontrahent, förbud mot avtals- eller prestationsvägran och förbud att avbryta varaktiga avtalsförbindelser.⁴³ I den sistnämnda situationen, som inte egentligen är en ren kontraheringspliktssituation, kan en näringsidkare åläggas en skyldighet att låta bli att säga upp ett redan ingånget avtal som är av fortlöpande (varaktig) eller långvarig natur i två olika situationer:

(i) I avtal gällande mer eller mindre livsviktiga nyttigheter såsom leverans av el, värme, vatten eller upprätthållande av en telefonförbindelse, för vilka gäller att nyttigheten förbrukas fortlöpande och att den inte blir i lager⁴⁴, är det av särskild vikt att näringsidkaren har en vid kontraheringsplikt. I den borde inbegripas ett förbud mot att på lättvindiga grunder (mindre avtalsbrott på konsumentens sida) avbryta en existerande avtalsförbindelse eller avbryta tillhandahållandet av prestationen (skyldighet att leverera, leveransplikt). Vid fall av socialt prestationshinder hos konsumenten måste det finnas särskilda förutsättningar för när näringsidkaren antingen kan innehålla sin egen prestation (t.ex. avstängning av el- eller vattentillförsel) eller kan säga upp ett sådant avtal av fortlöpande natur.⁴⁵

(ii) Vid engångsavtal föreligger frågan om kontraheringsplikt varje gång ett nytt avtal skall slutas. Vid ett fortlöpande avtal blir det i stället fråga om huruvida näringsidkaren å sin sida har rätt att upplösa avtalsförhållandet genom att säga upp avtalet eller häva det eller om konsumenten å sin sida har rätt att hålla fast vid det eller alternativt få ett tidsbundet men långvarigt avtal förnyat.⁴⁶

I vissa fall kan samma typ av avtal ingås såsom ett engångsavtal (prestationen är tidsbestämd) och i andra fall såsom ett fortlöpande avtal (prestationen tillhandahålls tillsvidare).⁴⁷ Samma slag av problem förekommer oberoende av

⁴³ Se *Adlercreutz I 1989 s. 97*.

⁴⁴ Se *Krüger 1989 s. 169 f.*

⁴⁵ Se *Bärlund 1990 s. 66 och 82* som i samband med en inventering av normer om socialt prestationshinder har funnit att de allmänna avtalsvillkoren i de nordiska länderna ingenting säger om en sådan leverantör har rätt att utnyttja en avstängningsrätt i denna situation. Se även *Wilhelmsson 1987 s. 210* som finner ett behov för "åtminstone en temporär begränsning av hävningsrätten, då gäldenären kan åberopa ett socialt prestationshinder" inkluderat med begränsning av leverantörens rätt att innehålla sin egen prestation (utöva detentionsrätt). I *Wilhelmsson 1992 s. 220* hänvisas till Bärlunds rapport som ges rättspolitisk tyngd i argumentationen för en sådan begränsning i dylika avtal genom omnämmandet att rapporten initierats av de nordiska konsumentombudsmännen.

⁴⁶ Angående upplösningsfrihet såsom begrepp se *Wilhelmsson 1977 s. 8 f.* och särskilt om upplösningsklausuler *Bygglin OTJP 1978 s. 108*.

⁴⁷ Man måste särskilja en situation där köparen av en vara fordrar naturaprestation i ett avtalsförhållande från en situation där avtal inte finns och köparen fordrar att avtal skall ingås. Ibland kan det dock vara svårt att särskilja dessa situationer. Se *Arnholm II 1964 s. 89* om nytt underavtal eller prestation enligt huvudavtal.

om det är fråga om ett engångsavtal som konsumenten absolut vill förnya (kontraheringsplikt) eller om det är fråga om ett fortlöpande avtal där konsumenten motsätter sig näringsidkarens krav på upplösning (negativ upplösningfrihet).⁴⁸ Det är fråga om huruvida näringsidkaren har en skyldighet att ingå avtal eller förvägras nyttja sin upplösningfrihet.⁴⁹

Det är vanligt att en näringsidkare står inför en situation där det finns ett behov att ändra villkoren i en avtalsform som slutits med en mängd konsumenter (massavtal). Man kan särskilja två situationer. Det kan vara fråga om ändringar som görs inom ramen för en klausul i de allmänna avtalsvillkoren, t.ex. i bankbranschen en sänkning av depositionsräntan eller en förhöjning av utlåningsräntan. En mera omfattande ändring av avtalsförhållandet är det fråga om när nya avtalsvillkor antas eller de existerande ändras i en omfattande grad.⁵⁰ Avtalsvillkoren har i huvudsak formen av standardavtal i vilka inte nödvändigtvis har beaktats behov av ändring av villkoren. Ibland löser näringsidkarna situationen genom att, helt i strid mot avtalsrättens grundprincip om att avtal skall hållas, ensidigt meddela konsumenterna om att nya villkor ”träder i kraft” eller ”gäller” från en viss tidpunkt. Till exempel i Finland har bankerna infört nya avgifter för bankservice såsom depositioner, lån och gireringar samt har försäkringsbolagen höjt premierna för s.k. barnförsäkringar i strid med villkor i försäkringsbrevet men i överensstämmelse med de allmänna villkoren.⁵¹

För att sanera aktörernas praxis har KO tillsammans med Bankföreningen i Finland kommit överens om i vilka fall ett villkor kan ändras. Då det för konsumenten inte är fråga om väsentliga ändringar av villkoren kan banken göra ändringen endast genom att meddela konsumenten om ändringen, dvs.

⁴⁸ De traditionella svagarepartsregleringarna av hyres-, arbets-, försäkrings- och avbetalningsköpavtal är exempel på lösningar där man inte infört kontraheringsplikt utan endast tvingande regler om avtalsinnehållet utan att beakta hur avtalsförhållandena i verkligheten gestaltar sig. Se *Wilhelmsson 1995* s. 9 och 16. Se dock angående den svenska konsumentförsäkringslagen om förnyelse och uppsägning av försäkring där skälen till att inte förnya försäkringen kan bestå i allmänna omständigheter, motsvarande dem som enligt 9 § berättigar försäkringsbolaget att vägra att meddela en ny försäkring, *Prop. 1979/80:9* s. 119 och *SOU 1977:84* s. 127 ff. och 206.

⁴⁹ T.ex. försäkringsavtal gäller under en försäkringsperiod och avtalen är ofta avsedda att förnyas så att det inte uppstår avbrott. Försäkringstagarens behov av att ha rätt till förnyelse varierar beroende på försäkringsformen, dvs. om det är fråga om skadeförsäkring eller personförsäkring och om försäkringsperioden löper ett eller flera år i taget. Se allmänt t.ex. *RP 114/1993* s. 14 f., *NOU 1983:56* s. 62 ff. och *NOU 1987:24* s. 63 f. samt *SOU 1977:84* där man framför att bedömningen av vad som är särskilda skäl att vägra försäkring inte är alldeles desamma vid förnyelse av försäkring som när det är fråga om ett första meddelande av försäkring.

⁵⁰ Se *Taxell JFT 1980* s. 41 f.

⁵¹ Se *Taxell JFT 1980* s. 43 som beskriver rättsläget så att ändring av avtalsvillkor vilka väsentligen skulle påverka medkontrahentens förpliktelser eller förmåner i en riktning som skulle vara negativ för honom eller henne inte ensidigt får genomföras trots att det inte i sig skulle vara fråga om en oskälig ny klausul. Ur bankkundens synvinkel väsentliga menliga ändringar kan inte ske utan uttryckligt bemyndigande i lag eller i själva avtalet.

utan förhandling. Ändringen träder i kraft om konsumenten inte särskilt motsätter sig den.⁵² För att näringsidkaren i en sådan situation skall kunna gå till väga på ett riktigt sätt måste det i avtalet finnas en grund för ändringen och om det inte finns någon grund i avtalet återstår en upplösning av avtalsförhållandet på någon giltig grund.

Ofta är upplösningsskäl i avtalet dock formulerad på ett sådant sätt att det är fråga om ett oskäligt villkor som kunde bli föremål för jämkning om det blev föremål för rättslig prövning. Konsumenternas intresse i dylika situationer är att näringsidkarens rätt att upplösa avtalsförhållandet borde kunna begränsas genom att man förklarar ensidiga hävningsklausuler oskäliga eller genom att man tillämpar den allmänna rättsgrundsatsen om kontraheringsplikt även på dessa situationer. I EU har man i direktivet om oskäliga avtalsvillkor (93/13/EEG) intagit regler om näringsidkaren kan ändra avtalet.⁵³ Upplösningssfriheten står således i ett mycket nära samband med kontraheringsplikten när det egentligen är fråga om ändring av avtalsvillkor i ett redan ingånget avtal. En dylik omfattande uppfattning om kontraheringsplikten ligger till grund för den vidare framställningen.

Dessa regler om kontraheringsplikt gäller reglering av rätten till avtal ur ett avtalsrättsligt perspektiv. Härvid är det fråga om vissa situationer som antingen reglerats särskilt i ett näringsrättsligt sammanhang eller på vilka den allmänna rättsgrundsatsen om kontraheringsplikt tillämpats såsom ett undantag till huvudregeln om avtalsfrihetens element om att fritt få välja med vem man önskar kontrahera.⁵⁴ Utöver dessa regler om kontraheringsplikt förekommer även liknande regler inom konkurrensrätten. Här är det fråga om en litet annorlunda situation. Här lyfter jag inledningsvis fram endast en terminologisk fråga. Genom lagen om konkurrensbegränsningar (480/1992, nedan KonkBL) i sin ursprungliga lydelse reglerade man konkurrensen med bl.a. stadganden om förbud mot att avstå från affärsförhållanden.

⁵² Se *Kuluttajansuojaja 5/1993* s. 23. Se även *Kuluttajansuojaja 1/1996*, *Pankkien tiliehdot* s. 9 där det redogörs för ärendet KO 95/43/0892.

⁵³ Se punkten j) som begränsar näringsidkarens rätt att ensidigt ändra avtalet. I annex 2 b ingår dock två undantag: I 1 mom. undantas finansieringsservice när näringsidkaren har reserverat sig rätten att ändra räntan eller beloppet på andra avgifter för sådan service när det finns en giltig orsak förutsatt att konsumenten meddelas möjligast fort och att denna därefter har rätt att häva avtalet omedelbart. I 2 mom. undantas dessutom alla slag av avtal vilkas ikraftvarande inte har bestämts, vilka näringsidkaren kan ändra ensidigt förutsatt att denna meddelar om detta inom skälig tid och konsumenten har rätt att häva avtalet omedelbart. *Mononen 1993* s. 231 kritiserar denna möjlighet, eftersom det allmänna ändringsförbudet kringgås och dessutom ges näringsidkarna en de facto extra hävningsmöjlighet.

⁵⁴ Se *Hjejele Festskrift 1951* s. 152 f. som redan under tiden efter andra världskriget konstaterade skillnaden mellan den näringsrättsliga regleringsuppgiften och den konkurrensrättsliga eller såsom han uttryckte det: ”hensynet til erhvervsfriheden, begrundet motræk mod private monopol-tendenser i erhvervslivet.”

I detta sammanhang användes i KonkBL inte ordet kontraheringsplikt. Lagen reglerade fenomenet indirekt genom att i 7 § stadga att missbruk av dominerande marknadsställning är förbjudet och missbruk anses bland annat den göra sig skyldig till ”som utan sakskäl avstår från ett affärsförhållande”. I avsnitt 3.2.4 efter not 92 beskrivs den gällande formuleringen som finns i 6 §. Detta exempel visar att den konkurrensrättsliga regleringen på ett kraftigt sätt ingriper i avtalsfriheten. Det uppstår en fråga om detta förbud också utgör ett exempel på lagreglerad kontraheringsplikt. Kontraheringsplikten innebär såsom ovan konstaterats att avtal går att få till stånd genom en ensidig viljeförklaring. De sanktioner som står till buds till följd av leveransvägran regleras närmare i KonkBL. De är konkurrensbrottsavgift (7 §), åläggande att leverera en nyttinghet (13.1 § 2 punkten) och skyldighet att ersätta den skada som vägran tillfogat en annan näringsidkare (18 a §). Det är inte utan betydelse att det numera i rättsordningen ingår dylika begränsningar i avtalsfriheten i förhållanden mellan näringsidkare. I avsnitt 3.2 analyserar jag vad denna reglering innebär såsom begränsning av avtalsfriheten med tanke på tillgängligheten av nyttingheter.

1.3.2 Infrastrukturtjänster

Med infrastrukturtjänster har man av tradition avsett det bassystem med vilket man möjliggör den övriga samhällsliga verksamheten. En verksamhet som ansetts vara ren affärsverksamhet har man oftast tillåtit att idkas i konkurrens medan samhällslig infrastruktur reglerats särskilt och undantagits marknadsmekanismerna.⁵⁵

I förändringen från ett utvecklat industrisamhälle till ett informationssamhälle har många tjänster numera blivit nödvändiga fastän de inte varit det tidigare. Det har i de västerländska länderna numera gått så att sådana nödvändiga infrastrukturtjänster tillhandahålls av det allmänna eller av privata aktörer genom olika former av begränsad konkurrens. Utvecklingen går mot en ökad konkurrens utan att man dock har för avsikt att nå en tillnärmelsevis maximerad konkurrens. Kraven på denna utveckling har ofta kommit från EU. För de finansiella tjänsters del som är föremål för närmare analys i denna undersökning uppstår frågan huruvida de kan uppfattas såsom en del av infrastrukturen. Därför undersöker jag närmare dels post- och teletjänster och dels banktjänster ur denna synvinkel. Det ligger nära till hands att bägge kategorierna av tjänster numera inte skiljer sig från varandra till sina egenskaper såsom bassystem för handeln i informationssamhället.

⁵⁵ Se *Mäenpää 2000* s. 163 ff.

1.3.3 Marknadsorientering

Marknadsorientering är ett samlande begrepp för alla de åtgärder genom vilka man inför någon form av reformer med marknadsanknytning. Marknadsorientering kunde motsvaras av engelskans "marketisation" och finskans "markkinaistuminen" eller "markkinaistaminen". Jag har avsiktligt valt detta mycket vaga begrepp för att det skall kunna fungera som ett samlande överbegrepp.⁵⁶ Det är fråga om att affärsbranscher och sektorer för samhällsservice vilka tidigare varit reglerade (monopol eller i övrigt begränsad konkurrens) har avreglerats. Man kan särskilja samhällsservicesektorer såsom distribution av energi-, tele-, post- och trafik tjänster där denna avreglering skett med eventuellt dithörande privatiseringar från att föra in tillvägagångssätt från affärsvärlden genom att införa resultatansvar i myndighetsverksamheten till den offentliga förvaltningen. Det gäller också rena affärsbranscher såsom bank och försäkring för vilka näringsfriheten har begränsats genom regler om koncession. Samhällsservicesektorerna kännetecknas av att innehavaren av monopol har varit ett statligt eller kommunalt verk eller affärsverk som sedermera har bolagiserats och sålts helt eller delvis efter att branschen har utsatts för konkurrens. Detta är ett exempel på privatisering i sin egentliga betydelse i motsats till förstatligande som i viss mån motsvaras av socialisering eller nationalisering.

Ordet marknadsorientering är inte helt etablerat i den övriga samhällsvetenskapliga litteraturen eller i den rättsvetenskapliga litteraturen. Man använder ofta på ett förbryllande sätt ordet privatisering i många betydelser. Detta gäller även för den internationella debatten.⁵⁷ Sedermera har Wilhelmsson i motsvarande sammanhang tagit i bruk begreppet marknadsorientering då han behandlat dess inverkan på ansvarsrätten för att undvika oavsiktliga begränsningar.⁵⁸ För att få en grund för den vidare analysen av de här aktuella regleringarna ingår i 2 kapitlet en kort analys av detta samhälleliga fenomen.

1.4 KÄLLMATERIAL

Denna undersökning är en rättsdogmatisk undersökning av den finska rätten. Enligt i synnerhet privaträttslig tradition har de övriga stora nordiska ländernas rätt en stor betydelse i undersökningen. I Norden har man ofta nyttjat material

⁵⁶ Se *Nybergh 1999* s. 389 f.

⁵⁷ Se *Nybergh 1999* s. 389 där jag föredrar att använda ordet "marketisation" på engelska i stället för "privatisation". På finska har jag på motsvarande sätt föredragit att använda ordet "markkinaehtoistuminen" i stället för "yksityistäminen", se *Nybergh 2000* s. 99 f. Man kan också tänka sig att använda markkinastaminen, se *Arajärvi Oikeus 1995* s. 383 f.

⁵⁸ Se *Wilhelmsson 2001* s. 34. Se även s. 38 f. och 58 där han talar om en "marknadsorientering inom det offentliga".

från de övriga länderna för att t.ex. få en tillräckligt stor mängd källmaterial till sitt förfogande. Detta låter sig göras på grund av att ”de gemensamma sociala värderingar som den nordiska rättsgemenskapen bygger på bör anses innebära att de centrala rättsprinciperna är gemensamma”.⁵⁹ Även om undersökningen inte genomförts såsom en rättsjämförelse har jag därför i första hand använt mig av punktvisa jämförelser med nordiska lösningar.

Man har i den rättsteoretiska debatten talat om att den gällande rätten spjälks upp i gällande *rätter* varvid man begagnar sig av termen ”polycentri i rättskälleläran”.⁶⁰ Det inverkar på hur långt gående slutsatser jag kan dra av att nya tendenser står att finna endast i ”nya instanser”, såsom marknadsdomstolen och konsumentklagonämnden (Kkn) i Finland samt t.ex. allmänna reklamationsnämnden (ARN) i Sverige. Avgöranden av Kkn och ARN är rekommendationer som inte är exigibla.⁶¹ Deras ställning såsom rättskällor jämfört med t.ex. avgöranden från de högsta rättsinstanserna är inte helt entydig.⁶² Även i lagstiftningssammanhang har man uppmärksammat problemet med dessa avgöranden.⁶³ Heuman konstaterar att det uppstår svårigheter då man skall ange i vilka fall ARN bör ha en rättsbildande funktion och han riktar kritik mot det sätt på vilket man i Sverige lämnat rättsläget öppet genom att inte närmare ha tänkt igenom urvalet av de ARN-fall som publiceras.⁶⁴

Både nämndavgörandena och avgörandena av de högsta instanserna har ett gemensamt värde i argumentationen vid rättsskipning och vid rättsdogmatisk forskning genom att man i dem främst kan finna användbara sakargument. Härvid skiljer de sig inte egentligen från övrig praxis ur forskarens synvinkel.⁶⁵

⁵⁹ Se *Wilhelmsson TjR 1985* s. 196.

⁶⁰ Se *Zahle Festskrift 1986* s. 752 ff.

⁶¹ Se t.ex. *Wilhelmsson 1989* s. 79, *Bernitz 1986* s. 271 f. och *Bernitz 1991* s. 97 f.

⁶² Kkn är en sådan ny instans som kan tänkas hålla en egen linje inom många speciella rättsområden. Se *Sisula-Tulokas 1990* s. 39 där hon i en omfattande undersökning av det köprättsliga prisavdraget uttrycker sig som så att Kkn ”... belyser ... frågor ur en mycket pragmatisk synvinkel” och att problemen är ofiltrerade av domstolsmaskineriet. Härvid kan man tänka sig att det uppstår en avtalsrättslig praxis med en egen skiftning inom de områden som ofta är föremål för prövning där. En liknande konklusion har även *Heuman 1980* s. 832 f. gjort: ”ARN har i vissa fall *vid avtalsstolkning tillämpat mera fria tolkningsmetoder än domstolarna gör, ofta i syfte att uppnå mera konsumentvänliga lösningar.*” Han anför att en direkt olikhet mellan ARN:s och domstolarnas rättskipning består i att ”nämnden kan tillmäta rena *skälighetsbedömningar* större betydelse än domstolarna”.

⁶³ Se t.ex. *KM 1990:20* s. 80 där man uttrycker sig så att innehållet i konsumentskyddet kan variera beroende på vilken myndighet som avgör tvisten mellan konsumenten och näringsidkaren.

⁶⁴ Se *Heuman 1980* s. 834 f. där han också går in på problemet med urvalet av ARN-fall på ett sådant sätt att HD:s prejudikatbildande verksamhet respekteras på något sätt, t.ex. i allmänna civilrättsliga frågor. Man kan således konstatera att Heuman kommit in på problem som *Zahle* senare betecknat som ”polycentri i rättskälleläran”.

⁶⁵ Se *Timonen 1987* s. 139 f. där han behandlar prejudikatens ställning som rättskällor och anför att vid utförandet av samhällsvetenskapernas kritiska uppgift skall rättsvetenskapen koncentrera sig på motiveringar som stöder sig på sakargument och inte på auktoriteter. Härvid kan rättskällorna uppdelas i lagen som är en auktoritativ rättskälla och andra rättskällor som enbart är materiella.

När man i forskningen beskriver normhelheten och hur den fungerar får domstolsavgörandena en starkare ställning. Detta gäller särskilt prejudikaten från den högsta instansen genom att de utgör sannolika prognoser för kommande avgöranden.⁶⁶ För nämndernas del kan man även konstatera att man med stöd av de tidigare avgörandena av dem kan ge prognoser om hur samma instans kommer att agera. Visserligen är nämndavgörandena inte slutgiltiga såsom de högsta instansernas varför prognosvärdet begränsas av risken att samma fråga avgörs på ett annat sätt av domstolsmaskineriet. Denna risk är emellertid inte särskilt stor. I en färsk doktorsavhandling har Viitanen visat att avgörandena i Kkn inte ändras oftare än underrätternas avgöranden i hovrätterna. Han drar slutsatsen att nämndens avgöranden står kvalitativt sett i stort sett på samma nivå som underrätternas exigibla domar.⁶⁷ Bärlund talar för att de nordiska klagonämndernas praxis kan tillmätas betydelse som rättskälla på grund av att det är fråga om instanser som avgör ett stort antal likartade ärenden som gäller konsumentavtal. Dessutom publiceras avgörandena eller referat av dem.⁶⁸

Man kan också anta att Kkn liksom även andra nämnders specifika vikt har tilltagit i och med de ändringar i beteendet som har följt av underrättsreformen 1993. Man talar om att procesströskeln har blivit högre.⁶⁹ Det har blivit dyrare att processa varmed den tappande parten får stå för allt högre kostnader för både sig själv och motparten.⁷⁰

I detta arbete utnyttjar jag praxis som en helhet ur vilken jag främst utviner sakargument för sådana lösningar som stöder forskningsuppgiften. Om lösningar i praxis inte följer argumenteringen i forskningen analyserar jag de argument som nyttjats och de lösningar instansen kommit till och bedömer dem i förhållande till andra rättskällor.

Kontraheringsplikten blir sällan föremål för process i tvistlösningsorgan på det sätt att den huvudsakliga frågan gäller huruvida käranden har en rätt till avtal.⁷¹ Detta innebär att en annars för rättsdogmatisk forskning betydande rättskälla, rättspraxis, inte står till förfogande i någon större omfattning. Däremot går det att nyttja s.k. indirekt praxis som gäller frågor som är nära

⁶⁶ Se *Timonen 1987* s. 140 f.

⁶⁷ Se *Viitanen 2003* s. 540 ff. och särskilt s. 544.

⁶⁸ Se *Bärlund 2002* s. 18 ff.

⁶⁹ Se *Ervasti 1998* s. 126 ff.

⁷⁰ Se *Ervasti 1998* s. 147 f.

⁷¹ Av detta kan man ändå inte sluta sig till att frågan om t.ex. rätt till vissa avtal inte skulle vara av betydelse och inte vara värd att forska i. Se *Lohi Juhlajulkaisu Erkki Havansi 2001* s. 231 som för ett annat forskningsproblems del anför detta med hänvisning till Havansi, *Panttioikeus osakkeeseen II* s. 130. Havansi säger att den faktiska förekomstfrekvensen av en viss problemsituation inte utan vidare avgör huruvida ett problem är lämpligt såsom forskningsobjekt. Den faktiska förekomstfrekvensen av en viss problemsituation avgör inte heller betydelsen av analysen av problemet för utredandet av de strukturella och funktionella egenskaperna (såsom tillräckligheten) i det ifrågavarande rättsområdet.

anslutna till frågeställningen. Det är t.ex. fråga om fall där ett fortlöpande avtalsförhållande avbryts fastän det likväl kunde vara fråga om ett tidsbundet avtalsförhållande och inledande av ett nytt förhållande.⁷² De övriga rättskällorna, författningstexter, förarbeten och doktrinen har därför en stor betydelse. Avtalspraxis, vari ingår av konsumentmyndigheter godkända standardvillkor, har inte en ställning av rättskälla i egentlig mening men åskådliggör hur avtalsförhållandena kan vara utformade. Inom bankbranschen är användningen av standardvillkor det normala i avtalsförhållandena.

Man kan säga att de samhälleliga förändringarna och därmed ändringarna i regleringen av vissa samhälleliga funktioner föranlett att temat för denna undersökning går utöver den rättsvetenskapliga sfären. Härvid kan man tänka sig att samhällsvetenskapliga samtidsdiagnoser är relevanta för undersökningen. Problemet är att sådana samtidsdiagnoser inte egentligen kan utgöra någon bas för detta arbete, eftersom det inte är fråga om kunskap som skulle kunna vara empiriskt verifierbar. Övrig samhällsvetenskaplig forskning kan emellertid tjäna som indicium på att vissa förändringar är aktuella. Inom ramen för det ovan nämnda forskningsprojektet HYS har en samhällsvetenskaplig debatt varit föremål för diskussion och behandlas i Wilhelmssons undersökning som han färdigställt efter detta projekt.⁷³ Jag har nyttjat mig av denna undersökning som bakgrund för analysen av de konkreta förändringarna i lagstiftningen.

⁷² Se ovan avsnitt 1.3.1 från och med not 45.

⁷³ Se *Wilhelmsson 2001* s. 23.

2 Marknadsorienteringen och den virtuella marknaden

2.1 ALLMÄNT

I detta kapitel avser jag att granska de förändringar i samhället som ovan benämnts marknadsorientering och framväxten av den virtuella marknaden, dvs. uppkomsten av den elektroniska handeln. Samhället utvecklas i stor utsträckning genom att människors och sammanslutningars beteende förändras. Förändringarna i beteendet kan bero på nya möjligheter som den tekniska utvecklingen fört med sig. Med tanke på temat för avhandlingen är marknadsaktörernas beteende särskilt intressant. Det är främst fråga om de näringsidkare som utövar post-, tele- och bankverksamhet. Även beteendet hos kunderna är relevant med tanke på tillgången av nyttigheter. Om en klar majoritet av kunder prefererar ny teknik inverkar det på lönsamheten av de olika nyttigheterna. Om t.ex. de som tillhandahåller de finansiella tjänsterna försöker styra kunderna till att övergå till nya tekniker, är det intressant att se om alla kunder verkligen vill eller klarar av att förändra sitt beteende.

Samhällsutvecklingen påverkas även av makrotrender. Globaliseringen är en sådan trend om sätter sina spår i de enskilda samhällena. Den är relevant för denna undersökning men blott indirekt och därför går jag inte in på vad den är och betyder för de frågor som behandlas i denna undersökning. Jag nöjer mig med att konstatera att den utveckling som jag kallar marknadsorientering av allt att döma har ett samband med globaliseringstrenden. Då kunskapsintresset för undersökningen riktar sig mot hurdana konkreta rättigheter individerna i främst Finland har finns det inte här rum för en exkursion i utvecklingen av den globala handeln och de behov av reglering av den som därmed uppstått.

Den process som går ut på att samhällliga verksamheter privatiseras och avregleras är mångfacetterad. Det är fråga om åtgärder som ingriper i förhållandena mer eller mindre djupgående. En variant är att avreglera marknader, dvs. konkurrensutsätta vissa sektorer som varit monopol eller oligopol. Det kan ofta vara fråga om att en tillståndsgivande myndighet inte längre får pröva hur många näringsidkare som behövs utan att alla som fyller formella krav har rätt att få tillstånd att utöva verksamheten i fri konkurrens. En annan variant är att överföra äganderätten till verksamheter från det allmänna till enskilda aktörer vilket motsvarar kärnbetydelsen av begreppet privatisering. Beroende på granskningsvinkeln kan man se olika former av marknadsorientering som ingrepp i samhället med olika styrka.

Analysen blir alltför ytlig om man ser det allmänna och enskilda i svartvitt. Förutom att det finns mellanformer av det allmänna och enskilda finns det också enskilda aktörer av olika slag. När man tänker på enskilda aktörer kommer man först att tänka på sådana vilkas verksamhet bygger på affärsmässiga principer och därför har som mål att göra vinst på antingen kort eller lång sikt. En annan form av enskilda aktörer är de som kan hänföras till den s.k. tredje sektorn. Dessa aktörer agerar utgående från andra motiv än att enbart göra vinst. De kan ha som primärt mål att åstadkomma något positivt eller att handha en särskild uppgift i samhället som varken handhas av det allmänna på ett vederhäftigt sätt eller av andra aktörer.¹

Man inser alltså lätt att det åtminstone finns en tredelning istället för en tudelning av aktörerna som är relevant för denna analys. När uppgifter hos det allmänna omplaceras eller ges bort omhändertas de antingen av marknaden inom sektorer med varierande konkurrens eller av civilsamhället.²

Reformer som leder till marknadsorientering genomförs utgående från politiska motiv och det förefaller som om de rättsliga konsekvenserna inte alltid övervägs lika noga som de ekonomiska³. Man har till och med hävdats att den amerikanska avregleringsvågen aldrig hade inletts utan den nationalekonomiska insats som föregick reformerna eller att den nationalekonomiska forskningen åtminstone spelade en avgörande roll i processen.⁴ Reformerna är till sin natur sådana att man med dem avser att förbättra den samhällsekonomiska

¹ Det är inte fråga om en homogen sektor utan denna sektor består av rätt så varierande slag av aktörer (s.k. non-governmental organisations, dvs. organisationer som står fritt från det allmänna) som kan vara totalt privat finansierade t.ex. genom välgörenhet eller organisationer som delvis finansieras av det allmänna genom återkommande understöd från allmänna medel. En juridisk organisationsform för dessa organisationer är ideella föreningar vars samhällseliga uppgift bl.a. konstaterats vara att producera tjänster och att erbjuda möjligheter att tillbringa fritid inom ramen för verksamheten. Enligt lagen om föreningar (1/1919) som föregick den nuvarande föreningslagen (503/1989) fick ändamålet med föreningen inte omfatta uppgifter som hörde till myndigheter. Sedermera har arbetsfördelningen mellan det allmänna och föreningsverksamheten blivit mera sammanblandad. Se *Halila 1993* s. 38 f.

² Se *Wilhelmsson Preface 1999* s. XXI eller *Wilhelmsson 2000* s. 23 där logon för forskningsprojektet "Välfärdsförväntningar, privatisering och privaträtt" återges. Den består av tre cirklar som delvis överlappar varandra: marknaden, staten och det civila samhället. De överlappande områdena symboliserar att det finns gråzoner där verksamheten inte helt och hållet kan hänföras till någon enda av cirklarna. Ett exempel är t.ex. ett privat företag eller en person som erhåller subsidier för en viss verksamhet. Projektet, som pågick vid den juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet under åren 1996–98, är mera känt genom den finskspråkiga förkortningen HYS som bildats av rubriken "Hyvinvointivaltio-odotukset, yksityistämien ja siviilioikeus".

³ Se *Eilavaara – Sarja 1999* s. 493 och s. 495 där de för Finlands del sluter sig till att riksdagen inte i något skede har diskuterat privatiseringar som en helhet och då det allmänna stått i beråd att avstå från ägandet har man inte bedömt de samhällseliga följderna. Avyttrandet av statligt ägande har varit splittrat och behärskandet av privatiseringsprocessen behäftad med problem. Man har främst haft inkomstmål och effektiviseringsavsikter för ögonen.

⁴ Se *Ds 2002:21* s. 154.

effektiviteten. Den kan uppnås t.ex. i form av ökad kundanpassning, ökad effektivitet, mer konkurrens, ökad flexibilitet, förbättrade utvecklingsmöjligheter för branschen och ökad konkurrenskraft.⁵

Reformerna väcker emellertid också endel rättsliga frågor såsom: (i) är det möjligt att tillämpa reglerna om offentligrättsligt rättsskydd och även laglighetsövervakning på en verksamhet som har blivit privatiserad (dvs. när marknadsbetonade reformer av en mera djupgående natur har blivit genomförda) och (ii) hurdan är ställningen för en klient eller i många fall egentligen en konsument enligt de privaträttsliga normerna?⁶ I den andra frågan kommer man in på frågan om en hurdan möjlighet klienten / konsumenten har att få tillgång till nyttigheter. Det är uppenbart att reformarbetet skulle vinna på att dessa frågor blev undersökta och att man skulle ta ställning till dem innan man överväger huruvida och hur man skall skrida till verket.⁷ Om man förbigår detta försvinner rättssäkerheten och förutsebarheten från rättssystemet vilket är egenskaper som man förväntar sig av det. Dessa rättsliga synpunkter borde beaktas så att ändringarna skulle medföra förbättringar överlag, dvs. personalens ställning och de som använder sig av tjänsterna skulle få del av fördelarna.⁸ Efter att reformerna väl har genomförts finns det plats för en bedömning av hur de utfallit: har fördelarna övervägt nackdelarna eller går det alls att kvantifiera dem så att en analys låter sig göras.⁹

Utän att närmare gå in på motiven för reformerna konstaterar jag att det är fråga om en ideologisk och ekonomisk vetenskaplig syn på samhället som vunnit allt mera gehör. Synen växte till sig i USA på 1970-talet och när Reagan

⁵ Se *Ds 2002:21* s. 44.

⁶ Se *Kulla LM 1997* s. 1091 där han i sitt opponenterutlåtande analyserar *Jorma Rasinmäkis* doktorsavhandling med rubriken *Yksityistämien kunnallishallinnossa. Hallinto-oikeudellinen tutkimus yksityistämien oikeudellisista taustoista, edellytyksistä, rajoituksista, muodoista ja vaikutuksista* (Summary: The Privatisation of the Administration of the Local Government: A judicial study of the background, provisions, restrictions, forms and effects of privatisation) och finner att författaren har begränsat sin undersökning så gott som enbart till den första frågan (se *Rasinmäki, 1997* s. 19 ff.) fastän en granskning av den andra frågan även hade varit ändmålsenlig.

⁷ Se *Tuori LM 1999* s. 538 f. som ser privatiseringstendenserna (marknadsorienteringen) som en hotbild för rättsstaten (som förverkligare av välfärdsstatliga uppgifter). Han uppmanar till en kritisk syn på privatiseringssträvanden utan att för den skull vilja förhindra förändringar i förvaltningsapparaten.

⁸ Se närmare *Niemivuo OTJP 1997* s. 248 som granskar de grundläggande fri- och rättigheterna vid privatiseringsåtgärder.

⁹ Se *Eilavaara – Sarja 1999* s. 76 där de konstaterar att man inte etablerat ett uppföljningsförfarande och s. 502 där de sluter sig till att följderna av privatiseringsreformerna därför inte har blivit utredda. Se däremot för Sveriges del *Ds 2002:21* s. 35 där syftet med en rapport om avregleringar uppges vara att belysa följande frågeställningar: 1) hur avregleringar har genomförts, 2) vilka de empiriska erfarenheterna av avregleringarna är, 3) vilka teoretiska insikter kring hur regleringar bör utformas det finns och hur avregleringar bör genomföras inom nätverksbranscher, 4) vad de empiriska erfarenheterna om de olika metoderna för avreglering av nätverksindustrier visar, 5) vad man skall beakta för att det fortsatta reformarbetet skall vara framgångsrikt.

blev president lyftades den upp till ett politiskt program för presidentperioderna. De tidigaste reformerna gick under benämningen ”deregulation”, dvs. avreglering vilket har sin förklaring i att reformerna riktades mot det som kallades de reglerade näringarna (regulated industries). Den första vågen av reformer gällde branscher som inte var naturliga monopol såsom flygrutter, landsvägstransporter och fjärrsamtal. Den andra vågen, som började på slutet av 1980-talet och fortsätter, går ut på att bryta upp allmänna tjänstemonopol som tidigare varit integrerade antingen vertikalt eller horisontalt eller som varit integrerade på båda sätten.¹⁰

Man har ur finsk synvinkel sammanställt motiven för reformerna mot marknadsorientering såsom en kritik mot välfärdssamhället i vilken ingår flera synpunkter på ett allmänt plan. De är bl.a. följande. Det allmänna har påtagit sig för mycket uppgifter varför kostnadsgenererande uppgifter måste avhändas till familjerna, näromgivningen och marknaden. Välfärdsstatens byråkrati är övertung och kan effektiveras. Den ekonomiska tillväxten är för svag på grund av hög beskattning, överdriven jämställdhet och överreglering av ekonomin. De tidigare uppräknade omständigheterna har lett till att Finlands konkurrenskraft har försämrats. Arbetslöshetsskyddet är alltför lockande varför det inte finns incentiv till företagande, arbete och sparande. De sociala inkomstöverföringarna är alltför betungande med tanke på nationalekonomin. De sociala förmånerna är alltför lättillgängliga varför missbruket av dem har blivit allmänt. Välfärdsstaten fråntar individerna deras frihet genom att alltför kraftigt ingripa i deras liv.¹¹ Man har också talat om den dolda konflikten i Finland på 1980-talet. Samtidigt som man ännu trots kritiken byggde ut välfärdsstaten infördes reformer i riktning mot marknadsorientering, som ett svar på kritiken, i synnerhet på finansmarknaden och i sättet för hur den offentliga sektorn verkade.¹²

Det är således inte förvånande att den ekonomiska depressionen på 1990-talet fick beslutsfattarna att skrida till rätt så omfattande åtgärder mot de välfärdsstatliga systemen. I krisens början genomförde man sparåtgärderna med hjälp av enmansrapporter av vilka den kändaste är det s.k. Sailas papper från 1992 som var en framställning om hur balansen i den offentliga ekonomin skulle förbättras. Framställningen har kritiserats för att förslagen inte baserade sig på en innehållslig socialpolitisk bedömning.¹³ Kontentan av sparåtgärderna på 1990-talet är att välfärdspolitikerna ur innehållslig synvinkel inriktades på ett nytt sätt. Den offentliga sektorn skulle inskränkas permanent och man ifråga-

¹⁰ Se t.ex. *Kearney – Merrill CLR 1998* s. 1324 f. och s. 1408 f. som noterar att deregulation är en inexakt benämning på reformerna och påpekar att Telecommunications Act 1996 med över 100 sidor har föranlett ytterligare regleringar medan den första åtgärden Airline Deregulation Act 1978 verkligen medförde en avreglering.

¹¹ Se t.ex. *Sipponen 2000* s. 312 f.

¹² Se *Kosonen 1998* s. 179 f.

¹³ Se *Kosonen 1998* s. 346 f. och s. 379.

satte principen om universella system. Trots detta kan man säga att med beaktande av de ekonomiska svårigheterna fungerade välfärdsstaten förhållandevis väl under 1990-talet.¹⁴

Utöver dessa direkta sparåtgärder som riktas mot de belopp som betalas ut har sparåtgärder även genomförts med hjälp av strukturella åtgärder.¹⁵ Härvid finner man att motiven för reformerna riktning mot marknadsorientering delvis finns bland motiven för sättet att vända statsfinanserna på rätt köl.¹⁶

Efter att marknadsorienteringen slagit igenom på de många olika sätt som redan antytts ovan har en annan utvecklingstrend vuxit i styrka. Som en följd av att Internetanvändningen har blivit mångsidigare har det uppstått olika sätt att omsätta varor och tjänster via nätet. Detta är den andra stora förändringen som ägt rum och som påverkar de omprövningar som görs angående innehållet i rättssystemet i denna undersökning.

2.2 NÄRMARE ANALYS AV DE OLIKA FORMERNA AV MARKNADSORIENTERING

Det som i denna undersökning kallas marknadsorientering har i såväl den samhällseliga debatten som i rättslitteraturen benämnts bl.a. liberalisering, avreglering eller privatisering utan att man särskilt noggrant analyserat vad man i de olika situationerna avser. Här följer därför först en kort översikt om hur begreppen nyttjats i rättsliga sammanhang.

En innebörd av privatisering är att man överför äganderätten (komplett eller delvis) från det allmännas ägo till privat ägo eller att kontrollen av en verksamhet i det allmännas regi överförs till privata. Alternativt kan man tänka sig att en privat aktör övertar en aktivitet som tidigare ombesörjts av en verksamhet i det allmännas regi eller av en offentlig myndighet.¹⁷ I det Förenade Kungariket

¹⁴ Se *Kosonen 1998* s. 351 f. och s. 379 f. Jfr däremot med *Sipponen 2000* s. 315 som konkluderar med att man förvisso har gått in för en djupare omprövning av välfärdsstaten vilken initierats av depressionen och även berättigats av den men att inget socialförsäkrings-, socialbidrags- eller socialvårdssystem ändå har demonterats varför man kan säga att välfärdssamhället har bevarats.

¹⁵ Se *Kosonen 1998* s. 360 f. som talar om privatiseringstänkande som i Finland gällt statsbolag. En större inverkan har emellertid effektiveringen och decentraliseringen av de allmänna tjänsterna haft genom att man decentraliserat förvaltningen. På samma sätt har konkurrensutsättande och utvecklingen av öppen service haft en stor inverkan. Slagorden har varit 'bort från institutionerna', en ökning av 'valfriheten' och 'resultatansvar'.

¹⁶ Se även *Blomberg-Kroll 1999* s. 26 som säger att attitydstudier bland det ledande skiktet i kommunerna påvisar ekonomi- och effektivitetscentrerade synsätt i förhållande till den kommunala servicen.

¹⁷ Se de definitioner som tagits i bruk av Europarådet, *Recommendation No. (93) 7*, Appendix a. i. och ii. Se även *Niemivuo – Kanninen NJM 1993* s. 488 f. där de presenterar utkastet till dessa rekommendationer och konstaterar att en sådan betydelse är lämplig för de omfattande privatiseringar.

använder man privatisering på detta sätt.¹⁸ Även i EG-rättsliga sammanhang använder man privatisering i denna betydelse.¹⁹ Förhållandet till privatiseringar inom EU har sin grund i 295 art. EG-fördraget där det stadgas att fördraget inte i något hänseende skall ingripa i medlemsstaternas egendomsordning.

I den nordiska litteraturen finner man en vidare och därmed även en inexactare användning av privatisering. Man avser förändringar av olika grad som leder till organisationstyper och verksamhetsformer som förekommer inom den privata sektorn.²⁰ Målet med sådana reformer är en strävan på ett allmänt plan att uppnå affärsmässig effektivitet. Ett sådant bruk av ordet privatisering kan leda till onödiga förväxlingar.

En alternativ begreppsanvändning är att utgå från reglering, avreglering eller regelreformer. Avreglering kan då användas som ett överbegrepp och avser sådana regelreformer som syftar till en liberalisering av prissättningar och in- och utträde på marknaden inklusive privatiseringar av offentlig verksamhet som innebär ett ökat marknadsinflytande vad gäller priser och in- och utträde.²¹ En sådan syn har omfattats i en rapport i Sverige där man också hänfört sådana reformpaket som vid sidan av en liberalisering innehåller incitaments- eller tillträdesregler som syftar till att begränsa utövandet av marknadsmakt på avreglerade marknader. Därtill ser man också många fall av privatiseringar som avregleringar.²² Problemet med denna formulering är att man inte förklarar vad

ringsprojekt som har genomförts i t.ex. Frankrike, det Förenade Kungariket och Tyskland men att många sådana reformer som är aktuella i Finland liksom även i de andra nordiska länderna inte kan karakteriseras på detta sätt.

¹⁸ Se t.ex. *McEldowney 1994* s. 374 ff., där han i kapitel 13 behandlar privatisering i förhållande till nationalisering. Det är således fråga om att överföra äganderätten av tidigare nationaliserade företag eller verksamheter. Jfr dock *Howells – Weatherill 1995* s. 75 som föredrar privatisering såsom ”an umbrella term embracing several distinctive elements of policy”.

¹⁹ Se t.ex. *Siragusa FILJ 1996* s. 1005 f. som analyserar huruvida och hur de EG-rättsliga konkurrens- och statsunderstödsreglerna är tillämpliga på privatisering. Se även *Verhoeven ICLQ 1996* s. 861 ff. där hon använder privatisering såsom en motsats till det allmännas ägande.

²⁰ Se *Niemivuo – Kanninen NJM 1993* s. 490 f., *Eckhoff – Smith 1997* s. 126, *Hannus – Hallberg 2000* s. 83 f. och *Mäenpää EIF V 1997* spalt 1242 även om Mäenpää förhåller skeptiskt till den vidaste betydelsen av privatisering som att ta i bruk företagsledningsmetoder i offentlig förvaltning. Oberoende av detta anser han avreglering vara en form av privatisering och inte ett separat begrepp eller en egen utvecklingsprocess. Se även *Koskinen JFT 1997* s. 424 f. som nöjer sig med att använda privatisering i en förhållandevis vid mening. Ur en förvaltningsrättslig synvinkel anför *Tuori LM 1999* s. 539 att han ser privatisering som ett omfattande begrepp som inbegriper överförande av förvaltningsuppgifter till andra än myndigheter och även t.ex. ett anammande av det privata näringslivets tillvägagångssätt i förvaltningens myndighetsorganisation. Se dessutom *Madell 1998* s. 196 ff. som opererar med uttrycken ”privatisera” och ”s.k. egentlig privatisering”. Med privatisering avser han bidragsgivning, bildande av bolag eller stiftelser och utgivande på entreprenad medan egentlig privatisering är att en verksamhet helt och hållet överlämnas till den privata sektorn utan vare sig styrning eller bidragsgivning (s. 202).

²¹ Se *Ds 2002:21* s. 38.

²² Se *Ds 2002:21* s. 38. Man fortsätter med att om ett statligt bolag eller verk haft en monopolställning, eller näst intill, har den offentliga sektorn haft kapacitet att styra priserna. I många fall

man avser med privatisering i förhållande till avreglering. Det går endast indirekt att sluta sig till vad man avser då man i sammandraget finner en utsaga om att inslaget av privat ägande ökar på telemarknaden, dels genom den partiella privatiseringen av Telia, dels genom privata investeringar inom främst mobiltelefoni och bredband.²³ Detta är således ett exempel på användning av privatisering enbart i syfte att säga något om ägoförhållandena.

Marknadsanpassning eller marknadsorientering beskriver bättre vad det är fråga om även om dessa termer inte har använts i någon större utsträckning i rättsvetenskapliga sammanhang.²⁴ Marknadsanpassning är dock i och med att den utgår från att det alltid finns en marknad problematisk på grund av att så inte alls behöver vara fallet när man inför reformer med t.ex. resultatansvar inom förvaltningen. Av denna orsak har jag tagit i bruk begreppet marknadsorientering som ett samlande överbegrepp.²⁵

Det är fråga om ett begrepp som inte har en förankring i lag. I lagstiftningen utgår man från indelningen å ena sidan i förvaltningsuppgifter, dvs. användningen av offentlig makt, och å andra sidan i service, dvs. faktisk förvaltningsverksamhet, hos det allmänna.²⁶ Utgående från denna indelning har grundlagsutskottet i sin praxis under den tid som reformer i riktning mot marknadsorientering skett framställt krav på under vilka förutsättningar förvaltningsuppgifter kan överföras på andra än myndigheter. Till exempel sådana uppgifter, som hör till en kommun med stöd av lag och utgör utövande av offentlig makt, dvs. då det är fråga om myndighetsutövning, kan kommunen överföra till privata subjekt endast med stöd av ett uttryckligt befullmäktigande

har prissättningen i offentliga bolag utformats genom en blandning av politiska beslut och marknadsanpassad prissättning. Efter en privatisering blir prissättningen ofta i högre grad marknadsanpassad, även om prisreglering såväl i konsumentledet som avseende infrastrukturen kan förekomma. Däremot kan knappast privatiseringar på marknader som redan är konkurrensutsatta betraktas som avregleringar, liksom inte heller ökad konkurrensutsättning av helt eller huvudsakligen offentligt finansierad verksamhet genom exempelvis upphandlingskonkurrens och kundvalsmodeller.

²³ Se *Ds 2002:21* s. 19.

²⁴ Inte heller ingår i Madells doktorsavhandling, som handlar om det allmänna som avtalspart, något resonemang om det problematiska med den flertydiga innebörden. Se *Madell 1998* avsnitt 5.2.3 där alternativ till drift av offentligt verksamhet analyseras delvis med stöd av tidigare forskning.

²⁵ Se *Wilhelmsson 2001* 2 kap. som har rubriken "Marknadsorienteringen och ansvarsrätten" och särskilt s. 34 f. där han säger att termen inte avser att definiera bort överföring av uppgifter till civilsamhället. Såsom det framkommer nedan är avsikten här den att marknadsorienteringen är det översta begreppet som täcker alla tänkbara förändringar, reformer och förskjutningar i samhället mot en marknadslogik eller åtminstone mot en logik som avviker från den som tidigare varit förhärskande hos det allmänna. Se även *Virtanen – Mäkitalo Årsbok 2001* s. 45 där man talar om att marknadsorienteringen är en process med flera faser med tanke på när lagen om konkurrensbegränsningar blir tillämplig. Analysen är snävare än i detta sammanhang.

²⁶ Se *Mäenpää 2000* s. 152 ff. och 156.

i lag.²⁷ Grundlagsutskottets praxis skrevs in i 124 § Finlands grundlag enligt vilken offentliga förvaltningsuppgifter kan anförtros andra än myndigheter endast genom lag eller med stöd av lag, om det behövs för en ändamålsenlig skötsel av uppgifterna och det inte äventyrar de grundläggande fri- och rättigheterna, rättssäkerheten eller andra krav på god förvaltning. I samma paragraf stadgas ytterligare att uppgifter som innebär betydande utövning av offentlig makt dock endast får ges myndigheter. Reglerna i 124 § grundlagen fungerar som en säkring för att man i samband med reformer i riktning mot marknadsorientering också efter en reform följer rättsstatliga principer.²⁸ Man har alltså inte försökt sig på att ersätta den längre formuleringen i lagen med ett begrepp.

På grund av den ovan beskrivna begreppsförvirringen och lagstiftarens ovilja ta i bruk ett begrepp genomför jag en närmare systematisering av vilka åtgärder det finns och vad de kunde kallas. Som ett resultat presenterar jag en noggrannare begreppsapparat där jag försöker precisera begreppen för en senare användning.

De flesta slag av reformer har genomförts på olika håll i Västeuropa och för de flesta reformernas del kan man finna exempel i Finland och de övriga nordiska länderna.²⁹ Genomgången börjar med sådana reformer som endast i liten omfattning förändrar en verksamhet hos det allmänna eller en marknad med begränsad konkurrens och fortsätter med mera genomgående reformer.³⁰

2.2.1 Resultatansvar

Den traditionella förvaltningen gick ut på kameralism, dvs. en noggrann och bindande budgetering av intäkter och utgifter på årlig basis. Medelsanvändningen kontrollerades både på förhand och efteråt. Den kamerala bokföringen byggde på budgetens moment, undermoment eller på en ännu noggrannare fördelning av anslag som ministerierna fastställde. Detta ekonomiska styrningssätt har man i hög grad övergett då man övergått till en kultur med

²⁷ Se *Tuori OTJP 1998* s. 330 ff. där han konstaterar att 2.3 § kommunallagen (365/1995) inte ensam kan fungera som en grund för befullmäktigande. Lagrummet lyder: "Kommunen sköter sina lagstadgade uppgifter själv eller i samarbete med andra kommuner. De tjänster som skötseln av uppgifterna förutsätter kan kommunen också beställa av andra tjänsteproducerer."

²⁸ Se *RP 1/1998* s. 62 och *Tuori LM 1999* s. 539.

²⁹ Se *Wilhelmsson 2000* s. 20 där han räknar upp exempel på det allmännas reträtt och säger att man även i Finland finner en treenighet av marknadsorientering, privatisering och partiell avreglering.

³⁰ Se *Myrsky 1999* s. 28 f. där han för den statliga verksamhetens del redogör för förändringen i följande etapper: 1) ämbetsverk med anslagsfinansiering 2) ämbetsverk med serviceverksamhet mot betalning och resultatstyrning 3) budgetbundet affärsverk 4) affärsverk enligt lagen om affärsverk 5) statligt ägt aktiebolag 6) privatisering.

resultatansvar.³¹ Utvecklingen har skett i olika steg så att den första förändringen skedde 1967–68 så att utgiftssidan utöver att den indelades i huvudtitlar enligt förvaltningsområde även indelades enligt ekonomisk verksamhet och statens uppgifter. Redan 1987 inleddes grundandet av statliga affärsverk vilket förde verksamheter bort från budgethushållningen och vidare mot bolagisering och avyttrande (se närmare avsnitt 2.2.4). Inom den statliga verksamheten som var bunden till budgethushållningen hade fram till 1995 tagits i bruk en reform där man tillämpade rambudgetering och resultatstyrning.³²

Genom att införa resultatorienterad styrning går man in för att tillämpa *företagsledningsprinciper* inom den offentliga sektorn. Med resultatstyrning avser man de besluts-, koordinerings- och avtalprocesser med vilka statsrådet, ministerierna samt ledningen för ämbetsverken och anstalterna strävar till att säkerställa att statsförvaltningen i sin helhet fungerar möjligast framgångsrikt. Man har uppställt som mål för ämbetsverken och anstalterna att förbättra produktiviteten för tjänsterna och verksamheten. Härvid har man som medel minskat antalet moment och givit varje ämbetsverk omfattande verksamhetsmoment.³³ På ett konkretare plan genomförs detta genom att man upprättar s.k. resultatavtal för statliga myndigheter vars verksamhet hör till statsbudgeten.³⁴ I resultatavtalen ställer parterna upp resultatmål.³⁵ Varje ministerium svarar för hela sin förvaltningssektors resultatstyrning och man kan därför jämföra ministerierna med en koncernledning som koncentrerar sig på strategiska frågor. Förverkligandet av verksamheten faller därmed på ämbetsverken och anstalterna.³⁶

2.2.2 Köptjänster

Då en huvudman hos det allmänna börjar köpa tjänster inom sin verksamhet av en utomstående tjänsteproducent är det fråga om att genom avtal skaffa tjänster i stället för att producera dem internt.³⁷ Man talar om den s.k. beställar-utförar-modellen där den organisation som idkar verksamheten delas in i beställande

³¹ Se *Myrsky 1999* s. 25.

³² Se *Myrsky 1999* s. 25 f.

³³ Se *Myrsky 1999* s. 26.

³⁴ Se *Mäenpää 2000* s. 105, 176 och 213. Resultatstyrningen sker med hjälp av resultatavtal som inom staten ingås mellan ministeriet och de underordnade ämbetsverken. Se även *Myllymäki 2000* s. 103 ff., 109 ff., 173 och 355. Myllymäki benämner dessa avtal förvaltningsavtal och anser att avtalens innehåll, tillsynen av dem och deras rättsverkningar har reglerats bristfälligt (s. 103).

³⁵ Resultatmålen är föremål för en allmän reglering endast i 11, 13, 14 och 16 § förordningen om statsbudgeten (1243/1992) fastän det är fråga om det centrala styrningsmedlet för förvaltningen och den övriga statliga verksamheten, se *Myllymäki 2000* s. 173 och 355.

³⁶ Se *Myrsky 1999* s. 27.

³⁷ Se *Mäenpää 2000* s. 172.

och utförande enheter. De utförande enheterna konkurrerar om beställningar internt i t.ex. en kommun.³⁸ Den s.k. privatiseringsdimensionen ligger då främst i att verktyget är ett avtal medan tjänsteproducenten lika väl kan vara en annan kommun, samkommun, staten eller annat offentligt samfund eller en organisation inom den tredje sektorn. Den mest marknadsorienterade formen av köptjänst är att beställaren vänder sig till den privata marknaden för att skaffa tjänsten för sina ”klienter”. Det kommer då en dimension av konkurrensutsättning med i arrangemanget. Tankegången är att huvudmannen bibehåller kontrollen av verksamheten. Man talar också om *contracting out* eller en avtalsgrundad privatisering.³⁹

Förändringen i denna form är att resurserna inte längre beviljas i form av anslag till den tjänsteproducerande enheten hos det allmänna utan enhetens resurstilldelning kan förliknas med försäljningsinkomst från uppdrag som tilldelas av beställarna. Om den tjänsteproducerande enheten tillhandahåller tjänster i en kommun kan beställarna vara en kommunal nämnd. När en dylik marknad skapas inom en sektor som före reformen varit helt och hållet inom det allmänna kan det vara svårt att få marknaden att fungera i sin nyskapade skepnad. Beställarnas uppgift är ny och de har inte nödvändigtvis den kompetens som behövs.⁴⁰ Denna kategori har gemensamma drag med det allmänna resultatansvaret.

Köptjänsterna är dock en speciellsituation av resultatstyrningen och de har mera marknadsorienterade drag än det allmänna resultatansvaret på grund av att man i högre grad inför en marknadslogik i verksamheten. Härvid följer att lagen om konkurrensbegränsningar (480/1992) blir tillämplig på kommunernas serviceproduktionssystem på grund av att den kommunala produktionsenheten blir en näringsidkare i lagens mening.⁴¹ Tillsammans med konkurrenterna bildas en marknad som är behäftad med drag som bildar svåra konkurrensrättsliga problem. Detta beror på att en del av konkurrenterna kan vara organisationer som åtnjuter understöd av det allmänna t.ex. genom Penningautomatföreningen.⁴² På anskaffningen av köptjänster tillämpas lagen om offentlig upphandling (1505/1992) och härmed inför man lagens mål om en effektiv hushållning med resurser på social- och hälsovårdssektorn som sociallagstiftningen inte i sig har.⁴³ Resultatstyrningen utan köptjänster fungerar internt hos det allmänna med avtalsarrangemang ”på lek”, dvs. utan civil- eller konkurrensrättsliga implikationer.

³⁸ Se *Granqvist 1997* s. 68 f.

³⁹ Se *Tuori OTJP 1998* s. 330 som talar om ”sopimuspohjainen yksityistämien” och *Harjula – Prättälä 1996* s. 105 f.

⁴⁰ Se *Granqvist 1997* s. 69 som använder ett kommunalt daghem som exempel på tjänsteproducerande enhet.

⁴¹ Se *Virtanen – Mäkitalo Årsbok 2001* s. 45.

⁴² Se *Romppainen 2002* 6 kap. s. 46–59.

⁴³ Se *Romppainen 2002* s. 154.

2.2.3 Konkurrensutsättande eller införande av marknadsmekanism

En sektor *konkurrensutsätts* så att det uppstår konkurrens både mellan företag (ägda av antingen privata eller det allmänna) och inom den offentliga sektorn. Detta förverkligas genom avreglering av en sektor så att inträdet på marknaden inom tjänstesektorn öppnas för alla eller så att alla som uppfyller vissa krav får koncession. Om verksamheten idkats av ett ämbetsverk med stöd av ett rättsligt monopol ingår i avregleringen ofta en delvis eller komplett försäljning av dessa helheter efter att de bolagiserats. Detta skede har då föregåtts av en ombildning till affärsverk (se avsnitt 2.2.4).

Resultatet av ett konkurrensutsättande är att det uppstår en möjlighet till konkurrens inom sådana marknadssektorer där det rått monopol, oligopol eller i övrigt begränsad konkurrens. För att skapa konkurrens på en nybildad marknad förutsätts därmed även omreglering.⁴⁴ Om det t.ex. varit fråga om att spjälka upp ett ämbetsverk i en tjänsteproducerande enhet och en enhet för utövande av tillsyn i form av myndighetsverksamhet behövs det nya regler om hur tillsynen skall utövas. Detta är nödvändigt inom sådana nyskapade affärsbranscher som tillhandahåller infrastruktur. Ett samhälle har inte råd att låta tillgången till infrastruktur tjänster bero på hur enskilda marknadsaktörer lyckas.

Det finns också en internationell nivå av detta fenomen. Det är då fråga om att det fattas beslut i internationella organisationer såsom WTO eller EU. Dessa åtgärder siktar då på en avreglering av den internationella handeln och finansieringsbranschen.

2.2.4 Organisatorisk omvandling

Den organisatoriska omförvandlingen kan äga rum från ytterlighet till ytterlighet genom att en verksamhet i ett ämbetsverk blir ett publikt aktiebolag som noteras på aktiebörsen. Händelserna har ofta skett stegvis så att någon eller några av reformerna i underavsnitten ovan har skett före omvandlingen *från myndighet till affärsverk som är bundet till budgeten*. Följande steg är att affärsverket har ändrats till ett affärsverk enligt den första lagen om statens affärsverk (627/1987). Affärsverken har i stor omfattning ändrats till statsägda bolag vilka i viss mån i sin tur har privatiserats helt eller delvis, dvs. staten har sålt hela aktiestocken eller behållit en majoritetsdel eller en betydande minori-

⁴⁴ Se *Ds 2002:21* s. 38 f. och *Wilhelmsson 2001* s. 35 f. I de båda verken betonar man att det som avses är att marknadsmekanismen genom (av-/om-) regleringar lyfts fram som den styrande kraften.

tetspost.⁴⁵ På det kommunala planet finns det också exempel på dylika kedjor från verk till affärsverk och bolagisering med privatisering som slutskede.

Ursprungligen skedde omändringarna till affärsverk med stöd av den första lagen om statens affärsverk.⁴⁶ Den nuvarande lagen om statliga affärsverk (1185/2002) trädde i kraft 1.2.2003 varför eventuella ändringar numera sker enligt den. Ett sådant affärsverk står också utanför statsbudgeten och statsrådet fastställer bokslutet och beslutar om användningen vinsten (13 §). Affärsverket är inte en självständig juridisk person men det får för finansieringen av sin verksamhet uppta lån inom ramen för det samtycke som riksdagen givit i samband med behandlingen av statsbudgeten (5 §).⁴⁷ De statliga affärsverken hör till statsförvaltningen men de är en mellanform av ett ämbetsverk inom förvaltningen och ett statligt bolag varför de kan verka rätt självständigt.⁴⁸ Man har i den senaste reformen stärkt denna sida av verksamheten samtidigt som man avsett att införa en högre grad av konkurrensneutralitet.⁴⁹ Affärsverket svarar för sina förbindelser och övriga förpliktelser med den egendom som det förfogar över och statens ansvar är subsidiärt. Detta innebär att staten i sista hand svarar för dem (6 §).⁵⁰

Överförandet av en verksamhet till ett affärsverk enligt lagen är en längre gående form av resultatstyrning än resultatstyrning av ämbetsverk. Dessa två typer av reformer för resultatstyrning inleddes samtidigt. Vid styrningen av affärsverken kan man också beakta medborgarnas behov i anslutning till offentliga tjänster. Detta skall genomföras så att riksdagen särskilt föreskriver en uppgift för affärsverket. Finansieringen skall inte längre ske genom korssubventionering vilket var möjligt enligt den tidigare lagen.⁵¹ Enligt 7 § den gällande lagen kan i statsbudgeten intas ett anslag för finansiering av företagsekonomiskt olönsamma uppgifter som föreskrivits för affärsverken. Det är fara värt att den högre graden av konkurrensneutralitet och betonande av lönsamhet kan leda till en paradoxal utveckling. När kostnadspressen ökar inträder det privata

⁴⁵ Se *RP 161/2002* s. 5 f. där man redogör för att fjorton ämbetsverk, inrättningar eller delar av dem ombildats till affärsverk. Tio affärsverk har i sin tur ombildats till statsbolag av vilka fyra har privatiserats.

⁴⁶ Se *Myrsky 1999* s. 29 och 122.

⁴⁷ Detta är en ändring i förhållande till den tidigare lagen. För att affärsverken skall vara i samma position som sina konkurrenter avskaffades möjligheten att bevilja lån ur statsbudgeten, se *RP 161/2002* s. 25 f.

⁴⁸ Se *Mäenpää 2000* s. 105, s. 176 och s. 213. Se även *Myllymäki 2000* s. 109 ff., s. 173 och s. 355.

⁴⁹ Se *RP 161/2002* s. 16.

⁵⁰ Se *RP 161/2002* s. 7 och 26 f. där det sägs att den nya formuleringen är ett förtydligande jämfört med 8.3 § den tidigare lagen.

⁵¹ Se *RP 161/2002* s. 9 (om den gamla lagen) och s. 17 f. där det sägs att affärsverken inte heller bör föreläggas sådana uppgifter som de inte kan sköta på ett företagsekonomiskt lönsamt sätt och som de skulle bli tvungna att stöda med avkastning från sin övriga verksamhet. Se även s. 27.

företagets logik att bevara sin starka marknadsställning. Affärsverket eller det senare helägda statsbolaget kan försöka utestänga konkurrenter från s.k. flaskhalsinfrastruktur.⁵² I Finland har detta varit särskilt aktuellt inom telebranschen även om särskilt många skadliga konkurrensbegränsningar inte har konstaterats av konkurrensverket eller besvärinstanserna.⁵³

Affärsverken innebar en väsentlig förändring för dem som nyttjar verkets tjänster. Affärsverkens kunder kom att stå i avtalsförhållande till affärsverken och verksamheten kom att omfattas av konkurrens- och produktsäkerhetsbestämmelserna. För personkundernas ställning kom dessutom konsumentskyddsregleringen att gälla.⁵⁴

Så länge en verksamhet bedrivs i form av ett affärsverk har staten ännu efter reformen av affärsverken en kraftig styrningsuppgift. Reformen innebar att skillnaden mellan affärsverk och aktiebolag blivit mindre. När ett affärsverk *bolagiseras* till ett statsägt bolag förändras bilden genom att *huvudmanskapet omvandlas till ägande*.⁵⁵ Verksamheten övergår till att följa marknadslogiken till fullo även om ett statligt ägande medför vissa särdrag jämfört med privat ägande. Bägge formerna av statligt ägande, dvs. affärsverk och statligt helägda bolag, kan ses som indirekt prisreglering genom ägarstyrning i stället för genom regelstyrning.⁵⁶

⁵² Se *Ds 2002:21* s. 166 f. där man påpekar att i Sverige hör Telia och Posten till sådana företag mot vilka det gjorts mest anmärkningar till konkurrensverket om missbruk av dominerande ställning på marknaden.

⁵³ Se *Konkurrensverket 2003* s. 40 ff., *Konkurrensverket 2002* s. 22, *Konkurrensverket 2001* s. 20 och *Konkurrensverket 2000* s. 16 ff. där det framkommer att Sonera Abp:s och Posten Finland Abp:s förfarande har varit föremål för undersökningar. Under dessa år har endast för Sonera Abp:s del konstaterats ett skadligt konkurrensbegränsande förfarande år 2000 och en preliminär misstanke om det år 2003.

⁵⁴ Se *RP 161/2002* s. 10 f. där man också konstaterar att om samma nyttigheter produceras i ämbetsverksform tillämpas inte konsumentskyddsregleringen utan rättsskyddet bestäms enligt förvaltningsrättsligt mönster. Konstaterandet är en aning inexakt, jfr *Wilhelmsson 1989* s. 90 f. och 101 som konstaterar att även näringsverksamhet som bedrivs av det offentliga samfundet självt är underkastad KSL. Gränsdragningskriterierna är möjligheten att bedriva motsvarande verksamhet som privat näringsverksamhet. Dessutom är tjänstens kommersiella syfte avgörande.

⁵⁵ Detta är typiskt för de nordiska länderna där infrastrukturen ombesörjs av det allmänna i form av verk som inte varit organiserade som bolag. Jfr däremot med situationen i det Förenade Kungariket, se *McEldowney 1994* s. 376 ff., där han beskriver de nationaliserade branscherna (industries): De omfattande infrastrukturverksamheterna såsom vatten och avlopp, gas, elektricitet, transport (järnväg, buss och flyg), liksom även stålkonglomeratet British Steel Corporation, posten och atomenergimyndigheten var alla organiserade såsom offentliga bolag med en omfattande normgivningskompetens som givits av parlamentet.

⁵⁶ Se *Ds 2002:21* s. 150 f.

2.2.5 Delvist eller komplett avstående av ägande

Då det allmänna (staten eller en kommun) i egenskap av ursprunglig ägare säljer ett bolag eller aktier i det till utomstående är det fråga om *privatisering* i dess kärnbetydelse på det sätt som det använts i litteraturen. I fortsättningen i denna undersökning använder jag *privatisering* på detta sätt. När det är fråga om att sälja en infrastrukturverksamhet är det också nödvändigt att innan försäljningen äger rum avreglera branschen för att möjliggöra att det bildas en marknad.⁵⁷ På detta sätt är även *privatiseringen* ibland intimt sammanknippad med andra former av marknadsorientering.

Det finns affärsbranscher där staten eller kommuner av olika skäl helt och hållet eller till en del har ägt bolag och går in för att avyttra detta ägande. Det är inte ens sagt att ägandet av bolaget har något att göra med det som tidigare ansetts höra till det allmännas uppgifter såsom tillhandahållandet av infrastruktur-tjänster. Man kan fråga sig på basis av vilken rättslig grund staten har börjat med en viss verksamhet eller om det krävs en sådan. Ett svar är att det inte finns någon grund i grundlagen men inte heller ett förhinder och grunderna för affärsverksamheten skall sökas i de intressen som man eftersträvat.⁵⁸ Staten kan ha gått in för att driva en företagsverksamhet av nationella skäl såsom att förädla råvaror, utveckla landets industriella struktur så att den blir mångsidigare, trygga en självständig nationell produktion på vissa viktiga branscher och balansera landets regionala utveckling. Därutöver har man som motiv för att grunda ett bolag med statlig majoritet haft ett intresse att utveckla en bransch som uppfattats som betydande ur nationalekonomisk synvinkel.⁵⁹

Sedan gammalt har det på grundlagsnivå ingått regler om statens egendom. Numera är de samlade i 92 § Finlands grundlag där det stadgas att bestämmelser om behörigheten och förfarandet när statens delägarrätt utövas i bolag där staten har bestämmande inflytande utfärdas genom lag. I samma paragraf stadgas också att det genom lag skall bestämmas om när riksdagens samtycke krävs för statens förvärv av bestämmande inflytande i bolag eller för avstående från sådant inflytande. Med bestämmande inflytande avses i paragrafen bolag med statlig majoritet, dvs. bolag där staten utan mellanhänder äger mer än hälften av aktiernas sammanlagda röstetal.⁶⁰

⁵⁷ Se *McEldowney 1994* s. 385, där han särskiljer mellan *privatisering* av mindre bolag som verkar inom en redan konkurrensutsatt marknad och större *privatiseringar* som förutsätter en reglering med bland annat en övervakningsmyndighet. Se även *Ds 2002:21* s. 146 där man formulerar sig så att *privatiseringen* intimt sammanhänger med frågan om vertikal separation och med utformningen av tillträdesregler.

⁵⁸ Se *Eilavaara – Sarja 1999* s. 30.

⁵⁹ Se *Myrsky 1999* s. 130 f. och *Eilavaara – Sarja 1999* s. 44 ff.

⁶⁰ Se *RP 1/1998* s. 144. Detta reglerades tidigare i 63 § regeringsformen.

I lagen om utövande av statens delägarrätt i vissa aktiebolag som bedriver ekonomisk verksamhet (740/1991, nedan statsbolagslagen) regleras vissa situationer närmare. Lagen gäller statsbolag med vilket avses ett aktiebolag där staten har bestämmanderätt som grundar sig på statens direkta aktieinnehav (2.1 §).

Enligt 2.2 § avses med bestämmanderätt den andel av aktieinnehavet som medför mera än hälften av det sammanlagda röstetalet för bolagets alla aktier. Med den rätt som bygger på kvalificerad majoritet avses den andel av aktieinnehavet som enligt lagen om aktiebolag (734/1978) krävs för ändring av bolagsordningen och som beräknas på bolagets alla aktier och totalantalet röster (2/3). Med den rätt som bygger på kvalificerad minoritet avses den andel som räcker till för att förhindra en ändring av bolagsordningen (1/3). Till statens andelar räknas dock inte enligt samma lagrum de aktier som ägs av folkpensionsanstalten eller Finlands Bank.

I lagen ingår regler om aktieförvärv, överlåtelse av aktier och om riksdagens samtycke samt om statsrådets befogenheter. Lagen gäller således bland annat även hur ytterligare privatiseringar skall företas. Däremot finns det inte någon allmän lag som reglerar andra frågor om statsbolag än utövande av delägarrätt utan i 1 § samma lag nämns endast att det finns lagar om bestämda statsbolag. Exempel på speciallagstiftning är lagstiftningen om statens specialfinansieringsbolag och alkohollagstiftningen.⁶¹

På grund av att lagen är från 1991 har man vid beredandet av den inte kunnat beakta den kraftiga utveckling som skett efter detta. Man har framfört att den lämpar sig dåligt för företagsarrangemang och finansieringspraxis i samband med dem.⁶² Statsbolagsdefinitionen ignorerar helt och hållet betydelsen av att ett bolag är offentligt noterat. En bättre bild av sådana bolag där staten har bestämmanderätt med stöd av direkt ägande eller en betydande minoritetsandel skulle ges om man kallade dylika bolag för statens intressebolag. Härmed skulle statsbolagsbenämningen reserveras för bolag som staten äger helt och hållet.⁶³

Instället för en allmän lag om statsbolagen finns emellertid det nya Statsrådets principbeslut om statens ägarpolitik som utgår från fyra allmänna principer: 1) regleringen och ägarstyrningen skall skiljas åt och 2) statens agerande som

⁶¹ Se *HIM, Lagstiftning*. Se även *Eilavaara – Sarja 1999* s. 66 f där begreppet statsbolag analyseras. Med statsbolag kan man antingen avse bolag där staten har majoritet eller sådana där staten äger 100 % av aktierna. Författarna använder begreppet statsbolag så att det täcker bägge fallen vilket även används här än så länge trots att man inlett en reformering av lagen hos handels- och industriministeriet, se *KTM 18.12.2003* s. 12 f.

⁶² Se *KTM 2/2004* s. 17 och *KTM 18.12.2003* s. 12 f.

⁶³ Se *KTM 2/2004* s. 17 f. En annan indelning för bolag med statligt engagemang är indelningen i börsbolag med statlig majoritet, övriga statsbolag och intressebolag, se *Statsbolagen och intressebolagen 2002* innehållsförteckningen.

ägare skall vara förenligt med lagen om aktiebolag och värdepappersmarknads-lagen samt 3) det skall råda en klar arbetsfördelning mellan riksdagen och statsrådet i enlighet med statsbolagslagen liksom det 4) skall råda en klar arbetsfördelning mellan ägarna och bolagets ledning.⁶⁴

I principbeslutet ingår utöver de allmänna principerna sex avsnitt där målen och principerna för statens ägarpolitik stakas ut. I det första avsnittet konstaterar man att de betydande bolag som idkar affärsverksamhet och som staten har bestämmande inflytande över (statsbolag) är 36 till antalet. Därutöver finns det 18 stycken statens intressebolag med vilka man avser bolag där staten är en betydande minoritetsägare (minst 10 %).⁶⁵

I det andra avsnittet nämner man att det bland statsbolagen finns sådana bolag som *sköter statliga specialuppgifter*. Man anger att staten i dessa bolag i egenskap av ägare i första hand har samhällliga mål, fastän ett allmänt mål samtidigt är en lönsam verksamhet. För vissa av dessa bolag finns en särskild speciallag, som reglerar ägarpolitiken och ägarstyrningen. De bolag för vilka det har uppställts samhällliga mål genom att de har en statlig specialuppgift skall enligt beslutet fortsättningsvis ägas av staten ensam eller åtminstone bör staten hålla kvar sitt bestämmande inflytande i dem. Det ägarpolitiska målet skall vara ett så bra samhällligt och ekonomiskt helhetsresultat som möjligt. Detta skall i första hand bedömas enligt det sätt och hur effektivt bolaget i fråga når de mål och sköter de uppgifter som har ställts av det ministerium som svarar för förvaltningen av branschen. Med andra ord skall man bedöma hur väl bolaget uppfyller sin samhällliga serviceuppgift.⁶⁶

I det andra avsnittet i beslutet konstaterar man också att huvuddelen av statsbolagen och statens intressebolag är *verksamma på marknadsvillkor*. En slutsats av detta är att bolagen bör vara jämförbara med övriga bolag inom branschen. Man lyfter ändå fram den omständigheten att staten såsom ägare också kan ha *strategiska intressen* i fråga om dessa bolag såsom upprätthållande och säkerställande av infrastrukturen eller skyldigheter för basservice. Det oaktat skall dessa bolag fungera enligt klara affärsverksamhetsprinciper enligt vilka målet med ägarstyrningen är att bästa möjliga ekonomiska helhetsresultat vid varje situation skall nås. Helhetsresultatet skall bedömas utgående från en långsiktig ökning av lönsamheten och ägarvärdet. Ytterligare konstateras att när man helt eller delvis avstår från ett innehav beaktas utöver inkomsterna av försäljningen också konsekvenserna för företagets verksamhetsbetingelser. Man uppställer emellertid ett specialvillkor för de bolag som sköter en statlig

⁶⁴ Se HIM 19.2.2004 s. 1 f. Jfr det tidigare beslutet HIM 16.9.1999 där förvaltningen av statens bolagstillgångar reglerades så att där behandlades frågor som gällde statsbolagens betydelse och verksamhetsprinciper samt ändringarna i bolagens ägarbas och ägararrangemang.

⁶⁵ Se HIM 19.2.2004 s. 1 f.

⁶⁶ Se HIM 19.2.2004 s. 2.

specialuppgift när branschändringar och företagsarrangemang bedöms. Man skall nämligen då fästa uppmärksamhet vid att skötseln av specialuppgifterna inte äventyras.⁶⁷

Enligt det femte avsnittet i beslutet skall staten också i fortsättningen vara ensam ägare till eller hålla kvar sitt bestämmande inflytande i de bolag som *sköter en statlig specialuppgift*.⁶⁸ En breddning av ägarbasen i dem kommer närmast i fråga när specialuppgiftens betydelse minskar eller försvinner eller när det kan bedömas att skötseln av specialuppgiften blir effektivare i och med att andra ägare kommer med eller deras ägarandel ökar.⁶⁹

De bolag som är verksamma på marknadsvillkor delas i det femte avsnittet i beslutet in i två grupper med tanke på en ändring av ägarbasen: de bolag där staten främst har ett placerarintresse och de bolag där staten har ett strategiskt intresse som sammanhänger med ägandet (t.ex. att försäkra sig om vissa funktioner som är viktiga med tanke på infrastrukturen samt försörjningsberedskapen). Om staten främst har ett placerarintresse i ett bolag, kan staten helt eller delvis avstå från sitt ägande, och det att statens majoritetsinnehav eller kvalificerade minoritet enligt lagen om aktiebolag bibehålls har ingen självständig betydelse. Om staten har ett särskilt strategiskt intresse i ett bolag, beaktas detta i de bedömningar och beslut som gäller innehavet i bolaget.⁷⁰

Kategorierna för styrandet av ägandet kan ha ett medelbart värde då det gäller att bestämma den statliga ägarens syn på vilket slag av verksamhet bolaget idkar. Om ett bolag sköter statliga specialuppgifter är denna omständighet av relevans för hur verksamheten skall bedömas. Bolagets skyldigheter när det gäller tjänster i allmänhetens intresse och dylikt kan i en tolkningssituation påverkas av att det är ett statsbolag eller om det är fråga om att ålägga privatägda aktörer att åta sig en samhällelig uppgift. I samband med behandlingen av branschregleringen i 5 och 6 kap. fungerar därför dessa omständigheter som en kompletterande bakgrund för analysen.

I detta sammanhang är privatisering av bolag som bedriver näringsverksamhet inom en bransch som tidigare bedrivits av det allmänna av särskilt intresse. Det är främst fråga om traditionella infrastrukturbranscher men också fråga om

⁶⁷ Se *HIM 19.2.2004* s. 2 f. Jfr *HIM 16.9.1999*, punkt 3 där statsbolagen delades in i tre grupper: 1) bolag som har en specialuppgift (t.ex. specialfinansieringsbolagen), 2) övriga bolag som är strategiskt viktiga för staten och som har en stor betydelse för utvecklingen av vårt samhälle och/eller för samhällsekonomin, 3) bolag vars strategiska betydelse för staten har minskat väsentligt och i vilka staten närmast har en placerares intresse. Se även *Eilavaara – Sarja 1999* s. 44 f. där en ännu tidigare indelning presenteras och en version som författarna utvecklat. I den sistnämnda ingår dessutom kategorierna nationalekonomiskt intresse, serviceintresse och allmänt intresse.

⁶⁸ Se *HIM 19.2.2004* s. 6. Till denna del gällde detsamma i det tidigare beslutet där det sades att staten alltid kommer att ha bestämmanderätt i de statsbolag som hör till den dåvarande första gruppen, dvs. bolag som har en specialuppgift, se *HIM 16.9.1999*, punkt 3.

⁶⁹ Se *HIM 19.2.2004* s. 6.

⁷⁰ Se *HIM 19.2.2004* s. 6.

verksamhet inom finansieringssektorn. I dagens läge är Posten Finland Abp och TeliaSonera AB sådana bolag som har ett förflutet inom infrastruktur tjänstesektorn medan Sampo Abp hör till finansieringssektorn.

Posten Finland Abp fungerar inom postbranschen och dess centrala verksamhet är förmedling av meddelanden, förmedling av elektroniska meddelanden och logistik tjänster. Ändamålet med verksamheten är att inbringa vinst åt ägaren. Bolaget ägs till 100 % av finska staten och det fungerar på marknadsvillkor. Förutom den egentliga postverksamheten är verksamheten präglad av hård konkurrens. Staten är inte en särskilt betydelsfull kund men bolaget har en allmän skyldighet att svara för tillhandahållandet av posttjänster i Finland. Till ägandet hänför sig statens strategiska intresse att tillförsäkra tillgängligheten av posttjänster i hela landet.⁷¹

TeliaSonera AB fungerar i Finland med en egen resultatenhet (TeliaSonera Finland, tidigare Sonera Abp) genom att erbjuda produkter och tjänster. Bolaget ägs till 46 % av svenska staten och 19,4 % av finska staten medan resten av ägarna är privata. Bolagets verksamhet går ut på att erbjuda tele- och dataöverföringstjänster och ändamålet med verksamheten är att inbringa vinst åt ägarna. Bolaget fungerar på marknadsvillkor och det är börsnoterat. Det speciella med bolaget är att det statliga ägandet går över statsgränserna. Den finska statens ägande är mindre än en tredjedel men tillsammans med den svenska staten blir det kumulerade allmänna ägandet över hälften men mindre än 2/3 delar av aktierna. Staten är inte en särskilt betydelsfull kund och det ingår inte en uppgift att tillhandahålla bastjänster. Telesektorn är emellertid konkurrensutsatt i en högre grad än postsektorn (se närmare i 5 kap.). Bolaget hör till kategorin för vilken staten såsom ägare endast eller så gott som endast har ett starkt investerarintresse.⁷²

Sampo Abp idkar bank- och försäkringsverksamhet och har som uppgift att inbringa vinst åt ägarna. Staten är inte en särskilt betydelsfull kund och det ingår inte en uppgift att tillhandahålla bastjänster. Verksamheten fungerar på marknadsvillkor och det är börsnoterat. Finska staten äger 40,4 % medan resten av ägarna är privata. Även detta bolag hör till kategorin för vilken staten såsom ägare endast eller så gott som endast har ett starkt investerarintresse.⁷³

⁷¹ Se *KTM 18.12.2003* s. 37 och 45 där man också säger att bolaget hör till kretsen för den centrerade ägarstyrningen. Styrningen skall skötas så att staten åtminstone tillsvidare skall hålla sig kvar som en stark ägare eller på ett annat sätt trygga de strategiska intressena om ägarandelen minskas eller om man avstår från ägandet, se a.a. s. 47.

⁷² Se *KTM 18.12.2003* s. 40 och 47 där man också säger att bolaget hör till kretsen för den centrerade ägarstyrningen. Se även *Statsbolagen och intressebolagen 2002* s. 1 och 32. Statsrådet har befogenhet att minska ägarandelen till 0 %.

⁷³ Se *KTM 18.12.2003* s. 33 och 47 där man också säger att bolaget hör till kretsen för den centrerade ägarstyrningen. Se även *Statsbolagen och intressebolagen 2002* s. 1 och 29. Statsrådet har befogenhet att minska ägarandelen till 0 %. En specialitet i ägarförhållandena är att en privatperson, den nuvarande koncernchefen Björn Wahlroos, äger 2,13 % av bolaget. Föränd-

2.2.6 Överförande av uppgifter eller underlåtelse att inleda verksamhet

Ett annat alternativ till en icke-offentlig verksamhet än privatisering är att helt och hållet överföra en viss uppgift till någon aktör som inte hör till det allmänna. I sig kan det vara fråga om en kvasi-allmän verksamhet för vilken uttrycket marknadsorientering lämpar sig illa. En organisation inom tredje sektorn kan fungera enligt en grundläggande uppfattning som står närmare ett erbjudande av allmänna tjänster än affärsverksamhet. Det som talar för att ändå kalla det marknadsorientering i vid bemärkelse är att verksamheten kan ske utan intervention av det allmännas normgivning och styrning. Åtminstone kommer inte initiativet från det allmänna även om verksamheten kan få understöd av allmänna medel direkt eller i form av skattelättnader. Verksamheten är då ett typiskt exempel på en blandning av allmän verksamhet och verksamhet av privata aktörer.

Om en verksamhet överförs på den *tredje sektorn* kan det således vara fråga om att verksamheten antingen fungerar med en marknadslogik eller att verksamheten finansieras så att tjänsterna inte behöver säljas med vinst. Ett ovanligare specialfall är att en helt ny verksamhet startas utan det allmännas medverkan men så att verksamheten är allmännyttig.⁷⁴ Trots att verksamheten är allmännyttig kan i en bedömning enligt lagen om offentlig upphandling (1505/1992) verksamheten anses falla utanför tillämpningsområdet för lagen.⁷⁵

En verksamhet kan överföras på den *kommersiella privata sektorn* utan att det är fråga om att sälja t.ex. aktier i ett statsbolag i en privatiseringsreform. Det är då fråga om att någon uppgift överförs helt och hållet från den offentliga sektorn till den *kommersiella privata sektorn*, dvs. den fria marknaden. Det allmänna avstår då från att sköta uppgiften och överlämnar den att skötas av

ringen för bankverksamhetens del i bolaget från den statligt helägda postsparbanken, som delvis reglerades med en särskild lag, är mycket djup. En privatpersons bestämmanderätt som baserar sig på personligt ägande är en ytterlighet till det största kollektiva ägandet man kan tänka sig, nämligen att staten äger en motsvarande andel av ett bolag. Förändringen avspeglar en kraftig ideologisk brytning när man beaktar att man tidigare även i de västeuropeiska länderna ansett att en koncentration av ägandet inom finansieringssektorn leder till oönskade maktkoncentrationer i samhället.

⁷⁴ Se *FinOHTAn rapporti 12* avsnitt 1.2.2 och 1.2.3. och *Helikopterityöryhmän mietintö 1999* (Helikopterarbetsgruppens betänkande) avsnitt 2.2.2.1. Pro Medi-Heli rf. har svarat för läkarhelikopterverksamhet i huvudstadsregionen från 1992 och från 1998 också i Åbotrakten. Det är fråga om en verksamhet som går utöver det allmännas räddningverksamhet genom att man som verksamhetsidé har att föra ut en effektiverad första hjälp till en nödställd patient. I helikoptern följer en läkare som har specialiserat sig på första hjälp med. Det finns inte nationella standarder för verksamheten utan man har själv skapat ramarna. Verksamheten har sedermera erhållit en betydande andel av finansieringen av Penningautomatföreningen, dvs. av det allmänna. Man har också övervägt att det allmänna skulle överta huvudmannskapet för verksamheten. I så fall skulle det bli fråga om en revers utveckling i form av ett förstäljande. Det skulle dock främst vara fråga om att överta en utgiftspost och inte att lösa in privat egendom.

⁷⁵ Se *Romppainen 2002* s. 90 f. där han hänvisar till konkurrensrådets beslut *Dnr 117/690/99*, 17.12.1999 och *HFD 27.11.2000*, *liggare 3113*.

marknaden (eller eventuellt att inte skötas alls om efterfrågan inte kan initiera en tillgång). Staten påtar sig på sin höjd rollen som reglerare.

2.2.7 Analys

De olika kategorierna av förändringar som kan karakteriseras som marknadsorienteringar är således 1) införande av resultatansvar, 2) införande av köptjänster, 3) konkurrensutsättande, 4) organisatorisk omförvandling, 5) avstående av ägande (privatisering) och 6) överförande av uppgifter eller underlåtelse att inleda verksamhet i det allmännas regi. Kategorierna utesluter inte varandra utan flera av dem kan ingå i en och samma reform. Det går också att finna förändringar som lika väl kunde komplettera denna lista beroende på om man betonar formella ändringar i regleringen eller om man använder sig av förändringar i det faktiska förfarandet som systematiseringsgrund. I litteraturen har man kategoriserat dylika förändringar på olika sätt beroende på vad man velat betona.

Wilhelmsson har för sin ansvarsrättsliga analys nöjt sig med att operera med fyra kategorier: (i) avreglering, (ii) egentlig privatisering, (iii) marknadsorientering inom det offentliga och (iv) inskränkning av socialskyddet.⁷⁶ Ordningen i denna gruppering följer inte ett tänkt kronologiskt förlopp såsom den indelning som presenterats ovan. I denna undersökning har jag ett behov att litet noggrannare bena igenom de olika förfaringsätten att orientera det allmännas verksamhet mot marknadslogiken.

I den senare framställningen kommer det att framgå att rättsliga frågor om tillgången av nyttigheter inom post-, tele- och bankbranschen berör många olika samhällssektorer som råkat ut för de olika förändringarna. Genom att använda en litet mera detaljerad indelning med en ordning som syftar på intensiteten av marknadsrationalitet går det att analysera redan genomförda reformer noggrannare än om man blott använder sig av ett vagt privatiseringsbegrepp eller inexactare kategoriseringar.

I en rättslig analys intresserar vilka rättsliga problem som kan uppstå till följd av antingen förändringar i beteendet eller till följd av ny reglering. Analysen fordrar ett tvärdisciplinärt grepp genom att man kommer att röra sig inom förvaltningsrätten, skatterätten, konsumenträtten och de olika privaträttsliga ämnena såsom avtalsrätt och bolagsrätt. Man kan inte heller undgå statsförfattningsrättsliga element i analysen varvid man även kommer in på hur de mänskliga rättigheterna går att förverkliga efter att reformerna genomförts.⁷⁷

⁷⁶ Se Wilhelmsson 2001 s. 35–40.

⁷⁷ Se Niemivuo OTJP 1997 s. 244 ff. där han behandlar den situation som förelåg efter att stadgandena om de mänskliga fri- och rättigheterna i regeringsformens II kap varit föremål för reformer. Han går igenom de översta laglighetsövervakarnas möjligheter att övervaka verksamheter som varit föremål för privatiseringar.

Man kan generellt fråga sig huruvida det allmänna genom dessa åtgärder försöker genomföra en välfärdsstatlig reträtt och på ett icke godtagbart sätt försöker komma ”billigare” undan. Härvid följer frågan huruvida invånarna kan ha rättmätiga krav som baserar sig på deras förväntningar på att erhålla något mera än vad som erbjuds. Det uppstår då en klyfta mellan välfärdsförväntningarna och statens erbjudande av välfärdskapacitet. Man kan säga att tillväxten av förväntningarna i princip är oändlig medan de materiella resurserna inte är det. Man kan också säga att det politiska systemet har ställt sig själv ett excessivt krav. Under 1990-talets ekonomiska depression tillspetsades detta förhållande och även begränsade krav stämplades som excessiva.⁷⁸

I samband med sin ansvarsrättsliga studie har Wilhelmsson analyserat vilka krav som kan tillgodoses inom privaträttens ram och finner att det inte ännu fordras någon egentlig analys för att konstatera att en marknadsorientering av de flesta av de ovan beskrivna slagen leder till en ökning av privaträttsliga förhållanden. Härvid kan privaträtten antas få ökad betydelse. Han finner att från ett välfärdsstatligt perspektiv är frågan om tillgång till service på godtagbara villkor aktuellt. Därmed finns det en beställning för att utveckla regler om kontraheringsplikt för subjekt som överförs från den offentliga sektorn eller som uppstått inom den privata sektorn.⁷⁹

Det som här är av särskilt intresse gäller frågan om de tidigare skedena av de nuvarande marknadsaktörerna inom de branscher som här är föremål för behandling har någon betydelse för analysen av deras skyldigheter och ansvar.

Både Posten Finland Abp:s och TeliaSonera AB:s verksamhet har tidigare bedrivits av det centrala ämbetsverket post- och telestyrelsen. Numera är såsom ovan i avsnitt 2.2.5 presenterats Posten Finland Abp ett statsbolag som staten äger till 100 % och TeliaSonera AB ett bolag som finska och svenska staten gemensamt äger till 65,4 %. Det nya är här att man kan tala om ett statsbolag om bägge staternas ägande beaktas samtidigt. En annan sak är om de bägge statliga ägarna har samma syn på hur man skall styra bolaget. Det ligger kanske närmare till hands att se enbart på den finska statens ägande och konstatera att bolaget kan styras endast utgående från ett minoritetsägande.

Posten Finland Abp fungerar numera i en formellt konkurrensutsatt regleringsomgivning enligt vad som behandlas i 5 kap. Det är således i branschregleringen man finner svaren på frågan om hurdan omfattningen på marknadsaktörernas ansvar skall vara. För bolaget gäller således endast att till ägandet hänföra sig statens strategiska intresse.⁸⁰ Det är ändå viktig att känna till hur postverk-

⁷⁸ Se *Wilhelmsson 2000* s. 21 med vidare hänvisningar till Michel Foucault i en till finska översatt artikel i samlingsverket ”Hyvinvointivaltion tragedia” 1995 (Välfärdsstatens tragedi) av redaktörerna Risto, Eräsaari och Keijo Rahkonen och Niklas Luhmanns artikel i samma verk.

⁷⁹ Se *Wilhelmsson 2001* s. 49 ff., 57 f. och 64 f.

⁸⁰ Se ovan avsnitt 2.2.5 vid not 71 med hänvisning till *KTM 18.12.2003* s. 37 och 45.

samheten varit arrangerad innan åtgärderna av marknadsorientering satt in. Likaså är det av vikt för den senare bedömningen att staten valt att äga Posten Finland Abp i sin helhet. Det tidigare skedet av Posten Finland Abp kan antas ha en indirekt betydelse för bolagets skyldigheter enligt branschregleringen och tillsynen.

För telebranschens del är det av intresse att veta att en betydande aktör både i Finland och Sverige har ett sammanlagt stort statligt ägoengagemang. Detta ter sig ändå mera som en reminiscens från ämbetsverkets tid. För telebranschen kan man nämligen angående ägofrågorna notera en grundläggande skillnad i statens förhållningssätt jämfört med postbranschen. I och med att statens ägande minskat drastiskt är det en signal att ägandet endast är kopplat till ett investerarintresse i ett börsbolag. Därför skall aktörernas skyldigheter enbart härledas ur branschregleringen på det sätt som framkommer i 5 kap.⁸¹

Sampo Abp har sin bakgrund i den ursprungligen statliga offentligrättsliga anstalten postsparbanken⁸² som ombildades till Postbanken Ab som var jämförbar med en affärsbank. Det speciella med Postbanken Ab var att bolaget skötte statliga uppgifter i samband med penningförsörjningen.⁸³ Härefter ändrades firman till Leonia Bank Abp.⁸⁴ Det följande steget slutförde omändringen från statsbolag till börsbolag genom att Leonia Bank Abp genom en absorptionsfusion fusionerades med det dåvarande försäkringsbolaget Sampo Abp efter att riksdagen givit sitt samtycke 28.3.2000. Härmed upphörde också ensamrätten i fråga om skötseln av statens betalningsrörelse.⁸⁵ Det nya Samos verksamhet inleddes i början av år 2001 och i februari anslöts också Mandatum Bank till Sampokoncernen.⁸⁶

Det förefaller utan tvekan som om en affärsbanks tidigare skeden inte kan ha någon betydelse för den ifrågavarande bankens samhälleliga ansvar. Däremot är den utveckling som skett inte utan relevans då man överväger vad bankernas ansvar över lag skall vara. Det är således värt att notera att det inte längre finns varken en statlig sparbank eller affärsbank med särskilda uppgifter på marknaden.

Ägarpolitiken för börsbolag som alltid fungerar på marknadsvillkor ställer hinder för staten att uppställa särskilda mål eller förpliktelser för bolagen. För Sampo Abp:s del gäller således att man inte kan tillåta ett samband mellan ägarstyrningen och regleringsuppgiften.⁸⁷ Regleringen av finansierings-

⁸¹ Se ovan avsnitt 2.2.5 vid not 72 med hänvisning till *KTM 18.12.2003* s. 40 och 47.

⁸² Se *Modeen 1965* s. 84, 113 och 129.

⁸³ Se *Mäenpää 1991* s. 96, *Kalima 1980* s. 2 och *Eilavaara – Sarja 1999* s. 54

⁸⁴ Se *RP 39/1998* s.1 som ledde till en ändring av lagen om Postbanken Ab (972/1987) så att bankens firma inte längre bestämdes i lagen utan i bolagsordningen. Härmed kunde firman Leonia Bank Abp tas i bruk, se *EkUB 10/1998 – RP 39/1998*.

⁸⁵ Se *RP 9/2000* s. 2 f. och *RSv 42/2000 rd – RP 9/2000*.

⁸⁶ Se *Statsbolagen och intressebolagen 2002* s. 29.

⁸⁷ Se *HIM 19.2.2004* avsnitt 3 och *KTM 18.12.2003* s. 16 f.

branschen är det styrmedel som återstår och den granskas i 6 kap. Då gäller styrningen alla marknadsaktörer inom branschen oberoende ägarförhållandena.

2.3 FRAMVÄXTEN AV DEN VIRTUELLA MARKNADEN

2.3.1 Allmänt

I detta avsnitt redogör jag i korthet för de grundläggande dragen i den virtuella marknaden eller den elektroniska handeln (e-handeln) som påverkar den rättsliga analysen i denna undersökning. Avsikten är att emellertid inte att analysera rättsliga frågor som kan uppstå i själva e-handeln på grund av att de faller utanför frågeställningen.

Den virtuella marknaden har kunnat utvecklas först när den tekniska utvecklingen gått så långt att aktörerna på marknaden har kunnat kommunicera över Internet med ett tillräckligt användarvänligt gränssnitt. Detta blev möjligt när de s.k. blädderprogrammen kom med Mosaic som det första.⁸⁸ Dessutom har det behövts dataförbindelser och datorer som är tillräckligt utvecklade för att klara av en kommunikation med en viss överföringskapacitet. Det har inte heller varit tillräckligt att tekniken, dvs. programvaran och hårdvaran (apparaterna) funnits utan en naturlig förutsättning har varit att tekniken spritt sig hos en tillräckligt stor publik. Situationen kunde i början jämföras med utvecklingen av telefonnätet. Operatörerna kunde börja fungera med vinst först när ett tillräckligt antal abonnemang hade tecknats. Ett kommunikationsnät, som fungerar på ett i praktiken meningsfullt sätt, uppstår först när det finns en viss mängd maskor i det. Även utvecklingen av de olika mobiltelefonnäten bygger på att en tillräcklig mängd användare satsar på ny teknik.

När tekniken finns och har distribuerats så att en kritisk massa har tillgång till den finns det förutsättningar för att det skall uppstå en virtuell marknad. Det är användarna som skall bli övertygade om att det nya sättet att idka handel har fördelar jämfört med andra sätt. Distributionen av nyttigheterna skall vinna på att skötas genom nätet. Betalningarna och annan kommunikation skall vara tillräckligt säkra. Det skall också finnas nyttigheter som kan omsättas genom nätet utöver de icke-digitaliserbara nyttigheterna. Det är inte tillräckligt att tekniken medger överföring av ljud och bilder samt rörliga bilder (audiovisuella nyttigheter) utan det skall också finnas en juridisk-ekonomisk infrastruktur. Det

⁸⁸ Se *NCSA History, The 1990s*. I april 1993 kom NCSA Mosaic som det första användarvänliga sök- eller blädderprogrammet. Det fanns då sammanlagt ca 200 World Wide Web servrar i världen. Under 1994 fick Mosaic flera miljoner användare och bidrog till att den s.k. dot.com-affärsbranschen kunde uppstå.

måste med andra ord finnas avtalsarrangemang och lagstiftning som tryggar rättigheterna hos innehavarna av de immateriella rättigheterna liksom även köparnas rättigheter. Dessutom måste det framställas produkter som kan säljas via nätet i elektronisk form. Innehavare av rättigheter till audiovisuella verk måste skapa produkter som svarar mot efterfrågan på den framväxande marknaden.

Inom t.ex. musikbranschen måste musikstycken också saluhållas i helheter som avviker från de format som uppstått under tidigare utvecklingsskeden. När musiken kan distribueras i filformat kan man förvänta sig att man i prissättningen även beaktar att den gamla distributionsteknikens kostnader faller bort. Det förefaller som om musikbranschen inte i tid kommit sig för att utveckla attraktiva helheter för distribution via Internet i stället för de medier som säljs på traditionellt sätt (t.ex. CD-skivor). Osökt uppstår tanken att de olika filutdelningsprogram, som bygger på att musikkonsumenter (kompiskopierare) byter musikstycken med varandra utan penningvederlag, därför har fått en social beställning. Beställningen har varit så stor att det kan vara fråga om hur hela branschen skall kunna fortbestå i den form som vi har den i dag. På grund av den tekniska utvecklingen gäller denna bedömning även hela den audiovisuella branschen, dvs. i vid mening den immateriella underhållningsbranschen. Av filutdelningsprogrammen var Napster i sin ursprungliga form det första av sitt slag.

Den världsomfattande kalabalik som uppstått genom Napster och de efterföljande filutdelningsprogrammen är ett praktexempel på hur det går när den juridiskt-ekonomiska fonden saknas. Det uppstår ett kaotiskt tillstånd där innehavarna av de immateriella rättigheterna likt skadskjutna björnar ger sig på slumpmässigt utvalda skogsvandrare vare sig de är björnjägare eller endast svamp- och bärplockare.⁸⁹ Inom musikbranschen ser det ut som om det skulle kunna uppstå ekonomiskt hållbara lösningar som bygger på att musik kan köpas på ett användarvänligt sätt så att även innehavarna av de immateriella rättigheterna är nöjda. Det senaste försöket bygger på ett avtalsarrangemang som är grunden för en virtuell musikaffär där köparna på ett enkelt sätt kan köpa musik som enskilda musikstycken eller i form av musikalbum.⁹⁰ Utveck-

⁸⁹ Se *MikroPC IT-utissäihkeit 20.10.2003* där man rapporterar att intresseövervakaren för musikbranschen i USA (Recording Industry Association of America, RIAA) har skickat ett brev med hot om rättsliga åtgärder till över 200 användare av nätverk mellan likställda. RIAA vill att användarna skall sluta dela ut musik som åtnjuter upphovsrättsskydd. Tidigare har RIAA stämt drygt 260 privatpersoner för musikpiratism av vilka 64 personer har betalat i medeltal ca 2 500 dollar i ersättning.

⁹⁰ Se *Time, November 24, 2003* s. 57–59 där iTunes Music Store av datorföretaget Apple Corp. presenteras. Det är en teknisk-ekonomisk-juridisk lösning som bygger på användandet av Windows PC:n och Apples spelare iPod. Man kan ifrågasätta om en lösning av endast en leverantör kommer att kunna lösa den knut som har uppstått. Apple Corp. har som ambition att fungera globalt och efter en start i USA avser företaget att lansera sin verksamhet även i Europa. Det

lingen går snabbt och det är svårt att förutse om försöket kommer att lösa problemen.⁹¹

Genom den elektroniska handeln kan man således sälja och distribuera immateriella nyttigheter. Dessa kan vara datorprogram i sig eller så kan de vara nyttigheter som kan omvandlas till elektronisk form genom ett datorprogram. Man kan också sälja tjänster som inte förutsätter att parterna befinner sig fysiskt på samma ställe. För vissa tjänsters del gäller att ett ramavtal görs vid ett tillfälle där parterna möts varefter själva utnyttjandet av tjänsten sker via nätet med de verktyg som har överlåtits. Internet-banktjänster är ett exempel på detta. Slutligen kan e-handeln överta vissa element av handeln med varor som inte har en elektronisk form, dvs. nätkommunikationen blir ett komplement till kommunikationen t.ex. per post eller telefon. För handeln med dessa varor gäller att man via nätet endast kan marknadsföra dem, sköta kommunikationen angående transaktionen och betalningen av dem. Själva distributionen av de fysiska föremålen sker på samma sätt som tidigare. Redan detta kan visserligen på ett betydande sätt medföra effektiviseringsvinster i verksamheten.

Den elektroniska handeln kan även tänkas medföra nya rättsliga problem. Genom lagen om tillhandahållande av informationssamhällets tjänster (458/2002) har lagstiftaren strävat efter att klargöra vissa frågor. Lagen gäller enligt dess 1 § omständigheter som hänförs till tillhandahållandet av informationssamhällets tjänster, i synnerhet friheten att tillhandahålla tjänster, tjänsteleverantörernas skyldighet att lämna uppgifter, uppfyllandet av formkraven för avtal på elektronisk väg samt ansvarsfriheten för tjänstelevererande mellanhänder. Genom lagen har direktivet om elektronisk handel genomförts.⁹² Enligt 2 § lagen har man gått in för att reglera enbart tjänster på distans som sänds på elektronisk väg på begäran av en tjänstemottagare och vanligtvis mot vederlag. Detta innebär att lagen inte gäller sådana åtgärder som vidtas utanför nätmiljön. Det uppstår därmed en situation där bestämda delar i en viss avtalshelhet, såsom anbudsbegäran och anbud, kan utgöra tjänster som omfattas av lagen. Däremot kan andra delar, såsom transport och överlåtelse av varan, falla utanför lagens tillämpningsområde.⁹³ Det grundläggande syftet med lagen är emellertid att främja den elektroniska handeln inom EES framför allt genom att se till att det råder frihet att tillhandahålla informationssamhällets tjänster.⁹⁴ Därför är

förefaller paradoxalt att man har en affärsidé om försäljning via Internet som ändå är beroende av geografiska specifika avtalsarrangemang.

⁹¹ Se *MikroPC IT-uitissäheek* 7.5.2004 där man rapporterar att Apple Corp. under det första året sålt 70 miljoner musikstycken av ett uppställt mål på 100 miljoner. För tillfället är detta den största nätdistributören av musik.

⁹² Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (Direktiv om elektronisk handel) 8.6.2000, EGT nr L 178, 17.7.2000, s. 1

⁹³ Se *RP 194/2001* s. 26.

⁹⁴ Se *RP 194/2001* s. 1.

inte lagens begränsade omfattning av begreppet informationssamhällets tjänster gångbart för de behov som finns i denna undersökning.

Här är avsikten att se på vilken faktisk verksamhet som sker med hjälp av nätet som är relevant för tillgången av nyttigheter. Det är således inte någon mening med att dra skarpa gränser för när en handel är virtuell eller inte utan all kommersiell verksamhet som sker över nätet granskas i fortsättningen. Jag gör ingen skillnad mellan de olika formerna av att använda nätet i handeln, e-handel (i den här nyttjade vida bemärkelsen) är således även handel där endast kommunikationen kring transaktionen sker via nätet.

2.3.2 Den traditionella infrastrukturen och den elektroniska handeln

Den virtuella handeln skiljer sig således från den traditionella handeln genom att den omedelbara infrastrukturen har bytt. Detta behöver inte i sig innebära stora förändringar i alla fall. Tidigare har en del av handeln helt eller delvis skötts med hjälp av kommunikation per post, telegram, telefon och telefax. Nu har Internetanvändningen kommit som en ersättare i vissa fall och som ett komplement i andra fall.

Fastän Internet utgör infrastrukturen till den virtuella handeln kan nätet inte fungera utan en del av den traditionella infrastrukturen. För att ha tillgång till Internet behövs ett abonnemang med en operatör. Operatörernas tjänster tillhandahålls delvis genom telenätet. En del av operatörerna är desamma som tillhandahållit de traditionella fasta teleföbindelserna och mobiltelefonförbindelserna. För att tekniken överhuvudtaget skall fungera behövs också el. Om föremålet för en transaktion är fysiskt och så litet att det lönar sig att skicka det per post ligger det också nära till hands att sköta distributionen per post med den traditionella postförmedlaren. Inom branschen för paketförsändelser finns även konkurrerande kurirtjänstföretagare att tillgå.

2.3.3 De finansiella tjänsterna och den elektroniska handeln

De finansiella tjänsterna utgör den sista länken i den infrastrukturkedja som behövs för e-handeln. De grundläggande banktjänsterna är de mest utvecklade infrastruktur-tjänsterna för den elektroniska handeln. Banktjänsterna kan inte tillhandahållas om inte de tidigare tjänsterna först finns att tillgå. Det oaktat måste banktjänsterna ses som en självständig infrastruktur-tjänst för den elektroniska handeln. Det går inte att idka handel om det inte finns ett acceptabelt betalningssystem som ersätter kontantbetalning i en handel där parterna är fysiskt närvarande.

Det är visserligen inte heller en ny sak att banktjänsterna utgör en infrastruk-

tur även för traditionell handel. Det finns dock en skillnad. Den traditionella handeln har ursprungligen ägt rum mellan närvarande parter som samtidigt bytt vederlag och varor mot varandra. Sedermera utvecklades handeln så att överlåtelser av köpeobjektet inte alltid bands till den samtidiga betalningen. Härvid har både grundläggande och mera utvecklade banktjänster tagits i bruk. E-handeln äger emellertid alltid rum mellan parter som befinner sig på olika ställen. Om vederlaget (betalning i pengar) skall ske i samband med mottagandet av varan eller tjänsten är det en förutsättning att det finns tillgång till grundläggande banktjänster i form av ett bankkonto och koder för betalning via nätet. Ett alternativ, som ändå inte ersätter banktjänster, är att köparen uppger sitt kreditkortsnummer för en senare debitering. Det torde vara svårt att tänka sig en möjlighet att sluta avtal om kreditkort om det inte finns tillgång till bankkonto (se närmare avsnitt 6.2). Om betalningen liksom inom den traditionella handeln sker separat från överlåtelserna skiljer sig inte e-handeln på något sätt från den traditionella. Betalningen sker då i normala fall med hjälp av banktjänster.

2.4 SLUTSATSER

Marknadsorienteringen å ena sidan och å andra sidan uppkomsten av e-handeln som delvis ersättare men ännu mest som ett komplement till den traditionella handeln är stora samhällseliga förändringar. De är stora i den bemärkelsen att de berör alla individer i samhället, både fysiska personer och organisationer. I egenskap av förändringar skiljer de sig från varandra bland annat i hur de kommit igång. Marknadsorienteringen är ett regleringsprojekt, dvs. det är ett uttryck för top-down styrning, medan uppkomsten av e-handeln är en följdverkan av den s.k. Internetrevolutionen som är en utveckling som utgått från gräsrotterna (bottom-up).

Marknadsorienteringen är en utveckling där rättsliga förändringar sker omlott med faktiska förändringar i förfaranden och människors beteende. Det gemensamma hos dessa förändringar är att tänkesättet och värderingarna i grunden har förändrats. Drivkraften är att effektivisera skötseln av de gemensamma angelägenheterna. Som mål är det inte heller något negativt. Vem skulle vilja vara en propp för effektiviserad verksamhet i bemärkelsen mindre slöseri och mera valuta för pengarna? Det uppstår emellertid problem när man skall lägga en konkret innebörd i ordet effektivitet.

Det som förefaller effektivt på kort sikt kan visa sig vara kostsamt i ett vidare samhällseligt perspektiv genom att det uppstår oönskade följder på lång sikt. De grundläggande posttjänsterna kan fungera som exempel. Hur skall man räkna ut vad som är effektivare, att Posten Finland Abp gör vinst och kan betala dividend åt staten eller att alla som bor i landet på grund av bolagets förändrade (effekti-

verade) tillvägagångssätt drabbas av försämrad service och därmed förlorar tid (och pengar).

Ett bolag finns till för att kunna mäta mänsklig verksamhet med ekonomisk måttstock och sålunda kunna inbringa ekonomisk vinst åt de som satt i gång verksamheten. En privatperson, i synnerhet en som inte deltar i arbetslivet, kan ur ett krasst nationalekonomiskt perspektiv ses som blott och bart en kostnadsfaktor. Om en sådan person förlorar tid och måste göra sig stort besvär jämfört med tidigare går det inte att mäta denna förlust som uppstår då personen i fråga måste tillbringa en ansevärd del av sin tid för att få t.ex. en paketförsändelse tillhanda. Det går med lätthet att finna andra liknande exempel inom banksektorn, dagligvaruhandeln osv.

Utän att genomföra utförliga kostnads-nyttokalkyler går det ändå att finna smärigränser på basis av rättvisesynpunkter. De kan baseras på stadganden i grundlagen eller härledas ur allmänna principer eller rättsgrundsatser. För den vidare behandlingen vill jag fästa uppmärksamhet vid att marknadsorienteringens olika former inte kan vara ett självändamål. När reformer genomförs måste man analysera hur regleringen tryggar grundläggande rättigheter inom respektive bransch. Det skulle vara att föredra att försöka nå samhälleligt godtagbara mål där rättvisesynpunkter även beaktas. Med andra ord det ultimata målet skulle inte vara den mest framgångsrika ekonomin utan ett rättvist samfund.⁹⁵ För att uppnå ett rättvist samfund måste man reglera den ekonomiska verksamheten så att man begränsar individernas frihet att fungera på marknaden.⁹⁶ Om den uttryckliga regleringen inte kan ge tillfredsställande svar måste man tillämpa allmänna rättsgrundsatser på situationen. Detta innebär att de nationalekonomiska kraven på de olika verksamheterna skall vägas in mot rättvisekraven. Det säger sig självt att det inte i den slutliga analysen kan bli fråga om en entydig kalkyl. Det blir i stället en avvägning av inkommensurabla storheter. Den enda (klen) trösten är att det slutliga beslutet är politiskt till sin natur och att beslutsfattarna bär ett politiskt ansvar för beslutet.

Den virtuella marknaden har uppstått när den tekniska utvecklingen har gått så långt att marknaden haft möjlighet att fungera. Det är inte sagt att den existerande regleringen av marknaden ger fullgoda svar på de rättsliga frågor som kan uppstå. Till skillnad från marknadsorienteringen som genomdrivs utgående från nationalekonomiska krav men med rättsliga medel lider jordmånen på den virtuella marknaden av juridisk undernäring. En orsak är att verksamheten kom igång inom den akademiska vetenskapssfären och blev kommersiellt inriktad först när den oreglerade utvecklingen gått väldigt långt. Dessutom spelar statliga gränser i Internet-världen en undanskymd roll

⁹⁵ Se Niemi 1996 s. 182 f.

⁹⁶ Se Taxell 1976 VI kap. och särskilt s. 441 ff.

samtidigt som aktörerna inte behöver förflytta sig i fysisk bemärkelse. Det går alltså inte att tillämpa alla de traditionella anslutningsreglerna inom den internationella privaträtten på vanligt sätt. Det råder svårigheter även då det blir aktuellt att verkställa domar. Inte ens på EG-rättens nivå är saken klar på grund av det är oklart var en verksamhet idkas och vart den riktas.⁹⁷

Inom e-handeln går det också att till negligierbara kostnader framställa och förflytta digitaliserbara nyttigheter varför det provocerar till ett avvikande beteende jämfört med ett tillvägagångssätt vid omsättningen av andra nyttigheter. Det är också på ett annat sätt utmanande att övervaka verksamheten på nätet även om man genomför reglering.

Temat för undersökningen är ändå inte den rättsliga kontrollen av verksamheten på nätet liksom inte heller de rättsliga frågorna som kan uppstå i e-handeln. Den virtuella marknaden har uppstått på en kort tid och medfört nya möjligheter för handel. Därmed faller behovet av tillgång till marknaden och de tjänster som ytterligare behövs för handelsutbytet i en ny dager. Det går på ett annat sätt än tidigare att idka fjärrhandel. Samtidigt har det fysiska servicenätverket i samhället glesnat ut. Av dessa orsaker får allt flera människor lov att ty sig till e-handel och annan service via nätet som enda alternativ. Det finns fog för att ompröva vilka alla tjänster skall räknas som infrastruktur. Man kan fråga sig vad det är som skiljer rätten till tillgång till nätet från rätt till möjligheter att betala för nyttigheter på nätet. I 5 och 6 kap. går jag igenom regleringen av de traditionella infrastrukturbranscherna och bankbranschen för att få svar på frågan om hur tillgången till de tjänster som behövs för e-handeln tryggas genom rättsregler.

⁹⁷ Se *Koulu 2003* s. 146.

3 Grunden för avtalsrätten

3.1 ALLMÄNT

3.1.1 Avtalsrätten i marknadsekonomin

I denna undersökning frågas hur tillgängligheten av de tjänster som behövs för e-handeln i egenskap av en växande del av all handel tryggas genom regleringsåtgärder. För att kunna besvara denna fråga har jag ovan konstaterat att jag bland annat måste undersöka vilka banktjänster som omfattas av regeln om rätt till avtal. En regel om rätt till avtal för en viss kategori av personer är detsamma som kontraheringsplikt för den kategori av aktörer på vilken det faller att förverkliga denna rätt. Det är således fråga om att undersöka avtalsfriheten och inskränkningarna i den. Här kommer jag också in på utvecklingstendenser i det avtalsrättsliga systemet i sin helhet. Jag har dock inte för avsikt att utföra en heltäckande analys utan jag koncentrerar mig på att analysera avtalsfriheten och hur den har kringskurits.

I och med att aktörerna på en marknad agerar med stöd av den rättsligt tryggade traditionella avtalsfriheten leder det till att den faktiska avtalsfriheten för svagare parter kringskärs. Detta gäller generellt i en marknadsekonomi oberoende av om parterna är t.ex. näringsidkare eller konsumenter. För att kunna utnyttja avtalsfriheten måste en näringsidkare även ha näringsfrihet, dvs. ha rätt att inleda näringsverksamhet. Avtalsfriheten och näringsfriheten leder till frågan om hur näringsidkarna agerar gentemot varandra varmed det uppstår frågor om huruvida det föreligger konkurrensfrihet. Dessa tre friheter går inte att förverkliga för alla samtidigt i en maximal omfattning utan för dem gäller det som kunde betecknas som en frihetsparadox. Den allmänna strävan efter en fri handel med avtalsfrihet (rätt att ingå sådana avtal som man vill och med vem man vill osv.) som utgångspunkt leder till att konkurrensfriheten (möjligheter för näringsidkare att kunna konkurrera på lika villkor) kringskärs.¹

Ursprungligen fanns det inte särskilda normer med vilka man kunde lösa kollisionen. Problemet blev akut i t.ex. Tyskland under 1880-talet till följd av

¹ Se *Bernitz 1969* s. 28 och *Koktvedgaard 2000* s. 196 f. Se även *Drexel EBLR 2002* s. 574 som poängter att den institutionella ekonomiska vetenskapen förser oss med verktyg som förklarar varför en marknad som endast grundar sig på tanken om avtalsfrihet inte skulle nå effektiva resultat och hänvisar till Rudolf Richter & Eirik Furubotn: *Institutions and Economic Theory: An Introduction to and Assessment of the New Institutional Economics*. Ann Arbor 1997. Se även *Højle Festschrift 1951* s. 152.

den genomförda ekonomiska liberalismen. Där uppstod tvister mellan kartellmedlemmar och tidigare medlemmar som resulterade i att kartellerna blev legaliserade. Avtalsfriheten (Vertragsfreiheit), näringsfriheten (Gewerbefreiheit) och stadgandet i BGB om (Sittenwidrigkeit), som föreskrev att avtal som kränkte de grundläggande moralprinciperna att iaktta god sed eller grundläggande anständighetskrav (Gute Sitten) var ogiltiga, tillämpades på dessa problem. Denna rättsliga kvalifikation skiljer sig från dagens läge genom att man inte längre ser det som en avtalsrättslig fråga utan som en fråga inom konkurrensrätten som är ett eget rättsområde.²

Ett annat sätt att formulera saken är att en strävan efter mera frihet i det ekonomiska livet leder till att de starka marknadsaktörerna får mera marknads-makt eller till att konkurrensmyndigheterna alltför kraftigt ingriper i aktörernas agerande. Detta har också kallats den liberala demokratins dilemma.³ Av denna orsak har staten och numera även överstatliga organisationer intervenerat på marknaden till förmån för konkurrensfriheten genom att inskränka på avtalsfriheten med hjälp av reglering, särskilt konkurrensrättslig reglering.

Inom EG-rätten har man trots att man funnit att rätten är neutral i förhållande till balansgången mellan näringsfrihet och intervention slutit sig till att utvecklingen går mot högre grad av intervention från det allmännas sida på marknaden. Detta gäller även på medlemsstaternas nivå då de ingriper på områden som inte hör till EG-rätten.⁴

I Finland har grundlagsutskottet vid stiftandet av lagen om främjande av ekonomisk konkurrens (1/1964) som är en av föregångarna till den gällande lagen om konkurrensbegränsningar (480/1992, nedan KonkBL) därför konstaterat att lagförslaget tryggade i stället för att begränsa avtalsfriheten. På grund av att de förbud som lagförslaget innehöll riktade sig mot avtal som i strid med god sed begränsar avtalsfriheten, tryggar förbuden ett bibehållande av avtalsfriheten.⁵ Då aktörer på marknaden tillåts att utnyttja den normativa avtalsfriheten utan begränsningar uppstår en situation där andra aktörers faktiska avtalsfrihet eller med andra ord deras frihet att konkurrera på godtagbara villkor blir

² Se *Gerber 1998* s. 89 ff. och 93 f. där han analyserar fallet Sächisches Holzstoffkartell, Reichsgericht 4.12.1897, 38 RGZ 155 och säger att principen om näringsfrihet blev reducerad till ett problem om avtalsrättsliga konkurrensklausuler utan att rätten förklarade hur detta är möjligt i samband med karteller. Rätten slöt sig till att producenterna inte hade brutit mot konkurrensklausulsdoktrinen.

³ Se *Kuoppamäki 2003* s. 43 f. som hänvisar till Amato, Giuliani: *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*. Oxford 1997.

⁴ Se *Graver 2002* s. 39 ff. och särskilt 42.

⁵ Se *Rissanen 1978* s. 47 och 118 ff. med hänvisning till grundlagsutskottets utlåtande i samband med Stora utskottets betänkande 1963:99. Rissanen påpekar dock att utskottets utlåtande inte stämmer helt. Under tiden före lagens ikraftträdande ansågs nämligen endast sådana avtal vara mot de allmänna principerna om god sed som i oskäligen omfattning begränsade en företagares verksamhet.

kringskuren. För att råda bot på detta problem måste statsmakten således kringskära den normativa avtalsfriheten genom bl.a. konkurrenslagstiftningen.

Konkurrensfriheten, såsom en frihet som berättigar till att tillfoga konkurrenter ekonomisk skada och frihet att fungera på marknaden utan hinder av konkurrensbegränsande åtgärder, kan uppfattas som en motvikt till närings- och avtalsfriheten samt skyddet av äganderätten.⁶ De traditionella grundläggande friheterna, till vilka avtalsfriheten kan räknas, utgjorde ursprungligen skydd mot det allmänna medan konkurrensfriheten avser att ge trygghet mot konkurrenter.⁷ Denna grundläggande motsättning mellan olika friheter innebär att jag närmare måste granska olika begränsningar i avtalsfriheten.

3.1.2 Allmänt om avtalsfriheten

Utgående från den strax ovan skisserade marknadsekonomiska konstellationen har avtalsrätten utvecklats stegvis.⁸ Utvecklingen har styrts av de rådande uppfattningarna om avtalsfriheten. Ett betecknande drag för de nordiska ländernas rättsordningar i början av 1900-talet var att t.ex. konkurrensbegränsande avtal och förfaranden betraktades som fullt tillåtna på samma sätt som ovan nämndes angående Tyskland. Det fanns inte heller några egentliga mekanismer som skulle ha möjliggjort ingrepp mot missbruk.⁹ Orsaken till detta står att finna i uppfattningarna om de grundläggande dragen av avtalsrätten.

Under tiden före avtalslagen var den s.k. viljeteorin allmänt omfattad tills tillitsteorin vann gehör. Pöyhönen har i sin doktorsavhandling beskrivit det avtalsrättsliga systemet med hjälp av avtalsmodeller. Han talar om vilje- och tillitsmodellen i stället för vilje- och tillitsteorin. Det är fråga om de traditionella uppfattningar som tillkom då de liberalistiska idéerna var förhärskande.¹⁰

I viljeteorin uppställde man ett krav på överensstämmelse mellan vilja och förklaring. Subjektets vilja skall vid avlåtandet av en förklaring sträva efter just den påföljd som förklaringen förnuftigt bedömd går ut på (den motsvarande viljan).¹¹ Här finns inte orsak att gå in på de drag i viljeteorin som ledde till att

⁶ Se *Bernitz 1969* s. 26. Se även *Kuoppamäki 2003* s. 40 f. som talar om att konkurrensfriheten kan förstås som en spegelbild till närings- och avtalsfrihetens samt äganderättens treenighet.

⁷ Se *RP 309/1993* s. 31 och *Kuoppamäki 2003* s. 40 f.

⁸ Här kommer jag in på utvecklingen sedan liberalismens genombrott i Finland under den senare hälften av 1800-talet. Angående den tidigare utvecklingen se t.ex. *Nybergh 1997* s. 27–33 och där angiven litteratur.

⁹ Se *Bernitz 1969* s. 393.

¹⁰ Se närmare *Pöyhönen 1988* s. 80 ff. där han redogör för vad han avser med begreppet, han kallar också modellerna för avtalsparadigm med hänvisning till Kuhn, Thomas: *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago 1970.

¹¹ Se t.ex. *af Hällström 1931* s. 99.

den sattes på undantag. Det intressanta i detta sammanhang är att man ansåg att det från avtalsfriheten är omöjligt att härleda viljeteorins krav på motsvarighet mellan vilja och förklaring. Härledningen kan vara riktig om privatautonomin går ut på att rättssubjekten får göra precis vad de vill vilket inte ansågs vara fallet.¹² Pöyhönen uttrycker sig så att avtalsfriheten var den ledande rättsprincipen i viljemodellen, dvs. man betonade viljefriheten med konsensus av viljor.¹³

Viljeteorin fick vika undan för tillitsteorin på grund av att det är ett oundgängligt villkor för omsättningens och samhällslivets ostörda förlopp att förklaringen binder dess avgivare i enlighet med förklaringens objektivt riktiga innehåll. Man sade att det är det allmänna som gör sig gällande mot det enskilda och att det är ett allmänt intresse som fordrar att envar får förlita sig på förklaringen sådan den föreligger.¹⁴ Tillitsteorin med den därtill hörande löftesprincipen sågs som bakgrund till avtalslagarnas modell för avtals ingående.¹⁵ Pöyhönen formulerar sig med stöd av sitt modelltänkande att i tillitsmodellen förlorade avtalsfriheten den ställning som den hade i viljemodellen och principen om omsättningens intresse träder i dess ställe, dvs. skyddet av den goda tron betonas.¹⁶

Följande utvecklingsskede efter tillitsmodellen har Pöyhönen kallat *modellen för rättvis social praxis*. Han ser den som ett försök till en kompromiss som bygger på vilje- och tillitsmodellerna. Kompromissen tar sig i uttryck på nivån för den praktiska problemlösningsnivån genom att den fria viljan och grundade tilliten ändras från omedelbara ansvarskriterier till medelbara. De är antagandena om att den ifrågavarande sociala praxisen skulle vara rättvis, men antagandena kan upphävas med motbevis. I modellen för rättvis social praxis lyfter han upp skälighetsprincipen till prima facie-ställning i stället för avtalsfriheten i avtalssystemet eller omsättningens intresse.¹⁷ Utöver dessa modeller med sina prima facieprinciper finns även principen om gottgörande eller skyddandet av den svagare. Pöyhönen konstaterar att denna sistnämnda princip har blivit utan avtalsmodell. Den modell som kunde utvecklas är en modell för gemensamt

¹² Se af Hällström 1931 s. 106 f.

¹³ Se Pöyhönen 1988 s. 27 och 143.

¹⁴ Se af Hällström 1931 s. 50 ff.

¹⁵ Se t.ex. af Hällström 1931 s. 18 och Grönfors 1993 s. 27.

¹⁶ Se Pöyhönen 1988 s. 27, 143 och 195.

¹⁷ Se närmare Pöyhönen 1988 s. 178 f., 195 och 245 ff. Se även Tolonen, H. 1993 s. 68 f. där han lanserar benämningen "den nya gemenskapliga modellen" för Pöyhönens modell för vilken välfärdsstaten är den centrala bakgrunden. Jfr Pöyhönen LM 1995 s. 628 där han i en kommentar till ett jämkningsfall, HD 1994:140, säger att man vid beredningen av jämkningsregeln i rätts-handlingslagen allmänt ansåg att jämkning alltid borde vara möjlig om den inte uttryckligen har begränsats. "I denna mening är jämkningsmöjligheten en huvudregel i obligationsrätten (åtminstone i den nordiska), fastän *själva jämkningen* utgör ett undantag till avtalets bindande verkan." (JP:s kurs., FN:s översättning). Se även Siltala 2003 s. 625 som förkortat benämningen av Pöyhönens modell till den sociala (samhälleliga) skälighetsmodellen (yhteisöllinen kohtuusmalli).

ansvar eller solidaritetsmodell där det är fråga om att gynna den svagare.¹⁸ Siltala benämner denna modell för modellen för den svagares gottgörande eller skyddandet av den svagare och säger att Wilhelmssons tanke om social civilrätt förverkligar den.¹⁹

Angående Pöyhönens kompromiss finner Siltala det riktigare att tala om att ersätta det regelcenterade vilje- eller tillitsbaserade avtalsrättstänkandet med en avvägningsmodell för principer som till sin rättssystematiska betydelse endast bestäms situationsmässigt och in casu. Det är fråga om en strävan till avtalsbalansen eller det rättvisa priset (*iustum pretium*) som har en central konstituerande betydelse för avtalet och som återknyter till Aristoteles tankegångar.²⁰

Mononen karakteriserar Pöyhönens avtalsmodell som ett nytt systematiseringsförsök för att avstyra jämningsinstitutets nedbrytande effekt på systemets konsekvens. Genom att systematisera det rättsliga materialet får man jämningsövervägandet att falla under den rättsliga kontrollen. Vid jämningsbedömningen är det fråga om en bedömning som baserar sig på rättsprinciper.²¹ Mononen har bedömt i vilken grad det materiella i avtalsrätten reflekteras i Pöyhönens forskning. Mononen sluter sig till att i växelverkan mellan det formella och det innehållsliga förblir det innehållsliga öppet i slutresultaten. Vid jämningsprövningen syns detta i att bedömningar av frågor som ansluter sig till skyddandet av svagare part i stor utsträckning sker på grundval av frågan huruvida den part som är i svagare ställning har kunnat förverkliga sin vilja eller om han varit medveten om oskäligheten.²²

Pöyhönens insats går ut på att på systemnivån formulera följande skede efter tillitsmodellen. Det är svårt att säga om modellen för rättvis social praxis är en träffande beskrivning av det avtalsrättsliga systemet i dagens läge. Man kan också tänka sig andra sätt att omvärdera utgångspunkterna för avtalsrätten.²³ En intressant iakttagelse är att Mononen med stöd av sin forskning konstaterar att

¹⁸ Se *Pöyhönen 1988* s. 195 f. där han konstaterar att utvecklandet av denna modell faller utanför verkets tema. Han nämner blott att en utgångspunkt för solidaritetsmodellen skulle kunna vara de två maximer om rättvisa som Rawls framfört. Han hänvisar till Rawls, John: *A Theory of Justice*, Oxford 1980 s. 42–44. De är tryggheten av friheterna och utjämning av de sociala ojämlikheterna. Den inbördes ordningen mellan maximerna borde vändas om så att de svagare skall gottgöras så att friheterna kunde förverkligas.

¹⁹ Se *Siltala 2003* s. 623 f.

²⁰ Se *Siltala 2003* s. 625.

²¹ Se *Mononen 2001* s. 372 f.

²² Se *Mononen 2001* s. 388 f.

²³ Se *Wilhelmsson 1995* s. 22–32 där det ingår en översikt av de dittills presenterade sätten att beskriva förändringarna i kontraktsrättens allmänna läror. Översikten delas in i (i) korrigeringar i paradigmet och (ii) mot innehållsliga avtalsmodeller. Pöyhönens sätt presenteras under (ii) som den andra finska varianten av innehållsliga avtalsmodeller jämsides med Wilhelmsson sociala kontraktsrätt eller behovsrationella kontraktsrätt.

viljan och avtalsfriheten har bevarat sin ställning som det huvudsakliga kriteriet för avtalens bindande verkan. De materiella kriterierna som begränsar parternas frihet beträffande avtalens innehåll uppträder som enskilda marginella korrigeringar av grunden för bundenheten där tillitsskyddet och minimisäkerheten accentueras.²⁴

Siltala förespråkar en omformulering av Pöyhönens modeller. Han skisserar fyra kategorier: (1) viljemodellen såsom Pöyhönen beskrivit den som bl.a. är kraftigt bunden till begrepp, (2) en analytisk-funktionell processuppfattning om avtals tillkomst, materiella rättsverkningar samt om upphörandet av avtalet där rättsbegreppen har en rent framställningsteknisk och ändamålsbunden funktion, (3) en in casu-avvägning av rättsprinciper för att förverkliga avtalskälighet eller en avtalsbalans à la Aristoteles och (4) en modell för skyddandet av den svagare parten enligt den sociala civilrätten. Dessa olika avtalsmodellens inverkan på bedömningen vid avgörandena är inte identisk och modellerna är inte i temporalt hänseende uteslutande i förhållande till varandra. Siltala ser den analytiska avtalsuppfattningen som den förhärskande åtminstone vid beslutsprocessen hos domstolar och andra institutionella lagtillämpare. De modeller som grundar sig på skälighet och skydd av den svagare parten har ställningen som ett korrigeringsinstrument.²⁵

Mononens och Siltalas konklusioner visar åt samma håll. Det förefaller som om det inte skulle vara riktigt att tala om en modell för rättvis social praxis som en beskrivning av det rådande läget.

En variant av tänkesätt som är avsedd för hela förmögenhetsrätten och inte bara för avtalsrätten är att ersätta friheterna med hela grundrättighetssystemet.²⁶ Härvid kan man se den fungerande marknaden som en förutsättning för förverkligandet av de ekonomiska friheterna. Häri skulle ingå t.ex. konsumenters välfärd och envars rätt till konsumtion.²⁷ I överensstämmelse med detta kan man konstatera att det föreligger flera paradigmer av vilka i kronologiskt hänseende det senaste hänför sig till den slutliga utvecklingen av välfärdsstaten efter det andra världskriget.²⁸ Angående avtalsfriheten konstateras att den i dag inte längre har samma innebörd som under det liberalistiska skedet då den uppfattades som en av "hörnpelarna" i samhällen med marknadsekonomi vilka har en

²⁴ Se *Mononen 2001* s. 427.

²⁵ Se *Siltala 2003* s. 626 f.

²⁶ Se *Pöyhönen 2000* s. XIV.

²⁷ Se *Pöyhönen 2000* s. 82 f.

²⁸ För Finlands del se *Wilhelmsson Festschrift 1994* s. 62 där han i ett försök "att förstå högsta domstolen" konstaterar att olika avtalsuppfattningar innehåller grundläggande motstridigheter; från ultraliberalistiska som betonar avtalsbundenheten till social civilrätt som betonar flexibilitet och skydd av svagare part. Han förstärker Pöyhönens uttryck till att man i en sådan situation kan producera nästan vilka avgöranden som helst. Se även *Grönfors 1993* s. 28 som lägger vikt vid dels det ökade antalet dispositiva regler och dels vid betydelsen av att man gått in för ett allt mer omfattande regelverk av tvingande regler vilka avspeglar välfärdsstatliga ambitioner.

civilrättsordning.²⁹ Det är i stället, enligt Grönfors, fråga om att tanken på att medborgarna är förståndiga och mogna att ta ansvar för egna beslut som vikit för välfärdsstatens ambition att skydda medborgarna genom att detaljreglera spelreglerna på det privata planet. Han kommer till att dagens avtalsfrihet har blivit ”den övervakade och förminsade avtalsfriheten”³⁰.

Det finns olika sätt att beakta denna utveckling av begränsningen av avtalsfriheten och Grönfors talar om att man måste gå in för en total omprövning och uppställa matriser som är anknutna till dagens verklighet och därigenom blir lämpliga verktyg i praxis.³¹ Redan i sin kommentar till avtalslagen har han fört fram idén om att ”innebörden av satsen ’avtal skall hållas’ fått en annan karaktär genom de ökade möjligheter domstolarna har fått att ingripa i enskilda avtalsförhållanden” och att det finns understöd för denna utvecklingslinje i det framvuxna konsumentskyddet. Han konkluderade då: ”Vi befinner oss i en period av en ny avtalsrätts framväxt. Den statiska lagtexten måste hela tiden förstås i ljuset av avtalsrättens dynamiska utveckling.”³² I Sverige instämmer även Ramberg i att ett ”envist fasthållande vid traditionella juridiska begrepp och strukturer, när de med hänsyn till förändrade förhållanden i form av standardiserad och kollektiverad avtalsteknik och krav på differentiering i ett allt mer komplicerat samhälle upphört att fungera för sina ändamål, är emellertid ingen lämplig utväg.” Han fortsätter med att lägga ansvaret på rättsvetenskapen vars uppgift blir att ”finna nya ändamålsenliga juridiska begrepp, strukturer och indelningar.”³³

Grönfors analys av avtalsfriheten stöder sig på Wilhelmssons indelning av de allmänna lärorens utvecklingsnivåer. Det är fråga om hur aktörerna inom rättssystemet uppfattar de allmänna lärorens. En del håller fortfarande fast vid en sådan uppfattning (nivå i) där förbättringar som skett i det konkreta rättsmaterialet, lagstiftning och rättspraxis inte registrerats. Andra omfattar igen sådana

²⁹ Se t.ex. *Wilhelmsson 1977* s. 4 med hänvisningar till särskilt tysk litteratur och *Bernitz 1969* s. 130. Avtalsfriheten ansågs vara uttryckt i den skandinaviska köplagens 1 § se *Almén 1924* s. 26. Redan i denna kommentar nämndes att den är föremål för ”sådana inskränkningar, som påkallas av *allmänna rättsgrundsatser* (kursiv här) eller följa av bestämmelser inom andra områden av lagstiftningen.”

³⁰ Se *Grönfors 1993* s. 28 f. där han hänvisar till *Grönfors Tolkning 1989* s.18 f. i vilken han skrev att avtalsfriheten fortfarande finns i ”botten som princip men hela avtalsrätten är fylld av olika tvingande regler. Den är numera en *övervakad och rudimentär avtalsfrihet* (Grönfors’ kursivering).” Se även *Grönfors JFT 1988* s. 318 där han nyttjar samma formulering. År 1993 menar han att det är att ta i och han tar därför i stället i bruk den neutralt beskrivande termen ”förminsade”.

³¹ Se *Grönfors 1993* s. 29 och även *Grönfors Avtal 1989* s. 197 där han hänvisar till vad DepCh i propositionen anför om inverkan av den nya 36 § på avtalsfriheten med dess korrelerat avtalens bindande verkan, dvs. att ”den nya generalklausulen ger anledning till en ny attityd i hithörande frågor från domstolarnas sida.”

³² Se *Grönfors Avtal 1989* s. 208.

³³ Se *Ramberg Festskrift 1994* s. 512.

allmänna läror (nivå ii) som till en del ligger i takt med rättsutvecklingen men där de allmänna lärorna inte avspeglar sådana möjligheter som skulle behövas i samhället. Detta kan bero på att varken det konkreta rättsmaterialet eller de rådande allmänna lärorna tillhandahåller sådana lösningar som är tillfredsställande. Den sista uppfattningen (nivå iii) gäller ett läge där de allmänna lärorna fungerar som föregångare för en önskad rättsutveckling och går före föråldrad lagstiftning. Härvid måste de utvecklas med stöd av en analys av utvecklingen i samhällets ekonomi och politik liksom även bygga på värderingar som förekommer i det konkreta rättsmaterialet.³⁴

När Grönfors omsätter denna indelning på avtalsfriheten kommer han till tre stadier av avtalsfriheten:³⁵

- 1) Avtalsfriheten är en grund som begränsas av få tvingande regler och partsviljan ger avtalet dess bindande kraft. Vid tolkning av avtal skall man försöka få fram den förpliktades vilja (den liberala avtalsrätten).
- 2) Avtalsfriheten är fortfarande den säkra grunden men i stället skall förklaringsmottagarens välgrundade tillit ge avtalet dess bindande kraft. Vid avtalstolkningen skall man komma mottagarens välgrundade intryck så nära som möjligt (detta stadium hänför sig till tiden för avtalslagarnas beredning kring sekelskiftet 1900).
- 3) Avtalsfriheten finns alltjämt i botten som princip men på grund av att hela avtalsrätten är fylld av en mängd tvingande regler är avtalsfriheten blott rudimentär och övervakad. Parternas förklaringar skall bedömas oberoende av parternas vilja eller dogmatiska föreställningar. Avtalstolkningen är inte centrerad kring viljan (dagens läge).

Grönfors tankegång bygger således på Wilhelmssons idé men han utvecklar inte den såsom Wilhelmsson för egen del utvecklat en regel om socialt prestationshinder i svagarepartsförhållanden. Grönfors utnyttjar analysen till att konkludera om hur avtalstolkningen bäst skall ske i partsneutrala förhållanden.

Grönfors indelning av avtalsfrihetens utveckling i stadier har också något gemensamt med Pöyhönens modeller och de traditionella vilje- och tillits-teorierna. Det intressanta i detta sammanhang är hur han uppfattar dagens läge. Det är inte uttryckligen fråga om en Pöyhönen-aktig modell för rättvis social praxis utan en syn som definieras negativt i förhållande till viljeteorin (-modellen).

Det gemensamma för alla förklarande iakttagelser angående avtalsfriheten och avtalsrätten som presenterats här bygger på att betydelsen av avtalsfriheten har minskat sedan liberalismen bröt igenom som ideologi. Bilden av avtalsfriheten som grunden för avtalsrätten har således blivit svår att överblicka. Här är

³⁴ Se *Wilhelmsson 1987* s. 30 f.

³⁵ Se *Grönfors JFT 1988* s. 318 f. och *Grönfors Tolkning 1989* s. 18.

inte avsikten att genomföra en heltäckande analys av olika forskares syn på det avtalsrättsliga systemet i sin helhet. Det som intresserar i ett sammanhang där man undersöker i vilken mån de avtalsrättsliga normerna tryggar tillgänglighet, dvs. rätt till avtal, är det skede som föreligger innan avtalet kommit till. På nivån för avtalsfriheten är det således begränsningar i rätten att välja avtalspart som är intressanta. Detta skede av avtalets reglering har inte på samma sätt varit föremål för en omfattande reglering som alla de regler som tillkommit för att reglera avtalsförhållanden som uppkommit. Ofta finns de uttryckliga reglerna i en näringsrättslig lagstiftning och inte i civilrättsliga lagar eller så går det endast att sluta sig till att en sådan norm gäller. Detta kan vara en förklaring till att det finns förhållandevis litet avtalsrättslig doktrin angående rätten att välja avtalspart. Forskningsinsatserna har koncentrerats kring parternas rättigheter och skyldigheter då avtalsbundenhet redan föreligger.³⁶

I fortsättningen i detta kapitel koncentrerar jag mig på att analysera avtalsfriheten till den del det är fråga om rätt att välja avtalspart. I rättsordningen ingår två separata områden där denna fråga regleras närmare. Det finns för det första civilrättsliga regler som begränsar rätten att välja avtalspart. De ingår i olika branschens särskilda reglering och har i synnerhet tidigare varit knapphändiga och oklara vad det gäller detaljer i hur avtalet kommer till.³⁷ Det omedelbara målet för denna reglering är att möjliggöra att den som drabbats av vägran ändå kan få ett avtal till stånd eller att han får veta varför det inte är möjligt, dvs. han blir delgiven ett godtagbart skäl. För det andra finns i konkurrensrätten numera en detaljerad reglering om vad som kan följa av leveransvägran. Den närmare framställningen inleds med konkurrensrätten som bakgrund till framställningen av den civilrättsliga normeringen. Orsaken är att den konkurrensrättsliga regleringen gäller sådana transaktioner som föregår de transaktioner som sker mellan näringsidkare och slutanvändare av varor och tjänster. Den är dessutom sedan 1988 allmän genom att den gäller alla affärsbranscher i samhället.³⁸

³⁶ Se t.ex. *Kaisto 2001* som är ett omfattande verk med rubriken ”Sopimusvapaus, laki ja maksusuoja” (Avtalsfriheten, lagen och betalningsskyddet). Hans forskningsuppgift går ut på att svara på frågan till vem gäldenären kan betala i penningar med en sådan verkan att han befrias från betalningsskyldigheten, se s. 2. När han utför denna uppgift ifrågasätter han huruvida man vid bedömningen av befrielse från ett skuldförhållande i tillräcklig grad har fäst uppmärksamhet vid hurdan innehåll det är skäl att ge avtalsförhållandet, se s. 86.

³⁷ Se *Nybergh 1997* s. 104–216 där branschregleringar i de nordiska länderna för följande nyttigheter granskas: el-, gas- och värme, vatten, teletjänster, distribution av läkemedel, bostad, transport, post, försäkring samt bank. En stor del av denna reglering har efter detta varit föremål för reformer och nedan i 5 och 6 kapitlet i denna undersökning granskas regleringen av tillgängligheten av post-, tele- och banktjänster enligt hur den numera gestaltar sig.

³⁸ Se *RP 148/1987* s. 8.

3.2 KONKURRENSRÄTTSLIGA ASPEKTER

3.2.1 Allmänt

De konkurrensrättsliga reglernas ändamål är, enligt Koktvedgaards formulering, att befärja en tillräcklig konkurrens mellan näringsidkarna vilket är en grundläggande förutsättning för det marknadsekonomiska systemet. Reglerna gäller i första hand förhållandena mellan näringsidkare men de medel som står till buds har också en avgörande betydelse för konsumenterna liksom för hela samhället. Konkurrensrättsliga problem skall således inte lösas utan att man tar hänsyn till samhället där de uppstår. Vid bedömningen av rättsliga frågor på detta område är det ofta nödvändigt att argumentera utgående från allmänna samhällssynpunkter och härvid måste man beakta konsumenthänsyn. Konkurrensrätten har med andra ord verkningar som också kommer konsumenterna till godo.³⁹ Det är således viktigt att fråga varför man skall skydda konkurrensen. Gerber framför att fyra grupper av målsättningar har styrt konkurrensrätten i Europa sedan sekelskiftet 1900.⁴⁰

Det första målet koncentrerar sig på de ekonomiska aktörernas frihet. Skyddet av konkurrensen hör i hop med skyddet av den ekonomiska friheten. Detta mål har funnits i bakgrunden sedan liberalismen slog igenom på 1800-talet. Det andra målet är att se konkurrensrätten som ett verktyg för att nå samhälleliga mål. Det är fråga om att skydda konkurrensen för att skapa och upprätthålla maktstrukturer som värderas i samhället. Den tredje gruppen av mål är rättvisesynpunkter. I synnerhet vid sekelskiftet 1900 i Tyskland såg man konkurrensrätten som ett verktyg för att trygga skälighet för den vanliga individen eller för små och medelstora företag. Det socialdemokratiska partiet förespråkade konkurrensrätten som ett medel för att få skälighet för fackföreningsrörelsen. Den fjärde gruppen av mål utgörs av ekonomisk politik. Det mest betydelsefulla målet har varit att motverka inflation.⁴¹

I vissa länder såsom Frankrike, Norge och Danmark har konkurrensrätten intill nyligen varit underordnad målsättningen för priskontroll och i nästan alla andra länder har denna målsättning spelat en viktig roll. Konkurrensrätten har också använts för att åstadkomma ekonomisk utveckling genom att nyttjas som ett medel för att avlägsna både vertikala och horisontella konkurrensbegränsningar. Till detta hör också att konkurrensrätten har nyttjats för att vänja

³⁹ Se t.ex. *Koktvedgaard 2000* s. 130 f. Se även *Tunney JCP 2002* s. 335 och 342 f. som fäster uppmärksamhet på att konkurrensrättens berättigade roll är att maximera konsumenternas välbefinnande. Han konkluderar med att det är tid att klargöra de önskvärda rollerna för konsument- och konkurrensrätten.

⁴⁰ Se *Gerber 1998* s. 417 f.

⁴¹ Se *Gerber 1998* s. 418 f.

inhemska näringsidkare vid att konkurrera internationellt. Slutligen har det funnits ett mål att nå ekonomisk effektivitet som har varit det främsta målet för konkurrensrätten i USA. Det har varit ett mål som hållits på den mikroekonomiska nivån varvid konkurrensrätten i form av antitrustlagstiftning nyttjats som ett verktyg för att styra resurserna så att de används på det bästa sättet. Härvid kommer de samhället till godo i allmänhet och särskilt konsumenterna. Gerber anser att man i Europa inte har fäst särskilt stor vikt vid ekonomisk effektivitet.⁴²

Det finns alltså ett spektrum av syften med konkurrensrätten och det är inte lätt att säga vilka som är de riktiga. En färsk syn ges av Whish som räknar upp flera möjliga mål för konkurrensrätten. De är att skydda konsumenternas intressen, främjande av ekonomisk jämlikhet i stället för enbart ekonomisk effektivitet, skyddande av små företag mot starkare konkurrenter och slutligen ett särskilt övergripande mål som är speciellt för EG-konkurrensrätten nämligen uppnående av integration på den gemensamma marknaden.⁴³ Det är således en rätt allmän uppfattning att konkurrensrättens betydelse inte begränsar sig till förhållanden mellan näringsidkare. Det är därför givande att i en konsumenträttsligt fokuserad forskning även företa upptäcktsfärder på det konkurrensrättsliga området.

På den konkreta regleringsnivå kommer konsumenternas intresse fram i både EG-fördraget och KonkBL. Enligt art. 81 3 punkten är bestämmelserna om sådana avtal som enligt 1 punkten inverkar negativt på konkurrensen i handeln mellan medlemsstaterna icke tillämpliga på åtgärder som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framskridande, samtidigt som konsumenternas tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås. Enligt KonkBL 1.2 § skall vid tillämpningen av lagen särskilt beaktas konsumenternas intresse samt att friheten att idka näring skyddas mot obefogade hinder och begränsningar. Kuoppamäki sluter sig till att dessa stadganden är ett uttryck för konsumentsoveräniteten, dvs. att konsumenten själv beslutar på marknaden om sina anskaffningar och kan behärska sitt beteende och följderna av det.⁴⁴ Enligt honom betyder omnämmandet av konsumentintresset att man vid tolkningen av konkurrensrättsliga regler fäster uppmärksamhet vid den inkomstöverföring från konsumenterna till monopol företaget som sker. Till KonkBL syften hör enligt honom att förhindra ogrundade inkomstöverföringar. Man kan alltså inte legitimera ett förfarande som är förbjudet i lagen med att de företag som är delaktiga

⁴² Se Gerber 1998 s. 419 f.

⁴³ Se Whish 2001 s. 15–19 som tillspetsat säger att målet att nå en enad marknad är en tvångstanke hos gemenskapens myndigheter. Jfr Kuoppamäki 2003 s. 57 ff., 62 ff. och 77 f. som inte separerar EG-rättens integrationsmål från den inhemska rätten.

⁴⁴ Se Kuoppamäki 2003 s. 68.

i konkurrensbegränsningar själv drar ännu mer nytta av förfarandet än vad ”offren” för den förbjudna handlingen drar.⁴⁵

Om man ser på produktionsförhållandena som en helhet framstår förhållandena mellan näringsidkarna som ett separat område som bildar en kedja som går mot de slutgiltiga förbrukarna av produkterna och tjänsterna, däribland konsumenterna. Den sista länken i kedjan utgörs av minutledets förhållande till konsumenterna. De konkurrensrättsliga regler som förbjuder vissa konkurrensbegränsningar är adresserade till de tidigare länkarna i kedjan. Man använder sig också av bilden av ett strömmande vattendrag och talar om de tidigare distributionsleden såsom marknaden uppströms och på motsvarande sätt marknaden nedströms när det är fråga om detaljistledet.⁴⁶

I Norden har man tidigare haft en lagstiftning om konkurrensbegränsningar som utgår från att verkningar av konkurrensbegränsningar generellt sett inte anses negativa. Om begränsningarna i enskilda fall ansågs som skadliga för landets ekonomi hade myndigheterna kompetens att ingripa mot dem (missbruksprincipen). EG-konkurrensrätten bygger däremot på en förbudsprincip som innebär att alla konkurrensbegränsningar är förbjudna utom de som särskilt förklarats undantagna. I samband med reformeringen av konkurrensrätten inför bildandet av EES gick man i de nordiska länderna in för en kombination av de båda principerna förutom i Sverige där man gick in för en förbudsprincipmodell à la EG.⁴⁷ I samband med en lagrevision 1997 införde man förbudsprincipen också i Danmark men med den skillnaden i förhållande till EG-rätten att sanktionerna inte är lika ”drakoniske”.⁴⁸ Sedan 1997 föreligger inte heller några egentliga skillnader mellan EG:s konkurrensrätt och den finska konkurrensrätten vad det gäller målen för den och angreppssättet.⁴⁹ Genom den senaste reformen 2004 har de nationella reglerna ytterligare harmoniserats med EG:s konkurrensregler i och med att rådets förordning (EG) nr 1/2003 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (nedan tillämpningsförordningen) trätt i kraft 1.5.2004. Därför har också de lagändringar som förordningen föranlett i Finland trätt i kraft samma dag. På principnivån innebär reformen av KonkBL att den helt och hållet bygger på förbudsprincipen.⁵⁰

⁴⁵ Se *Kuoppamäki 2003* s. 68 ff. och slutligen s. 73 där han uttalar sig om den fungerande konkurrensen.

⁴⁶ Se *Whish 2001* s. 621 f.

⁴⁷ Se *Koktvedgaard 2000* s. 127 och 134 f. som använder begreppen ”förbudsmodell” och ”kontrollmodell”, *Rissanen – Korah 1991* s. 2–5 och *Stray Ryssdal L&R 1994* s. 387 ff. samt *Ot.prp.nr. 41/1992–93* s. 44 ff. där man talar om ”förbudsprincip” och ”inngreppsprincip”. Se även *Wahl 1994* s. 52 ff., 68 ff. och 89 f. där han konstaterar att den svenska konkurrenslagen (1993:20) utgör en ren förbudsmodell och att den ”är i det närmaste en blåkopia av EG:s konkurrensregler”.

⁴⁸ Se *Koktvedgaard 2000* s. 135.

⁴⁹ Se *Timonen 1997* s. 218 ff. och särskilt s. 223.

⁵⁰ Se *RP 11/2004* s. 4 f. och 24. Det är således inte längre möjligt att t.ex. pröva om konkurrens-

3.2.2 Utvecklingen av regler om leveransvägran i de nordiska länderna

Man har också före den nuvarande lagstiftningen i Norden reglerat förbud mot vägran att sluta avtal (leveransvägran) i den konkurrensrättsliga lagstiftningen. Den norska tidigare regleringen är av särskilt intresse i detta sammanhang varför jag beskriver den först.

I Norge gällde fram till 1.1.1994 Lov om kontroll og regulering av priser, utbytte og konkurrensforhold av 26. juni 1953 nr. 4 (prisloven). Som av namnet framkommer innehöll den även prisregleringsfullmakter. Funktionen var dubbel och var avsedd att inte bara reglera konkurrensen utan också att reglera marknaden. Denna lösning avvek från de övriga nordiska ländernas konkurrenslagstiftning.⁵¹ Med stöd av 23 § prisloven kunde Prisrådet, som var ett ”prisrettsligt forvaltningsorgan”, förbjuda en näringsidkare att neka ett avtalsingående med en annan näringsidkare eller med en konsument om man fann att vägran kunde skada allmänna intressen eller vara oskäligen gentemot den andra parten (”total nektelse”).⁵² Med stöd av lagen kunde Prisrådet reglera förhållandena mellan näringsidkare i egenskap av konkurrensrättslig myndighet. Därutöver hade Prisrådet kompetens att behandla leveransvägran mot konsumenter.⁵³ Kompetensen var emellertid begränsad till att besluta om förbud att vägra med avseende på framtiden och rådet kunde inte bestämma om sanktioner såsom straff, skadestånd eller ogiltighet på grund av en vägran som ägt rum.⁵⁴ Efter att Prisrådet hade avgjort ett ärende kunde de allmänna domstolarna användas. De kunde döma till straff för överträdelse av ett förbud som

begränsningar mellan näringsidkare i olika produktions- eller distributionsled (s.k. vertikala konkurrensbegränsningar) har skadliga verkningar.

⁵¹ Se *Gundersen – Bernitz 1977* s. 168 och *Bernitz 1969* s. 394 som karakteriserar föregångaren till prisloven nämligen trustloven av 1926 som Europas första konkurrensbegränsningslag i egentlig mening. Se även *Gerber 1998* s. 123 och 156 f. som därutöver anser att den hade ett bredare grepp än den tyska *Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellung* av 1923. Trustloven utgjorde ett bättre svar på de nackdelar som karteller och monopol gav upphov till.

⁵² Det var fråga om ”partiell nektelse” om näringsidkaren endast var villig att sluta avtal på villkor som rådet fann ovanliga eller oskäligen. Se *Ot.prp.nr. 41/1992–93* s. 16 och *Krüger 1989* s. 389.

⁵³ Se dock reservationen om användningen av 23 § prisloven i *Eckhoff – Gjelsvik 1955* s. 133 där det sägs att det vore i strid med lagstiftarens intentioner om Prisrådet i sin tillämpning av lagrummet ”ville innlate seg på å reformere hele avtaleretten. Her setter for øvrig også formålsparagrafen (§ 1) en grense.” Trots detta har Prisrådet i sin praxis betonat att 23 § också skall vara ”den lille mannens lov” och att den således med fördel kan tillämpas till förmån för den enskilda konsumenten fastän en vägran inte har konkurrensrättslig betydelse, se *Gundersen – Bernitz 1977* s. 236 med vidare hänvisning till *Pt. 1964* s. 400.

⁵⁴ Se *Eckhoff – Gjelsvik 1955* s. 133 f.

Prisrådet givit. De kunde också användas för väckande av civilrättslig talan för att få Prisrådets förbud verkställt.⁵⁵

I samband med reformeringen av prisreglerings- och konkurrenslagstiftningen fick emellertid stadgandet ingen motsvarighet i den lagstiftning som kom i stället för prisloven. Den består av lov om pristiltak 11 juni. Nr. 66. 1993 (pristiltaksloven) och lov om konkurrens i ervervsvirksomhet 11 juni. Nr. 65. 1993 (konkurrensloven). Inte heller remissinstanserna opponerade sig mot detta.⁵⁶ Administrasjonsdepartementet ansåg att utvalgets förslag om att man kan ingripa i konkreta fall samt att det ges en viss möjlighet att föra sådana ärenden till domstol är tillräckligt för att ta till vara de konkurrenspolitiska hänsyn som ligger bakom stadgandet. Man ansåg vidare att konsumentskyddet i tillräcklig grad har beaktats i annan lagstiftning och genom olika klagonämnder.⁵⁷

Regleringen i Danmark har förnyats i flera repriser. Den första regleringen som gällde till 1937 saknade betydelse och den efterträddes av Prisaftaleloven som gällde tills Monopolloven nr. 102 af 31. marts 1955 trädde i kraft 1955.⁵⁸ Monopolloven är intressant i detta sammanhang på grund av en väsentlig nyhet i 12 §. I paragrafen stadgades att monopoltilsynet under vissa omständigheter kunde förelägga att en näringsidkare skulle sälja till en viss köpare på sådana villkor som näringsidkaren normalt tillämpade.⁵⁹

Utvecklingen i början av 1900-talet i Sverige gick långsammare än i Norge och Danmark och lagstiftaren hade en tolerant grundinställning till konkurrensbegränsande åtgärder. Jämfört med Norge fanns ingen koppling till den prisreglering som införts under tiden för första världskriget. Ända till tiden efter andra

⁵⁵ Se *Eckhoff – Gjelsvik 1955* s. 145. Se även *Gunderse – Bernitz 1977* s. 233 där det konstateras att Prisrådet hade exklusiv kompetens att utsätta förbud med stöd av 23 § och att domstolarna därför inte själv kunde göra det.

⁵⁶ Se *Ot.prp.nr. 41/1992–93* s. 67 f. där man visserligen konstaterar att 23 § prisloven har inslag av konsumentskyddshänsyn. Trots detta föreslog utvalget att den skulle upphävas och istället skulle införas § 4–10 och 4–12 i utvalgets lagförslag (se den antagna konkurrensloven § 3–10). Där utformade man ingreppskriterierna så att tillsynet inte längre kunde ingripa i sådana situationer där förhållandet var oskäligt för den ena parten och inte hade konkurrensmässiga verkningar.

⁵⁷ Se *Ot.prp.nr. 41/1992–93* s. 68 och 80–82 där det sägs att departementet hade redogjort för att elleveransärenden varit de vanligaste som behandlats i Prisrådet och att det för dem hade upprättats en egen ”klagenemnd för ström leverert til forbrukere” som har övertagit de ärenden på detta område som tidigare hade behandlats av Prisrådet. Konsumentintresset fordrade således inte att 23 § skulle få en motsvarighet i konkurrensloven. Se dock *NOU 1994:19* s. 112 där man hade föredragit att införa regler om vägran att sluta avtal (forrettningsnektelse) i den allmänna avtalslagstiftningen efter upphävandet av 23 § prisloven. När så inte skedde föreslog man i stället en regel om förbud mot avvísning av kunden i bankverksamhet som sedermera godkännts, se vidare nedan avsnitt 6.2.2.4.

⁵⁸ Se *Koktvedgaard 2000* s. 127 f.

⁵⁹ Se *Koktvedgaard 1960* s. 7 och 144 ff. Det var dock inte helt och hållet fråga om en nyhet. Redan under den tidigare lagen hade under 1940-talet utvecklats kontraheringsplikt (Hjejles uttryck) för dominerande näringsidkare i rättspraxis, se *Hjejle Festskrift 1951* s. 150 ff.

världskriget fortsatte statsmakten med att inte intervensera på konkurrensbegränsningsområdet.⁶⁰ Genom konkurrensbegränsningslagen och uppgiftsskyldighetslagen av 1953 respektive 1956 införde man en möjlighet att beivra självvägran och annan diskriminering. Det högsta organet (näringsfrihetsrådet) kunde om förhandling inför rådet misslyckades meddela leveransföreläggande vid vite.⁶¹

I Finland var man sist av de här nämnda största nordiska länderna med att reagera på den industriella utvecklingens inverkan på marknadsbeteendet. Under de första årtionena under 1900-talet fäste man inte någon allmän politisk uppmärksamhet vid kartellutvecklingen. Inte förrän efter andra världskriget började man utveckla en lagstiftning som ingriper i konkurrensbegränsningar.⁶² Först kom lagen om övervakning av konkurrensbegränsning inom näringslivet (47/1957) som så gott som genast ansågs vara i behov av revision på grund av bristfälligheter.⁶³ En del av bristfälligheterna korrigerades i lagen om främjande av ekonomisk konkurrens (1/1964). Lagen följde till sina huvudpunkter den motsvarande lagstiftningen i Sverige av åren 1953 och 1956.⁶⁴

Det ingick inte några egentliga sanktioner för kartellmyndigheterna i lagen för det fall att de förhandlingar som föreskrivits i lagen inte ledde till önskat resultat. Konkurrensrådet kunde emellertid göra en anmälan till statsrådet om detta. Statsrådet hade för dessa fall möjlighet att för viss tid förbjuda konkurrensbegränsningsåtgärden. Under åren 1964–72 hade det inte funnits behov att ty sig till detta förfarande en enda gång.⁶⁵ Det förblir oklart om detta berodde på att förhandlingsverksamheten var så effektiv att negativa konkurrensbegränsningar kunde avväjas eller om dessa undanhölls det dåvarande konkurrensrådet.

Ett indicium på att lagen inte var fullt så effektiv som tillsynen av konkurrensförhållandena eventuellt skulle ha förutsatt var att lagstiftaren fann att lagen var bristfällig och den ersattes av lagen om främjande av ekonomisk konkurrens (423/1973). I sin ursprungliga form innehöll lagen inte uttryckliga regler om leveransvägran utan man tänkte sig att undanröjandet av konkurrensbegränsningarnas skadliga verkningar skulle kunna skötas med förhandlingar mellan en myndighet (konkurrensrådet) och de parter som berördes av begränsningarna (17 och 18 §). Om förhandlingarna inte ledde till resultat kunde statsrådet efter

⁶⁰ Se *Bernitz 1969* s. 413 f. och 421 f.

⁶¹ Se *Bernitz 1969* s. 427 f.

⁶² Se *Rissanen 1978* s. 39.

⁶³ Se *Roschier-Holmberg DL 1964* s. 135 ff. som konstaterar att denna uppfattning framfördes i Kommittébetänkande N:o 4–1962. Själv fann Roschier-Holmberg att de synpunkter som kommittén hade framfört inte på ett övertygande sätt kunde motivera en revision av lagstiftningen fastän han också sluter sig till att 1964 års lag i stort sett motsvarade näringslivets synpunkter.

⁶⁴ Se *Roschier-Holmberg DL 1964* s. 138.

⁶⁵ Se *Kivimäki – Ylöstalo 1973* s. 284.

konkurrensrådets anmälan för viss tid förbjuda verkställighet och efterlevnad av konkurrensbegränsningen (21 och 22 §).

Sedermera effektiverades lagen (lag 123/1985) så att om förhandlingarna inte ledde till resultat kunde konkurrensrådet självt förbjuda näringsidkare att tillämpa visst avtal, avtalsvillkor eller annan reglering som begränsar konkurrensen eller därmed jämförbart förfarande (22.1 § 1 punkten). Därutöver kunde rådet ålägga näringsidkare att tillhandahålla annan näringsidkare vara, tjänst eller annan nytthet på villkor som motsvarar vad han erbjuder andra näringsidkare i samma ställning (2 punkten). Från 1973 tills man började beredningen av propositionen för 1988 års lag hade konkurrensrådet behandlat sammanlagt 13 fall av vilka de flesta gällde leveransförbud.⁶⁶ Dessa förbud och åläggande kunde förstärkas med vite (22.2 §). Redan i samband med tillstyrkande av förslaget i riksdagsbehandlingen framhöll ekonomiutskottet att regeringen skall ge akt på hur lagen verkställs och vid behov skall utveckla konkurrenslagstiftningen vidare för förebyggande av olika sorters konkurrensbegränsningar.⁶⁷

Följande lag i ordningen var lagen om konkurrensbegränsningar (709/1988). Lagstiftaren har karakteriserat den som ett avgörande steg från en regleringsekonomi till en konkurrensekonomi.⁶⁸ Tillämpningsområdet utvidgades till alla branscher genom att den tidigare lagens undantag för bank- och försäkringsbranschen inte längre ingick i denna lag. Däremot gick man inte in för att i grunden ändra på de konkurrensrättsliga principernas tillämpning i lagen genom att offentlighets- och missbruksprincipen fortfarande följdes och förbudsprincipen inte utvidgades. Man införde dock missbruk av dominerande ställning på marknaden som ett nytt kriterium för bedömning av skadliga verkningar (7.1 § 4 punkten).⁶⁹ I 7.2 § anges såsom exempel på sådant missbruk att en affärsidkare utan sakskäl avstår från ett affärsförhållande. I och med att man enligt 7.1 § eftersträvade en sund och fungerande konkurrens förutsattes att ett dominerande företag fyller krav på opartiskhet i kundförhållandena. Om ett företag avstår från ett affärsförhållande är det otillbörligt om det inte finns en saklig orsak vilken kan vara att en presumtiv kund inte är likvid eller att företaget har kapacitetsproblem.⁷⁰ Konkurrensrådet fick också större befogenheter genom att det blev möjligt för rådet att utfärda temporära förbud och leveransålägganden.⁷¹

Kort efter 1988 års lag inleddes beredningen av den gällande lagen om konkurrensbegränsningar (480/1992, nedan KonkBL) som varit föremål för

⁶⁶ Se *RP 148/1987* s. 7.

⁶⁷ Se *EkUB 13/1984 – RP 100 och 101/1984* s. 1.

⁶⁸ Se *RP 162/1991* s. 3.

⁶⁹ Se *RP 148/1987* s. 4 och 8 f.

⁷⁰ Se *RP 148/1987* s. 22 f.

⁷¹ Se *RP 148/1987* s. 4 och 8 f.

flera reformer av vilka den senaste är djupgående (lag 318/2004).⁷² Trots att man i den ursprungliga propositionen bedömde att 1988 års lag i stort sett var lyckad och fungerade väl i praktiken ansåg man det nödvändigt att upphäva den och ersätta den med en ny. Man anförde att metoderna i lagen måste utvecklas och att lagen i sin helhet måste göras rationellare och överskådligare. Flera konkurrensbegränsningar förbjöds och anmälningsskyldigheten och registreringen av konkurrensbegränsningar frångicks.⁷³

I utskottsbehandlingen rådde inte enighet om lagstiftningsåtgärdernas effekt. Det gavs några alternativ till skärpning av begränsningar av konkurrensbegränsande förfaranden av vilka socialdemokraternas reservation var den utförligaste.⁷⁴ Även fastän man i propositionen konstaterade att den ökade andelen förbjudna konkurrensbegränsningar i lagen minskar de strukturella skillnaderna i förhållande till konkurrensrätten inom EG och den planerade EES, fann den socialdemokratiska gruppen i ekonomiutskottet att förslaget var bristfälligt. Man förespråkade med stöd av Finlands medlemskap i den gemensamma marknaden i Europa att konkurrenslagstiftningen i Finland skall vara minst lika sträng mot skadliga begränsningar som EG:s konkurrensrätt.⁷⁵

Den slutliga formuleringen av vissa stadganden i lagen skärptes något till följd av utskottets utlåtande. Ett exempel på detta är utformningen av den slutliga 7 § (9 § i propositionen) om missbruk av dominerande marknadsställning. Paragrafen utformades som ett förbud i stället för den gamla utformningen som byggde på en tillämpning av missbruksprincipen med blott kännetecken för skadliga verkningar.⁷⁶ I den allra senaste reformen (lag 318/2004) flyttades denna paragraf till att bli en ny 6 § där formuleringen har gjorts enhetlig med regleringen om missbruk av dominerande ställning i 82 art. EG-fördraget.⁷⁷ I nästa avsnitt behandlar jag närmare vad som följer av den gällande lagen.

Sammanfattningsvis kan man säga att prisloven i Norge med sin speciella regel i 23 § gick längre än den samtida lagstiftningen i Danmark, Finland och Sverige i den meningen att det fanns en allmän uttrycklig regel som gav en myndighet rätt att förbjuda en näringsidkare att vägra en affärsförbindelse med

⁷² Denna reform har såsom ovan redan nämnts föranletts av rådets förordning (EG) nr 1/2003 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (tillämpningsförordningen) som trädde i kraft 1.5.2004 varför även lagändringen trädde i kraft vid samma tidpunkt.

⁷³ Se *RP 162/1991* s. 3 f. och 6.

⁷⁴ Se *EkUB 14/1992 – RP 162/1991* s. 6 ff.

⁷⁵ Se *RP 162/1991* s. 6 jämfört med *EkUB 14/1992 – RP 162/1991* s. 6.

⁷⁶ Se *EkUB 14/1992 – RP 162/1991* s. 3 f. jämfört med *RP 162/1991* s. 13 och *RP 148/1987* s. 22.

⁷⁷ Se *RP 11/2004* s. 13 och 37, se även s. 33 där det sägs att den nya 4 § ersätter 4–6 och 9 § den tidigare versionen av lagen. Den nya 4 § grundar sig på art. 81.1 EG-fördraget. Genom att 9 § blir upphävd försvinner det sista stadgandet som utgjort ett uttryck för missbruksprincipen i KonkBL, se a.a. s. 24.

en annan näringsidkare eller till och med en konsument. För särskilt reglerade branscher var 23 § prisloven ett komplement. Regleringen gav under den tid prisloven gällde ofta ett mera heltäckande skydd än i dag.⁷⁸ I detta sammanhang kan man säga att 23 § prisloven som sådan utgjorde en ur teoretiskt synvinkel intressant generalklausul om förpliktelser, som dock verkar en aning förbryllande vid en nordisk jämförelse. Sedermera har det i alla länder införts renodlat konkurrensrättsliga regler om förbud mot leveransvägran på det sätt som beskrivits strax ovan. Dessa infördes redan innan den europeiska integrationsutvecklingen började ställa ytterligare krav på den konkurrensrättsliga regleringen.

3.2.3 Missbruk av dominerande ställning på marknaden

I enlighet med vad som ovan kommit fram är EG-rätten av avgörande betydelse för den nationella konkurrensrätten. Därför går jag först igenom de regler som är av intresse med tanke på leveransvägran.

De centrala reglerna i EG-konkurrensrätten finns i art. 81 (f.d. 85) och 82 (f.d. 86) i EG-fördraget.⁷⁹ I art. 81 förbjuds konkurrensbegränsande överenskommelser och dylikt och i art. 82 förbjuds företag att missbruka sin dominerande ställning. Dessa artiklar har en EG-rättslig direkt effekt.⁸⁰ Det finns även andra artiklar som reglerar konkurrensen men här finns inte orsak att gå in på dem. I art. 82 punkt d stadgas att det är förbjudet att ”ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.” Det kan alltså vara fråga om en de facto vägran att sluta avtal som kamoufleras med ogrundade villkor. Inom EG-rätten betonas dock att de primära syftena med reglerna i art. 82 är att förhindra förvriddingar av konkurrensen och inte att skydda en viss konkurrents ställning.⁸¹

I praxis har det utvecklats ett finare nät av normer om när en vägran att sälja utgör ett brott mot förbudet att missbruka en dominerande ställning på marknaden. Det första fallet är *Commercial Solvents mot Kommissionen*⁸² där det var fråga om att den dominerande leverantören Commercial Solvents vägrade leverera till den italienska tillverkaren Zoja och sålunda avsåg att få den enda

⁷⁸ Se *NOU 1983:56* s. 33 där man anför detta lagrum som en orsak till att det inte i Norge behövdes en särskild kontraheringspliktsregel à la den svenska 9 § KFL.

⁷⁹ I fortsättningen används numreringen av EG-fördraget enligt den konsoliderade versionen av fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen som åstadkoms vid regeringskonferensen i Amsterdam 1997. Se t.ex. *Bernitz – Kjellgren 1999* s. 32 ff. om de olika fördragen.

⁸⁰ Se t.ex. *Gulman – Hagel-Sørensen 1993* s. 376 ff.

⁸¹ Se *Whish 2001* s. 618.

⁸² *Commercial Solvents mot Kommissionen, Förenade målen 6/73 och 7/73.*

konkurrenten undanröjd på marknaden nedströms. Fallet blev inledningen till utvecklingen av en doktrin som sedermera kallats ”*essential facilities’ doctrine*” eller ”doktrinen om oundgängliga resurser”.⁸³ Här finns inte skäl att gå närmare in på utvecklingen utan avsikten är blott att peka på i vilken omgivning regler om förbud mot leveransvägran finns.

I de nationella lagarna om konkurrensbegränsningar har funnits närmare stadganden som förbjuder avstående från affärsförhållanden. De nationella lagarna har inom sitt tillämpningsområde kunnat vara strängare än art. 82 som i sin tur gäller missbruk med transnationella effekter.⁸⁴ Efter den senaste reformen i Finland av KonkBL (lag 318/2004) motsvaras art. 81.1 och 81.3 EG-fördraget av de nya KonkBL 4 respektive 5 § varför det torde vara osannolikt att det skulle kunna uppstå konflikt mellan EG-rätten och den finska rätten. I 3 art. tillämpningsförordningen tillåts tillämpning av strängare nationella regler vid unilaterala åtgärder från näringsidkarnas sida såsom missbruk av dominerande ställning. Numera torde skillnaden mellan EG-rätten och den finska rätten också för dessa reglers del vara liten då definitionen i den nya KonkBL 3.2 § och förbudsstadgandet i den nya 6 § i huvudsak sammanfaller med EG-reglerna.⁸⁵

3.2.4 Leveransvägran och kontraheringsplikt

Ovan i 1 kap. har framförts att man i doktrinen angående kontraheringsplikt avsett att den som plikten riktas mot är skyldig att sluta ett avtal om att sälja en vara eller tillhandahålla en tjänst på de villkor som denna i allmänhet tillämpar om någon det fordrar.⁸⁶ Då någon fordrar att en näringsidkare skall sluta ett avtal är denna fordran eller påbud en accept enligt avtalsmekanismens begrepp. Accepten gäller det stående anbud som den förpliktade näringsidkaren räknas ha avgett.⁸⁷ I ett konkurrensrättsligt perspektiv blir situationen mer komplicerad på grund av att regleringen inte utgår från ett den normala situationen för avtalsslut med anbud och accept. Förbudet mot leveransvägran som innebär en förpliktelse är en dubbel negation. En näringsidkare får inte låta bli att leverera. I äldre litteratur har man inte separerat dessa fall från den civilrättsliga kontraheringsplikten fastän de tidigare konkurrensregleringarna i ännu mindre grad

⁸³ Se *Whish 2001* s. 611 ff. där han går igenom kedjan av fall som utvecklat doktrinen. Se även *Ds 2002:21* s. 172.

⁸⁴ Se t.ex. *Wahl 1994* s. 216 f.

⁸⁵ Se *RP 11/2004* s. 31.

⁸⁶ Se t.ex. *Vahlén 1966* s. 12 f., *Kivimäki – Ylöstalo 1973* s. 263 ff., *Hov 1991* s. 77 f., *Adlercreutz I 2000* s. 101 f., *Lyng Andersen m.fl. 1991* s. 22 och *Gomard 1996* s. 15 f.

⁸⁷ Se t.ex. *Vahlén 1966* s. 12 f. och *Adlercreutz I 2000* s. 101.

än de nuvarande begränsade de starka aktörernas handlingsfrihet.⁸⁸ De tidigare regleringarna möjliggjorde inte att ett avtal kom till på basis av en ensidig viljeförklaring av den som ville kontrahera.⁸⁹

Denna form av konkurrensrättsligt förpliktande att kontrahera är således inte en särskilt ny lösning på problemen med säljvägran. När konkurrensrätten började utvecklas var utgångspunkten att det fanns en kontraheringsplikt för sådana som idkade sin verksamhet utgående från en koncession. Koncessionshavarna idkade då som nu olika sorters infrastrukturverksamhet varvid skyldigheten var ett uttryck för ett villkor från statens sida för att man skulle få en särskild näringsrättslig förmån. Det nya då var att en förpliktelse, t.ex. i form av förbud mot säljvägran, sågs som ett uttryck för en samhällelig syn på näringsfriheten. Detta ingrepp i handlingsfriheten och privatautomin infördes som en motvikt till monopoltendenser i näringslivet t.ex. genom att producenter sluter exklusiva avtal med näringsidkare, dvs. områdesvisa ensamrätter som baserar sig på avtal.⁹⁰

I fortsättningen i detta avsnitt nöjer jag mig att hålla mig till Finland genom att beskriva och analysera den gällande KonkBL:s reglering av leveransvägran och de sanktioner som föreligger då en näringsidkare inte rättar sig efter ett förbud eller åläggande. För att få en bättre bild av systemet i sin helhet i egenskap av ett ingrepp i avtalsfriheten granskar jag först KonkBL i sin ursprungliga form från år 1992 och sedan i den formen den hade fram till den senaste reformen (lag 318/2004) som en fortsättning på utvecklingsberättelsen ovan.

Stadgandet om leveransvägran i 7 § var uppbyggt så att där förbjöds en näringsidkare eller en sammanslutning av näringsidkare att missbruka dominerande marknadsställning. En form av sådant missbruk var enligt 1 punkten i paragrafen att utan sakskäl avstå från ett affärsförhållande. För en näringsidkare som bröt mot bl.a. 7 § kunde bestämmas en konkurrensbrottsavgift enligt 8 §. Därutöver kunde konkurrensrådet enligt 8.4 § ålägga näringsidkaren eller sammanslutningen att upphöra med bl.a. att utan sakskäl avstå från ett affärsförhållande, dvs. leveransvägran.⁹¹ Också om en konkurrensbegränsning enbart

⁸⁸ Se t.ex. *Koktvedgaard 1960* s. 28 där 2 kap. heter: ”Kontraheringsplikt i omsætningsforhold: Samhandelspligten og dennes udvikling” och gäller just konkurrensrättens förhållningssätt till ”kontraheringsnægtelser”, dvs. säljvägran. Se även *Pehrson 1976* s. 71 som säger att kontraheringsplikt även har stadgats i enskilda företags och näringsidkares intresse och anger som exempel sådan säljvägran som avses i 5 § lagen om motverkande i vissa fall av konkurrensbegränsning inom näringslivet från år 1953.

⁸⁹ Se ovan avsnitt 3.2.2 där dock 23 § prisloven utgjorde ett undantag i viss mån.

⁹⁰ Se t.ex. *Hjejlje Festschrift 1951* s. 152 f.

⁹¹ Se närmare om hurdana skäl som ansetts såsom godtagbara i konkurrensverkets och konkurrensrådets praxis, *Mononen 1995* s. 64–75 och *Mentula m.fl. 1998* s. 126–139. Mononen konkluderar att bevisbördan om att det förelegat sakskäl till vägran har övergått på de aktörer som är i dominerande ställning och att man förhållandevis ofta har kunnat påvisa att vägran inverkat menligt på konkurrensen, dvs. det har inte funnits sakskäl.

hade sådana skadliga verkningar som avsågs i 9 § kunde konkurrensrådet enligt 16 § ålägga en näringsidkare att leverera en nytting till en annan näringsidkare på villkor som motsvarar dem som han erbjuder andra näringsidkare i samma ställning.

Som förstärkning av ett förordnande om dylika ålägganden, både enligt 8.4 och 16.1 §, kunde konkurrensrådet förena förordnandena med vite enligt 17.1 §. Konkurrensrådet var också den myndighet som dömde ut vitet. Sanktionerna för en leveransvägran kunde således endast indirekt leda till att en näringsidkare fick ett avtal till stånd med den som vägrade. De direkta påföljderna i form av avgifter och vite tillföll staten. Följaktligen kunde man inte jämföra regleringen i denna form med en civilrättslig regel om kontraheringsplikt på grund av att den som hade velat sluta ett avtal inte med stöd av stadgandet kunde få till stånd ett avtal genom en ensidig viljeförklaring. Härigenom saknades en möjlighet att genom talan få en dom som förpliktar till fullgörelse av ett sådant avtal som tillkommit genom denna ensidiga viljeförklaring. Man kunde således tala om endast en oegentlig kontraheringsplikt.⁹² Det konkurrensrättsliga ingreppet i avtalsfriheten var till denna del inte lika djupt som de civilrättsliga reglerna om kontraheringsplikt.

Genom en lagändring (303/1998) reviderades sanktionssystemet i KonkBL genom att man införde särskilda regler om skadestånd. Samtidigt infördes bl.a. regler om tillsyn av företagsförvärv. Regleringen av missbruk av dominerande marknadsställning ändrade man emellertid inte då på och det var således enligt samma formulering i 7 § såsom strax ovan beskrivits förbjudet att bl.a. utan saksakal avstå från ett avtalsförhållande.

På grund av den senaste reformen stadgas numera i 6 § (318/2004) att missbruk av dominerande marknadsställning för en eller flera näringsidkare eller en sammanslutning av näringsidkare är förbjudet. Härefter stadgas att sådant missbruk kan särskilt bestå i att 1) direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor, 2) begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna, 3) tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel, eller 4) ställa som villkor för att ingå ett avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

⁹² Se *Hemmo I 1997* s. 69 där han ordagrant säger att det inte är fråga en egentlig kontraheringsplikt ("... joten kysymyksessä ei ole varsinainen sopimuspakko.") Sedermera efter att lagen ändrats har Hemmo kompletterat sin framställning genom att säga att språkbruket inom konkurrensrätten har varit självständigt i förhållande till avtalsrätten. Han säger att det ändå i grunden är fråga om en begränsning av valfriheten i avtalsverksamheten på samma sätt som kontraheringsplikten fastän påföljderna inordnar sig på ett annat sätt än avtalsrättsligt. Se *Hemmo I 2003* s. 89 f.

Denna formulering skiljer sig från formuleringen i den tidigare 7 § och motsvarar nu art. 82 EG-fördraget. Det är särskilt 6 § 4 punkten, i egenskap av efterföljare av 7 § 1 punkten, som är intressant i detta sammanhang genom att den motsvaras av art. 82 d punkten. I föregående avsnitt konstaterade jag att det kan vara fråga om en de facto vägran att sluta avtal som kamoufleras med ogrundade villkor.⁹³ För att förhindra missbruk av dominerande ställning på marknaden begränsas en näringsidkares frihet att välja avtalspart på detta sätt. Då en näringsidkare har en dominerande ställning på marknaden är det en position på marknaden som är svagare än en monopolställning men starkare än om näringsidkaren tillsammans med andra har en oligopolställning. Ju mera marknadsakt en näringsidkare har desto strängare skall man i en konkurrensrättslig granskning förhålla sig till säljvägran.⁹⁴

Förbudet mot att utan sakskaäl avstå från ett affärsförhållande utgör således ett undantag från den ovan behandlade avtalsfrihetens element att en näringsidkare vanligen fritt får välja avtalspart. För ett företag med dominerande ställning har man genom förbudet dock infört en särskild skyldighet att behandla presumtiva kunder jämlikt. Om ett sådant företag avstår från ett affärsförhållande eller behandlar likadana kunder på olika sätt bör de ha ett skäl som kan motiveras objektivt och även i övrigt godtas ur konkurrensrättslig synvinkel. I praktiken har bland annat kapacitetsproblem och kundens betalningsoförmåga ansetts vara godtagbara skäl.⁹⁵ Här är inte avsikten att med hjälp av praxis närmare redogöra för olika situationer av säljvägran och vilka typer av sakskael som kan anföras. Ett exempel på tillämpningen lyfter jag ändå fram som jämförelse till de fall som analyseras nedan i 6 kap.⁹⁶

”Postbanken hade vägrat öppna konto för ett företag som behövde kontot för att ta emot avgifter från mottagare av postförskottsfsändelser. Därför kunde företaget inte fakturera sina kunder per postförskott. Banken hade emellertid rätt att vägra öppna konto, om kunden hade relativt färska anmärkningar om betalningsstörningar. Banken skulle själv ha kunnat bli tvungen att ersätta köparna för eventuell skada, om den vid öppnandet av kontot hade låtit oklarheterna i kontoöppnarens verksamhet passera trots att den kände till dem. Vägran att öppna konto ansågs ha ett godtagbart skäl och utgjorde inte missbruk av dominerande ställning.”

Uttalandet att banken skulle ha haft rätt att vägra öppna konto på grund av färska anmärkningar om betalningsstörningar förefaller problematiskt i ljuset

⁹³ Se vid not 77. Se även *RP 11/2004* s. 37 där det sägs att innehållet i paragrafen motsvarar huvudsakligen innehållet i den nu upphävda 7 § och att de uppräknade fyra punkterna inte är uttömmande.

⁹⁴ Se *Kuoppamäki 2003* s. 830.

⁹⁵ Se *Konkurrensverket, Missbruk*.

⁹⁶ *Konkurrensverkets beslut 18.12.1997, kombinerade fallen dnr 359/61/93, 524/61/97 och 584/61/97.*

av den nya KreditIL 50 a § även om den gäller blott enskilda personer. Denna aspekt av fallet granskar jag närmare i avsnitt 6.2.3.2.1 som behandlar väsentligt brott mot avtal som vägande skäl att vägra öppna konto.

Sanktionssystemet i KonkBL ändrades i 1998 års revision (lag 303/1998) endast för att förtydliga det.⁹⁷ Enligt KonkBL 8.1 § som var i kraft till 30.4.2004 skulle för en näringsidkare eller en sammanslutning av näringsidkare som bröt mot 4–7 § bestämmas en påföljdsavgift (konkurrensbrottsavgift). I och med den senaste reformen flyttades reglerna från 8 § till 7 §. En nyhet är att det nu ingår en hänvisning till EG-fördraget. Sålunda stadgas i 7.1 § att för en näringsidkare eller en sammanslutning av näringsidkare som bryter mot bestämmelserna i 4 eller 6 § eller artikel 81 eller 82 i EG-fördraget skall bestämmas en påföljdsavgift (konkurrensbrottsavgift). Liksom i den tidigare 8.1 § stadgas fortfarande att avgiften inte bestäms om förfarandet anses vara obetydligt eller om det annars anses omotiverat att bestämma en påföljdsavgift för att trygga konkurrensen. Påföljdsavgiften skall enligt 7.2 § bestämmas med beaktande av arten och omfattningen av konkurrensbegränsningen samt dess varaktighet. Avgiften får vara högst 10 procent av omsättningen under det föregående året för varje näringsidkare eller sammanslutning av näringsidkare som deltagit i konkurrensbegränsningen.⁹⁸ Påföljdsavgiften bestäms enligt 7.3 § av marknadsdomstolen på framställning av konkurrensverket och den betalas till staten (på samma sätt som gällde enligt den tidigare 8.3 §, lag 1529/2001).

Genom den nyaste reformen har befogenhetsfördelningen reviderats så att marknadsdomstolen skall fungera som besvärinstans med uppgift att övervaka lagenligheten av de beslut som konkurrensverket fattar.⁹⁹ I den nya 13.1 § 1 punkten (lag 318/2004) stadgas sålunda att om en konkurrensbegränsning är förbjuden enligt 4 eller 6 § eller artikel 81 eller 82 i EG-fördraget, kan konkurrensverket förelägga en näringsidkare eller en sammanslutning av näringsidkare att upphöra med ett förfarande som är förbjudet enligt 4 eller 6 § eller artikel 81 eller 82 i EG-fördraget. I 2 punkten samma paragraf stadgas vidare att konkurrensverket kan ålägga en näringsidkare att leverera en nytting till en annan näringsidkare på villkor som motsvarar dem som han erbjuder andra näringsidkare i samma ställning. Enligt 13.2 § kan konkurrensverket förena ett förordnande, förbud eller åläggande enligt 1 mom. med vite medan det är marknadsdomstolen som dömer ut vitet.

⁹⁷ Se *RP 243/1997* s. 12.

⁹⁸ Skillnaden jämfört med den föregående 8.2 § är att avgiften då bestämdes till ett visst belopp. Syftet med ändringen är att harmonisera reglerna om avgiftsbeloppen med den nya tillämpningsförfordningen, se *RP 11/2004* s. 37 f.

⁹⁹ Se *RP 11/2004* s. 16. I den nu upphävda 16 § var det marknadsdomstolen som kunde kan ålägga en näringsidkare att leverera en nytting till en annan näringsidkare. Förutsättningarna var att en konkurrensbegränsning har sådana skadliga verkningar som avsågs i den dåvarande 9 § eller att den var förbjuden enligt de dåvarande 4–7 §.

Vid 1998 års reform var det nya draget i lagen som här är av särskilt intresse att man införde regler om civilrättsligt skadestånd genom KonkBL 18 a § (lag 303/1998). Enligt den ursprungliga KonkBL 18 a.1 § var en näringsidkare skyldig att ersätta en annan näringsidkare för den skada som han tillfogat denna på två grunder. Ansvar följde för det första för en näringsidkare som uppsåtligt eller av oaktsamhet bröt mot något av förbuden i de dåvarande 4–7 §. För det andra uppstod ansvar om näringsidkaren uppsåtligt eller av oaktsamhet bröt mot marknadsdomstolens beslut i vilket domstolen hade förklarat att konkurrensbegränsningen hade sådana skadliga verkningar som avses i 9 §. Genom den senaste ändringen (lag 318/2004) stadgas i 18 a.1 § att en näringsidkare som uppsåtligt eller av oaktsamhet bryter mot något av förbuden i 4 eller 6 § eller i artikel 81 eller 82 i EG-fördraget, är skyldig att ersätta en annan näringsidkare för den skada som har tillfogats denna. Syftet med den nya hänvisningen till EG-fördraget sägs i propositionen vara att klargöra att de nationella stadgandena om skadestånd står till förfogande också då en skada tillfogas någon genom att överträda dessa artiklar.¹⁰⁰

I 18 a.1 § stadgas vidare att skadeståndet omfattar ersättning för kostnader, prisskillnad, utebliven vinst samt annan direkt eller indirekt ekonomisk skada som har orsakats av konkurrensbegränsningen. Denna slutled i momentet är identisk med den ursprungliga paragrafen. Ett typfall av direkta skador kunde vara en situation där en kund har blivit tvungen att betala överpris på grund av prisdiskriminering eller en kartell.¹⁰¹

Införandet av dessa regler i sin ursprungliga form 1998 innebar inte ur systematisk synvinkel ett skadeståndsansvar för en helt ny typ av skada. Det nya var däremot att likadant ansvar regleras för både kontraktsförhållanden och förhållanden utom kontrakt i samma lagrum. De särskilda skadeståndsreglerna i KonkBL medförde främst att rättsläget dels blev klarare och eventuellt att ansvaret för företag i dominerande ställning utvidgades. I och med att ansvaret reglerades uttryckligen blir bilden av det konkurrensrättsliga sanktionssystemet tydligare.¹⁰² Utöver den konkurrensrättsliga sidan av sanktionssystemet finns nu även en uttryckligt reglerad civilrättslig sida. Skadeståndet som alternativ för en skadelidande förefaller därmed inte lika osäkert som tidigare. Detta beror på att processrisken blir mindre för en talan som bygger på en skadeståndsnorm som finns i ett lagstadgande. En annan följd som ligger på ett systematiskt plan är att förbudet mot säljvägran närmar sig den civilrättsliga kontraheringsplikten.

Den som eftersträvat ett avtal med en näringsidkare med dominerande ställning på marknaden kan visserligen inte få ett avtal till stånd endast genom en ensidig viljeförklaring. Däremot kan den näringsidkare som vägrar av mark-

¹⁰⁰ Se *RP 11/2004* s. 44.

¹⁰¹ Se *Kuoppamäki 2000* s. 60.

¹⁰² Se *Kuoppamäki 2000* s. 59.

nadsdomstolen bli ålagd att leverera en nytting med hot om vite. Om näringsidkaren trots detta vägrar och den förvägrade lider skada kan denna väcka talan vid allmän domstol och enligt KonkBL 18 a.1 § yrka ersättning för kostnader, prisskillnad, utebliven vinst samt annan direkt eller indirekt ekonomisk skada som har orsakats av konkurrensbegränsningen. Dessa ersättningsposter regleras uttryckligen för den konkurrensrättsliga skadesituationen och avsikten var att det inte skall vara av betydelse om den skadelidande stått i ett avtalsförhållande med skadeorsakaren eller inte.¹⁰³

Detta var ett uttryckligt motiv för införandet av stadgandet. I propositionen för det ursprungliga stadgandet anfördes att det i praxis i andra medlemsstater hade ansetts att det är möjligt att kräva skadestånd för skador som kärandena hade tillfogats till följd av konkurrensbegränsningar i strid med de dåvarande art. 85 och 86 EG-fördraget. Dessutom åberopades att det i 33 § den svenska konkurrenslagen stadgas om skadestånd för överträdande av förbjudna konkurrensbegränsningar.¹⁰⁴

På grund av att det inte ursprungligen ingick skadeståndsbestämmelser i lagen ansåg man att det hade uppstått en oönskad ojämlig ställning mellan sådana som stod i avtalsförhållande till den som orsakat skadan och sådana som inte gjorde det. Förmögenhetsskador kan ersättas på grund av skada i ett avtalsförhållande medan en förmögenhetsskada orsakad av en som inte är avtalspart ersätts med stöd av skadeståndslagen endast i de undantagsfall som regleras i skadeståndslagen. Sådana skadelidande som inte stod i avtalsförhållande hade således rätt till skadestånd enligt skadeståndslagen 5:1. Detta skadestånd omfattar gottgörelse för sådan ekonomisk skada som icke står i samband med person- eller sakskada endast om skadan hade förorsakats genom straffbelagd handling eller om det i andra fall föreligger synnerligen vägande skäl. De skador som uppstår till följd av konkurrensbegränsande åtgärder är i regel just förmögenhetsskador.¹⁰⁵ Det var emellertid oklart hurvida en icke straffbelagd konkurrensbegränsning kan utgöra synnerligen vägande skäl för utdömning av skadestånd. Åtminstone fanns det ingen rättspraxis där frågan hade blivit berörd.¹⁰⁶

¹⁰³ Se *RP 243/1997* s. 13.

¹⁰⁴ Se *RP 243/1997* s. 8. Se även *Bernitz 1993* s. 60 som konstaterar att detta var en viktig nyhet som tillsammans med ogiltighetspåföljderna av avtal är till för att stärka lagens genomslagskraft och ge företagen incitament att själva hävda konkurrenslagens regler.

¹⁰⁵ Se *RP 243/1997* s. 12.

¹⁰⁶ Se *Aine 1998* s. 238 jämfört med *Kalliomaa-Puha 1995* s. 109 ff. Aine ansåg att kriteriet straffbar handling i SKL 5:1 inte uppfylldes genom en konkurrensbegränsning på grund av att kriminaliseringen hade upphävts i konkurrenslagstiftningen och man hade infört systemet med påföljdsavgift i stället. Kriteriet särskilt vägande skäl kunde uppfyllas av att konkurrensbegränsningen står i strid med krav på god sed. Han avstod från att ta ställning till saken då det inte fanns rättspraxis. Kalliomaa-Puha ansåg att påföljdsavgiften går att jämställa med ett straffrättsligt straff med en närmast teleologisk tolkning av skadeståndets roll i konkurrens-

Reformen är ett uttryck för att utveckla konkurrensrätten med effektiva sanktioner. De som agerar på marknaden med förbjudna konkurrensbegränsningar måste räkna med en större risk att få svara för de skador som de åsamkar. Härigenom kan man räkna med att tilltron hos de enskilda aktörerna till konkurrensrätten såsom upprätthållare av förutsättningarna för marknaden ökar.¹⁰⁷

Man kan jämföra de ersättningsposter som följer av KonkBL 18 a.1 § med de som ansetts följa av avtal i allmänhet. En avtalspart (naturaborgenär) som inte fått den avtalsenliga prestationen har rätt till skadestånd så att han skall försättas i den ekonomiska situation som om avtalet hade fullgjorts enligt dess innehåll.¹⁰⁸ Det är fråga om ersättning för det positiva avtalsintresset som således innebär att ersättningen skall trygga att borgenären får den avtalsenliga ekonomiska nyttan.¹⁰⁹ Enligt KonkBL 18 a.1 § kan borgenären yrka på ersättning för kostnader, prisskillnad, utebliven vinst samt annan direkt eller indirekt ekonomisk skada som har orsakats av konkurrensbegränsningen. Det förefaller klart att dessa ersättningsposter motsvaras av ersättning för det positiva avtalsintresset när avtalet varit vinstbringande. Med stöd av KonkBL 18 a.1 § kan den skadelidande även om han inte stått i ett avtalsförhållande nu uppnå detsamma som en part i ett avtal som binder kan uppnå då natura prestationen inte går att få.¹¹⁰

Man kan härmed sluta sig till att skillnaden mellan civilrättslig kontraheeringsplikt och förbud mot säljvägran blivit mycket liten. Det är endast i de fall när en naturaborgenär genom en talan om fullgörelse av avtalets huvudförpliktelse fått en fullgörelsedom som kunnat verkställas befinner sig i en bättre situation än den som endast kunnat få en sådan dom om ersättning för sin skada.¹¹¹ Beroende på situationen kan emellertid en verkställd fullgörelsedom

rätten. Hon ansåg även att det går att tillämpa kriteriet synnerligen vägande skäl på grund av att det är fråga om att de förbjudna konkurrensbegränsningarna bryter mot kravet att iakttä god sed inom näringsverksamheten.

¹⁰⁷ Se *Aine DL 1999* s. 804. De brister som gällde skillnaden i brott mot de nationella reglerna och EG-reglerna har korrigerats genom den senaste reformen (318/2004) genom hänvisningen till konkurrensartiklarna i EG-fördraget varför det problem som han nämner på s. 802 har avlägsnats.

¹⁰⁸ Se *Taxell 1972* s. 351 och *KM 1990:20* s. 120 f.

¹⁰⁹ Se *KM 1990:20* s. 120 f. och *Hemmo II 2003* s. 260 f.

¹¹⁰ Så även *Hemmo I 2003* s. 90 och särskilt not 56 med stöd av en kortare beskrivning av regleringen. Jfr dock med *Kuoppamäki 2003* s. 754 ff. och 830 där det kommer fram att han inte självständigt analyserar det konkurrensrättsliga förbudet mot säljvägran jämfört med civilrättslig kontraheeringsplikt. Han nöjer sig med att med stöd av *Hemmo I 1997* konstatera att det är fråga om oegentlig kontraheeringsplikt utan att beakta att *Hemmo 1997* inte har kunnat bedöma inverkan av den nya 18 a §. På grund av att *Kuoppamäkis* verk gäller regleringen av marknads-makt i konkurrensrätten i EG och Finland och att det har som mål att systematisera konkurrens-rättens fält, se s. 16 f., fäster han antagligen mindre uppmärksamhet vid de civilrättsliga frågor som anknyter till den konkurrensrättsliga regleringen.

¹¹¹ Se *Lappalainen II 2001* s. 357 och *Taxell 1972* s. 185 angående den normala situationen som uppstår mellan avtalsparter då naturaborgenären underlåter att prestera.

om en positiv prestation som gäller avtalets huvudförpliktelse vara sämre än en motsvarande dom som gäller ersättning för skadan. Man kan alltså inte med säkerhet säga att det alltid skulle föreligga en faktisk skillnad mellan hur civilrättslig kontraheringsplikt och konkurrensrättsligt förpliktande till avtal går att förverkliga. Det är därför fråga om så gott som likvärdiga ingrepp i avtalsfriheten. Hemmo konstaterar att det i grunden är fråga om en begränsning av valfriheten på det sätt som påminner om den civilrättsliga kontraheringspliktens begränsningssätt. Skillnaden ligger i att sanktionerna är inordnade på ett annat sätt än genom den avtalsrättsliga regleringen.¹¹²

3.3 AVTALSFRIHETEN OCH KONTRAHERINGSPLIKTEN

3.3.1 Allmänt

Ovan i avsnitt 3.1.2 har jag granskat avtalsfriheten som en grund för avtalsrätten i marknadsekonomin. Här följer en analys av hur inskränkningar i avtalsfriheten kan uppfattas. Det är med tanke på temat för undersökningen fråga om inskränkningarna att välja avtalspart som är intressant.

De civilrättsliga och konkurrensrättsliga medel som man har tillgripit för att garantera tillgängligheten av nyttigheter varierar i styrka. Till de kraftigaste ingripandena hör de konkurrensrättsliga regleringarna som begränsar en näringsidkares rätt att välja avtalspart och den civilrättsliga skyldigheten att sluta avtal, dvs. reglerna om kontraheringsplikt.

Förbudet mot säljvägran och kontraheringsplikten innebär ur den förpliktade partens synvinkel att hans handlande begränsas – hans frihet att välja avtalspart kringskärs – men ur den berättigade partens synvinkel att honom ges en rätt att få avtal till stånd – hans frihet ökar. Man kan således med hjälp av förbudet mot säljvägran respektive kontraheringsplikten säkerställa att vissa aktörer respektive vissa grupper av individer inte på alltför lättvindiga grunder ensidigt kan förvägras att sluta avtal för att erhålla nödvändiga varor och tjänster. Samhället med en marknadsekonomi av i dag bygger på en långt gången arbetsfördelning vilket är en omständighet som talar för en omtolkning av avtalsfriheten.

I rättssystemet ingår indispositiva och dispositiva normer. Konkurrensrättens normer är redan på grund av sina drag av offentlig rätt indispositiva. Inom avtalsrätten särskiljer man mellan tvingande och dispositiva normer. I vissa fall finns inga detaljerade normer som styr en viss avtalsverksamhet.¹¹³ Kontrahe-

¹¹² Se Hemmo I 2003 s. 90.

¹¹³ Se t.ex. Adlercreutz I 1989 s. 23 och Taxell 1987 s. 51 ff.

ringsplikt och tvingande rätt i allmänhet inskränker grundprincipernas omfattning. Det är emellertid inte ens möjligt att tänka sig ett samhälle som uteslutande bygger på en frihet att sluta vilka avtal som helst eller att låta bli att överhuvudtaget sluta avtal. Inte ens under det mest liberalistiska skedet av samhällsutvecklingen under den andra hälften av 1800-talet hade man ett system som byggde på absolut avtalsfrihet.¹¹⁴

I utvecklingen från ett merkantilistiskt samhälle till ett samhälle med marknadsekonomi skedde en gradvis ändring av den rättsliga regleringen, men det fanns alltid inskränkande element i avtalsfriheten. Inskränkningarna har funnits för att beakta det allmännas intresse som står i konflikt med individernas intressen.¹¹⁵ Detta sammanhänger också med det liberalistiska ekonomiska tänkesättet att det endast är centralmakten som förmår skapa det förtroende som förutsätts av den omsättning som sker på marknaden. Handeln förutsätter en förutsägbarhet som staten i sista hand garanterar. Den fria marknaden är därmed en produkt av den rättsliga regleringen.¹¹⁶ Sedan liberalismens genombrott har de inskränkande elementen blivit allt mera omfattande för att trygga en fungerande marknad. Ovan har för jämförelsens skull de konkurrensrättsliga inskränkningarna granskats. Här följer den civilrättsliga granskningen.

Inskränkningarna i avtalsfriheten – kontraheringsplikten och den tvingande rätten i övrigt vari ingår även ogiltighetsreglerna och jämningsregeln – kan uppfattas på olika sätt. I diskussionen särskiljer man avtalsrätten i rättsstaten från avtalsrätten i välfärdsstaten. Avtalsfriheten, som räknats till det rättsstatliga idealet, har kringkurits med hjälp av tvingande rätt för att skydda den svagare parten. Ovan framgick att avtalsfriheten också har kringkurits för att trygga en fungerande konkurrens mellan näringsidkarna som direkt kommer konsumenterna till godo. Härvid uppstår frågan om hur en välfärdsstatlig avtalsrätt¹¹⁷ och en avtalsrätt för ett transaktionssamhälle där transaktionerna standardiseras för massdistribution¹¹⁸ förhåller sig till varandra.

Välfärdsstatlig avtalsrätt behöver inte uppfattas som oförenlig med den traditionella avtalsrätten som uppstått under den period då de 1800-tals liberalistiska idealen förknippades med rättsstaten. De första välfärdsstatliga regleringarna hade sin begynnelse vid tiden för liberalismens höjdpunkt. Senare utvecklades den europeiska välfärdsstaten efter det andra världskriget enligt sådana nationalekonomiska åsikter som ansåg att producerandet av välfärdsförmåner i enlighet med ett solidaritetstänkande är ägnat att befrämja ekonomisk effektivitet. Genom att utjämna inkomstskillnader kan man upprätthålla konsumtionsefter-

¹¹⁴ Se *Bernitz 1969* s. 129, *Wilhelmsson 1977* s. 16, *Kekkonen 1987* s. 294 och *Taxell 1987* s. 51.

¹¹⁵ Se *Victorin SvJT 1976* s. 437 f., *Pöyhönen 1988* s. 267 och *Bernitz 1969* s. 104 f. och s. 111 ff. angående utvecklingen av näringsfriheten.

¹¹⁶ Se *Häyhä 1996* s. 39 f.

¹¹⁷ Se *Häyhä 1993* s. 178 f. med hänvisning till *Wilhelmsson 1993* s. 28–33.

¹¹⁸ Se t.ex. *Aurejärvi Oikeus 1984* s. 127 och *Häyhä 1996* s. 181 ff. samt *Häyhä 2000* s. 125 ff.

frågan och utjämna negativa konsekvenser av konjunktursvängningar. När medborgarna råkar ut för risker som förverkligas förlorar de inte sin förmåga att agera på marknaden. Med stöd av detta anser Häyhä att välfärdsstaten har ökat förutsebarheten på marknaden.¹¹⁹

Rättsstatsmaskineriet har satts att förverkliga välfärdssamhällets mål. Här möter rättsstatstanken – tanken om ett statsmaskineri som fungerar pålitligt, normenligt och effektivt – samt välfärdsstaten varandra. Med det normenliga skall här förstås även ett normsystem som inte begränsas till ytnivån, dvs. den positiva rätten förstås som ett skiktat normativt fenomen. När rättsstaten begränsar sig betonar man de underliggande skiktens andel. Tuori förenar sig i anslutning till detta med Habermas i att rättsstaten är möjlig endast i form av en demokratisk rättstat. Man kan såsom Juha Tolonen komprimera detta sakförhållande till att det moderna rättsstatsmaskineriet i denna mening har varit välfärdsstatens *conditio sine qua non*.¹²⁰

Även i grundrättighetssammanhang har man fäst uppmärksamhet vid att till standardiserade förfaranden hör rikligt med allmänna intressen. Dessa begränsar sig inte endast till t.ex. de rättsliga regleringarna av vatten- och energiförsörjningen utan även finansierings- och försäkringsverksamheten samt masskommunikation och kommunikationstjänster hör till vägande allmänna samhällsintressen. Dessa allmänna intressen kan inte förbigås vid en reglering av branscherna liksom inte heller vid beslutsfattande om dem.¹²¹

Med välfärdsstatlighet kan man mena att man tillför samhället en viss mängd av solidaritet mellan samhällsmedlemmarna med hjälp av ett helhetsintresse.¹²² Ett införande av nya stadganden om kontraheringsplikt och ett utvecklande av en allmän rättsgrundsats om kontraheringsplikt till förmån för konsumenter kan ses som ett exempel på hur välfärdsstatliga värden kommer till uttryck inom avtalsrätten.¹²³ En sådan syn omfattas inte av alla aktörerna i rättssystemet varför det även finns behov av andra förklaringar.¹²⁴

¹¹⁹ Se Häyhä 1993 s. 168–176. Se även Häyhä 1993a s. 35 ff. och särskilt 38 där han kommer till att formalismen i den tvingande lagstiftningen kan beskrivas på ett sätt enligt vilket den tjänar de syften som finns i rättsstatstanken. Vidare i det sistnämnda a.a. s. 39 kommer han till att det som han kallar välfärdsinterventioner i form av begränsningar i avtalsfriheten egentligen stöder de legitima förväntningarna hos den andra parten genom att öka förutsebarheten av kontraktuella åtaganden.

¹²⁰ Se Tolonen, J. Oikeus 1994 s. 257 och Tuori Kriittinen 2000 s. 256 f.

¹²¹ Se Länsineva 2002 s. 20 f.

¹²² Se Häyhä *Solidaarisuus* 2000 s. 62 och 80 f. Han ser solidariteten såsom Wilhelmsson i Wilhelmsson 2000 s. 30 ff. framställer den såsom ett renodlat normativt krav som förpliktar var och en i sin verksamhet att beakta andras fördel.

¹²³ Angående utvecklandet av den allmänna rättsgrundsatsen uttryckte jag saken så i Nybergh 1997 s. 4 med hänvisning till Wilhelmsson 1993 s. 30 där han säger att kopplingen mellan välfärdsstaten och den sociala civilrätten sker indirekt genom värden.

¹²⁴ Se t.ex. Hemmo I 2003 s. 80 som i denna andra förnyade upplaga vidhåller att det i viss mån är oklart om en kontraheringsplikt kan finnas utan ett uttryckligt stadgande i lag.

Häyhä ser på saken som en fråga om att särskilja material som förändras i olika takt och som ingår i den rättsliga traditionen. Han säger att man med stöd av denna tanke kan kritisera forskningsinriktningar som betonar välfärdsstatliga drag i civilrätten. I undersökningar inom den sociala civilrätten har man inte förmått identifiera forskningsobjektet på ett sätt som utvisar självständighet. Det är särskilt svårt att urskilja forskningsobjektet från den avtalsrättsliga traditionen då den särskiljande faktorn uppges vara värden. Han proponerar såsom alternativt utformningssätt tanken om att beaktandet av välfärdsstatliga drag inom avtalsrätten (sopimusoikeuden hyvinvointivaltioolistuminen) kan förstås som att traditionen inom avtalsrätten anpassar sig till den förändrade verkligheten.¹²⁵

En bakgrund till en sådan tankegång är det som Häyhä anfört angående återförsäkring om att det behövs någon form av reglering. I allmänhet har man förknippat behovet av reglering med att föremålet för regleringen inte annars skulle anses vara tillräckligt kontrollerbart utan sådana rättsnormer som styr en verksamhet. Bakom normgivningen ligger en rädsla för att det rationella beteendet inte utan normer som styr en verksamhet skulle vara möjligt. Då det är fråga om handel har rationaliteten i den fria marknadsekonomi stått i ett viktigt samband med aktörernas möjligheter att förutse verkan av sin verksamhet.¹²⁶

Utöver denna syn på regleringen kan man utveckla begränsningar av avtalsfriheten genom att söka analogistöd i konkurrensrätten enligt konceptet en fungerande konkurrens. Inom konkurrensrätten tar man ekonomisk-vetenskapliga analyser till hjälp för att svara på dylika frågor.¹²⁷ Frågan om vad som avses med en fungerande konkurrens preciseras till vad som avses med effektivitet.

Man har hävdats med stöd av en neoinstitutionell analys att marknaden inte är idealisk eller fullständig liksom att inte heller en fullständig marknad automatiskt innehar ställningen som effektivitetsideal. I stället för en situation av ofullständig marknad borde man tala om typiska och nödvändiga egenskaper hos marknadsmekanismen. Slutligen har man funnit att en helt oreglerad marknad inte ur samhällets synvinkel kan fungera tillfredsställande utom i särskilda undantagsfall. Den diskussion som förs om förhållandet mellan marknaden och regleringen blir rikare och noggrannare om man preciserar vad som avses med reglering avseende dess föremål och mål.¹²⁸

Timonen har separerat från varandra en reglering som skapar en fungerande konkurrens, en reglering som bestämmer och begränsar avtalsfriheten samt en

¹²⁵ Se den problematisering av den sociala civilrättens granskningsätt som Häyhä framställt i bl.a. *Häyhä 2000* s. 64 vid not 115 med vidare hänvisningar till bl.a. *Häyhä 1996*.

¹²⁶ Se *Häyhä 2000* s. 61.

¹²⁷ Se t.ex. *Määttä 2001* s. 93–97.

¹²⁸ Se *Timonen 1997* s. 99 f.

reglering som inom avtalsfrihetens ram gäller tillåten verksamhet och som gäller förfarandebegränsningar. Ett realistiskt förhållningssätt till marknaden och aktörerna på marknaden förutsätter att en reglering som tryggar omsättningens grundläggande spelregler i allmänhet är nödvändig för att marknaden skall kunna fungera. Man måste därmed bedöma i vilken mån det är berättigat, nödvändigt eller nyttigt att på denna grund ingripa i aktörernas avtalsfrihet, dvs. vad som är föremål för omsättning eller frihet att välja förfarande, dvs. på vilket sätt och på vilka villkor omsättningen skall äga rum.¹²⁹

Vid en bedömning av effektiviteten i förhållande till rättvisan har man med stöd av en indelning i social, formell och teknisk rättvisa i regel förespråkade att effektivitetsargumenten måste underställas rättviseargumenten. Detta beror på att man inte för en prioritering av effektivitetsargumenten har framställt sådana allmänt godtagbara moraliska grunder som skulle tillåta det.¹³⁰

En tillämpning av detta leder till frågan om man med normer om kontrahe- ringsplikt kan uppnå en bättre fungerande marknad. Härvid är effektiviteten inte heller det enda kriteriet. Om man utvecklar dessa grundläggande drag för en rättslig analys på detta tema kan man hävda att den av avtalsfrihetens element som gäller rätten att välja avtalspart (den negativa avtalsfriheten) inte längre kan ha samma innebörd som under liberalismens genombrott. Olägen- heterna har visat sig bli alltför stora. Marknaden i samhället har utvecklats i en så hög grad till en marknad med nyttigheter för masskonsumtion (goods and services for mass consumption), där omsättningen således i hög grad är så standardiserad att regelbundenheterna på marknaden också har gett upphov till vissa förväntningar angående vissa nyttigheter. Avtalskonstellationen kan upp- fattas som en form av distributionskanal för nödvändighetsnyttigheter.¹³¹ I dessa fall måste rätten att välja avtalspart kompletteras med ett krav på godtagbar grund för vägran, dvs. det skulle vara mot god sed inom den bransch det är fråga om att vägra sluta avtal.¹³² Detta är en normal tillämpning av en norm om kontraheringsplikt, vare sig det är fråga om uttryckligen lagreglerade fall eller en verksamhet för vilken den allmänna rättsgrundsatsen anses gälla (se 3.3.2.2).

En jämförelse med säljvägran i konkurrensrätten är belysande. Den part som

¹²⁹ Se *Timonen 1997* s. 99 f. Se även *Häyhä 1996* s. 39 f. som konstaterar att enligt det liberalistiska tänkesättet är den fria marknaden i själva verket en produkt av reglering.

¹³⁰ Se *Timonen 1997* s. 102.

¹³¹ Se *Häyhä 1996* s. 61 f.

¹³² Se *KM 1990:20* s. 275 där man som exempel framför apotekens rätt att vägra sälja läkemedel då man misstänker missbruk eller en taxichaufförs rätt att vägra uträtta en körsla på grund av att den presumtiva kunden är alltför berusad, vilket kan hävas av det straffrättsliga förbudet mot utsättande. Jämför detta resonemang med det som framförs i *Hoppu 1997* s. 85 om frivilliga försäkringar: försäkringsgivare är inte skyldiga att bevilja försäkringar åt alla som vill det men på grund av att det är fråga om koncessionsbunden verksamhet kan försäkringsgivarna inte utan godtagbar grund låta bli att bevilja den försäkring som söks. Den goda försäkringsleden förpliktar försäkringsgivarna att förhålla sig opartiskt och jämlikt till de presumtiva kunderna.

kontraheringsplikten gäller har en stark marknadsställning liksom den dominerande ställningen enligt KonkB 6 §, dvs. en sådan aktör måste uppfylla ett krav på opartisk behandling.¹³³ Det är svårt att se varför ett sådant krav inte skulle gälla för situationer när en kontraheringspliktsnorm gäller. En bakomliggande grund för både kontraheringsplikten och förbudet mot säljvägran är att en grundlös exkludering från marknaden kränker den grundläggande rätten till fungerande marknader.¹³⁴

3.3.2 Den traditionella uppfattningen om avtalsfriheten och kontraheringsplikten

3.3.2.1 Den lagreglerade kontraheringsplikten

I den nordiska rättslitteraturen har man, såsom ovan i början av avsnitt 1.1 och 3.2.4 beskrivits, med kontraheringsplikt traditionellt förstått en situation där ett avtal slutligen uppkommer till följd av en till synes ensidig viljeförklaring i form av att ett påbud, dvs. egentligen en accept på ett tänkt anbud. Anbudet anses alltså givet i och med att en näringsidkare gått in för att tillhandahålla vissa varor eller tjänster för allmänheten mot betalning. Den som kontraheringsplikten riktas mot är således skyldig att sluta ett avtal om att sälja en vara eller tillhandahålla en tjänst på de villkor som denna i allmänhet tillämpar om någon det fordrar.¹³⁵ Med andra ord är det fråga om att inordna avtalets uppkomst med stöd en norm om kontraheringsplikt enligt avtalsmekanismens begrepp. Fordran eller påbudet är en accept av det stående anbud som den förpliktade näringsidkaren räknas ha avgett.¹³⁶

På grund av att en dylik förpliktelse är en kraftig avvikelse från den ursprungliga marknadsekonomiska utgångspunkten om att bl.a. få välja avtalspart har man utvecklat begränsningar för när normer om kontraheringsplikt gäller. Man har ansett att det undantagsvis föreligger en norm om kontraheringsplikt åtminstone i sådana situationer då en offentlig institution eller en näringsidkare i monopolställning eller därmed jämförbar ställning bjuder ut varor eller tjänster.¹³⁷ En sådan norm återfinns vanligen i särskilda stadganden som explicit

¹³³ Se *Määttä 2001* s. 140.

¹³⁴ Se *Pöyhönen 2000* s. 82 f. där han konstaterar att marknadsorienteringen betonar den ställning som den fungerande marknaden har i förmögenhetsrättens system som oskriven grundrättighet. Det är en skyldighet för varje rättssubjekt då han nyttjar sina rättigheter att fungera i marknadssystemet så att han underkastar sig sådana konkreta skyldigheter som uppställts i normer på nivån av vanlig lag.

¹³⁵ Se t.ex. *Ussing 1945* s. 98 f., *Vahlén 1966* s.12 f., *Kivimäki – Ylöstalo 1973* s. 263 ff., *Hov 1991* s. 77 f., *Adlercreutz I 2000* 101 f., *Lyng Andersen m.fl. 1991* s. 22 och *Gomard 1996* s. 15 f.

¹³⁶ Se t.ex. *Ussing 1945* s. 98 f., *Vahlén 1966* s. 12 f. och *Adlercreutz I 2000* s. 101.

¹³⁷ Se *KM 1990:20* s. 150 och 274 samt *Adlercreutz I 2000* s. 101 ff.

uttrycker skyldigheten. Sådana stadganden som är intressanta med tanke på denna undersökning är infrastrukturtjänster. Numera ingår stadganden om skyldigheter i bl.a. dessa lagar enligt följande:

- I 11 § lagen om posttjänster (313/2001) stadgas att postföretagen är skyldiga att förmedla brevförändelser. Skyldigheten behandlas närmare i avsnitt 5.2.2.
- I 3, 4 och 5 kap. kommunikationsmarknadslagen (393/2003) ingår en omfattande reglering om skyldigheter för aktörerna på marknaden. I 59 § denna lag stadgas om ett teleföretags skyldighet att tillhandahålla en anslutning till det fasta telefonnätet. Skyldigheten behandlas närmare i avsnitt 5.3.2.
- I 9.2 § elmarknadslagen (386/1995) stadgas att nätinnehavaren på begäran och mot skälig ersättning till sitt nät skall ansluta eldriftsställen och elproduktionsinrättningar inom sitt verksamhetsområde som uppfyller de tekniska kraven (anslutningsskyldighet). I 10.1 § stadgas att nätinnehavaren mot skälig ersättning skall sälja elöverföringstjänster till dem som behöver sådana inom gränserna för nätets överföringskapacitet (överföringsskyldighet). I 21.1 § (466/1999) samma lag stadgas att en minutförsäljare av el som har dominerande ställning på marknaden på en distributionsnätsinnehavares ansvarsområde skall leverera el till skäligt pris när kunden begär detta, om kunden inte har andra ekonomiskt konkurrenskraftiga möjligheter att anskaffa el genom elnätet (leveransskyldighet).
- I 50 a § (69/2003) KreditIL stadgas om rätt till grundläggande banktjänster på det sätt som extensivt framkommer i avsnitten 6.2.3–6.2.5.
- Enligt 15.1 § (361/1993) trafikförsäkringslagen skall ägaren till ett motorfordon ha en trafikförsäkring. Den egentliga kontraheringsplikten som ålagts försäkringsgivaren regleras i 3 § (F 454/1995) trafikförsäkringsförordningen (324/1959) där det stadgas att ett trafikförsäkringsbolag inte får ”vägra att bevilja och upprätthålla en försäkring som söks hos bolaget, om försäkringen gäller ett motorfordon för vilket bolaget i enlighet med sin koncession eller sin anmälan samt fastställda bolagsordning eller sina stadgar har rätt att bevilja försäkring.”
- Enligt 19 § järnvägstransportlagen (1119/2000) stadgas om transportskyldighet så att ett järnvägsföretag som idkar persontrafik är skyldigt att transportera passagerare och deras handbagage.

Det är ofta fråga om varor eller tjänster som i dagens samhälle anses vara nödvändiga för det dagliga uppehållet.¹³⁸ Privatpersonerna har ett berättigat krav som näringsidkaren på *preciserade grunder* måste kunna förkasta. Både när kontraheringsplikten bygger på den allmänna rättsgrundsatsen och när det

¹³⁸ Se t.ex. Vahlén 1966 s. 12 f., Kivimäki – Ylöstalo 1973 s. 263 ff., Hov 1991 s. 77 f., Adlercreutz I 2000 s. 101 f. och Lynge Andersen m.fl. 1991 s. 22.

finns stadganden om kontraheringsplikt är det oklart på vilka grunder näringsidkaren kan förvägra avtal. Omfattningen av kontraheringsplikten är beroende av de godtagbara grunderna för vägran.¹³⁹

Det finns dock fog för att påstå att uppfattningen om att kontraheringsplikten begränsas till offentliga institutioner och monopolinnehavare eller därmed jämförbara samt att den utgör en obetydlig undantagsregel inte motsvarar den ställning som den har i de uttryckligen reglerade normerna i dagens samhälle. I den nyare litteraturen som behandlar saken förekommer inte någon djupgående analys av rättsläget av idag på grund av att det är fråga om allmänna framställningar.¹⁴⁰ De framställningar som innehåller utförligare analyser har tillkommit under en tid då centrala regleringar av relevanta branscher och samhällssektorer såg helt annorlunda ut än vad de gör idag.¹⁴¹ Hemmos nya framställning om allmän avtalsrätt behandlar saken litet utförligare än vad som varit vanligt tidigare i framställningar om allmän avtalsrätt.¹⁴² Här är avsikten att analysera utvecklingen av avtalsfriheten med tanke på frågeställningen i detta verk som koncentreras till privatpersoners rätt till avtal om infrastruktur-tjänster för handeln vilket inbegriper e-handeln.¹⁴³

3.3.2.2 *Den allmänna rättsgrundsatsen om kontraheringsplikt*

I 1 kap. konstaterade jag att vissa branscher reglerats utan närmare eftertanke om behovet av stadganden om kontraheringsplikt funnits eller inte. Exempel på stadganden för branscher för vilka man konstaterat ett behov av ett dylikt stadgande nämndes strax ovan i föregående underavsnitt. Dessutom regleras verksamheter som förutsätter koncession såsom finansiella tjänster genom främst offentlighetsrättsliga branschvisa generalklausuler. Dessa klausuler ger en möjlighet till en smidig tillsyn av branschen. Med stöd av generalklausulerna förutsätts att i verksamheten iakttas ”god sed” eller dylikt. Här utgör dock KreditLL 50 a § en nyskapelse genom att man för grundläggande banktjänster infört en uttryckligen reglerad rätt till avtal. Med stöd av denna är det inte riktigt klart i vilka alla situationer rätten föreligger. Man kan således fortfarande fråga sig om man i helt oreglerade situationer och i delvis reglerade situationer kan tillämpa en allmän rättsgrundsats om kontraheringsplikt.

¹³⁹ Se *Nybergh 1997* s. 231 f. och s. xii där det dock av utrymmesskäl inte var möjligt att utföra en särskild analys av sådana grunder och vidare nedan i avsnitt 3.3.4 där grunderna för vägran behandlas på ett allmänt plan.

¹⁴⁰ Se *Hov 1991* s. 77 f., *Adlercreutz I 2000* s. 101 f. och *Lynge Andersen m.fl. 1991* s. 22.

¹⁴¹ Se *Koktvedgaard 1960* och *Pehrson 1976* som är de monografier i Norden som funnits före *Nybergh 1997*.

¹⁴² Se *Hemmo I 2003* s. 77–95.

¹⁴³ Jag har tidigare i 2 kap. i *Nybergh 1997* presenterat en lösning på hur man kunde ompröva avtalsfriheten och betona rätten till avtal.

Man hade redan vid beredningen av de nordiska avtalslagarna övervägt att reglera kontraheringsplikten i någon form. I Sverige hade man till och med i ett preliminärt utkast till det förslag som gavs ut som ett kommittébetänkande intagit ett stadgande om skadeståndsskyldighet för utlovad person- eller varutransport om transporten inställdes eller ändrades utan meddelande om detta i god tid. Man avsåg också skadeståndsskyldighet om någon utan giltig orsak blev förvägrad befordran. Efter remissbehandling, som ledde till åtskilliga invändningar till denna del, avlägsnade man dock dessa regler från förslaget på grund att man fann det svårt att med tillräcklig noggrannhet bestämma förutsättningarna för skadeståndsskyldigheten och för att man hyste tvivel om att en sådan allmän lagbestämmelse var nödvändig med tanke på hur transportererna sköttes i landet.¹⁴⁴

I litteraturen har man rätt allmänt omfattat en uppfattning enligt vilken en regel om kontraheringsplikt inte är beroende av ett uttryckligt stadgande.¹⁴⁵ Uppfattningarna har framställts sedan länge. I Danmark har Ussing redan 1945 konstaterat att en förpliktelse att sluta avtal kan inträda utan lagstadgande när särskilda förhållanden enligt allmän uppfattning kräver det. Han anför som exempel att vid en rättsstridig bojkott har den som förvägrats då han har ett rättsligt intresse efter omständigheterna rätt att få plikten att sluta ett avtal fastslaget i en dom.¹⁴⁶

I Sverige har Pehrson 1976 konstaterat att trots att avtalsfriheten råder som huvudregel har ett större tvång att ingå avtal inställt sig. Det har skett en utveckling till att det ofta endast finns en möjlig avtalspartner. Härmed har ett grundläggande element i avtalsfriheten, dvs. att rätten att välja avtalspart för den ena potentiella avtalspartnern försvunnit och det uppstår ett beroendeförhållande. Han konstaterar ytterligare att detta inte är någon nyhet och att en allmän civilrättslig regel om kontraheringsplikt får anses ligga i linje med utvecklingen inom svensk avtalsrätt även om detta inte har föreskrivits i lag. Han uppställer också förutsättningar när så är fallet.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Se *Förslag till avtalslag 1914* s. 60 f. där man också konstaterade att för järnvägstransport redan finns författningar om skyldighet att befordra personer och gods som inte föranleder vidare lagstiftningsåtgärder. Däremot konstaterade man angående ångbåtstrafiken att det saknas motsvarande regler och att det förekommit missförhållanden med rederiernas sätt att behandla sina presumtiva kunder. Man ansåg att den allmänna avtalslagen inte var lämplig för att reglera förhållanden inom en specialbransch utan hänvisade till kommande reformer av sjölagen.

¹⁴⁵ Se *Nybergh 1997* 4 kap. där jag utreder huruvida det i de fyra största nordiska länderna finns en allmän kontraheringsplikt och i vilka situationer den kunde tillämpas. Sedan dess har det kommit ytterligare reglering i de olika länderna inom de branscher jag då undersökte. Det är intressant att notera att uttryckliga regler om kontraheringsplikt bl.a. införts för grundläggande banktjänster i Danmark, Finland och Norge för vilka jag då ansåg att det gick att tillämpa en allmän rättsgrundsats om kontraheringsplikt.

¹⁴⁶ Se *Ussing 1945* s. 99. Se även *Lyngge Andersen – Møgelvang-Hansen 2001* s. 48 f. där grunden för ”princippet om retten till inlånskonto” stöds med den dåvarande regeln om ”god skik” i 1 § bank- og sparkasseloven.

¹⁴⁷ Se *Pehrson 1976* s. 81 f.

Skyldigheten torde enligt Pehrson främst gälla företag med en starkt marknadsdominerande ställning och den som har rätt till avtal skall i väsentlig mån vara beroende av att få ingå avtal. På grund av denna förutsättning finner han att det råder kontraheringsplikt endast på områden med någon större allmän betydelse och att avtalet uppstår på sedvanliga villkor. En ytterligare förutsättning är att ett företag endast kan förpliktas om det finns kapacitet att presteras.¹⁴⁸ Litet senare har också Bernitz konstaterat att det föreligger en kontraheringsplikt enligt allmänna avtalsrättsliga principer som gäller generellt både mellan näringsidkare och mellan näringsidkare och konsumenter. Den okodifierade avtalsrättsliga principen om kontraheringsplikt kan stödas på rättspraxis och doktrin.¹⁴⁹

Detta är inte heller speciellt endast för de nordiska länderna. I Tyskland finns det en lång tradition av rättspraxis från hela 1900-talet där domstolarna inte begränsat sig till att enbart tillämpa en uttryckligen reglerad kontraheringsplikt.¹⁵⁰ I common law -länderna finns det också undantag till rätten att vägra sluta avtal, som inte baserar sig på uttrycklig reglering, men i mindre omfattning än i Tyskland. Vårdshus och transportörer har en skyldighet att betjäna alla som vänder sig till dem i skälig utsträckning. Det finns också en doktrin om inskränkning av handel enligt vilken en vägran att avtala innebär en oskälig inskränkning av en persons frihet att idka sin handel eller sitt yrke, dvs. rätten till arbete påverkas på ett oskäligt sätt. Utvecklingen av dessa normer inom common law har emellertid stannat upp och den egentliga utvecklingen av normer på detta område har lämnats över till lagstiftningen. I engelsk rätt har det således införts lagreglering om begränsande av diskriminering och lagstiftning som begränsar monopol och inskränkning av handel samt som reglerar samhällsservice.¹⁵¹

I Finland har man i lagberedningssammanhang även tagit som utgångspunkt att det föreligger en norm om kontraheringsplikt utan lagstöd när man beredde en revidering av RättshL som bl.a. gick ut på att föreslå en ny 9 a §.¹⁵² Förslaget till paragrafen lyder enligt följande:

¹⁴⁸ Se Pehrson 1976 s. 82 ff.

¹⁴⁹ Se Bernitz 1991 s. 80 f. där han nämner rättsfallen *NJA 1946 s. 695*, ett kraftbolag ålagt vid vite att ge en elinstallatör entreprenörsrätt och *NJA 1948 s. 513*, en murare fick vid vite rätt att bli upptagen som medlem i Svenska murareförbundet samt justitierådet Ulveson i *NJA 1970 s. 394* (Solna Båt Sällskap) där han utöver att han på formella grunder funnit en utslutning ur föreningen "oförenlig med stadgarnas grunder" konstaterar att utslutningsbeslutet även kan förklaras vara utan verkan om det överhuvudtaget uppenbart strider mot tillbörlig ordning i föreningar av ifrågavarande slag eller eljest är uppenbart obilligt. Rättsförhållandet mellan medlemmar och ideella föreningar som dessutom främjar intressen av ekonomisk art skall bedömas enligt allmänna avtalsrättsliga grundsatsar varför även analogislut med stöd av 8 § skuldebrevslagen och 34 § FAL var möjligt.

¹⁵⁰ Se t.ex. Bydlinski 1980 s. 29 ff., Kilian 1980 s. 56 ff. och Schiek 1999 s. 427 f.

¹⁵¹ Se t.ex. Beatson 1995 s. 279 ff.

¹⁵² Se *KM 1990:20 s. 273 f.* Se även *Saarnilehto 2001 s. 352 f.* som finner att den föreslagna regeln bra beskriver de tankar som i dagens läge framställs angående kontraheringsplikten.

”Är en näringsidkare eller ett offentligt samfund på grund av lag, förordning eller bestämmelser som utfärdats med stöd av dem skyldig att erbjuda nyttigheter till allmänheten eller kan de på grund av monopol- eller därmed jämförbar ställning anses ha en sådan skyldighet, uppkommer ett avtal på grund av ett anbud som inkommit till näringsidkaren eller det offentliga samfundet. Vad här är sagt gäller inte, om anbudet avviker från de villkor som näringsidkaren eller det offentliga samfundet allmänt iakttar eller om näringsidkaren eller det offentliga samfundet framställer ett grundat skäl för att inte ingå avtal.”

Det väsentliga i detta sammanhang är för det första konstaterandet att en skyldighet att erbjuda nyttigheter till allmänheten för en näringsidkare eller ett offentligt samfund kan grunda sig på bl.a. lag. För det andra sägs att om en näringsidkare eller ett offentligt samfund har en monopol- eller därmed jämförbar ställning kan de också *anses ha en sådan skyldighet*. När skyldigheten föreligger följer den egentliga normen som stadgandet gäller om att ett avtal uppkommer på grund av ett anbud som inkommit till näringsidkaren eller det offentliga samfundet.

Det är en aning förbryllande att det föreslogs att avtalet uppkommer på grund av att ett *anbud* inkommer till näringsidkaren när det i litteraturen har sagts att näringsidkaren kan sägas ha ett stående anbud som de som vill kontrahera *accepterar*.¹⁵³ Det föreslagna stadgandet utgår således från att det är de presumtiva kunderna som lämnar ett anbud till näringsidkaren. Näringsidkaren har då en skyldighet att acceptera anbudet. Genom att gå in för att idka verksamheten påtar sig näringsidkaren denna skyldighet. Detta är i sig ett möjligt arrangemang men på grund av att man i litteraturen har tänkt sig situationen tvärtom och då förslaget lagts att vila på obestämd tid utvecklar jag inte detta alternativ vidare.

Det väsentliga är alltså att man i betänkandet omfattade de synpunkter som framförts i litteraturen om att det föreligger en norm om kontraheringsplikt trots att det inte finns ett uttryckligt stadgande. Denna fråga måste betonas då det i Hemmos nya verk förefaller en aning oklart vad som avses. Han säger att det i viss mån är oklart huruvida det föreligger en norm om kontraheringsplikt utan uttryckligt lagstöd. Han motiverar detta med att det i betänkandet av

¹⁵³ Se ovan 1.1 vid not 6, 3.2.4 vid not 86 och strax ovan i vid not 135 med hänvisning till *Vahlén 1966* s. 12 f. och *Adlercreutz I 2000* s. 101 jämfört med *KM 1990:20* s. 150 f. I kommittébetänkandet talar man om en skyldighet att erbjuda nyttigheter till allmänheten. Man kan fråga sig om det inte skulle vara mera systemkoherent att operera med att det är näringsidkaren som erbjuder genom att hålla sig med ett stående anbud som kunden accepterar varmed avtalet uppstår i överensstämmelse med det som kallats avtalsmekanismen. Med stöd av detta resonemang borde i det föreslagna stadgandet stå: ”...uppkommer ett avtal på grund av en accept som inkommit till näringsidkaren eller det offentliga samfundet. Vad här är sagt gäller inte, om accepten...”.

kommissionen för revidering av rättshandlingslagen (KM 1990:20) ingick ett förslag till en ny 9 a § som reglerade saken. Hans uppfattning är att enligt stadgandet skulle kontraheringsplikt kunna följa av monopolställning eller därmed jämförbar ställning fastän det inte skulle föreligga ett specialstadgande. Sedan sluter han sig till att det är oklart huruvida en sådan norm utan den föreslagna lagstiftningsåtgärden kan anses gälla.¹⁵⁴

Såsom av det citerade förslaget till stadgandet ovan framkommer sägs endast att för det fall att näringsidkaren anses ha en sådan skyldighet uppkommer avtal på det föreskrivna sättet. Kommissionen utgick från att det råder en uppfattning om att det finns sådana situationer. Det föreslagna stadgandet skulle emellertid inte i sig ha grundat en allmän kontraheringsplikt. Det var fråga om att närmare reglera hur avtalet uppkommer då det på annat håll finns en norm om att det föreligger en skyldighet att ingå avtal. Stadgandet skulle ha kompletterat de övriga stadgandena om avtalsmekanismen i RättshL 1 kap.

3.3.3 Avtalsfriheten – rätt till avtal

Frihetsparadoxen som jag nämnde ovan i 3.1.1 innebär att en oinskränkt frihet att uppgöra hurdana avtal som helst leder till ett agerande hos de starka aktörerna som går ut på att sträva efter monopol eller oligopol eller lokalt fördelade monopol. Ett sådant agerande skulle leda till att den marknadsekonomiska utgångspunkten om att det skall råda konkurrensfrihet inte kan fortsätta. Dikotomin avtalsfrihet – konkurrensfrihet inom affärsförhållandena i näringslivet kan jämföras med avtalsfrihet – konsumtionsfrihet (i bemärkelsen rätt till avtal i konsumentförhållanden).

Avtalsfriheten, som uppfattas som den rättsliga grundprincipen för marknaden, och kontraheringsplikten kan ses som oförenliga storheter.¹⁵⁵ I rättslitteraturen anføres avtalsfrihet och avtalens bindande verkan¹⁵⁶ som de avtalsrättsliga huvudprinciperna eller elementen i ett samhälle med marknadsekonomi. Andra

¹⁵⁴ Ordagrant lyder konstaterandet: ”Oikeustoimilaitoimikunta ehdotti asiasta säännöstä, jonka mukaan sopimuspakko olisi voinut seurata monopolisemasesta tai siihen verrattavasta asemasta, vaikka erityissäännöstä asiasta ei olisi ollutkaan ... Epäselvää on kuitenkin, voidaanko vastaavan normin katsoa olevan voimassa ilman esitettyä lainsäädäntötointa.” Översättning (FN): ”Kommissionen för rättshandlingslagen föreslog ett stadgande om saken. Enligt stadgandet skulle kontraheringsplikt ha kunnat följa av monopol eller därmed jämförbar ställning fastän det inte hade funnits ett specialstadgande om saken ... Det är emellertid osäkert huruvida en motsvarande norm kan anses vara i kraft utan den lagstiftningsåtgärd som föreslogs.” Se *Hemmo I 2003* s. 80 och särskilt not 30.

¹⁵⁵ Se t.ex. *Lynge Andersen m.fl. 1991* s. 22 f.

¹⁵⁶ Se *Pöyhönen 1988* s. 88 ff. som anser att det är skäl att hålla isär dessa. Avtalens bindande verkan är ett nödvändigt villkor för att upprätthålla ett meningsfullt avtalssystem medan avtalsfriheten är en värdebaserad rättsnorm – principen om avtalsfrihet – som ingår i många avtalssystem.

friheter, element eller rådigheter som nämns såsom särdrag i denna typ av samhällen är näringsfrihet, konkurrensfrihet, konsumtionsfrihet, associationsfrihet och den privata äganderättens okränkbarhet.¹⁵⁷

Logiken måste vara olika beroende på om man betraktar förhållanden i produktions- och försäljningskedjan eller om man betraktar förhållanden i det sista ledet mellan den sista försäljaren och den slutliga förbrukaren (konsumenten). Aktörerna på samma horisontala nivå i affärsvärlden skall konkurrera med varandra för att verksamheten skall vara effektiv. De mindre effektiva aktörerna försvinner genom ett gallringsförfarande (likvidation, konkurs eller fusion) som följer särskilda rättsliga regler. Konkursen är det mest dramatiska sättet genom att ett företag förstörs genom förfarandet. Liksom i det naturliga kretsloppet där biomassan i det djur eller den växt såsom biologisk individ befrias till nytt liv befrias de produktionsfaktorer (materiell och immateriell förmögenhet) som varit bundna till en ineffektiv verksamhet. Företagets hela förmögenhet kommer sålunda till användning som byggdelar i nya strukturer.¹⁵⁸ De enskilda fysiska individerna däremot lever sitt liv i ett samhälle där djungelns lag har ersatts med moralnormer som i viss mån även formaliserats till rättsliga normer. Det är således inte meningsfullt att tillämpa affärsvärldens elimineringslogik på slutledet i kedjan mellan näringsidkare och konsumenter förutom att det först och främst skulle vara stötande. Individerna i ett samhälle kan inte gallras ut på samma sätt som svaga företag för att de inte är tillräckligt effektiva.

Ett tryggande av den faktiska avtalsfriheten inom näringslivet sker genom att man i konkurrensregleringen försöker behålla konkurrensfriheten, dvs. en fungerande konkurrens. Detta kan omskrivas till att aktörerna får konkurrera med varandra, men endast genom att följa specifika spelregler. Dessa regler skall trygga en aktörs rätt få etablera sig på en viss marknad och därefter ha en faktisk möjlighet att konkurrera med andra aktörer. Detta betyder att andra aktörer inte tillåts vidta förbjudna åtgärder som hindrar en annan att idka affärsverksamhet. I denna mening är affärsvärlden en lek med egna spelregler. Inom förhållanden mellan näringsidkare och konsumenter är det däremot fråga om allvar. Det är fråga om rätten att kunna delta i omsättningen för att hållas vid liv. Den faktiska avtalsfriheten, då det gäller friheten att få delta i marknaden (konsumtionsfrihet), tryggas genom regler om kontraheringsplikt.

Näringslivet finns till för att producera och sälja sådant som slutligen leder till konsumtionsprodukter. Det finns givetvis ofta ett eller flera mellanled (t.ex.

¹⁵⁷ Se t.ex. *Koktvedgaard* 1960 s. 1–3, *Bernitz* 1991 s. 1 ff. och *Rissanen* 1978 s. 1 och *Victorin SvJT* 1976 s. 437 f. Se särskilt *Bernitz* 1969 s. 24 ff. angående hans sätt att indela näringsfriheten i etableringsfrihet och konkurrensfrihet.

¹⁵⁸ Se *Koulu* 2004 s. 7 ff. där han redogör för den ekonomisk-vetenskapliga teorin om den skapande förstörelsen som tillskrivs Joseph A. Schumpeter. Teorin justifierar marknadsekonomins konkursinstitution. Rationaliteten går ut på att tillförsäkra en effektiv användning av resurserna.

den tunga industrin). Mellanleden producerar sådana produkter vilka i sin tur används för att producera t.ex. maskiner som används vid tillverkningen av en råvara för en industrigren som i sin tur producerar något som slutligen ingår som en komponent i en slutanvändarprodukt.

Samhället har gradvis förskjutits från ett stadium där självförsörjningen varit påtaglig till en ökande grad av arbetsfördelning. Därför lever individerna på ett sådant sätt att de inte kan framställa saker såsom livsmedel, kläder eller bostad och att de inte heller kan utföra sysslor som måste köpas i form av tjänster. Frågan är vilka konsekvenser det går att dra av detta. Skall den allt mera invecklade strukturen av beroendeförhållanden beaktas mera än tidigare i rätts-systemet? Hur omfattande skall rätten till avtal bli?

Av det ovan sagda framgår att det finns ett behov att analysera frihetsbegreppet. I forskningen om de grundläggande friheterna har man särskilt rättslig (normativ) frihet, negativ frihet, faktisk frihet, kollektiv frihet och kvalificerad (positiv) frihet.¹⁵⁹

Den *rättsliga friheten* innebär att det saknas en rättslig skyldighet att låta bli att göra en handling. Det är alltså fråga om en frihet från hinder som uppställs av lagen eller en myndighet. Friheten är obegränsad även i en sådan situation där en person saknar faktiska möjligheter att utöva sin frihet. Rättsordningen i sig står inte som hinder för det. I konkret form säger man att det står även en tiggare fritt att köpa ett hus. Den *negativa friheten* betyder att det inte finns rättsliga hinder för att göra handlingen och att inte heller andra aktörer förhindrar personen att göra handlingen. Man säger att det är en frihet från någonting. I den västerländska samhällsfilosofin har man med friheten ofta förstått just den negativa friheten.¹⁶⁰

Till skillnad från den rättsliga och negativa friheten förstår man med *faktisk frihet* en faktisk möjlighet att handla på önskat sätt. Det är en frihet till något. Utövandet av friheten är således inte nödvändigtvis beroende av andra aktörer. Avsaknaden av faktorer såsom medel, utbildning, socialskydd, hälsa, bostad eller dylikt begränsar den faktiska friheten fastän den rättsliga och negativa friheten är komplett.¹⁶¹

Den *kvalificerade eller positiva friheten* anknyter till en möjlighet eller kanske ett tvång att göra handlingar som en person inte nödvändigtvis själv vill göra men som följer av ett värdigare kriterium. De övriga frihetsbegreppen bygger på att det saknas hinder medan grundidén för den positiva friheten är en annan. Det är fråga om att personen i någon mening företar ett riktigt val och inte utnyttjar de valmöjligheter som den negativa friheten medger för att till-

¹⁵⁹ Se *Karapuu 1986* s. 74 och 80 f. Den kollektiva friheten är inte aktuell i detta sammanhang.

¹⁶⁰ Se *Karapuu 1986* s. 74–78 som stöder sig på bl.a. Hohfeld. Karapuu inbegriper i rättslig frihet även friheten att låta bli att göra handlingen. Se även *Karapuu 1999* s. 80.

¹⁶¹ Se *Karapuu 1986* s. 78 ff och *Karapuu 1999* s. 80.

fredsställa någon nyck eller svaghet. Karapuu lyfter fram att det finns ett totalitärt element i detta frihetsbegrepp men belyser saken även med att ifrågasätta att den negativa frihet som abstraherats ur varumarknadens valmöjligheter skulle vara den enda möjliga. Han åskådliggör detta med en situation där en liten pojke står i en affär fylld med krimskrams med en stor sedel i handen och betvivlar att situationen går att reducera till en symbol för den västerländska frihetsuppfattningen. Han medger dock att den positiva friheten är problematisk med tanke på forskningen om grundrättigheter. Den filosofiska traditionens frihetsbegrepp är svåra att operationalisera så att de lämpar sig för en rättsvetenskaplig analys utan att eventuella filosofiska insikter går förlorade.¹⁶²

Mellan dessa friheter föreligger vissa förhållanden. Ovan nämde jag redan förhållandet mellan rättslig och negativ frihet. Den faktiska friheten är den mest omfattande. För att den skall kunna förverkligas förutsätts att ekonomiska resurser riktas till förverkligandet av grundrättigheterna. För varje grundrättighet som skyddas i grundlagen kan man avse ett skydd av den negativa friheten och ett skydd av den faktiska friheten. Därutöver ingår det i grundlagen särskilda grundrättigheter med vilka man avser att trygga förverkligandet av faktiska förutsättningarna för grundrättigheterna. Det är fråga om de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna.¹⁶³

Niiniluoto har i ett sammanhang där friheterna skall tillämpas på samhällspolitiken i EU kallat det som här benämnts faktisk frihet för positiv frihet. Hans indelning är alltså negativ frihet som avser en frihet från inskränkningar och förbud och positiv frihet som avser en frihet till en möjlighet och förmåga att göra något. De traditionella grundrättigheterna i de västerländska demokratierna omfattar enligt Niiniluoto många negativt definierade friheter – såsom yttrande- och åsiktsfrihet och frihet att idka handel. I välfärdssamhällena har man infört positiva friheter utöver de negativa – såsom rätt till utbildning, arbete, barndagvård, hjälp till åldringar och sjukvård. Denna typ av rättigheter ger något till medborgarna.¹⁶⁴ Niiniluoto beaktar därför att det är en viktig fråga att begrunda hur mycket positiva rättigheter ett samhälle har råd att upprätthålla. Det centrala för honom är att man inte, såsom kritikerna till välfärdssam-

¹⁶² Se *Karapuu 1986* s. 81 ff. Se även *Karapuu 1999* s. 80 f. där han ytterligare betonar det problematiska med begreppet. Han konstaterar att i bland används faktisk frihet synonymt med positiv frihet och hänvisar till Berlin, Isaiah: *Four Essays on Liberty*, Oxford 1961 s. 118 och att begreppet kanske är klokast att undvika på grund av att det ofta används i mystiska bemärkelser.

¹⁶³ Se *Karapuu 1999* s. 81 f.

¹⁶⁴ Se *Niiniluoto 1994* s. 18 med hänvisning till det kommittébetänkande som föregick propositionen till den reform av grundrättigheterna som genomfördes år 1995 i Finland (författningssamlingen 969–980/1995). I propositionen för reformen, *RP 309/1993* s.15, konstaterade man att de då gällande stadgandena om de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna var snäva jämfört med de internationella konventionerna om mänskliga rättigheter samt att stadgandena endast gällde finska medborgare. Man ansåg därför att det fanns ett behov för en omfattande reform.

hället har gjort, kan beteckna sådan frihet som uttryck för paternalistisk dominans och livegenskap. Han konkluderar således att den nordiska modellen har rättvisan på sin sida.¹⁶⁵

En projicering av dessa frihetsbegrepp på avtalsfriheten möjliggör en utveckling av synen på kontraheringsplikten. Den negativa avtalsfriheten betyder en frihet från legislativa ingrepp som inskränker friheten att välja avtalspart och inför tvingande regler om avtalets innehåll. Den positiva eller faktiska avtalsfriheten betyder en frihet till avtal vars innehåll i vissa fall bestäms av tvingande regler till förmån för svagare parter. Med andra ord innebär det att det finns en möjlighet och förmåga för en individ att ingå sådana avtal som han inte annars skulle kunna ingå på grund av nekande från motpartens sida.

I ett välfärdssamhälle där man i grundlagen har infört grundläggande rättigheter med avsikt att trygga förverkligandet av de faktiska förutsättningarna för grundrättigheterna kan man inte tänka sig att enbart hålla fast vid ett negativt avtalsfrihetsbegrepp. Det återstår således att utveckla den positiva avtalsfriheten i detta sammanhang som gäller rätten till nyttigheter.

När man i ett avtalsrättsligt sammanhang har talat om de grundläggande friheterna som kan härledas ur privatautonomibegreppet har det varit outtalat vems frihet det egentligen är fråga om. Traditionellt har det uppfattats som självklart att en näringsidkare har sin privatautonomi med alla dess negativa friheter att idka näring, äga de behövliga tillgångarna och bestämma huruvida och med vem han ingår avtal. Avtalsfriheten har således uppfattats ensidigt utgående från näringsidkarens fördel allt sedan man gick in för att omsätta de liberalistiska idéerna. Den avtalsrätt som byggts upp kring detta synsätt bygger på avtalsbundenhet, formell likhet i partsförhållandet och på att bundenheten bestäms av det sätt på vilket ett avtal kommer till. Man har hävdatt att undantagen till denna traditionella avtalsrätt – kontraheringstvång, tvingande skyddsregler, förutsättningsregler och formkrav – inte rubbar systemet.¹⁶⁶

När man skall tillämpa den positiva avtalsfriheten på frågan hur tillgängligheten av nyttigheter kan tryggas genom privaträttsliga normer följer frågan hur avtalsfriheten ser ut från användarsidan. Det som kallats konsumtionsfrihet kan ses som en kvalificerad form av avtalsfriheten i vilken man kan inbegripa vissa element av rätt till avtal, dvs. en kontraheringsplikt under vissa förutsättningar. Det är fråga om att i privaträtten föra fram utvecklingen så att de positiva friheterna bland de grundläggande fri- och rättigheterna konkretiseras. På så sätt kompletteras den negativa friheten att idka handel med en positiv frihet. Det uppstår en situation där de båda sidorna av friheten skall vara i balans. Detta är en märkbar förändring från den tidigare situationen som i praktiken ledde till att

¹⁶⁵ Se *Niimiluoto 1994* s. 18.

¹⁶⁶ Se *Sandgren I JT 1992–93* s. 463 f. Se även t.ex. *Telaranta 1990* s. 11 f. och *Hemmo I 2003* s. 70 f.

främst näringsidkarsidans intressen tillgodosågs.¹⁶⁷ Med normer om kontraheringsplikt kan man säkerställa att näringsidkarens avtalsfrihet inte leder till konsumentens brist på frihet.¹⁶⁸ Vid distributionen av nödvändiga nyttigheter motsvarar en konsumtionsfrihet¹⁶⁹ en rätt till en fungerande marknad.

Det marknadsekonomiska systemet blir på detta sätt symmetriskt genom att det både i handelsrelationer och i relationer mellan näringsidkare och konsumenter finns ett element av faktisk frihet. I förhållandena näringsidkarna emellan tryggas den faktiska avtalsfriheten med hjälp av normer som möjliggör en konkurrensfrihet. I förhållandena mellan näringsidkare och konsumenter tryggas den faktiska avtalsfriheten genom en utvidgad tillämpning av normer om rätt till avtal.

Genom att den faktiska avtalsfriheten tryggas bättre uppfylls också de förväntningar som ställs i ett komplicerat konsumtionssamhälle bättre. Jag tar denna uppfattning som en utgångspunkt i fortsättningen av undersökningen. Detta kan också ses såsom en konkretisering av den grundläggande rätten till en fungerande marknad som nämnts ovan.

3.3.4 Allmänt om godtagbara grunder för vägran

Näringsidkarens kontraheringsplikt tillåter att konsumtionsfriheten för konsumenten får ett faktiskt innehåll, dvs. konsumenten får en rätt att få avtal till stånd vid tillhandahållandet av infrastruktur. Numera råder det mindre oklarhet om detta i och med den tilltagande regleringen av särskilda branscher. När det finns reglering är det också lättare att klargöra på vilka grunder näringsidkaren kan förvägra avtal. Både när kontraheringsplikten bygger på den allmänna rättsgrundsatsen och när det finns stadganden om kontraheringsplikt är det nämligen inte helt klart på vilka grunder näringsidkaren kan förvägra avtal.

Hemmo har presenterat en indelning av grunder på basis av de särskilda stadganden som finns. En näringsidkare skulle enligt honom kunna vägra sluta avtal i situationer för vilka en kontraheringsplikt gäller då 1) kunden inte godkänner de normala villkor som erbjuds¹⁷⁰, 2) kundförhållandet medför särskild fara för företaget eller dess arbetstagare, 3) kunden har tidigare betal-

¹⁶⁷ Se Nybergh 1997 s. 78–80 där jag för första gången presenterade en tankegång av detta slag.

¹⁶⁸ Se Lynge Andersen m.fl. 1991 s. 23.

¹⁶⁹ Jfr Bernitz 1969 s. 27 som använder begreppet i en allmännare form: konsumenternas ”i huvudsak obundna valmöjligheter på marknaden”. Senare har han preciserat det till ”friheten för konsumenterna att själva välja på marknaden de varor, tjänster och andra nyttigheter som de vill förvärva”, se Bernitz 1991 s. 2.

¹⁷⁰ Se Hemmo I 2003 s. 86 där han för denna grunds del hänvisar till KM 1990:20 s. 275. I detta betänkande säger man att ”allmänt gällande villkor” syftar på stadgandet SL 13:6 (792/1989) som sedermera ersatts av uttrycket ”gångse villkor” i SL 11:9 (578/1995) 1 punkten.

ningsunderlåtelser och 4) företaget har begränsad kapacitet (åtminstone i vissa fall).¹⁷¹

De godtagbara grunder för vägran som förekommer i denna indelning kan fungera som en utgångspunkt för vilka grunder som kan åberopas av näringsidkare. Omfattningen av kontraheringsplikten är nämligen i högsta grad beroende av hurdana godtagbara grunder för vägran som tillåts. Det föreligger en förhållandevis knapp praxis där en vägran att sluta avtal har varit föremål för tvist och därför ger en granskning av rättspraxis inte tillräcklig grund för slutsatser. Den praxis som finns utgörs i huvudsak av konsumentmyndigheters praxis vilket inte är förvånande med tanke på att det ekonomiska intresset sällan är stort då en privatperson förvägrats att sluta ett avtal.

Problemet med den hjälp praxis kan ge accentueras när det är fråga om att undersöka den allmänna rättsgrundsatsen om kontraheringsplikt. Det beror på att det är ytterligare mera osannolikt att någon anhängiggör en process med en så vag grund som att han har rätt till att sluta avtal med stöd av en allmän rättsgrundsats. Yrkanden som inte kan stödjas på lagstadganden är redan svåra att driva igenom som sådana. Svårigheterna blir ännu större när det är fråga om en rättsgrundsats som är så gott som okänd för jurister över lag.¹⁷²

Det är svårt att utan konkret material på ett allmänt plan utveckla och analysera hurdana kriterierna för vägran att ingå avtal kan vara. I 5 kapitlet granskas frågan för post- och teletjänsternas samt i 6 kapitlet för de finansiella tjänsternas del.¹⁷³ Det förefaller nödvändigt att först granska regleringen och den praxis som föreligger innan det går att formulera några allmännare normer.

¹⁷¹ Se *Hemmo I 2003* s. 86 där han också hänvisar till *KM 1990:20* s. 275 och inte finner en allmän kategori för ett apoteks rätt att vägra sälja läkemedel till en person som misstänks vara missbrukare av läkemedlet och en rätt för en taxi att vägra transportera en alltför berusad person. Det sistnämnda fallet måste vägas mot kriminaliseringen om utsättande i SL 21:14 (lag 578/1995). Där stadgas att den som försätter någon annan i ett hjälplöst läge eller lämnar någon som han är skyldig att dra försorg om i ett sådant läge och därigenom utsätter denne för fara till liv eller hälsa, skall för utsättande dömas till böter eller fängelse i högst två år. Se *Lappi-Seppälä – Nuutila 1999* s. 467 ff. där man nämner att ett hjälplöst läge kan bero på yttre omständigheter såsom att en näringsidkare som bedriver persontransporter, främst taxichaufförer, gör sig skyldiga till utsättande om de avlägsnar en berusad kund från bilen på en landsväg när det råder köld. Skillnaden är liten jämfört med en situation där inte ett avtal ännu uppstått. I sträng köld kan en felklädd och berusad person mycket fort råka i livsfara.

¹⁷² Se dessutom *Grönfors 1993* s. 87 som säger att en rättsbildning enbart genom domstolsavgöranden är ojämn och tillfällig, eftersom den är helt beroende av vilka tvister som kommer till avgörande. Han konstaterar detta angående undersökning av avtals bindande verkan i förhållande till tredje part, kollektivavtal och transportavtal. Detta gäller i ännu högre grad för det här undersökta problemet.

¹⁷³ Se även *Nybergh 1997* s. 230 f. Grunderna för vägran kan variera mycket beroende på vilken nyttighet det är fråga om. I dagligvaruhandeln kan en vägran vara möjlig om en potentiell kund ertappas för butiksstöld.

3.3.5 Reglering av diskriminering och kontraheringsplikt

De straffrättsliga stadgandena som kriminaliserar diskriminering är stadganden på nivån av vanlig lag som konkretiserar normerna i de internationella människorättskonventionerna och de grundläggande fri- och rättigheterna i grundlagarna. Kriminaliseringsstadgandena utgör således ett exempel på en medelbar horisontell effekt av den grundlagsskyddade friheten mot diskriminering. Diskrimineringsförbudet kan emellertid tänkas vara direkt relevant för bedömningen av kontraheringsplikten om man anser att förbudet kan ha en direkt horisontell effekt.¹⁷⁴ Här finns emellertid inte rum för en allmän granskning av diskrimineringsförbudet på grundlagsnivå utan här granskas hur diskrimineringsstadgandena påverkar bedömningen av kontraheringsplikten. Av utrymmesskäl begränsas framställningen till den allmänna kriminaliseringen av diskriminering. Därför behandlar jag inte förbud mot diskriminering enligt lagen om likabehandling (21/2004), arbetsrättslig diskriminering och inte heller diskriminering enligt jämlikhetslagstiftningen.¹⁷⁵ Här är inte avsikten att gå in på en straffrättslig analys av diskrimineringsbrottet utan endast att i korthet se hur kriminaliseringen skiljer sig från den civilrättsliga kontraheringsplikten.

I strafflagen 11:9 (enligt lag 578/1995)¹⁷⁶ ingår kriminaliseringsstadgandet:

”Den som i näringsverksamhet, yrkesutövning, betjäning av allmänheten, tjänsteutövning eller något annat offentligt uppdrag eller vid anordnande av en offentlig tillställning eller ett allmänt möte utan godtagbart skäl

- 1) inte betjänar någon viss person på gängse villkor,
- 2) förvägrar någon tillträde till tillställningen eller mötet eller avlägsnar någon därifrån eller

¹⁷⁴ Se *Eriksson LM 1996* s. 866 f. där han för Finlands del (5 § regeringsformen enligt lag 696/1995) förutser att ”an efter som ställningen av diskrimineringsförbudet förstärks i rättsordningen ökar antagligen betydelsen av den direkta tillämpningen”. (övers. av FN)

¹⁷⁵ Den nya lagen om likabehandling kunde i sig vara intressant på grund av att i 2 § 1 mom. 1 punkten stadgas att lagen tillämpas på såväl offentlig som privat verksamhet när det är fråga om villkor för självständig yrkes- eller näringsutövning eller stödjande av näringsverksamhet. Angående denna punkt sägs i detaljmotiveringen att med villkor för yrkes- eller näringsverksamhet avses också olika stöd som riktas till nyetablerade företagare, t.ex. beviljande av s.k. startpeng och företagarlån. Diskriminering skall också vara förbjuden när avtal ingås mellan näringsidkare. Inte heller en kommun skall kunna välja avtalspart på diskriminerande grunder när man ingår entreprenad- och uppdragsavtal. Se *RP 44/2003* s. 36. Det intressanta med lagen ligger i att det är fråga om en förstärkning av en trend där lagstiftaren går in för att begränsa marknadsaktörernas valfrihet. Här ingår en särskilt ekonomisk sanktion om gottgörelse parallellt med skadestånd enligt SkL (9 §). För brott mot diskriminering också enligt denna lag (20 §) gäller kriminaliseringsarna i SL.

¹⁷⁶ Det tidigare stadgandet fanns i SL 13:6 (792/1989) och det motsvarade i stort sett det nuvarande dock så att man utvidgat något de livsområden inom vilka diskriminering är förbjuden, se *RP 94/1993* s. 33.

- 3) försätter någon i en uppenbart ojämlig eller väsentligt sämre ställning än andra på grund av dennes ras, nationella eller etniska ursprung, hudfärg, språk, kön, ålder, familjeförhållanden, sexuella inriktning eller hälsotillstånd eller religion, samhälleliga åsikter, politiska eller fackliga verksamhet eller någon annan därmed jämförbar omständighet skall, om gärningen inte skall bestraffas som diskriminering i arbetslivet, för diskriminering dömas till böter eller fängelse i högst sex månader.”

Ett exempel på ett typiskt fall som kan förekomma är *HD 1981 II 33* där man tillämpade det tidigare stadgandet (SL 13:6, 792/1989):

”A hade förvägrat zigenarkvinnan B, som var klädd i zigenardräkt, inträde till A:s restaurang, emedan B:s dräkt enligt A:s förmenande inte hade varit någon lämplig restaurangklädsel. Eftersom kvinnans dräkt varit traditionsenlig och allmänt brukad inom den ifrågavarande folkgruppen och när det ej visats att B:s klädsel inte varit snygg eller att den skulle ha varit olämplig och ej heller att hon skulle ha uppträtt störande vid försöket att komma in i restaurangen samt då det ej heller var att anse att A på någon annan grund skulle ha haft orsak att med tanke på upprätthållande av ordningen eller rörelsens standard förvägra B inträde, ansågs A genom sitt förfarande ha underlåtit att betjäna B på villkor som allmänt var att iakttaga och att detta skett med anledning av hennes etniska ursprung. A dömdes till bötesstraff för diskriminering och ålades att till B utge ersättning för det lidande diskrimineringen försakat.”

Resturangägaren hade som argument för sitt förfarande framfört att zigenardräkten för kvinnor inte var en lämplig klädsel för restaurangbesök. Underrätten fann att ett sådant förfarande inte ännu visade att förvägran i och med detta hade berott på att kvinnan hörde till en särskild etnisk grupp. Detta synsätt godkände emellertid inte hovrätten på grund av att zigenarkvinnorna allmänt använder sig av denna typ av dräkt.

Scheinin har kritiserat HD för att man inte i fallet särskilt hänvisade till människorättskonventionerna fastän det stadgande i SL som man tillämpade baseras på 2, 5 och 6 art. den internationella konventionen om avskaffande av alla former av rasdiskriminering (FördrS 37/1970) som godkändes vid FN:s generalförsamling 1965. Han påpekar att lagutskottet vid stiftandet av SL 13:6 i sin ursprungliga form (lag 987/1974) betonade att bestämmelserna i konventionen skall beaktas vid tolkningen av kriminaliseringsstadgandet.¹⁷⁷ Man kan tänka sig att en utförligare analys hos HD med stöd av konventionens bestämmelser av t.ex. den kränkande karaktären av brottet hade kunnat påverka skadeståndets belopp. Enligt Wilhelmsson är nämligen fallet ett exempel på en

¹⁷⁷ Se Scheinin 1991 s. 230.

bristfällig signal om ersättningar för fall av rasdiskriminering med stöd av SkL 5:6. Skadeståndsbeloppet var 500 mark.¹⁷⁸

Vid bedömningen av beloppet borde man beakta att denna typ av mål inte ens kan leda till det som käranden ursprungligen ville ha, nämligen ett avtal. De påföljder som kan komma i fråga till följd av ett dylikt brott är straff och skadestånd.¹⁷⁹ Det torde också vara undantag att en individ som blivit utsatt för det obehag en vägran ger upphov till för saken till rättslig prövning.¹⁸⁰ Obehaget torde bli förstärkt genom att gärningen riktar sig mot humaniteten vilket även direkt sägs i rubriken till 11 kap. SL som lyder ”Om krigsförbrytelser och brott mot humaniteten”. På det individuella planet torde den kränkande effekten slå hårt när det oberättigade i vägran klarnar för brottsoffret. Här kunde ett större skadeståndsbelopp förutom en eventuellt preventiv verkan även ha ett pedagogiskt eller informativt syfte för att visa vilken grova kategori av brott det verkligen är fråga om. Man behöver mycket litet fantasi för att inse att en utveckling där statsmakten visar sig ignorant gentemot gärningar av detta slag, i form av en överslätande attityd, lätt kan leda till aktiva gärningar mot de grupper som skyddas av diskrimineringsstadgandet.

Kriminaliseringen av diskrimineringen i Sverige i 16:9 brottsbalken kan fungera som en fruktbar jämförelse:

”En näringsidkare som i sin verksamhet diskriminerar någon på grund av hans ras, hudfärg, nationella eller etniska ursprung eller trosbekännelse genom att inte gå honom till handa på de villkor som näringsidkaren i sin verksamhet tillämpar i förhållande till andra, skall dömas för olaga diskriminering till böter eller fängelse i högst ett år.

Vad som sägs i första stycket om en näringsidkare tillämpas också på den som är anställd i näringsverksamhet eller annars handlar på en näringsidkares vägnar samt på den som är anställd i allmän tjänst eller innehar allmänt uppdrag.

För olaga diskriminering dömes även anordnare av allmän sammankomst eller offentlig tillställning och medhjälpare till sådan anordnare, om han diskriminerar någon på grund av hans ras...”

¹⁷⁸ Se *Wilhelmsson 2001* s. 315.

¹⁷⁹ Om det är fråga om en situation där det uppstått kostnader för föreberedelsen av avtalet kan man också tänka sig att den som blivit förvägrad skulle ha rätt att få dem ersatta. Se *Aurejärvi LM 1983* s. 1159.

¹⁸⁰ Se *Nuutila 2002* s. 576 där han konstaterar att det för diskriminering utdöms straff endast ca tio gånger per år fastän handlingar som kan rubriceras såsom diskriminering har bedömts höra till vardagen för utlänningar och romer. De straff som följer är lindriga bötesstraff och de förhindrar inte tillräckligt diskriminering. Man har t.ex. föreslagit att en restaurang som konstaterats diskriminera borde få sina utskänkningsrättigheter begränsade. Även polis- och åklagarmyndigheterna har klandrats för passivitet.

Även i Sverige har man tillämpat diskrimineringsstadgandet i ett fall med avvisning av en zigenarkvinna i *NJA 1976 s. 489*:

”Avvisning från restaurang av kvinna, iförd kjol av sådant slag att därav framgick att hon var zigenare, har ansetts medföra ansvar för olaga diskriminering.”

En av de tilltalade, som var föreståndare på restaurangen, anförde också i detta fall bland annat att syftet med att gäster iförda släpande kjolar inte skulle få tillträde till restaurangen var att säkerställa en god ordning och att förbudet inte tillkommit för att utestänga en etnisk grupp. HD i Sverige var litet utförligare än HD i Finland genom att man påpekade att förbudet till denna del praktiskt taget endast drabbade kvinnor av zigenisk härkomst och att de tilltalade uppenbarligen har insett detta. Av detta konkluderade man att den huvudsakliga anledningen till förbudet var att restaurangen hade velat undvika att andra gäster skulle reagera mot närvaron av personer, som genom sin klädsel visade att de var zigenare. Denna faktiska orsak till förbudet är dock inte en godtagbar grund för vägran.

Fallet *NJA 1979 s. 657* gällde diskriminering vid boende:

”Sedan medlem i bostadsrättsförening begärt styrelsens förhandsbesked i anledning av ifrågasatt överlåtelse av medlemmens bostadsrätt till utlänning, har styrelsen på anförda skäl avstyrkt överlåtelsen. Frågor huruvida styrelsen gjort sig skyldig till olaga diskriminering och, vid jakande svar, huruvida den som utsatts för diskrimineringen blivit skadeståndsberättigad.”

En förfråga i målet var att ta ställning till huruvida bostadsrättsföreningen var att betrakta som näringsidkare i den mening som avses i BrB 16:9. Detta ansåg man på grund av att föreningen har till ändamål att förvärva och förvalta hus och att åt medlemmarna upplåta lägenheter med nyttjanderätt. Verksamheten måste därför anses vara av yrkesmässig och ekonomisk art. De tilltalade hade i efterskott anført att grunden för vägran var storleken av familjen hos den tilltänkta förvärvaren och att en familj av svenskt ursprung av motsvarande storlek (två vuxna och fem barn) skulle ha behandlats på samma sätt med tanke på den ifrågavarande bostaden (fyra rum och kök med en yta om ca 80 m²). HD fann dock inte detta trovärdigt på grund av att det inte fanns stöd för detta i protokollet för styrelsemötet. Det som anfördes i protokollet uppfattades av HD som att det avgörande motivet för styrelsens beslut att avstyrka överlåtelse var den tilltänkta förvärvarens nationella ursprung. Härav följde att medlemmarna i styrelsen dömdes för att ha gjort sig skyldiga till olaga diskriminering.¹⁸¹

¹⁸¹ De lagrum som förpliktar bostadsrättsföreningen att anta nya medlemmar är 2:3 bostadsrätts-

Det finns också två diskrimineringsfall *NJA 1985 s. 226* och *NJA 1994 s. 511* där personer som sökt hyresbostad har blivit förvägrade hyresavtal på grund av sin etniska tillhörighet eller ras. I dessa fall är det liksom i *NJA 1979 s. 657* fråga om att de förvägrade inte får tillgång till en bostad då de behöver det. I hyresfallet från år 1985 var det ett helägt kommunalt bostadsföretag som ägde bostaden och i fallet från år 1994 en privatperson som drev näringsverksamhet i form av uthyrning av hyreslägenheter.

I Sverige har Ramberg uttryckt sig att förbudet mot olaga diskriminering på grund av ras, etc. enligt BrB 16:9 ”inskränker friheten att välja avtalspart och innebär såtillvida en kontraheringsplikt.”¹⁸² Detta avviker från Hellners uppfattning: ”Inte ens om underlåtenheten att hyra ut lägenheten skulle vara direkt otillbörlig, t.ex. såsom olaga diskriminering enligt 16 kap. 9 § brottsbalken, lärer något kontraheringstvång följa.”¹⁸³ Adlercreutz säger att straffbestämmelsen om olaga diskriminering ger en viss sanktion åt en sådan förpliktelse som går ut på att en näringsidkare, som driver hotell, restaurang etc. som har något som liknar monopolställning, har en allmän skyldighet till likabehandling.¹⁸⁴ Det är således fråga om en verksamhet som riktar sig till allmänheten. Hellner anser att straffstadgandet inte ger stöd för en civilrättslig kontraheringsplikt medan Ramberg och Adlercreutz anser att stadgandet har någon form av självständig betydelse för att kontraheringsplikt kan stödas på det.

Hov formulerar i samband med att han säger att det finns stöd för kontrahe- ringsplikten i lag att ”en regel om förhållsvis omfattande kontraheringsplikt er indirekte kommet til uttryck i strl. § 349a” och att detta stadgande ”hvilser på en forutsetning om den som tilbyr varer og tjenester til allmenheten, jevnt over har kontraheringsplikt.” Han anser att den allmänna rättsgrundsatsen om kontrahe- ringsplikt har ett mycket vitt tillämpningsområde, dock utan att närmare redogöra för vad han stöder sig på.¹⁸⁵ Tanken bygger således på att kontraherings-

lagen (1991:614). Enligt paragrafen kan den till vilken en bostadsrätt övergått inte förvägras inträde i föreningen om de villkor för medlemskap som föreskrivs i stadgarna är uppfyllda och föreningen skäligen bör godta honom som bostadsrättshavare. Se *Victorin SvJT 1976 s. 447* som karakteriserar rätten för förvärvaren att bli antagen som medlem i bostadsrättsföreningen som en kontraheringsskyldighet, dvs. rätten till bostad är en social rättighet som skyddades genom stadgandet i den tidigare lagen. Medlemskap i en ekonomisk förening jämställs således med ett avtalsförhållande.

¹⁸² Se *Ramberg – Hultmark 1999 s. 25 f.*

¹⁸³ Se *Hellner TjR 1976 s. 164.*

¹⁸⁴ Se *Adlercreutz I 1989 s. 98.*

¹⁸⁵ Se *Hov 1993 s. 126* som även i början av avsnitt IV på samma sida säger: ”Normalt er det en frivillig sak om en vil fremsette eller slutte avtaler.” Detta gäller då enligt honom inte den som utbjuder varor eller tjänster till allmänheten. Se även *Arnholm II 1964 s. 87* och *Gundersen – Bernitz 1977 s. 23* (skall vara s. 230) till vilka Hov även hänvisar. Arnholm behandlar på s. 87 regler som gäller ”utenom prisloven”. Han säger att då någon erbjuder sina tjänster till allmänheten uppstår frågan om huruvida det för denna näringsidkare uppstår en skyldighet att tillhandahålla dem till var och en. Han utgår från att så är fallet vid rättsligt och faktiskt monopol och

plikten med stöd av någon norm, om inte någon annan åtminstone med stöd av den allmänna rättsgrundsatsen, alltid skulle gälla då någon tillhandahåller nytigheter till allmänheten. Med andra ord skulle tillämpningsområdet för den allmänna rättsgrundsatsen och straffstadgandena sammanfalla. Detta förefaller emellertid inte vara i samklang med de uppfattningar som råder om avtalsfriheten i allmänhet. Det är klart att diskrimineringen också kan förövas av aktörer inom andra branscher än t.ex. infrastrukturbranscher. Det är en öppen fråga huruvida kriminaliseringen av diskrimineringen i sig skulle kunna ge vägledning till när den allmänna rättsgrundsatsen om kontraheringsplikt skulle gå att tillämpa. Åtminstone kan man inte tänka sig att det skulle vara tillåtet att vägra sluta avtal då det inte är fråga om kriminaliserad diskriminering.¹⁸⁶ I detta arbete söker jag emellertid grunden för när det skall föreligga rätt till avtal på annat håll än i denna kriminalisering.

Kriminaliseringen av diskrimineringen skiljer sig inte på ett avgörande sätt från de konkurrensrättsliga förbuden och situationer där en civilrättslig norm om kontraheringsplikt verkligen tillämpas. Ovan i avsnitt 3.2.4 kom det fram att KonkBL föreskriver ett myndighetsförfarande som avser att tvinga näringsidkaren att upphöra med säljvägran. Något liknande sanktionssystem finns inte till stöd för kriminaliseringen av diskrimineringen. Härvid skulle den enda icke-straffrättsliga påföljden vara en rätt till skadestånd för ren förmögenhetskada eller ideell skada enligt SkL 5:1 respektive SkL 5:6.¹⁸⁷

För ett krav på ren förmögenhetsskada gäller dock den ovan beskrivna begränsningen i SkL 5:1. Om det inte går att tillämpa en norm om kontraheringsplikt på den ifrågavarande situationen är det inte sagt att ett eventuellt skadestånd kan utgöra ett fullgott alternativ till skillnad från situationerna i KonkBL där de som råkat ut för säljvägran kan få skadestånd oberoende av om de står i avtalsförhållande eller inte. Om skadeståndet som döms ut på grund av

fortsätter med att en sådan skyldighet kan gälla annars också men att gränsdragningen för när det föreligger en skyldighet eller inte är svår att dra. Han anför exempel på tjänster i form av restaurangservering, busstransport (rutebil), advokatuppdrag och annonsering utan att närmare motivera varför det föreligger eller inte föreligger en skyldighet att betjäna. Gundersen och Bernitz säger i sin tur ävenså med hänvisning till Arnholm att det även vid faktiskt monopol vid sidan om rättsligt monopol skall tillämpas den allmänna rättsgrundsatsen om kontraheringsplikt utom när prestationen är av mera personligt slag såsom porträttmålning eller advokathjälp. De går inte ut över monopol som grund för kontraheringsplikt. Det förefaller som om Hovs framställning på denna punkt är en aning vag.

¹⁸⁶ Se *Aurejärvi LM 1983* s. 1159 som framkastar det omöjliga i en e contrario-tolkning av den kriminaliserade diskrimineringen i den dåvarande 17.3 § lagen om arbetsavtal (320/1970) och SL 13:6 att det skulle vara tillåtet utanför lagrummens tillämpningsområde att avhålla sig från att sluta avtal.

¹⁸⁷ Se *Hemmo I 2003* s. 88 f. som motiverar skadestånd med stöd av SkL 5:6 med att gärningen skall ses som ett brott som till sin natur tar på äran så att skadestånd för lidande enligt paragrafen är möjligt.

brottet kan bli så stort att det försätter den kränkta i en så gott som identisk situation som en sådan person som fått sluta avtal, finns det fog för att anse att sanktionerna är jämförbara med en regel om kontraheringsplikt. Problemet är att då det är fråga om ersättande av ideell skada enligt SkL 5:6 finns det inget avtal längre att jämföra med.

3.4 SAMMANFATTNING

Framställningen i detta kapitel visar att man för länge sedan övergett tanken om att marknadsekonomin skulle kunna fungera utan interventioner i den traditionella negativa avtalsfriheten. Det intressanta för denna undersökning är att man även inom konkurrensrätten, som alltså enbart reglerar förhållanden mellan näringsidkare, funnit det nödvändigt att på ett så kraftigt sätt gripa in i avtalsfriheten när det gäller att begränsa friheten att välja avtalspart. Det är fråga om ett så stort ingrepp att slutresultatet i vissa fall är lika med det som kan uppnås med en civilrättslig regel om kontraheringsplikt. Grunden för inskränkningen behöver således inte vara att det är fråga om en nödvändighetsnyttighet vilket det är fråga om för den civilrättsliga kontraheringspliktens del.

Den konkurrensrättsliga interventionen griper på sitt sätt djupare in i avtalsfriheten än den civilrättsliga kontraheringsplikten då nyttighetens art inte är relevant för bedömningen. Det ställs endast krav på att den som vägrar skall ha en dominerande ställning på marknaden. Tanken bygger på att då det inte finns en näringsidkare som dominerar kan den som blir föremål för vägran vända sig till en annan. Samma tanke har ursprungligen legat bakom kontraheringsplikten för nödvändighetsnyttigheterna då de tillhandahölls av det allmänna eller av monopol. För dessa fanns också endast i begränsad utsträckning andra att ty sig till efter en förvägran.

Numera börjar det finnas konkurrens inom vissa branscher av infrastrukturnyttigheter men såsom det redan nämnts ingår fortfarande regler om kontraheringsplikt i de nuvarande regleringarna. Det uppstår således en fråga hur avtalsfriheten i negativ bemärkelse kommer att begränsas i framtiden då man beaktar t.ex. KreditIL 50 a §:s förpliktande regler. Den bygger på ett civilrättsligt förpliktande av kreditinstitut att tillhandahålla grundläggande banktjänster. Motivet för den kan vara att det är fråga om s.k. ny infrastruktur. Ett annat alternativ är att det är fråga om ett första konkret resultat av en ny syn på hur tillgängligheten av nyttigheter överlag skall tryggas för individerna i samhället genom att utveckla regler som tryggar den faktiska avtalsfriheten.

Ingreppen i avtalsfriheten har ett gemensamt drag genom att godtagbara skäl för vägran uppställs som krav både för civilrättsliga regler om kontraheringsplikt och för det konkurrensrättsliga förbudet mot säljvägran. Det kan förklaras med att det inte går att ställa absoluta skyldigheter i en dylik reglering som så

djupt ingriper i handlingsfriheten. Man kan fråga sig om kravet på godtagbara skäl för vägran kan få en allmännare tillämpning även utan att den som vägrar befinner sig i en dominerande marknadsställning eller tillhandahåller nödvändighetsnyttigheter.

Den traditionella uppfattningen om avtalsfriheten går ut på att en näringsidkare som vägrar inte behöver ange något skäl. Om man i en större utsträckning börjar införa regler om rätt till avtal varmed kravet på att ange godtagbara skäl för vägran ingår leder det i det stora hela inte till några stora skillnader i praktiken jämfört med den syn på saken som traditionellt ansetts vara förhärskande. Den syn på kontraheringsplikten som förespråkas i denna undersökning kan i bästa fall leda till att en stor mängd onödigt tillspetsade situationer kan undgås. I de situationer där näringsidkaren verkligen har godtagbara skäl att vägra ingå avtal tvingas denna att formulera skälen för sin vägran och delge den presumtiva kunden dem. Härmed får konsumenten genast veta om näringsidkaren inte lever upp till sitt ansvar genom att agera överdrivet riskaversivt varmed konsumenten kan söka hjälp i saken. Det kommer också fram om det egentligen är fråga om ett diskrimineringsbrott och om det är värt att söka hjälp i saken.

4 Allmänt om reglering av tillgänglighet av tjänster

4.1 INLEDNING

I de följande kapitlen genomför jag utgående från perspektivet om arbetsfördelningen i samhället en granskning av regleringen av en del av det ekonomiska livet med tanke på tillgängligheten av nyttigheter i allmänhet. Det är fråga om regleringsåtgärder som påverkar den geografiska tillgängligheten av nyttigheter. En förfråga måste med andra ord besvaras: Vad kan man säga om det normativa vis à vis tillgängligheten av nyttigheter jämfört med den faktiska tillgängligheten av nyttigheterna. Härvid intresserar hur de förändringar som har genomförts och behandlats i 2 kap. har inverkat på tillgången till de ifrågavarande tjänsterna i praktiken?

I detta kapitel granskar jag först de problem som föranleds av att huvudfrågorna för undersökningen enbart kan besvaras genom att undersöka både privaträttsliga och offentlighetsrättsliga regler (huvudavsnitt 4.2). Ett exempel på detta är att det är offentlighetsrättsliga regler som bestämmer hur den geografiska tillgängligheten av tjänster kan möjliggöras (huvudavsnitt 4.3) medan regler om kontraheringsplikt hänförs till privaträtten.

Det är huvudsakligen i konsumentförhållanden det kan tänkas att den som köper tjänsterna har en rätt till avtal även om det också kan tänkas att företag skall ha en rätt till vissa avtal. I förhållanden mellan företag träder emellertid ofta även konkurrensrättsliga aspekter in som påverkar bedömningen. Härvid uppstår den typ av frågor som skisserats upp i avsnitt 3.2 i 3 kap. Av denna orsak lägger jag huvudvikten av framställningen på rätt till avtal för konsumenterna även om små och medelstora företag kan vara i en påfallande likadan situation som konsumenterna när det gäller både finansiella tjänster liksom även traditionella infrastruktur tjänster. Detta föranleder en särskild behandling av allmänna frågor om konsumentintresset (avsnitt 4.3.4). Beaktandet av konsumentintresset har föranlett en rättslig reglering som går på tvären genom rättsystemet då man tänker sig det som en vertikal indelning börjande med indelningen offentlig rätt och privaträtt vilka i sin tur indelas i sina traditionella delområden.

I kapitel 5 undersöker jag utvecklingen av regleringen av post- och tele-tjänsterna i egenskap av traditionella infrastruktur tjänster. I kapitel 6 fortsätter jag med att undersöka banktjänsterna i egenskap av metatjänster för e-handel men också traditionell handel. De tjänster vilkas reglering här är föremål för gransk-

ning är således några av informationssamhällets viktigaste infrastrukturtjänster som tillhandahålls på marknadsvillkor.¹ I den vidare framställningen framkommer ytterligare hurdana olika samband det finns mellan just dessa branscher.

4.2 INDELNINGEN AV RÄTTSSYSTEMET I PRIVATRÄTT OCH OFFENTLIG RÄTT OCH REGLERINGEN

Man har i många sammanhang sedan en längre tid sagt att dikotomin mellan offentlig rätt och privaträtt håller på att försvagas. Detta har skett genom att man i ökande grad vidtagit reglerande åtgärder i form av styrning av livsområden som ursprungligen fungerat autonomt och sedermera på grund av omreglerande åtgärder med marknadsorienterade förtecken. Även den europeiska integrationsutvecklingen har bidragit till att gränsen mellan rättsområdena har blivit otydligare.² Det fordras här en närmare analys av vad detta innebär.

Inom närhistorien sedan det andra världskriget har det skett en lagstiftningsverksamhet där tillväxten av rättsregler med offentligrättsligt snitt har varit kraftig. Under tiden före den nu pågående utvecklingen i riktning mot marknadsorientering har blandningen mellan ”privat och publikt i normeringen av det ekonomiska livets förhållanden utgjort den *rättsliga sidan av vår tids ekonomiska system* som innehållit en blandning av marknadshushållning och samhällelig styrning och kontroll.”³ Utvecklingen har medfört en relativisering av de privata rättigheterna samt en starkare betoning av allmänintresset och sociala synpunkter vid bestämningen av bl.a. avtalsfrihetens innebörd och räckvidd. Bernitz har för drygt 30 år sedan kallat utvecklingen civilrättens ”publikisering”.⁴

Fortfarande under slutet av 1980-talet har utvecklingen varit aktuell i Finland då Mäenpää gav ut sin monografi om förvaltningsavtal. Inledningsvis presenterade han de begrepp som han opererade med i sin analys av ändringar i rätten. Med *regleringsmodell* avsåg han en helhet med särdrag som är typiska för en reglering av ett visst rättsområde. Särdragen beror på den rättsliga regleringens

¹ Se *eEurope 2002* s. 2 och 4 ff. där man uppställde nyckelmål. De utgör en omprövning av de områden där åtgärder på en europeisk nivå kunde ge mervärde Dessa områden identifierades i det ursprungliga initiativet *eEuropa* som hade som syfte att få Europa ”on-line”. De mål som är av intresse i detta sammanhang är: Billigare och snabbare Internet-anslutningar, säkra nätverk och smartkort, en kunskapsbaserad ekonomi för alla och främjande av elektronisk handel.

² Se *Wilhelmsson 2000* s. 33 med hänvisning till Lasok – Bridge 1995 s. 82. EG-rätten är ett exempel som man inte kan systematisera med hjälp av de begrepp som används inom de nationella rättssystemen. Den är en sui generis -rätt och måste därför analyseras utgående från detta.

³ Se *Bernitz 1969* s. 79.

⁴ Se *Bernitz 1969* s. 79.

mål, former, de huvudprinciper och förhärskande förfaringssätt som följs samt på regleringsobjektets särdrag. Med ett rättsområdes *regleringsdiskurs* avsåg han områdets helhet av teoretiska särdrag som består av grunderna av de allmänna lärorna som gäller den rättsdogmatiska doktrinen såsom vedertagen systematik, rättskällelärans grunder, begreppsliga grundkonstruktioner och den metod som i allmänhet tillämpas.⁵

Mäenpää ansåg i likhet med Bernitz att gränsen mellan privaträtten och den offentliga rätten sedan 1960-talet blivit oklarare, dvs. skillnaderna mellan privaträtten och den offentliga rätten har relativiserats, men egentligen endast på nivån för den rättsliga regleringsmodellen – i formen och i praxis av den organisatoriskt-normativa regleringen. Däremot har både den privat- och offentligrättsliga diskursen förblivit betydligt trognare sin klassiska paradigmatiska fond varmed han fann att den rättsliga diskursen inte har lyckats med att följa förändringen i regleringsmodellen.⁶ Som en följd av denna iakttagelse uppställde Mäenpää som hypotes att det vid en bedömning av myndigheternas avtalsverksamhet vid denna tidpunkt inte längre var meningsfullt eller ens rättsligt möjligt att utgå från endast någondera rättsområdets utgångspunkt. Som orsak anförde han framför allt att den välfärdsstatliga regleringsmodellen inte baserade sig på klart avgränsade områden för rättslig reglering som man mekaniskt kan hålla isär.⁷

Wilhelmsson menar att då man i dagens läge talar om skillnaden mellan de båda rättsområdena man å ena sidan kan mena de rättsmedel och påföljder som nyttjas inom var sitt område. Å andra sidan kan man mena de grundläggande värden som man kan finna att ligger bakom respektive rättsområde. Den traditionella uppfattningen för privaträttens del har varit att den bygger på privatautonomi med den härav följande självbestämmanderättens princip medan den offentliga rätten åter bygger på samhällspolitiska uppgifter, dvs. den bygger på ett solidariskt synsätt. I detta sammanhang intresserar särskilt frågan i vilken mån solidariteten som är ett offentligrättsligt värde kan förverkligas genom privaträttsliga medel. Wilhelmsson uppställer som tes att reträtten av välfärds-

⁵ Se Mäenpää 1989 s. 3 f.

⁶ Se Mäenpää 1989 s. 9 f.

⁷ Se Mäenpää 1989 s. 12. Som ett belysande (sic) exempel kan man ange eldistributionen. Distributionen kan antingen ske i privat eller offentlig regi. Verksamheten är reglerad genom offentligrättsliga regler och den baserar sig på ett avtal. Se *Stridbeck JT 1993–94* s. 165. Det är således fråga om ett typexempel på samhällelig infrastruktur där den rättsliga bedömningen av problem som uppkommer i förhållandet mellan distributör och konsument inte klart hörde hemma inom någondera rättsområde. Förskjutningen mot privaträtten har dock fortsatt i de nordiska länderna med modell från England och Wales (1989) varefter en avreglering skedde i Norge 1991, Finland 1995–1997 och Sverige 1992–1996, se *Ds 2002:21* s. 33 f. och 60 ff. Sedermera har EU gått in för att skapa en konkurrensutsatt marknad genom elmarknadsdirektivet (96/92/EG), se *Ds 2002:21* s. 63 f.

samhället ger mera utrymme för förverkligande av både privaträttsliga och offentlighetsrättsliga värden genom olika privaträttsliga förfaranden.⁸

I stället för att se rättssystemet med två sidor – den offentliga rätten och privaträtten – kan man se systemet där dessa två sidor utgör vardera ändan av en skala.⁹ Mellan dessa ändor finns en otalig mängd med rättsliga undersystem och förhållanden som har en blandad karaktär. Man kan t.o.m. tala om ett fyrverkeri av åtgärder vilket syftar på en kraftig strävan till att komma ifrån det välfärdsstatliga centraliserade sättet att lösa samhälleliga problem.¹⁰ Det förefaller också beskrivande att tala om en gråzon mellan offentlig rätt och privaträtt.¹¹ Genom att beakta dessa sätt att karakterisera utvecklingen på det fundamentala systemets nivå kan man på ett fruktbarare sätt analysera de rättsliga problem som finns i rättssystemet. Det blir lättare att inte förfalla till alltför förenklade generaliseringar.

Om ett förhållande mellan en som tillhandahållit service och dess kund före en omreglering i riktning mot en marknadsorientering har varit ett rent förvaltningsförhållande kan man fråga sig vad som kommer istället. Övergår det allmännas serviceproducent till att bli en ordinär näringsidkare och blir förhållandet ett ordinärt avtalsförhållande eller någonting annat? Om ett förhållande varit av privaträttslig natur kan man igen fråga sig hur det förändras eller om det överhuvudtaget förändras. I fall där det förelegat en skyldighet att tillhandahålla service med stöd av regler om kontraheringsplikt gäller frågan huruvida karaktären av avtalsförhållandet inom den ifrågavarande sektorn förblir detsamma eller om rätten till avtal rentav borde utvidgas. Analysen blir mera komplicerad om det innan förändringarna skett förelegat ett förhållande av blandad karaktär, dvs. ett förhållande som har drag av både avtal och förvaltning.

I denna framställning granskas i huvudsak förhållanden inom den finansiella sektorn. Denna har under alla skeden fungerat på marknadsvillkor även om den tidigare rent statliga postbanken hade en särställning jämfört med de privat

⁸ Se *Wilhelmsson 2000* s. 34 där han med förverkligandet av solidariteten med hjälp av privaträtten avser privaträtten i dess instrumentella mening. Se även *Wilhelmsson SvJT 1997* s. 523.

⁹ Se *Wilhelmsson Privaträtt 2000* s. 8 ff. där en variation av beskrivningar går igenom om hur närmandet mellan privaträtten och den offentliga rätten har skett. Se även *Madell 1998* s. 24 som granskar situationer där det allmänna är avtalspart och då särskilt kommuners kompetens att ingå avtal med enskilda samt s. 75 f. där han analyserar hur olika avtal som kommuner ingår placerar sig på en glidande skala. Se slutligen s. 566 där han sluter sig till att utvecklingen av de olika regelverken när det gäller entreprenader kommit att gå in i varandra och att offentlighetsrättsliga regler och principer kommit att gälla på privaträttens område.

¹⁰ Se *Wilhelmsson 2001* s. 13.

¹¹ Se *Madell 1998* kapitel 2 och särskilt s. 71 där han väljer att tala om det allmännas avtal framom offentlighetsrättsliga avtal då han avser avtal med offentlighetsrättsliga inslag, som reglerar en privatisering av en tidigare offentligt tillhandahållen service. Det allmännas avtal kan det också vara fråga om när man i övrigt vid tolkningen kan vara tvungen att väga in offentlighetsrättsliga regler eller principer.

ägda bankerna. Förhållanden inom post- och telesektorn som utgjort en del av den traditionella infrastrukturen har däremot präglats av att det varit fråga om offentlig service. Uppfattningen om den rättsliga karaktären av dessa förhållanden och följaktligen om vad som gällt för dessa har varierat beroende på inom vilka ramar tjänsterna har tillhandahållits.¹²

4.3 GEOGRAFISK TILLGÄNGLIGHET – TILLGÄNGLIGHET I ENSKILDA FALL

4.3.1 Problemställning

För att varor och tjänster skall vara tillgängliga måste två förutsättningar uppfyllas: Det måste finnas ett distributionsnät med servicepunkter där kunderna blir betjänade. Dessutom måste en presumtiv kund som vänder sig till en servicepunkt i nätet bli betjänad och tillåtas kontrahera. I rättsligt hänseende är det fråga om att ta ställning till huruvida branschen, om den inte är reglerad, skall regleras och om man går in för en reglering, hur regleringen skall se ut. Härvid kan man reglera hur distributionsnätet inom respektive bransch skall se ut och huruvida man skall förplikta näringsidkare att sluta avtal med den som vänder sig till dem. Den huvudsakliga tyngdpunkten i denna undersökning ligger på den senare fasen av detta händelseförlopp.

Den geografiska tillgängligheten är emellertid inte utan relevans i detta sammanhang trots att många tjänster är tillgängliga på elektronisk väg. Om det fysiska distributionsnätet på en marknad är eller utvecklas i sådan riktning att det är gles innebär en otillåten vägran från säljarens sida mycket mer än om det är fråga om en marknad med fungerande konkurrens och otaliga säljare. Om de övriga konkurrenterna dessutom befinner sig i närheten minskar den faktiska betydelsen av om en näringsidkare vägrar kontrahera av en icke godtagbar orsak. I Finland, som är ett glesbeott land jämfört med det kontinentala Europa, är det dock inte nödvändigtvis så att det verkligen finns lätt tillgängliga alternativ. Vid elektronisk handel är det dessutom så att distributionen av fysiskt existerande varor slutligen skall nå köparen varvid den geografiska tillgängligheten av posttjänster spelar en framträdande roll. Av denna orsak redogör jag kort för vissa frågor som har med geografisk tillgänglighet att göra.

Det stora problemet angående den geografiska tillgängligheten av nyttigheter i ett land som Finland är att hålla landets alla delar bebott. Här är emellertid inte min avsikt att gå in på hur regionalpolitiska mål i allmänhet kunde nås med rättsliga medel. Problemet kan beskrivas såsom en cirkel där man inte med

¹² Se Nybergh 1997 s. 132 ff. för teletjänsternas del och s. 166 ff. för posttjänsternas del.

säkerhet kan säga vad som är orsak till vissa händelser och vad som är verkan av dem. Den generella bilden är dock klar. En minskning av tillgängligheten av viktiga tjänster på lokal nivå medför i sig en tilltagande utflyttning av personer som är beroende av dem. Gradvis minskar sålunda kundunderlaget för de återstående tjänster som finns tillgängliga. Alla dessa tjänster ger ofta arbete på en lokal nivå åt samhällsmedlemmarna. Om en aktör med ett landsomfattande nät på grund av effektiviseringsåtgärder inom sin organisation drar in en servicepunkt får detta kumulerande effekter som slutligen leder till att en viss ort upphör att vara ett fungerande samhälle.

En stor våg av utflyttning ägde rum under årtiondena efter andra världskriget och utflyttningen tog ånyo fart från och med 1990-talet. Den senaste vågen har förklarats med att flyttningsrörelser i allmänhet minskar under lågkonjunktur och tilltar under tider av ekonomiskt uppsving. Under slutet av 1990-talet antog utflyttningen från landsbygden i de nordiska länderna proportioner som motsvarar de på 1970-talet.¹³ Landsbygdens traditionella näringar kräver mycket litet arbetstagare och de ekonomiska satsningarna inom industrin sker på ett minskande antal centralorter där man kan räkna med att ha tillgång till arbetskraft. Detta betyder att t.ex. huvudstadsregionens ekonomiska aktivitet även ökar fortare än den i de av landets delar varifrån utflyttningen sker.¹⁴ De regionalpolitiska åtgärder som man försökt sig på sedan 1970-talet verkar ha varit förhållandevis verkningslösa då man beaktar att 90,3 % av området i Finland utgörs av områden från vilka utflyttning sker.¹⁵

Det är med denna samhälleliga utveckling i åtanke man måste se problemet med geografisk tillgänglighet av nyttigheter. De sektorer som jag skall granska ur denna synvinkel är de finansiella tjänsterna samt post- och teletjänsterna. Möjligheten att tillhandahålla dessa förutom teletjänsterna är beroende av att det finns ett tillräckligt kundunderlag för de enskilda servicepunkterna. De nätverk som teletjänsterna förmedlas genom är inte i sig beroende av servicepunkter med personal för att sköta kundbetjäning. Det räcker med tekniskt underhåll av nätverken. Tillhandahållandet även av en del av de finansiella tjänsterna har fram till slutet av år 2000 varit intimt sammanknutet med tillhandahållandet av posttjänster. I framtiden kan man vänta sig att de finansiella tjänsterna tillhandahålls även i distributionsnätet för dagligvaror (se närmare nedan avsnitt 4.3.3 vid not 48 och avsnitt 6.2.2.1 vid not 81). Dagligvaruaffä-

¹³ Se *Hanell m.fl. 2002* s. 19 f.

¹⁴ Se *Hanell m.fl. 2002* s. 20.

¹⁵ Se *Hanell m.fl. 2002* s. 22, se även 34 f. där man definierar omfattande regionalpolitik jämfört med regionalpolitik i inskränkt bemärkelse och s. 38 där de huvudsakliga elementen av regionalpolitiken återges för att slutligen jämföras med regionalpolitiken i de övriga nordiska länderna på s. 44 ff. Härvid framkommer det att Finland numerärt sett har den största populationen som bor på områden som får regionalpolitiska understöd (ca 2,1 miljoner personer). Finland har också den största budgeten för denna regionalpolitik jämfört med de övriga nordiska länderna.

terna fyller dessutom ett minimibehov för att en ort skall vara beboelig. Det måste i dagens samhälle, där självhushållning inte längre existerar i någon märkbar utsträckning, finnas tillgång till dagligvaror inom ett rimligt avstånd för att det skall gå att leva på en ort.¹⁶ Av denna orsak inleder jag behandlingen av reglerna om geografisk tillgänglighet av tjänster med en överblick av normeringen av placeringen av dagligvaruhandeln.

4.3.2 Dagligvaruhandel

Dagligvaruhandelns struktur har varit föremål för stora omvälvningar under tiden efter andra världskriget. Ändringarna avspeglas av de stora förändringar som skett i samhället i övrigt. Det har på senare tid blivit aktuellt att tala om stora detaljhandelsenheter som är en legal term.

I 114 § den nya markanvändnings- och bygglagen (132/1999) stadgas att med stora detaljhandelsenheter avses en detaljhandelsaffär med över 2 000 m² våningsyta men att detta inte gäller affärer för specialvaror som kräver mycket utrymme.¹⁷ Följande butikstyper kan anses som stora detaljhandelsenheter.

En *hypermarket* är en enhet som är byggd i ett plan i randområdet av stadskärnan eller helt utanför centrum. Försäljningsytan är minst 2 500 m² och på mer än hälften av ytan finns andra varor än livsmedel. Kommunikationen till dessa marketar är främst tänkt att ske med bil varför det i anslutning till dem finns stora parkeringsområden. Hypermarketerna skiljer sig från *varuhus* genom att varuhusen som har minst lika mycket försäljningsyta befinner sig i centrum i byggnader med flera våningar. *Stora supermarketar* har en försäljningsyta på minst 1 000 m² och av deras försäljningsyta anvisas mera än hälften för livsmedel. *Köpcentrum* består i sin tur av flera affärer inom detaljhandelsområdet och företag inom servicebranschen. Våningsytan är minst 5 000 m² och affärslokaler öppnar sig mot gemensamma inomhusutrymmen.¹⁸

Koncentrationen av dagligvarubutiker har varit sådan att från år 1985 då det fanns 7 500 butiker sjönk antalet till år 1998 till ca 5 000 och då uppskattade man att de år 2000 kommer att vara ca 4 000.¹⁹ Prognosen stämde rätt väl

¹⁶ Se *Pietala 2003* s. 159 som avslutar sin undersökning i ekonomisk geografi om dagligvaruhandelns dynamik och köpbeteendet med att poängtera dagligvaruhandelns centrala roll i dynamiken på ett område. Idealet är att erbjuda rätt tjänster i rätt tid på rätt plats.

¹⁷ Med våningsyta avses den våningsyta som nyttjas till egentlig försäljning och alla de utrymmen som butiken förutsätter såsom lager, socialutrymmen, utrymmen för avfallshantering och dylikt, se *YM, muistio 26.2.1999* (miljöministeriets PM) under punkt 3.

¹⁸ Se om de olika kategorierna av enheter *Miljöministeriet,Handledning 4/2001* s. 20 f. Se även s. 35 f. där man uppger att försäljningsytan kan omräknas till legaltermen våningsyta genom att försäljningsytan multipliceras med 1,5.

¹⁹ Se *RP 101/1998* s. 32. Se även angående orsakerna till denna utveckling under ett tidigare skede, *Bygglin OTJP 1978* s. 94 ff. Han räknar upp följande omständigheter som påverkat

genom att 1999 var antalet daglivarubutiker ca 4 500 och antalet sjönk ytterligare till ca 4 300 år 2000 samt till 4 165 år 2001.²⁰ Av dessa grova siffror ser man redan en trend. Tillgängligheten av dagligvaror försvåras av att de lokala små butikerna läggs ner.

I en doktorsavhandling i ekonomisk geografi har Pietala forskat i saken såsom utvecklingen skett i huvudstadsregionen. En av hans hypoteser är att när dragningskraften för storeheterna ökar växer deras marknadsandel och deras impaktområde utvidgas. I motsvarande mån minskar de små enheternas andel varefter de försvinner från marknaden i synnerhet i den omedelbara närheten av stora köpcentrum.²¹ Det har visat sig att det inte bara är fråga om att fristående enheter förlorar. Även dragningskraften hos de gamla köpcentren som ursprungligen uppstod då förorterna byggdes efter andra världskriget förlorar på utvecklingen.²² En slutsats som Pietalas material visar är att nya dagligvaruenheter söker sig till stora affärscentrum eller så planerar man affärscentren ursprungligen att bli så stora att deras dragningskraft utsträcker sig till hela regionen. En följd av detta är att centret åstadkommer ett servicevakuum. I den omedelbara närheten av centret förefaller det som om fristående dagligvaruenheter inte skulle ha framgångsmöjligheter. Han kommer till att utan målmedveten intervention försvagas den relativa ställningen av de tidigare etablerade enheterna.²³

Dessa slutsatser gäller i huvudstadsregionen men det är mycket sannolikt att man generellt kan säga att den hårda priskonkurrensen från de stora enheterna kombinerat med sjunkande befolkningsunderlag i perifera områden leder till en utarmning av tillgången på dagligvaror. Uttunnningen av distributionsnätet av dagligvaror leder till att det inte längre finns en närbutik till vilken man kan ta sig till fots.²⁴ Utvecklingen leder ett beroende av kommunikationsmedel. De som har möjlighet att utnyttja egen bil gör det högst antagligt och därför är det mycket sannolikt att biltrafiken ökar. Genom regleringsmedel kan man komma

branschen så att fördelarna med stordriften blivit avgörande: löneutvecklingen i en arbetsintensiv bransch, konsumtionsvanorna, prismedvetenheten hos konsumenterna, konsumenterna hade blivit bilburna i en ökande grad. Det aktuella mönstret var då att stordriften hade ersatt fristående små handelsföretag.

²⁰ Se *AC Nielsen, PT-kaupan rakenne och Helsingin Sanomat 23.3.2001* där man rapporterar om marknadsundersökningsbolaget AC Nielsens undersökning om koncentrationen på marknaden i Finland. K-gruppen är störst med 37,6 %:s andel, S-gruppen har 28,9 %, Tradeka med Elanto har 12,4 % och Spar 9,1 % av marknaden. De övriga mindre försäljarna har tillsammans 12 %. Koncentrationen verkar sakta att öka då läget för år 2001 var följande: K-gruppen 36,5 %, S-gruppen 30,5 %, Tradeka/Elanto 12,6 %, Spar 8,7 % och de övriga mindre försäljarna 12,7 %, se *AC Nielsen, Lehdistötiötedote 25.3.2002*.

²¹ Se *Pietala 2003* s. 55 hypotes nr. 5.

²² Se *Pietala 2003* s. 69.

²³ Se *Pietala 2003* s. 156.

²⁴ Se *Pietala 2003* s. 68 f.

åt problemet främst med planläggninglagstiftning. I rättspraxis från den nyligen upphävda byggnadslagens (370/1958) tid fanns det dock inte tecken på att man hade försökt begränsa byggande av stora enheter.²⁵

Lagstiftaren har tagit ställning till distributionsnätets täthet i samband med regleringen av hypermarketerna i den nya markanvändnings- och bygglagen (132/1999). Detta tema går igenom på alla nivåer i regleringen och syns också i de allmänt hållna lagrummen. I 1 § stadgas att syftet med lagen är att reglera områdesanvändningen och byggandet för att på det sättet skapa förutsättningar för en bra livsmiljö och främja en ekologiskt, ekonomiskt, socialt och kulturellt hållbar utveckling. I 5 § bestäms att målet för områdesplaneringen är att utgående från en interaktiv planering och tillräcklig bedömning av konsekvenserna främja 1) möjligheterna att skapa en trygg, hälsosam, trivsamt och socialt välfungerande livsmiljö och omgivning som tillgodoser behoven hos olika befolkningsgrupper, såsom barn, äldre och handikappade, 2) en ekonomisk samhällsstruktur och områdesanvändning, 3) den byggda miljöns skönhet och värnandet om kulturvärden, 4) möjligheterna att bevara naturens mångfald och andra naturvärden, 5) miljövärden och möjligheterna att förhindra miljöolägenheter, 6) en sparsam användning av naturresurserna, 7) välfungerande samhällen och ett högklassigt byggande, 8) ett ekonomiskt samhällsbyggande, 9) näringslivets verksamhetsbetingelser, 10) tillgången till service, samt 11) ändamålsenliga trafikarrangemang samt i synnerhet betingelserna för kollektivtrafiken och gång-, cykel- och mopedtrafiken. Osökt infinner sig tanken att detta lagrum med lagens uttalade målsättning utgör en lista på vad som eventuellt har fattats i förverkligandet av områdesplanerna före den nya lagen.

Man har också infört en möjlighet för statsrådet att fatta beslut om riksomfattande mål för områdesanvändningen (22 §) vilket statsrådet fattat 30.11.2000. Där bestäms bl.a. att man i samband med planläggningen på landskapsnivå och generalplanläggningen skall utreda vilka möjligheterna är att skapa en enhetligare samhällsstruktur. Man skall också presentera åtgärder som är nödvändiga för att åstadkomma detta. För stadsregionernas del bestämmer man att är det skäl att utreda vilka förutsättningarna är för att åstadkomma ett fungerande trafiksystem samt vilka möjligheter det finns att bygga upp ett system av centra och ett servicenät i syfte att föra tjänsterna närmare konsumenten. I detta sammanhang skall man också utreda var stora detaljhandelsenheter skall placeras.²⁶ Senast i samband med revideringen av lagen har man konstaterat att det viktigaste målet med styrningen av stora enheter är att tjänster skall finnas kvar

²⁵ Se *Syrjänen 1999* s. 188 ff. Se även *RP 101/1998* s. 31 f. där man uttrycker saken så att HFD ansett att de strävanden att begränsa den yta som används för försäljning av livsmedel i affärsbyggnaderna inte har stämt överens med byggnadslagen.

²⁶ Se *Statsrådets beslut 30.11.2000 om riksomfattande mål för områdesanvändningen* avsnitt 4.3 Enhetligare samhällsstruktur och kvalitet på livsmiljön under rubriken ”Särskilda mål”.

också i en kompakt samhällsstruktur och att tjänsterna skall kunna nås också utan bil.²⁷

Det som är av intresse i samband med regleringen av planeringen på landskapsnivå i markanvändnings- och bygglagen är att man skall fästa särskild vikt bl.a. vid att landskapets region- och samhällsstruktur blir ändamålsenlig, att områdesanvändningen är ekologiskt hållbar, att arrangemangen för trafik och teknisk service är hållbara med tanke på miljö och ekonomi, att verksamhetsbetingelserna för näringslivet i landskapet ordnas och att landskapet, naturvärdena och kulturarvet värnas (28 § 1, 2, 3, 5 och 6 punkten). På motsvarande sätt som för landskapsplanernas del regleras för generalplanernas del att när en generalplan utarbetas skall bl.a. behov i anslutning till boendet och tillgången till service beaktas (39 § 3 punkten). I lagens system är generalplanen det viktigaste planeringsinstrumentet då man skall trygga tillgången till tjänsterna på grund av att man på denna nivå kan granska dessa frågor på ett tillräckligt vitt område.²⁸

När man slutligen ser på regleringen på nivån för detaljplanerna krävs det i 54.2 § markanvändnings- och bygglagen att vid utarbetande av detaljplan skapas förutsättningar för en hälsosam, trygg och trivsam livsmiljö, *för regional tillgång till service* och för reglering av trafiken. Detta är ett alldeles nytt innehållsligt krav på detaljplanen. Kravet gäller tillgången både på planområdet och utanför det. Man har framfört att uppkomsten av och/eller bibehållandet av tjänster inte kan tryggas genom planen. Det är istället fråga om en skyldighet för planläggaren att anvisa sådana platser som gör det möjligt att nödvändiga tjänster etableras på planområdet. Det egentliga innehållet i det krav som gäller tillgången av tjänster är att genom planeringen av markanvändningen sträva efter att styra placeringen av tjänsterna så att förutsättningarna för tillgången kan uppfyllas.²⁹

Med det nya stadgandet i 54.2 § ville man så fort som möjligt effektivisera styrningen av planläggningen så att stora detaljhandelsenheter skulle placeras på ett fördelaktigare sätt med tanke på samhällsstrukturen.³⁰ Detta berodde på att den gamla lagens medel hos planerings- och tillsynsmyndigheterna uppfattades som bristfälliga.³¹

²⁷ Se *MiUB 7/2004 rd – RP 164/2003* s. 5.

²⁸ Se *Ekroos 2001* s. 399.

²⁹ Se *Majamaa – Ekroos 2000* s. 245.

³⁰ Se *RP 101/1998* s. 43 där det konstaterades att det för närvarande planeras ett stort antal stora detaljhandelsenheter på olika håll i landet och att det är nödvändigt att genom planläggning effektivisera styrningen av placeringen av de stora enheterna redan innan den nya lagen träder i kraft. Man föreslog därför och riksdagen genomförde även reformen i skyndsam ordning så att 54.2 § trädde i kraft redan 1.3.1999 medan den nya lagen trädde i kraft först 1.1.2000. Se även *Syrjänen 1999* s. 192 f.

³¹ Se *Majamaa – Ekroos 2000* s. 273.

Enligt 57.1 kan i detaljplanen utfärdas bestämmelser som med beaktande av planens syfte och de krav som ställs på dess innehåll behövs när detaljplaneområdet bebyggs eller annars används (detaljplanebestämmelser). I momentet stadgas vidare att detaljplanebestämmelserna bland annat kan gälla förhindrande eller begränsning av skadliga miljökonsekvenser samt en affärs art och storlek, om detta är nödvändigt med tanke på tillgången till handelns tjänster.

Vid bedömningen om huruvida planebestämmelserna kan tillåtas har skett en klar förändring jämfört med den tidigare byggnadslagen. Nu är granskningen om en bestämmelse är nödvändig inte på samma sätt bunden till byggnadsplatsen. Bestämmelsen måste ändå ha en klar grund med tanke på markanvändningen. Synpunkter med avseende på konkurrens, sysselsättning eller dylikt går inte att sköta med planebestämmelser vilket inte heller var möjligt enligt den tidigare lagen. Planebestämmelser som gäller indirekt påverkan av byggande eller annan markanvändning är således endast i begränsad utsträckning möjliga.³²

I 58.3 § stadgas dessutom att stora detaljhandelsenheter inte får placeras utanför ett område som i landskaps- eller generalplanen är avsett för centrumfunktioner, om inte området i detaljplanen särskilt har anvisats för detta ändamål. På detta sätt var förändringen väsentlig jämfört med läget enligt den tidigare byggnadslagen.³³

I samband med en uppföljning av den nya markanvändnings- och bygglagens funktion har man konstaterat att det för 54.2 §:s del behövs handledning för bedömningen av den regionala tillgången på tjänster. Dessutom har man funnit att det finns ett behov att förtydliga 58.3 § efter att HFD avgjort några fall.³⁴

Följaktligen har ett nytt 4 mom. i 58 § (lag 476/2004) godkänts av riksdagen 11 maj 2004 och träder i kraft i september 2004. I det nya momentet ingår ytterligare bestämmelser som styr placeringen av stora detaljhandelsenheter. Det är fråga om att stadgandena i 58.3 § också gäller betydande utvidgningar av stora enheter och koncentrationer av affärer, när effekterna är jämförbara med effekterna av stora enheter.³⁵

Lagstiftarens ursprungliga reaktion kom emellertid rätt sent när man beaktar den utveckling som hade hunnit äga rum. I huvudstadsregionen har man kunnat fastställa att den teoretiska uppköpsvägen har fördubblats under tiden 1990–99. Detta betyder också att kompletteringsuppköp som företas till fots faller bort som alternativ för allt flera hushåll. Det enda alternativet är ofta uppköp med bil i synnerhet på områden där lederna för den lätta trafiken inte planerats för nya rörelsebehov.³⁶

Det är svårt att se att en sådan utveckling inte skulle inverka negativt på

³² Se *Majamaa – Ekroos* 2000 s. 245 och 263 f.

³³ Se *Hallberg m.fl.* 2000 s. 415 ff.

³⁴ Se *Ympäristöministeriö, Maankäyttö- ja rakennuslain toimivuus* s. 55 ff.

³⁵ Se *MiUB 7/2004 rd – RP 164/2003* s. 1.

³⁶ Se *Pietala* 2003 s. 153 och 155.

livskvaliteten. Rent konkret kan den förlängda uppköpsvägen förklaras med att man i t.ex. Nyland redan har förverkligat hypermarketer som överstiger 2 000 m².³⁷ Hypermarketerarna har ökat sin marknadsandel från ca 7 % till ca 20 % under en period på tio år fram till år 2000.³⁸

Ett exempel på ett fall av HFD som har konstaterats vara problematiskt med tanke på den nya lagen är från 2001.³⁹ HFD förkastade ett besvär och vidmakt-höll ett beslut av Rovaniemi förvaltningsdomstol om att godkänna en detaljplan i kommunen Keminmaa. Det var fråga om att ändra planen genom att anvisa en storenhet för minuthandel på 15 000 våningskvadratmeter till ett affärskvarter på ett område som låg en dryg kilometer från kommuncentrum. I förhållande till grannkommunerna låg området 10 kilometer från Kemi och 20 kilometer från Torneå. I Kemi–Torneå ekonomiregion finns 64 000 invånare. Keminmaa ligger mellan två stadscentrum och dess invånarantal är 9 000. HFD konstaterade att kvarteret för handelsplatsen ligger vid goda trafikförbindelser vilket minskar de olägenheter som trafiken förorsakar och föranleder att trafiken sker via huvudleder.⁴⁰

Korhonen kritiserar lösningen med att den trafik som uppstår när kunderna utträttat sina ärenden inte kan vara annat än privat biltrafik och att detta inte i sig minskar olägenheterna. Den äldre delen av befolkningen bor i huvudsak i centrum av städerna och man konstaterade i konsekvensbedömning att byggplanerna inte försämrade den äldre befolkningens möjligheter att sköta ärenden i en butik på ett skäligt avstånd även om några butiker skulle komma att läggas ner. Kritikens udd är att HFD inte kräver att grannkommunernas näringsliv eller verksamhetsförutsättningarna för företagen tryggas. Det räcker med att någon butik blir kvar i centrumen av städerna men försvagandet av centrumen såsom handelsplatser är inte ett hinder för planändringen.⁴¹

Det är alltså fråga om i vilken utsträckning de indirekta verkningarna av planebeslut skall beaktas. Om de inte beaktas tillräckligt finns det risk att strukturen av handeln hinner förändras så kraftigt att de mål som uppställs för markanvändnings- och bygglagen närmast kommer att te sig som hägringar vid horisonten.

Lagstiftaren har utöver planläggningslagstiftningen också försökt påverka marknadsbeteendet genom lagen om minuthandels och frisersalongers öppettider (1297/2000). Syftet med denna lag uppgavs vara att förbättra konkurrens-läget och lönsamheten för närbutiker. Metoden för att uppnå detta är att tillåta

³⁷ Se *Helsingin Sanomat* 10.10.1999 ”Kaupunkiosasto, Uudenmaan suurmyymäläverkosto paisuu kolmen Itäkeskuksen verran” (Stadsavdelningen, Stormarknadsnätet i Nyland sväller lika mycket som tre stycken Östra centrum).

³⁸ Se *RP 49/2000* s. 5 f.

³⁹ *HFD 10.12.2001, liggare 3081*

⁴⁰ Se *Korhonen DL 2003* s. 561 som komprimerar fallet på detta sätt.

⁴¹ Se *Korhonen DL 2003* s. 560 f.

de butiker inom dagligvaruhandeln, vars butiksareal för den ordinarie affärsrörelsen är högst 400 m², att ha söndagsöppet året om.⁴²

I riksdagsbehandlingen ifrågasatte man emellertid i en reservation i ekonomiskutskottets betänkande det goda med propositionens syften. Man konstaterade bl.a. att lagändringen förorsakar större svårigheter med arbetstiderna och ökar riskerna i arbetet liksom att den även vållar problem i barnomsorgen. En slutledning är att ändringen ytterligare minskar andelen familjer som kan tillbringa lediga dagar tillsammans då barnen i skolåldern har ledigt.⁴³

Lagstiftaren har med stöd av det ovan sagda råkat i en svår situation. Man har formulerat lovvärda mål för samhällsstyrningen och sent omsider genomfört lagstiftningsåtgärder som medel för att nå målen. Samtidigt arbetar marknadsökonomins lagbundenheter med sin eroderande verkan i samhällsstrukturen. Om lagstiftningsåtgärderna inte har avsedd verkan uppstår det sådana problem som jag inventerar i avsnitt 4.3.4.

4.3.3 Sambandet mellan posten och bankverksamheten i statlig regi

Inom postverksamheten har utvecklingen sedan 1994 utgjorts av en minskning av antalet verksamhetsställen från 2 273 till ca 1 550 år 1999.⁴⁴ Lagstiftaren har också tagit ställning till distributionsnätets täthet genom att i 4.2 § den nya lagen om posttjänster (313/2001) stadga att den samhällsomfattande posttjänsten skall omfatta en skyldighet att upprätthålla ett verksamhetsställe i varje kommun. Man har blivit tvungen att vidta dessa lagstiftningsåtgärder sedan man på ett tämligen tafatt sätt i början av 1990-talet med betoning på ekonomiska lönsamhetssynpunkter gick in för en marknadsorientering av den dåvarande post- och telestyrelsen som var ett centralt ämbetsverk.⁴⁵

För både dagligvarubranschens och postbranschens del har således lagstiftaren uppfattat det som en problematisk utveckling att distributionsnäten glesnar och försökt styra aktörernas beteende på marknaden.

Dessa utvecklingstendenser har ägt rum inom branscher som inte direkt gäller tillgången på finansiella tjänster. Det finns dock ett direkt och ett indirekt samband till dessa. Det direkta sambandet ligger däri att postkontoren inte längre efter utgången av år 2000 har tillhandahållit bankservice för den nuvarande Sampo Abp:s (tidigare Leonia Bank Abp:s) räkning. Leonia Bank Abp bildades år 1997 genom att staten sammanslog Postbanken Ab och Finlands Exportkredit Ab vilka var statsägda kreditinstitut och var verksamma på mark-

⁴² Se *RP 49/2000* s. 5 f.

⁴³ Se *EkUB 32/2000 rd – RP 49/2000* s. 6.

⁴⁴ Se *RP 74/2000* s. 4 ff.

⁴⁵ Se närmare om denna utveckling nedan i avsnitt 5.2.1.

nadsvillkor.⁴⁶ Leonia Bank Abp och dess föregångare Postbanken Ab som tidigare hade fungerat under firman Postbanken och i en annan rättslig organisationsform såsom postsparbanken förnyade sin affärsverksamhetsstrategi och beslöt därför att inskränka sin service.⁴⁷ Dagligvarubutikskedjorna har också antingen själva börjat tillhandahålla sådana tjänster som påminner om egentliga banktjänster eller så har de gått in för att samarbeta med någon bank för att kunna tillhandahålla banktjänster av begränsad art.⁴⁸

Det indirekta sambandet till de finansiella tjänsterna ligger däri att det fortsättningsvis pågår en accelererande utarmning av tillgången på tjänster i glesbygdscentrum och områdescentrum i tätorter. Om det inte längre finns någon post eller bank minskar tillströmningen av kunder till den eller de dagligvarubutiker som funnits på samma ställe. Om man för att sköta post- och bankärenden ändå måste ta sig till en centralort ligger det nära till att även dagligvaruuppköpen sköts på samma ställe. Detta innebär att trafikströmmarna går förbi det lokala centrumet till centralorternas centrum.⁴⁹ Om centralorten är liten och det inte finns många konkurrerande näringsidkare inom samma bransch innebär en ogrundad vägran att kontrahera mycket stora svårigheter för den presumtiva kunden.

Frågan om hur tätt kontorsnätet är eller åtminstone nätet där vissa finansiella tjänster tillhandahålls är således en viktig fråga med tanke på tillgängligheten av tjänsterna.⁵⁰ Utvecklingen av kontorsnätet har skett så att i takt med minskningen av de fysiska nätverket sedan början av 1990-talet har nyttjandet av elektroniska tjänster ökat.⁵¹ Detta leder inte till problem så länge kunderna vill övergå till att använda sig av elektroniska tjänster. Man kan emellertid tänka sig att snart har de flesta som både vill och kan övergå gjort det. De kunder som i

⁴⁶ Se *RP 6/2000* s. 1 f. som ledde till lagen om upphävande av lagen om postbanken (383/2000) så att banken omvandlades till en affärsbank enligt affärsbanklagen.

⁴⁷ Se *RP 74/2000* s. 6. Se även *RP 39/1998* s.1 som ledde till en ändring av lagen om Postbanken Ab så att bankens firma inte längre bestämdes i lagen utan i bolagsordningen. Härmed kunde firman Leonia Bank Abp tas i bruk, se *EkUB 10/1998 – RP 39/1998*.

⁴⁸ Se *VM 13.4.2000* s. 49 ff. och särskilt s. 51. Se även *Helsingin Sanomat 9.3.1999* där man redogör för användningen av ombud i Pohjolan Osuuspankkis regi och *Helsingin Sanomat 12.7.1999* samt *Helsingin Sanomat 4.4.2000* liksom även *Kauppa-lehti 13.11.2000*.

⁴⁹ Se *Pietala 2003* s. 69 som analyserar orsakerna till att köpcentrum i förorterna i huvudstadsregionen förlorar sin dragningskraft. Orsakerna är demografiska, teknologiska, strukturella och beror på värderingar. Han betonar att när de enheter som upprätthållit ett behov att sköta ärenden i dem försvinner upphör också dessa köpcentrums dragningskraft. Det är fråga om nerläggning av bankfilialer och postkontor. På motsvarande sätt har vissa köpcentrum bibehållit sin attraktion genom att bankservice, apotek och alkoholbutiker funnits i närheten, se a.a. s. 84.

⁵⁰ Jfr *Hemmo 2001* s. 349 f. som reducerar frågan om tillgängligheten till banktjänsterna till en fråga om kontorsnätets täthet och de ökade väntetiderna. Se närmare nedan i avsnitt 6.2.2 Allmänt om basbanktjänster vid not 100.

⁵¹ Se *VM 16/2000* s. 30. År 1990 fanns det ca 3 300 kontor och vid slutet av 1999 fanns det färre än 1 550 kontor.

fortsättningen använder tjänster över disk har antagligen en begränsad förmåga att anamma de elektroniska tjänsterna.⁵² I Förenade kungariket har man funnit att samma människor som lider av en risk att uteslutas från möjligheten att erhålla finansiella tjänster även har de största svårigheterna att anamma de elektroniska banktjänsterna.⁵³ Det kan således tänkas att samma situation slutligen kommer emot i Finland.

Både frågan om tätheten av distributionsnätet och rätten för näringsidkaren att vägra är viktiga frågor med tanke på tillgängligheten av tjänsterna. Enskilda personers rätt till tjänsterna påverkas dessutom av att de även har rätt till teletjänster. I och med att allt flera kunder börjar sköta sina ärenden via elektroniska nätverk minskar betydelsen av det fysiska distributionsnätet.⁵⁴ Även koncentrationen på marknaden för de finansiella tjänsterna leder till att antalet alternativa tillhandahållare av tjänster minskar. I framtiden torde de tjänster som går att sköta via Internet och de olika möjligheterna att betala med kort leda till att den viktigare frågan är rätten att få sluta avtal.

4.3.4 Konsumentintresset

Det är främst fråga om konsumenträttslig reglering när man går in för att reglera tillgängligheten av nyttigheter på det individuella planet även om det kan vara fråga om reglering av förhållanden mellan företagare på en viss marknad där det tillhandahålls nyttigheter av nödvändig karaktär. Den konsumenträttsliga regleringen utgår från att rätten till avtal är vidare än den rätt som en allmän reglering kan ge företag. Företag kan således närmast ha en rätt till avtal av konkurrensrättsliga skäl.⁵⁵

En konsumenträttslig reglering är beroende av att man kan formulera konsumenternas intressen såsom en särskild grupp. Konsumenterna är emellertid inte en homogen grupp i samhället. Man kan inte nödvändigtvis finna att det mellan

⁵² Se *LM 3/2004* s. 2 där man konstaterar att denna kundkrets är liten och att en avgift på 8 € för att betala en räkning över disk utgör en oskäligen ekonomisk belastning.

⁵³ Se *Financial Services Authority 2000* stycke 4.3 ff. Flera undersökningar har dessutom visat att dessa personkategorier föredrar hypoteksföreningar och postkontor framom egentliga banker.

⁵⁴ Se *VM 16/2000* s. 30 ff. I Finland var antalet avtal som möjliggör skötsel av bankärenden via Internet då uppe i 1,3 miljoner.

⁵⁵ Se *Pöyhönen 2000* s. 107 f. där han inom ramen för det som han benämner den nya förmögenhetsrätten utvecklar förbudsnormer mot att missbruka sin rätt. Ett sätt att missbruka äganderätten är att störa sin granne med buller, lukt och annat men. Jämförbart med detta är det att missbruka sin rätt att välja avtalspart om den som tillhandahåller nödvändighetsnyttigheter vägrar att sluta avtal med den som vänt sig till honom med avsikt att sluta avtal. För privatpersoners del hänvisar han till *Nybergh 1997* s. 297–299 och för företags del som idkar produktions- eller distributionsverksamhet anger han att finns en rätt på basis av ett grundläggande företags-ekonomiskt behov som skyddas såsom grundrättighet att få en nödvändighetsnyttighet av en som har monopol eller är i monopolliknande position.

alla konsumenter skulle råda någon form av solidaritet till följd av gemensamma intressen. Konsumenterna uppträder i egenskap av enskilda individer på marknaden och bildar inte en enhetlig grupp.⁵⁶ Det är betecknande för dagens senmoderna samhälle att det uppstår intressegrupperingar som driver enbart vissa saker i form av mikropolitik. Fastän man kan säga att vi lever i ett konsumtionssamhälle finns det inte någon massrörelse som driver alla konsumenters intressen.⁵⁷ Man kan således på sin höjd tala om ett gemensamt konsumentintresse endast på ett mycket allmänt plan. Konsumenterna är först och främst arbetstagare inom de olika branscher som finns i våra samhällen, allt från arbetstagare inom fysiskt tunga arbeten eller lågavlönade rutinsysslor till högre tjänstemän inom näringslivet eller den offentliga sektorn. Dessutom är enskilda företagare också konsumenter då de skaffar sig nyttigheter för sin privata konsumtion. Individerna associerar sig främst med de kollektiva intressen som går enligt dessa linjer.

Konsumentintresset är inte problematiskt enbart på grund av detta disparata förhållande. De politiska sympatierna går inte heller enligt de intressen medborgarna kan ha i egenskap av konsumenter. Ställningen inom arbetslivet styr åskådningarna till en del liksom även politiska övertygelser på ett mera abstrakt plan. Konsumentorganisationernas agerande måste bedömas utgående från dessa realiteter. Det är svårt att veta hur omfattande intressen de representerar.⁵⁸

Man kan emellertid fråga sig om något kunde göras för att vissa centrala problem som berör de flesta kunde lösas bättre om man gick in för att beakta vissa konsumentintressen som är relevanta på lång sikt. Hur kunde konsumentorganisationerna organiseras så att man säkerställer att de representerar viktiga intressen? Vid konfliktfyllda situationer skulle det vara att föredra att organisationerna skulle prioritera de livsviktiga intressena framom de starkare gruppernas intressen av bekvämlighet.

Saken kan åskådliggöras med exemplet om stora detaljhandelsenheter som i stor utsträckning har fått ersätta närbutikerna inom dagligvaruhandeln. De

⁵⁶ Se *Stutterheim 1992* s. 356 ff. där han med ett konkret exempel åskådliggör hur konsumenter kan tänkas resonera individuellt i förhållande till medkonsumenter men i egenskap av arbetstagare tar för givet att det lönar sig att agera kollektivt gentemot arbetsgivare.

⁵⁷ Se *Wilhelmsson Korvausvastuu 2000* s. 252 och *Wilhelmsson 2001* 5 kap. och särskilt s. 135 där han i samband med att han analyserar skadeståndsrätten såsom regleringsinstrument redogör för vad som menas med en tid av mikropolitik med hänvisning till Fredric Jameson i *Postmodernism or the Cultural Logic of Late Capitalism*, London 1991. Olika slag av små grupper och minoriteter blir centrala element i samhällelig aktivitet.

⁵⁸ Se *Repo, P. 2000* s. 5 där han uppger att forskningsproblemet för hans doktorsavhandling i ekonomisk politologi är att svara på frågan hur de inhemska och internationella konsumentorganisationerna reagerade på liberaliseringen av den internationella handeln under åren 1990–96. Se även s. 202 ff. där han sluter sig till att organisationernas huvudsakliga reaktion har varit att de kräver en utökad liberalisering av handeln fastän de även har godkänt inskränkande åtgärder för att skydda konsumenter. Det ingår emellertid ett osäkerhetsmoment i bedömningen på grund av att man inte kan veta om organisationerna representerar konsumentintressen på ett riktigt sätt.

bilburna konsumenternas agerande styr säljarsidans etableringsbeteende så att äldre, ensamstående och handikappade i värsta fall drabbas av en utestängning från vissa marknader.⁵⁹ Av denna utveckling följer givetvis en större utsatthet som måste avhjälpas med samhällliga och högst antagligen dyrare åtgärder. Genom att tillåta ett agerande på försäljarsidan som ger större vinster och en till synes effektivare distribution kan man kanske i själva verket förorsaka högre kostnader för samhället för att inte tala om de normalt icke-prissatta aspekterna såsom en försämrad livskvalitet.

Inom livsmedelsförsäljningsbranschen brukar man framföra att kunderna vill ha allt större detaljhandelsenheter.⁶⁰ Detta sätt att argumentera är inte övertygande. Många kunders agerande styrs av den existerande situationen och de reflekterar inte över en hurdan signal de ger genom sitt handlande. Med andra ord om det inte skulle finnas en hypermarket skulle få kunder högljutt kräva att en sådan skall etableras, men om en hypermarket en gång uppförts tar sig kunderna till den (de för vilka det är möjligt). De som inte kan nyttja hypermarketer eller endast med svårigheter kan det varken syns eller hörs vid beslutsfattandet.

Detta är en typisk situation där det behövs en styrning från samhällets sida. Annars leder de starkares beteende till att de svagare blir lidande. Det uppstår dessutom en livligare personbilstrafik som inte är överensstämmande med den hållbara utvecklingen som är ett övergripande krav när man överväger alternativ inom det samhällliga beslutsfattandet enligt 1, 5 och 28 § markanvändnings- och bygglagen.⁶¹

En synpunkt som även gäller för finansieringstjänster är att en enskild individ inte under hela sin livscykel kan räkna med att vara antingen stark eller svag. Inte heller kan en som efter att ha varit svag blivit stark nödvändigtvis räkna med att förbli stark. Härmed kan man resonera som så att ingen har ett intresse att lösa detta slag av problem enligt den grupp till vilken han för stunden hör. Det finns ett allmängiltigt intresse att förespråka lösningar på detta

⁵⁹ Se *MiUB 6/1998 rd – RP 101/1998* under rubriken ”Styrning av placeringen av stormarknader” där man nämner att en del sakkunniga hänvisat till undersökningar som visat dessa problem. Utskottet finner med stöd av detta att lokaliseringen av stora detaljhandelsenheter måste styras och tillstyrker att bestämmelserna om styrningen av placeringen godkänns utan ändringar.

⁶⁰ Se t.ex. ett yttrande av verkställande direktören för Helsingfors handelskammare Heikki J. Perälä i *Helsingin Sanomat* 26.1.2003, ”Köpkraften i Helsingforsregionen ökar och kunderna föredrar mer och mer stora enheter. Låt marknaden fungera” (översättning FN). Artikelns rubrik är: ”Besvär får hypermarketer att fastna. Även svårigheterna med planerna fördröjer byggnadsprojekten” (översättning FN).

⁶¹ Se *Forsberg 1997* s. 20 f. som också för fram dilemmat att många konsumenter inte inser konsekvenserna på lång sikt av att de prefererar till det nominella priset fördelaktiga hypermarketer i ett kollektivt sammanhang. En slutsats i hans undersökning är att det i framtiden i Sverige, om utvecklingen fortsätter, kommer att uppstå en utestängningseffekt av de svagare individerna på vissa marknader. Han frågar sig om man t.o.m. redan kan säga att så har skett i dag, se s. 49 f.

problem som är godtagbara ur samhällets synvinkel som helhet. Det finns således ett behov att på ett mångsidigt sätt överväga för- och nackdelar.

4.4 REGLERINGEN AV INFORMATIONSSAMHÄLLET'S INFRASTRUKTUR

Regleringen av olika sektorer i samhället har i en allt ökande grad initierats av EU. Sedan Finlands anslutning till först EES och sedan EU har de flesta reglerade sektorerna i samhället en gemenskapsrättslig bakomliggande normering. Om det är fråga om direktiv är styrningen stark om det är ett s.k. harmoniserings- eller maximeringsdirektiv som förhindrar medlemsstaten att gå utöver direktivet och erbjuda en längre gående reglering. Regleringstakten inom EU sedan början av 1990-talet har gjort att det inte i samma framställning utan bekostnad av klarheten går att detaljerat beskriva och analysera regleringen inom alla sådana sektorer som kan hänföras till kategorin nödvändighetsnyttigheter. I ett utvecklat industrisamhälle som håller på att anta formerna av ett informationssamhälle är många sådana tjänster nödvändiga utan vilka livet i det gamla agrarsamhället löpte utan problem.

I detta skede kan såsom en utvecklad hypotes framföras att de finansiella tjänsterna i allt högre grad har antagit karaktären av infrastrukturtjänster och att detta måste avspeglas i hur reglerna om en rätt till dem ser ut. Denna egenskap kommer inte heller att bli mindre påtaglig i framtiden. Det allmänna har delvis skött t.ex. betalningsöverföringar genom postgiro med varierande innehåll i olika länder. I de nordiska länderna har det funnits statsägda banker som haft samarbete med postverken genom att upprätthålla ett gemensamt kontorsnät. Själva bankverksamheten har dock fungerat på den dåvarande kraftigt reglerade marknaden där man konkurrerat med andra faktorer än med priset på tjänsterna.

I t.ex. Tyskland finns det fortfarande banker som ägs av det allmänna som fungerar på den konkurrensutsatta marknaden tillsammans med privata konkurrerande aktörer.⁶² Under den senaste tidens lågkonjunktur som drabbat bl.a. Tyskland har affärsbankerna gått med svåra förluster som delvis torde kunna förklaras med att de tvingas konkurrera med de banker som stöds av det allmänna.⁶³ Ur EG-rättslig synvinkel har situationen varit så speciell att Rådet

⁶² Se *Reifner m.fl. 2000* s. 5 ff. där det sägs att ca 50 % av konsumentmarknaden sköts av de offentliga sparbankerna (Sparkassen) som ägs av städer och regioner och 15 % av kooperativa banker (Genossenschaftsbanken). Resten av marknaden innehas av affärsbanker (Geschäftsbanken). Sparbankerna skall inte konkurrera med varandra utan de skall hålla sig till sitt område och tjäna samhället. I praktiken har det dock uppstått en konkurrenssituation som gör att deras agerande med hänsyn till det sociala ansvaret börjat anta affärsbankernas former.

⁶³ Se *Time, November 11, 2002*.

har tagit ställning till den och funnit att man för varje situation måste granska separat om den är i överensstämmelse med EG-fördraget.⁶⁴

När det är fråga om att undersöka normer om tillgänglighet av nödvändighetsnyttigheter ligger det emellertid nära till hands att gå igenom regleringen inom ett stort antal sektorer. Med stöd av en sådan genomgång går det att analysera fram sådana drag som är gemensamma och som kan nyttjas vid en formulering av allmänna regler om tillgänglighet. En sådan analys fordrar också att man tar ställning till vad som avses med nödvändighetsnyttigheter. Jag har tidigare genomfört en sådan analys med tanke på förekomsten av normer om kontraheringsplikt, dvs. rätt till avtal för privatpersoner.⁶⁵

Här har jag inte för avsikt att upprepa den tidigare kartläggningen och analysen utan jag koncentrerar mig på att följa upp regleringen inom tre sektorer som har anknytningspunkter till varandra i samband med bl.a. den elektroniska handeln på det sätt som jag berört ovan i början av huvudavsnitt 4.1. En analys av dessa sektorer belyser också den marknadsorienteringsutveckling som behandlats ovan i 2 kapitlet. Det är fråga om affärsbranscher av vilka post- och telebranschen tidigare har varit samhällsservicesektorer. Granskningen begränsas till tjänsterna i dessa branscher på grund av att de tillsammans med tjänsterna i bankbranschen har relevans med tanke på elektronisk handel även om implikationerna av granskningen inte kan begränsas till denna handel. Den elektroniska handelns betydelse är ännu rätt liten men kommer sannolikt att öka. Trots detta finns det inte ännu tecken som tyder på att den inom en nära framtid skulle bli den viktigaste formen av handel för tillfredsställelse av privatpersonernas behov. Av detta följer att den analys som jag genomför och de slutsatser som jag kommer till även görs med tanke på ett vidare sammanhang. Jag har valt den elektroniska handeln som systematiseringsgrund för att få en meningsfull samling tjänstesektorer som kan granskas ur en gemensam synvinkel. Det är således klart att de tjänster som behandlas här har en stor betydelse även i andra sammanhang än vid elektronisk handel.

Man kan tala om kategorierna affärsbransch eller samhällssektor i detta sammanhang. Oberoende av vilkendera kategori det är fråga om och om det är

⁶⁴ Se *Commisson of the European Communities, Report to the Council of Ministers 23.11.1998* punkt 4. Conclusions: "Only two Member States, Germany and Austria, entrust credit institutions with the task to provide a basic financial infrastructure covering a certain territory. Sweden obliges one credit institution to provide a basic service on a national level. Also, the Member States assign special services or fund raising activities to certain credit institutions. The compatibility of each of these systems with Article 90 (2) of the Treaty has to be examined on a case to case basis."

Jfr dock med *Regionkommittén, Yttrande 14.2.2001, EGT C 148, 18.5.2001, s. 12* som gäller de offentliga kreditinstitutens betydelse för en balanserad utveckling i Europas regioner, städer och kommuner där man betonar det samhälleliga intresset angående bankverksamheten och därmed även tillgänglighetssynpunkter, se närmare i avsnitt 6.1.2 i 6 kap.

⁶⁵ Se *Nybergh 1997* 3 och 4 kap.

fråga om privaträttsliga förhållanden eller offentlighetsrättsliga förhållanden kan man särskilja reglering av två olika slag. Det finns den allmänna näringsrättsliga bransch- eller sektorregleringen och den reglering som gäller det förhållande som uppstår mellan den som idkar en viss verksamhet och den som är kund. Förhållanden som tidigare varit förvaltningsförhållanden är intressanta i detta sammanhang på grund av att det till följd av marknadsorienteringen har gått så att förhållandet blivit avtalsrättsligt. Om det inte finns ett uttryckligt stadgande om kontraheringsplikt kan man fråga huruvida det går att tillämpa rättsgrund-satsen om kontraheringsplikt på förhållandet. Förhållanden som tidigare varit avtalsförhållanden kan också behöva omprövas efter att en utveckling i form av en tilltagande marknadsorientering ägt rum.

Det har i de västerländska länderna uppstått en tradition enligt vilken nödvändiga tjänster tillhandahållits av det allmänna eller genom olika former av begränsad konkurrens. En verksamhet som ansetts vara ren affärsverksamhet har man oftast tillåtit att idkas i konkurrens medan samhällelig infrastruktur reglerats särskilt och undantagits marknadsmekanismerna. Genom marknadsorienteringen har en mängd samhällელიga funktioner återigen satts under marknadsmekanismernas påverkan.

Det är emellertid en svår definitionsfråga att säga vad som är affärsverksamhet och vad som är en samhällelig verksamhet som inte idkas utgående från affärsmässiga principer. Inom EU håller man på att utveckla en gemenskapsrättslig begreppsapparat att användas vid den rättsliga regleringen av tjänster för vilka något ytterligare skall gälla än deras fria rörlighet. För tillhandahållandet av tjänster i allmänhet regleras nämligen rätten till deras fria rörlighet enligt 49–55 art. EG-fördraget (f.d. 59–66 art.).

Här finns det dock inte skäl att gå närmare in på den omfattande gemenskapsrättsliga regleringen av trygghandlet av tjänsternas fria rörlighet. Jag begränsar mig till att nämna de gemenskapsrättsliga begreppen med vilka man avser att konstruera undantag från rätten till tjänsternas fria rörlighet.⁶⁶ Kommissionen har identifierat följande begrepp: tjänster i allmänhetens intresse, tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, offentliga tjänster och samhällsomfattande tjänster.⁶⁷ Av dessa intresserar i detta sammanhang tjänster i allmänhetens intresse, tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och samhällsomfattande tjänster.

Med *tjänster i allmänhetens intresse* avser man sådana tjänster som utförs på affärsmässiga eller icke-affärsmässiga grunder, som offentliga myndigheter

⁶⁶ Se *Scott ELJ 2000* s. 312.

⁶⁷ Se *Meddelande om tjänster i allmänhetens intresse i Europa (2001/C 17/04)* Bilaga II s. 23. Se även *KOM (2003) 270 slutlig* där kommissionen i Grönboken om tjänster i allmänhetens intresse inbegär synpunkter om dessa tjänster och *COM (2004) 374* som är en uppföljning av Grönboken. Här finns emellertid inte möjlighet att gå in på de linjedragningar som kommissionen har gjort angående dessa tjänster.

anser ligger i allmänhetens intresse, och som därför omfattas av särskilda förpliktelser. *Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse* nämns i art. 86 EG-fördraget (f.d. art. 90) och de utförs på affärsmässiga grunder men så att de bedöms ligga i allmänhetens intresse enligt särskilda kriterier. Därför omfattas de av särskilda förpliktelser från medlemsstaternas sida. Det kan vara fråga om tjänster som rör transporter, energi och kommunikation. Det finns också begreppet *samhällsomsfattande tjänst* (universal service) som innebär att tillgången till den garanteras av det allmänna till alla hushåll och andra användare. För denna typ av tjänster skall det finnas fastställda minimikrav för vad som måste erbjudas till ett överkomligt pris.⁶⁸

Gemenskapsrättens förhållningssätt till de här behandlade tjänsterna analyserar jag i respektive avsnitt i de följande kapitlen. En övergripande utgångspunkt är att det ligger nära till hands att förutsätta symmetri vid beviljande av friheter och rättigheter. Om man ger idkarna av en näring rätt att tillhandahålla tjänster inom den inre marknaden måste denna rätt balanseras upp av en rätt för de fritt rörliga personerna inom den inre marknaden att tillgodogöra sig det att tjänsterna får röra sig.⁶⁹ Det är dessutom en minimiförutsättning för personernas fria rörlighet att de har rätt till nödvändiga nyttigheter då de rör sig inom den inre marknaden.

Utöver dessa aspekter har skillnaden mellan de traditionella infrastruktur-tjänsterna och de finansiella tjänsterna blivit allt mindre på grund av att det numera är privaträttsliga aktörer som fungerar på en (åtminstone formellt) konkurrensutsatt marknad inom de flesta branscher. Post- och teletjänsterna representerar i detta sammanhang den traditionella infrastrukturen medan banktjänsterna traditionellt har hänförs till affärsverksamhet som i huvudsak idkats av privata aktörer på en marknad. Nu bildar dessa tjänster tillsammans den viktigaste infrastrukturen för den elektroniska handeln som uppfattats som en viktig del vid utvecklandet av informationssamhället.⁷⁰ Det verkar också ligga i luften att det kommer att ske en omorientering i framtiden inom EU.⁷¹

⁶⁸ Se *Meddelande om tjänster i allmänhetens intresse i Europa (2001/C 17/04)* Bilaga II där dessa definitioner finns.

⁶⁹ Se *Drexel EBLR 2002* s. 565 f. som förespråkar att de grundläggande friheterna (fundamental freedoms) skall tas med vid en bedömning av den europeiska avtalsrätten och s. 567 där han talar för en balans mellan friheterna.

⁷⁰ Se *eEurope 2002* s. 3, 5 och 19 och *KOM(2002) 263 slutlig, eEurope 2005* s. 6 där man konstaterar att denna nya handlingsplan ersätter *eEurope 2002* och att de mål som uppställdes där helt eller delvis har uppnåtts. I *eEurope 2005* uppställer man nya längre gående mål som baseras på de möjligheter som den nya bredbandsinfrastrukturen möjliggör.

⁷¹ Se *Consumer Committee position paper 6.12.1999* punkt 2.3 där man säger: "There is also a strong case to apply the universal service concept to other general interest services that are presently outside the definition. One important example here are certain banking services (such as access to an account) increasingly considered essential to economic participation." Se även *Europeiska rådet. Målsättningar i kampen mot fattigdom och social utslagning EGT C 82*,

Trots detta har man inte i Grönboken om tjänster i allmänhetens intresse tagit upp en egentlig utveckling av vad som skall hänföras till tjänsterna i allmänhetens intresse.⁷²

13.3.2001, s. 4 vid II Mål punkt 1.2 som har rubriken "Främja allas tillgång till resurser, rättigheter, varor och tjänster där man i underpunkten d) säger att för berörda personer utarbeta bidrag, tjänster ... som möjliggör en verklig tillgång till ... offentliga och privata tjänster...". Se vidare vid II Mål punkt 4 underpunkt c) där man säger man skall främja en dialog och partnerskap mellan alla berörda offentliga och privata aktörer genom att bl.a. ... gynna socialt ansvarstagande från företagen. Nedan i framställningen om regleringen i de särskilda branscherna behandlar jag den konkretare argumentation som lagts fram även inom Europeiska unionens organ.

⁷² Se *KOM (2003) 270 slutlig* s. 6 f.

5 Post- och telebranschen – traditionell infrastruktur

5.1 ALLMÄNT OM REGLERINGEN AV INFRASTRUKTUR

Detta kapitel utgör den första delen av framställningen som granskar den konkreta branschregleringen. Här analyserar jag utvecklingen av reglerna om tillgängligheten av de traditionella infrastruktur tjänsterna post- och teletjänsterna. Här besvarar jag den *första frågan* i frågeställningen om förändringar på marknaden för post- och teletjänsterna tillsammans med marknadsorienteringen och den informationsteknologiska utvecklingen har medfört ett behov att formulera regler om rätt till avtal. Dessutom besvarar jag den *andra frågan* för post- och teletjänsternas del om hur tillgängligheten av de tjänster som behövs för elektronisk handel (e-handel) tryggas genom regleringsåtgärder. Det är dels fråga om att analysera näringsrättslig reglering och dels privaträttslig reglering som är relevant med tanke på tillgängligheten av tjänster som är särskilt viktiga med tanke på e-handeln.

Den infrastruktur som behövs i ett informationssamhälle skiljer sig inte till alla delar från den infrastruktur som behövts i samhället innan det blivit ett informationssamhälle. Det går t.ex. inte att idka e-handel om man inte har tillgång till Internet¹ och har tillgång till distributionen av varor genom ett fysiskt distributionsnät. Posttjänsterna har dessutom tidigare tillhandahållits tillsammans med den statligt ägda postbankens tjänster varför utvecklingen till en egen självständig affärsbransch bäst kan beskrivas genom att beröra sambandet mellan posten och den tidigare statliga banken. Teletjänsterna kommer dessutom att i en allt högre grad att ha en stor betydelse vid tillhandahållandet av de flesta finansiella tjänsterna på grund av den ökande användningen av dessa tjänster genom Internet.

Användningen av Internet ger nya möjligheter att sköta uppgifter som funnits länge. Skötseln av många centrala uppgifter har varit beroende av olika former av infrastruktur. En förutsättning för att en infrastruktur ursprungligen skulle uppstå var att det fanns en centraliserad maktstruktur i samhället. För att kunna administrera en sådan större helhet som en hel nation har centralmakten i ett tidigt skede haft ett behov av att bygga upp bl.a. kommunikationer. Exempel på

¹ Man kan alternativt tala om m-handel om man når Internet genom en mobilapparat. För enkelhetens skull använder jag mig av begreppet elektronisk handel eller e-handel.

dylika tidiga funktioner av kommunikationsinfrastruktur var post- och skjutsningsväsendet. Skötseln av dylik infrastruktur uppstod under en tid då man inte kunde tänka sig att verksamheten skulle ha skötts av aktörer på marknaden. Den enda tänkbara lösningen var att statsmakten skulle ombesörja postgången.² Det är typiskt för den traditionella basservicen eller infrastrukturen att den i begynnelsen av verksamheten har skötts av det allmänna.

Till infrastruktur tjänsterna räknas upprätthållande av nätverk för kommunikation, distribution av energi och omsorgen för miljön genom att sköta t.ex. vattenförsörjningen och avfallshanteringen. Tjänsterna har vissa gemensamma drag som förklarar vad det är fråga om. Innehållet av tjänsterna och sättet på vilket de genomförs bestäms vagt genom allmänna normer om ens det. Tjänsterna står i princip under samma förutsättningar till allas förfogande antingen utan särskild betalning eller genom betalning. Vissa tjänstesektorer präglas fortfarande av att de tidigare upprätthållits genom offentliga monopol. Om det allmänna stått för tjänsten har den organiserats lösare än genom ett ämbetsverk till exempel såsom ett statsbolag eller såsom ett affärsverk.³

Postverksamheten som går ut på att transportera fysiska föremål, främst meddelanden som fysiskt är bundna till papper, bygger på en förhållandevis grundläggande teknologi. Det har därför i ett tidigt skede varit möjligt att inleda verksamheten. Den insats som varit krävande vid tiden för inledandet av verksamheten har varit att etablera en sådan maktapparat som möjliggjort uppbyggandet och upprätthållandet av nätverket. Televerksamheten skiljer sig från postverksamheten genom att det är fråga om en verksamhet som bygger på mera sofistikerade tekniska innovationer. I Finland har verksamheten inte i sin helhet efter utvecklandet övertagits av det allmänna. I motsats till andra stater i Europa har här funnits flera självständiga telefonföretag som varit verksamma i geografiskt avgränsade distrikt. De lokala telefonbolagen har ofta relativt små distrikt men står ändå för merparten av de förbindelser som tillhandahålls för användarna. I de flesta andra EU-staterna är det fortfarande det tidigare statliga monopoliet som dominerar tjänsteutbudet.⁴

² Se *Postmuseum-länk* där en rudimentär beskrivning av postverksamhetens historia i Sverige-Finland återges under länken ”Postmuseum”. Det svenska postverket skapades 1636 efter förslag av rikskanslern Axel Oxenstierna. Riksrådet antog en förordning om postbåden (postbudet). Postväsendet byggde på ett stafettsystem i rikets alla provinser. Postlinjer skapades genom att man på varje två eller tre mil efter landsvägarna tillsatte en postbonde med skyldighet att vidarebefordra posten. För detta fick bonden vissa lättnader när det gäller skjutsskyldigheter och andra pålagor. Postbondens postdrängar skulle springa med posten och när drängen närmade sig nästa posthemman skulle han blåsa i posthornet så att nästa postdräng kunde göra sig klar att ta hand om posten och löpa vidare.

³ Se *Mäenpää 2000* s. 163 ff. där han delar in den allmänna servicen i individuella tjänster och i infrastruktur tjänster. De individuella tjänsterna är välfärdstjänster såsom utbildning, hälsovård och socialtjänster.

⁴ Se *TrÜB 26/2002 rd – RP 112/2002* s. 7.

Kännetecknande för infrastrukturverksamhet är att det är fråga om antingen att tjänster distribueras genom ett nät eller tjänster som tillhandahålls genom servicepunkter utspridda i landet. Tele-, energi- och vattentjänster tillhandahålls fortlöpande i nät medan posttjänster tillhandahålls genom servicepunkter. De traditionella teletjänsterna (taltelefoni) tillhandahålls vid behov längs med fasta linjer eller genom mobilnät. Det är fråga om att nätverket kan användas för samtidig kommunikation när behov hos användarna uppstår. I och med att tekniken har utvecklats kan förutom ljud även vad för helst för data i digital form överföras. Den kan vara fråga om kommunikation i avsikt att utväxla meddelanden (telex- eller e-post) eller annan överföring av bilder, ljud och text i form av hemsidor på Worldwideweb, dvs. ordinär användning av Internet.

Enligt vad jag redogjort för i 2 kapitlet har man sedermera överlåtit skötseln av både post- och teletjänsterna till i åtminstone i formell mening privata aktörer på en mera eller mindre konkurrensutsatt marknad. Post- och teletjänster har en gemensam bakgrund genom att de ombesörjdes av samma centrala ämbetsverk under den tiden då det allmänna tillhandahöll dem i form av allmänna tjänster. Dessutom har posttjänsterna tidigare tillhandahållits tillsammans med den statligt ägda postbankens tjänster. Teletjänsterna kommer att bli den mest betydande formen av kommunikationsnät i synnerhet om de till följd av den tekniska utvecklingen smälter samman med radio- och televisionssändningstjänsterna. Ur ett nyttoperspektiv ligger teletjänsternas betydelse också däri att de kommer att utgöra en kommunikationskanal vid nyttjandet av de finansiella tjänsterna på grund av den ökande användningen av dessa tjänster genom Internet och mobiltelefonnätet.

Man har också inom EU ställt höga förväntningar på vad en ökad användning av Internet kan medföra för hela Europas ställning inom det globala näringslivet. Man har därför gått in för att ”förhindra att någon utestängs från information” och man har ställt som mål att bl.a. ”konsumenternas förtroende bör ökas om den elektroniska handeln skall uppnå sin fulla potential”.⁵ Dessa planer har sedermera varit föremål för vidareutveckling när man övervägt hur man skall genomföra den inre marknaden för elektronisk handel för att finna lösningar på de hinder som förekommer. Ekonomiska och sociala kommittén har framfört att välfungerande, billiga och säkra betalningar är en förutsättning för att inre marknaden för elektronisk handel skall fungera. Särskilt viktigt är tillträdet till infrastruktur och tjänster.⁶ Regleringen av tillträdet till den traditionella infrastrukturen är därför av intresse.

⁵ Se *eEurope* s. 4 f. och 19 ff.

⁶ Se *Ekonomiska och sociala kommittén, EGT C 123, 25.4.2001*, s. 1. Se särskilt punkt 4.6.1 och 4.8.4.

5.2 POSTTJÄNSTER

5.2.1 Allmänt om postbranschen

Den prestation som det vanligtvis är fråga om inom postsektorn är befordran av en brev- eller paketförsändelse. Man kan beteckna serviceformen som en särskild form av godsbefordran. Denna tjänst hör till de äldsta formerna av serviceuppgift som staten har ombesörjt.⁷ Postsektorn har i Finland liksom i de övriga nordiska länderna före reformerna på 1990-talet varit organiserad som ett statligt monopol. Verksamheten bedrevs i Finland i form av det centrala ämbetsverket Post- och televerket. Omstruktureringen av verksamheten inom postsektorn skedde gradvis. Först ändrades det statliga Post- och televerket 1990 till ett statligt affärsverk varvid man 1.7.1991 upphävde postens rättsliga monopol.⁸ Från och med denna tidpunkt till 1.1.1994 då postlagen (907/1993) trädde i kraft saknades en särskild reglering av postverksamheten. Det var i principiellt hänseende fråga om betydande reformer på grund av att affärsverket inte längre var en myndighet. År 1994 ombildades posten till att drivas i aktiebolagsform i en koncern som ägdes av staten. Det nuvarande bolagets namn har sedan 1999 varit Posten Finland Ab.⁹

Man har tidigare i de nordiska länderna diskuterat om det förhållande som uppstår mellan den som vill få försändelsen befordrad och posten är ett avtalsförhållande.¹⁰ Posten har hört till de av statens allmänna anstalter tillsammans med järnvägen, kanalerna, sjukhusen och läroanstalterna för vilka man har betalat för användningen. Grunderna för avgifterna har bestämts i lag och man har kunnat avtala om enbart vissa saker i samband med användningen.¹¹ Förutom förhållandet till avsändarna finns även förhållandet till postmottagarna. Båda dessa personkategorier är användare av posttjänster.

⁷ Postverksamheten inleddes i det dåvarande Sverige-Finland i statlig regi år 1638, se *Liikenneminiisteriön julkaisuja 7/99* s. 5, jfr med Danmark *Mathiassen 1974* s. 182 där han nämner att postverksamheten reglerades från och med år 1624 med en förordning om postbud och byggde på ensamrätt tills staten år 1711 övertog postväsendet mot en ”afståelsesum”.

⁸ Detta genomfördes genom att upphäva den tidigare posttrafikförordningen (692/1980) genom förordning (945/1991).

⁹ Se *Liikenneminiisteriön julkaisuja 7/99* s. 5 och *RP 74/2000* s. 4. Det är intressant att jämföra med t.ex. Sverige där det uppstod en nära identisk situation genom att där var verksamheten oreglerad 1.1.1993–1.3.1994 tills den nya Postlagen (1993:1684) trädde i kraft; i samband med detta bolagiserades Postverket och fick firman Posten, se *Ds 2002:21* s. 82.

¹⁰ Se t.ex. för Danmarks del *Mathiassen 1974* s. 188 f. där han konstaterar att enligt postlov af 11 marts 1851 uppfattades förhållandet som ett kontraktsförhållande. När Ussing tagit ställning till frågan har han utgått ifrån postlov 288 9 Maj 1919. Han säger att postloven också kan ”opfattes saaledes, at Postvæsenet i Kraft af Loven faar Befordringspligt, naar et Brev kommer i Postvæsenets Væрге under saadanne Omstændigheder, at det maa antages givet til Befordring”, se *Ussing 1945* s. 98.

¹¹ Se *Mäenpää 1989* s. 162.

Under tiden före reformen ansåg man att förhållandet mellan posten och användarna inte var ett normalt avtalsförhållande.¹² Situationen har således skilt sig från sådana branscher där privata näringsidkare tillhandahåller prestationer, fastän det finns branscher som trots att de sköts av privata näringsidkare är mycket långt reglerade. I postverksamheten har således traditionellt ingått offentlig- och privaträttsliga element. För myndigheter och offentliga affärsverk inom förvaltningen har – i den mån de har använt sig av avtal vid tillhandahållandet av tjänster – gällt kontraheringsplikt inom vissa branscher såsom posten.¹³

När man 1991 inledde reformeringen av postverksamheten med upphävandet av posttrafikförordningen (692/1980) innebar det i regleringshänseende att man övergick från förvaltningsrätten till privaträtten. Detta betyder att förhållandet, som mellan postverket och användarna av posttjänsterna var ett offentligrättsligt tjänsteförhållande, skiftade till ett civilrättsligt avtalsförhållande. Förändringen har varit större än vad man kunnat tänka sig åtminstone i Finland där reformen föranledde missnöje hos särskilt postmottagarna. Ett grundläggande fel som man gjorde och som mycket lätt hade kunnat undvikas var att man inte insåg följden av avregleringsåtgärden 1991, dvs. att förhållandet mellan posten och användarna av tjänsterna blev ett avtalsförhållande. Därför blev rättsläget angående förhållandet till postavsändarna och postmottagarna oklart. Oklarheterna reddes i viss mån upp genom att man stiftade postlagen (907/1993) som föregick den gällande lagen om posttjänster (313/2001).¹⁴ I justitieombudsmannens avgörande 20.1.1993, dnr 126/2/93 var således situationen före stiftandet av den tidigare postlagen föremål för bedömning.

JO konstaterade att postutdelningen utgör en lagstadgad bastjänst som åligger Post- och televerket. Envar som bor i landet kommer i åtnjutande av denna tjänst av offentligrättslig karaktär. Denna bedömning låg som grund för avgörandet att posten i egenskap av affärsverk inte utan stöd i

¹² Se t.ex. om situationen i Danmark *Mathiassen 1974* s. 241 ff. jämfört med *Madsen – Bruun Nielsen 1986* s. 56 och i Norge *Eckhoff – Smith 1997* s. 356, 363 f. och 366 jämfört med *Kruger 1989* s. 411 och 464.

¹³ Se *Mäenpää 1989* s. 179 f. som för Finlands del har kunnat konkludera detta med stöd av den tidigare gällande posttrafikförordningen (692/1980). Posttjänster har i Finland ansetts höra till tillämpningsområdet för KSL medan offentlig service som ges av en offentlig myndighet i denna egenskap har ansetts ligga utanför begreppet konsumenttjänst, se *Wilhelmsson 1989* s. 91. Även i *Kkn 92/38/488* och *Kkn 92/38/563* har posttjänsterna uppfattats som privaträttsliga avtal. Åtminstone i det senare fallet hade posten redan inlett sin verksamhet som affärsverk.

¹⁴ Se närmare *Nybergh 1997* s. 170 ff. och 285 f angående problemen i samband med 1993 års lag. Svårigheterna syns också genom den tafatthet man visade vid uppgörandet av de nya allmänna avtalsvillkoren som man var tvungen att uppgöra. Man formulerade dem på ett sätt som stred mot de allmänna avtalsrättsliga principerna och mot konsumentskyddslagens krav. Se *Bärlund 2000* s. 144 ff. och hans slutsats s. 149 som dock gäller villkoren per 1.7.1998. I de gällande villkoren per 1.1.2002 har reklamationstiden (Punkt 13 Anmärkning och preskribering) förlängts till 14 dagar efter att ha varit sju dagar.

lag eller delegeringsstadgande hade rätt att avbryta postutdelningen genom att inta bestämmelser om detta i leveransvillkoren. I och med att posttrafikförordningen hade upphävts hade Post- och televerket inte längre rätt att ensidigt ge bestämmelser. Lagstiftningen på området var således bristfällig och JO konstaterade att det ålåg trafikministeriet att bereda lagstiftningen angående postverksamheten.

Det problem som föranledde detta avgörande hade väckt allmän uppmärksamhet och vid stiftandet av postlagen hade man för avsikt att klarlägga situationen särskilt gällande förhållandet mellan Post- och televerket och postmottagaren¹⁵. Man förklarade att propositionen baseras på uppfattningen att det mellan postavsändaren och postverket sker en rättshandling mot vederlag i enlighet med postverkets leveransvillkor, dvs. det uppstår ett avtalsförhållande till förmån för en tredje person, postmottagaren. Postmottagaren skall enligt lagen ha rätt ”att få utdelningstjänster av postverket” fastän det mellan postmottagaren och postverket inte anses ”ske en egentlig rättshandling, om inte postmottagaren har ingått ett särskilt avtal om tilläggstjänster”. Det förhållande som uppstår i de fall man inte ingått ett särskilt avtal karaktäriseras som ett ”fristfälligt tvåsidigt” avtal.¹⁶ Till sist under punkt 1.1 i de allmänna villkoren sades i överensstämmelse med detta att leveransvillkoren gäller både avsändarens och mottagarens förhållande till Posten Finland Ab på det sätt om vilket det stadgas i postlagen och postförordningen. Anmärkningsvärt är således att man som utgångspunkt tog en rent privaträttslig lösning av avtalsförhållanden mellan postverken och dess kunder (alla som bor i landet i egenskap av postmottagare).¹⁷

5.2.2 Reglerna om tillgänglighet av posttjänsterna

Postverksamheten regleras i den nya lagen om posttjänster (313/2001, nedan PosttjL) som ersatte postlagen av 1993. Ett centralt syfte med den nya lagen var att reglera de samhällsomfattande posttjänsterna som täcker hela landet. Ett annat syfte med lagen var att styra verksamhet i branschen så att den i sin helhet är självfinansierande utan stöd av skattemedel.¹⁸ Den gällande lagen införde

¹⁵ Se *RP 49/1993* s. 2 f.

¹⁶ Se *RP 49/1993* s. 11 f.

¹⁷ Se även *KO Dnr 92/71/634* som är ett brev (31.8.1992) till det dåvarande Post- och televerket angående hemutdelningen i samband med försämringen av postservicen. Han tog också som utgångspunkt att det är möjligt att hävandet av posttrafikförordningen ledde till att det uppstod ett avtal mellan Posten och postmottagarna fastän det inte avgivits någon viljeförklaring från mottagarnas sida. Avtalet skulle ha varit ett fortgående utdelningsavtal till skillnad från de engångsavtal som postavsändarna sluter med Posten.

¹⁸ Se *RP 74/2000* s. 15.

också det s.k. postverksamhetsdirektivet som ändrats 2002.¹⁹ I samband med att lagen stiftades ansåg man att det inte var nödvändigt att grunda en kompensationsfond i enlighet med art. 9.4 postverksamhetsdirektivet. Man anförde att en kompensationsfond vid behov kan grundas genom att stifta en lag om de skyldigheter som ålagts leverantören av samhällsomfattande posttjänster utgör en oskäligen ekonomisk belastning för postföretaget.²⁰

I PosttjL 4.1 § stadgas således att det i hela landet skall finnas tillgång till samhällsomfattande posttjänster. Med detta avses förmedling av brev försändelser på högst två kilo, postpaket som väger högst tio kilo och transport och utdelning av till landet ankommande försändelser som väger högst trettio kilo. Dessutom avses tjänster som gäller rekommenderade och assurerade försändelser. Enligt 4.2 § stadgas att den som tillhandahåller samhällsomfattande tjänster åtminstone i varje kommun skall ha ett verksamhetsställe. I 4.3 § stadgas att den som anlitar posttjänster skall ha möjlighet att på ett insamlingsställe som ligger på ett rimligt avstånd från sin bostad lämna in brev försändelser som ingår i de samhällsomfattande posttjänsterna för att transporteras av ett postföretag.

I 6 § stadgas liksom tidigare i postlagen att postverksamhet får utövas av sådana som beviljats koncession av statsrådet. För att trygga finansieringen av de samhällsomfattande posttjänsterna om det skulle uppstå en konkurrenssituation som kunde försvåra Posten Finland Ab:s möjligheter att idka verksamhet i hela landet stiftades den särskilda lagen om avgift för tryggnad av postförmedling i glesbygden (708/1997, nedan Postavgiftstryggandel). Enligt lagen, som trädde i kraft den 1 augusti 1997, skall innehavaren av koncession för begränsad postförmedling betala för sin verksamhet en avgift av skattenatur som bestäms utifrån befolkningstätheten inom koncessionsområdet (2 och 4 §). Avgiften är på området för den största befolkningstätheten 20 procent av försäljningspriset (4 §). Syftet med lagen är att lindra effekterna av liberaliseringen av postverksamheten. Genom att enbart stadga om en avgift av postföretag som fått koncession för begränsad postförmedling skall man hindra att priserna ur Posten Finland Ab:s synvinkel sjunker drastiskt på de konkurrenssatta områdena.²¹ I regleringen av avgiften ingår inga principer enligt vilka de insamlade medlen kunde användas till att trygga tjänsterna i glesbygden.²²

¹⁹ Se Europaparlamentets och rådets direktiv 97/67/EEC om gemensamma regler för utveckling av gemenskapens inre marknad för posttjänster och för förbättring av kvaliteten på tjänsterna och Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/39/EG om ändring av direktiv 97/67/EG för att ytterligare öka konkurrensen inom postsektorn i gemenskapen. I det ursprungliga direktivet uppställs gemensamma minimikrav på kvaliteten på de samhällsomfattande posttjänsterna som skall tillhandahållas till ett rimligt pris, se *RP 74/2000* s. 9 f. Se även *SRR 4/2003* s. 10 där man finner att lagen överensstämmer med ändringsdirektivet.

²⁰ Se *RP 74/2000* s. 21.

²¹ Se *RP 22/1997* s. 3.

²² Se *SRR 4/2003* s. 22.

I PosttjL 11 § stadgas liksom på motsvarande sätt i 4.2 § postlagen att postföretagen ”är skyldiga att mot gällande avgift av var och en som så önskar ta emot och till mottagaren förmedla postförsändelser i enlighet med koncessionen och sina leveransvillkor”. Det är således fråga om en entydig kontraheringsplikt för postföretagen att utföra förmedlingsuppdragen.²³ Avtalsförhållandet inklusive den lagstadgade kontraheringsplikten är utgångspunkten för förhållandet mellan avsändaren och postverket.

I förhållandet mellan postföretaget och postmottagaren har man däremot gått in för en möjlighet att närmare avtala om arrangemangen om inte den lagstadgade utdelningsplanen tillfredsställer mottagaren. I 12 § stadgas om att brevörsändelserna skall delas ut på ett visst sätt (i höghus till de enskilda kunderna och i småhus till en anordning eller konstruktion på rimligt avstånd) och i 14 § stadgas att postföretagen skall utarbeta en plan om hur utdelningen i detalj skall ordnas. En person som bor i landet skall alltså såsom potentiell postmottagare sörja för att han har en sådan anordning eller konstruktion som avses i 12 § för mottagande av brevörsändelser. I 14.3 § stadgas ytterligare att postföretaget har rätt att förvara mottagarens brevörsändelser för avhämtning om det inte finns ett avtal och inte heller ett förvaltningsbeslut om var mottagningen skall ske. Mottagaren behöver således inte nödvändigtvis företa en rättshandling för att få post men nog en faktisk åtgärd om han inte bor i ett höghus med lägenheter.

I PosttjL 11.2 § regleras de godtagbara skälen till vägran att ingå avtal, dvs. undantagen till kontraheringsplikten. Där stadgas att ett postföretag kan vägra ta emot eller förmedla en brevörsändelse om det är fråga om farliga ämnen eller föremål eller produkter som enligt lag inte får transporteras. Dessutom nämns levande djur och särskilt känsliga föremål. Motsvarande regler fanns tidigare i den postförordning som utfärdats med stöd av postlagen. Dessa inskränkningar medför inte i sig problem med tanke på tillgängligheten av tjänsterna. Ett godtagbart skäl för vägran som visserligen inte i vanliga fall berör konsumenter gäller obetalda fordringar. Frågan regleras inte direkt i PosttjL utan genom ett delegeringsstadgande i 24 §. Där regleras de allmänna grunderna för leveransvillkoren. Här ingår också regler om att Kommunikationsverket skall godkänna villkoren efter att ha mottagit konsumentombuds-

²³ Se *RP 74/2000* s. 26 f. där man i detaljmotiveringen inte förklarar saken på detta sätt utan nöjer sig med att konstatera att postföretag inte har rätt att välja sina kunder. Användarna av posttjänsterna skall garanteras ett sakligt och icke-diskriminerande bemötande. Genom att betala avgiften kan man få sin försändelse förmedlad så som det har fastställts i postföretagets koncession och leveransvillkor. Se dock a.a. s. 31 där man konstaterar att postföretaget har servicetvång och att det därför är möjligt att låta postföretaget kräva säkerheter eller andra betalningsgarantier av kunden. Jfr med *RP 49/1993* s. 15 angående 5 § i propositionen (motsvaras av 4 § i den godkända postlagen), där skyldigheten likaså benämndes servicetvång vilket är ett mera konkret uttryck än kontraheringsplikt men som innebär detsamma. Se även *Hemmo I 2003* s. 78.

mannens tillstyrkande ställningstagande. Man har sålunda gått in för att höja författningsnivån på dessa regler när de nu ingår i lagen. I 4.3 § den tidigare postlagen hade man till trafikministeriet delegerat en rätt att besluta om dessa.²⁴

I PosttjL 24.2 § 7 punkten stadgas således att av leveransvillkoren skall framgå grunderna för säkerheter eller andra avvikande betalningsgarantier som krävs av kunden. I Transportvillkor för Posten Finland Abp:s godstransport-tjänster 1.1.2002 regleras avbrott av tjänst vid utebliven betalning i punkt 14. Där bestäms att om transport- och andra avgifter inte inom utsatt tid erlagts efter betalningspåminnelse från Posten har Posten rätt att avbryta transporten av kundens försändelser och fullgörandet av tjänster till dess att samtliga till betalning förfallna avgifter erlagts eller kunden ställt en av Posten godkänd säkerhet för erläggandet av avgifterna. Dessutom åberopas bl.a. att Posten har lagstadgad rätt att innehålla gods som lämnats till befördran.²⁵

5.2.3 Analys

Redan vid stiftandet av postlagen blev det klart att det inte var frågan om rätt till avtal som var den viktigaste frågan med tanke på tillgängligheten av tjänsterna. Det är i stället frågor om den geografiska tillgängligheten som träder i förgrunden även om frågor om rimligt pris på tilläggstjänster i framtiden kan komma att bli ännu aktuella.

Lagstiftarens förhållningssätt till tillgängligheten av de samhällsomfattande posttjänsterna förefaller tudelad. Å ena sidan vill man effektivisera verksamheten genom de sammanlagda marknadsorienteringsåtgärderna man företagit, omändring av post- och televerket till affärsverk, konkurrensutsättande av marknaden och bolagiseringen av affärsverket. Å andra sidan låter man Posten Finland Ab inneha en så dominerande ställning på marknaden att alla nyetableringar förefaller sgs. osannolika. Regeringen har själv noterat detta genom att i sin redogörelse till riksdagen åberopa den formella möjligheten för konkurrens. Man säger ändå att tröskeln att komma in på branschen förblivit rätt hög och att det är osannolikt att det i en nära framtid skulle uppstå konkurrens.²⁶

Konkurrensverket har en litet krassare syn på konkurrensläget i branschen

²⁴ Se *RP 74/2000* s. 31 där man hänvisar till grundlagens skydd av brevhemligheten och postverksamhetens speciella karaktär som motiv för att leveransvillkoren skall undergå en förhandsgranskning och för att det är att föredra att de allmänna grunderna skall vara fastställda i lag.

²⁵ Jfr *Hemmo I 2003* s. 85 då han som fortsättning på en beskrivning av grunderna för vägran i PosttjL 11.2 § utan dokumentering eller motivering hävdar att mottagande av försändelse kan förvägras om en företagskund i väsentlig mån har underlåtit att sköta om sin betalningsskyldighet gentemot postverket.

²⁶ Se *SRR 4/2003* s. 31.

genom att man säger att Posten Finland Abp har en dominerande marknadsställning i verksamheten för utdelning av brev och paket och att bolaget i praktiken har eliminerat alla konkurrenshot mot sin egen utdelningsverksamhet. Konkurrensverket har enligt sina utredningar funnit att tröskeln för inträdet på marknaden till utdelningsmarknaden är hög. Endast Posten Finland Abp har erhållit koncession för landsomfattande verksamhet medan den koncession som beviljades Suomen Suoramainonta Ab var begränsad och kortvarig.²⁷ Regeringen konstaterade dessutom att Suomen Suoramainonta Ab:s koncession gick ut 30.6.2003 utan att bolaget inledde någon verksamhet och trots detta ansåg man att några betydande missförhållanden inte kommit fram under den tid lagen om posttjänster varit ikraft.²⁸

I en rapport där OECD gått igenom regleringar av marknadsorienteringsreformer i Finland har man särskilt granskat bl.a. postbranschen. Man konstaterar att PostavgiftstryggandeL tillåter att Posten Finland Abp eventuellt kan kors-subsventionera verksamheten på områden som är förlustbringande. I sig finner man att rädslan för den samhällsomfattande skyldigheten är motiverad på grund av verksamheten i de förlustbringande områdena. Det föreligger ändå en nytta genom att bolaget erhåller skalfördelar och behärskar ett nätverk av oundgängliga faciliteter. Man anser att regleringen borde byggas upp så att endast nettokostnaden av den samhällsomfattande skyldigheten blir täckt, vilket är den princip som ligger bakom regleringen i EG. Regleringen borde också vara konkurrensneutral. Den finska regleringen fyller inte dessa mål. Tankegången bakom PostavgiftstryggandeL, enligt vilken bolaget skulle kunna konkurreras ut från vinstbringande områden och hänvisas till endast de förlustbringande stämmer inte överens med erfarenheter från andra länder. Man sluter sig till att regleringen av den samhällsomfattande skyldigheten kunde vara effektivare och främja konkurrensen bättre. Det finns två alternativa lösningar på problemet. Man kunde låta priset variera på de olika områdena så att det återspeglar kostnaderna (såsom i Nya Zeeland). Alternativt kunde man grunda en fond för den samhällsomfattande skyldigheten genom en avgift för alla operatörer. För att genomföra den samhällsomfattande skyldigheten skulle man använda sig av anbudsgivning eller auktion tillsammans med kompenserande subsidier.²⁹

Så länge som konkurrensen på marknaden inte uppstår kan man inte ens i princip hävda att det går att låta en fungerande marknad lösa problem om tillgång på tjänster. Man kan fråga sig om det är möjligt för det allmänna (lagstiftaren) att genom de rätta regleringsåtgärderna kunna åstadkomma en

²⁷ Se *Konkurrensverkets beslut dnro 146/81/03, 22.8.2003* där man med villkor godkände företagsköpet Posten Finland Abp / en del av Leijonajakelu Ab:s tidiga utdelningsaffärsverksamhet. Firman Suomen Suoramainonta lyder i översättning Finlands Direktreklam och Leijonajakelu Lejondistribution.

²⁸ Se *SRR 4/2003* s. 32.

²⁹ Se *OECD Finland 2003* s. 128 f.

sådan postmarknad som inte behöver tunga åtgärder av lagstiftaren för att man skall kunna nå de mål som uppställts för verksamheten.

Man hade som syfte med PosttjL att trygga en rättvis tillgång till postservice i hela landet och samhällsomfattande tjänster av god kvalitet sålunda att alla har möjlighet att ta emot brev- och andra adressförsedda postförsändelser med en vikt av högst 20 kg (höjdes till 30 kg i riksdagsbehandlingen). Propositionens mål var sålunda att trygga en fungerande och kontinuerlig postverksamhet i såväl den inhemska som internationella posttrafiken. Man uttalade även en strävan att styra verksamheten inom branschen så att den som en helhet finansierar sig själv utan stöd som skall betalas av skattemedel. Man uppskattade att det för detta förefaller finnas goda möjligheter med beaktande av den ekonomiska utvecklingen på området.³⁰

Man kan åtminstone konstatera att det helstatliga bolaget Posten Finland Ab inte behöver subventioner av skattemedel för att kunna idka sin verksamhet. Bolaget har under åren 1999, 2000 och 2001 gjort en vinst på 56, 68 respektive 25 miljoner €. ³¹ Dessa vinster har varit möjliga att göra på grund av de mycket omfattande rationaliseringsåtgärder man vidtagit under 1990-talet. Åtgärderna syns utåt främst i form av att kontorsnätet skurits ner.³²

Utän att behöva göra någon närmare undersökning kan man säga att Posten Finland Abp i egenskap av ensam aktör på marknaden lyckats förbättra sin verksamhet även om resultatet för 2001 sjunkit av olika omständigheter. Däremot kan man fråga sig om ägaren till bolaget lyckats med sin målsättning att tillhandahålla postservicen på en god eller ens skälig nivå.³³ Det torde vara rätt svårt att kunna finna ett gott sätt att mäta statens verksamhet ur denna synvinkel. Det torde likväl vara självklart att servicenivån på många håll inte längre är lika god som under tiden före rationaliseringsåtgärderna. Det går inte heller att försvara dem med att säga att det statliga bolaget gör vinst. För de enskilda kunderna är det viktigare att kunna ha en smidig tillgång till posttjänster än att veta att en viss del av skattemedlen används för att finansiera verksamheten. När verksamheten inbringar vinst är det en klen tröst att skatten för den enskilda skattebetalaren i knappt mätbar omfattning är en aning mindre.

³⁰ Se *RP 74/2000* s. 15.

³¹ Se *Helsingin Sanomat* 8.3.2002 där man anger korrigerade resultatsiffror för att få fram resultatet av den ordinarie affärsverksamheten. Jfr med *Posten Finland Abp:s årsberättelse 2001* s. 3 de motsvarande vinsterna 75, 92 respektive 32 miljoner €.

³² Se *RP 74/2000* s. 4 där man återger utvecklingen åren 1994–1998 så att postverksamhetsstäl-lenas antal sjunkit från 2273 st. till 1627 st. Se även *Posten Finland Abp:s årsberättelse 2001* s. 21 där man redogör för att man har 310 egna kontor samt ca 1100 kontor som drivs av företagare vilket ger det sammanlagda antalet kontor 1410 st.

³³ Vid en internationell jämförelse har konstaterats att det finns litet eller ingen oberoende forskning som kvantitativt utvärderat reformerna i OECD-länderna under en tioårs period före rapporten *Ds 2002:21*. Däremot uppger länderna själva att det nationella postverket förbättrat produktivitet, servicekvalitet och sitt ekonomiska resultat se a.a. s. 85.

I jämförelse med Sverige har det i Finland inte ännu uppstått någon konkurrens på postmarknaden till följd av marknadsorienteringen. I Sverige är konkurrensen dock begränsad till i huvudsak landets tre största städer med omnejd och till Gotland. Konkurrensen har utvecklats så att Postens största konkurrent CityMail 2001 hade en marknadsandel på ca 5 % av alla postförsändelser i Sverige men drygt 30 % inom sitt segment, dvs. den försorterade posten i storstadsområdena.³⁴ Ett intressant drag i den svenska utvecklingen är att Posten mycket aggressivt försvarade sig mot de företag som utmanade Posten på marknaden. Detta har tagit sig i uttryck som mer än 100 ärenden i Konkurrensverket mellan 1993 och 1998. En följd av detta skede är en lagändring som tryggt konkurrenterna bättre tillgång till infrastruktur som Posten besitter.³⁵ Man kan fråga sig om det skulle ske något liknande i Finland om det skulle uppstå en i praktiken konkurrensutsatt marknad i Finland.

I Sverige och Nya Zeeland har det nationella bolagiserade postverket ålagts ansvar för att upprätthålla ett landsomfattande insamlings- och utdelningsnät, att bedriva insamling och utdelning av post med en viss minsta frekvens och att hålla ett för landet enhetligt porto för vissa typer av försändelser. Detta måste de utföra utan att få särskild ersättning genom att klara eventuella underskott inom ramen för sin samlade verksamhet. Jämfört med detta är Finland avvikande genom den höga licensavgift på upptill 20 % av de totala intäkterna av det företag som endast vill verka i de tätbefolkade områdena.³⁶

Nytan av den vinst som det postbolag, som har ett samhälleligt ansvar, samlar på sig (för tillfället Posten Finland Abp) måste också uppvägas av de svårigheter som har drabbat glesbygden till följd ett genomförande av postverksamhetens effektivisering. Samarbetet med den tidigare statliga banken upphörde på grund av meningsskiljaktigheter om vad postverksamheten skulle få för ersättning för att tillhandahålla banktjänsterna. De gemensamma funktionerna kunde stå för delvis samma fasta kostnader och därför var det möjligt att upprätthålla ett tätare kontorsnät.³⁷

Med tanke på den övergripande frågan i denna framställning om tillgången till infrastruktur för att möjliggöra den elektroniska handeln är det också viktigt att kontorsnätet inte är alltför glest. Lagens krav på åtminstone ett kontor per kommun hjälper inte särskilt mycket i ett land med stor areal och låg befolkningstäthet. Eventuella framtida kommunsammanslagningar kan dessutom komma att urvattna verkan av detta krav. Mycket tyder på att de statliga

³⁴ Se *Ds 2002:21* s. 83 och 85 där man jämför de länder som konkurrensutsatt postverksamheten, nämligen Finland 1991, Sverige 1993, Nya Zeeland 1998 och Argentina. Endast i Sverige och Nya Zeeland har det etablerats konkurrens.

³⁵ Se *Ds 2002:21* s. 84.

³⁶ Se *Ds 2002:21* s. 87 och *OECD Finland 2003* s. 126 f.

³⁷ Se även ovan i avsnitt 4.3.3 om sambandet.

åtgärderna på postsektorn inte går hand i hand med de målsättningar man har och de satsningar som gjorts inom regionalpolitiken (se ovan i avsnitt 4.3). Som helhet förefaller den finska lösningen egendomlig. Man har avreglerat postmarknaden de jure på ett sådant sätt att det inte uppstått konkurrens. Ändå har nätet av kontor glesnat så att servicenivån i denna mening gått ner. Posten Finland Abp gör vinst åt ägaren som är staten men densamma staten är uppställd inför vad man skall ta sig till med de avfolkade regionerna. Det finns material upplagt för en nationalekonomisk forskning om reformen varit mödan värd. Häri borde i mödan kvantifieras postkundernas ansträngningar att få service även i glesbygderna.³⁸

5.3 TELETJÄNSTER

5.3.1 Allmänt om telebranschen

Telebranschen är ett exempel på en bransch som uppkommit till följd av den tekniska utvecklingen. Det har av naturliga skäl inte kunnat finnas ett behov av teletjänster innan det funnits ett telenät och tekniska apparater som går att ansluta till nätet. Under tiden då det fasta telenätet var det enda praktiskt tillgängliga för vardaglig kommunikation med taltelefoni fanns det följaktligen ingen kunskap om hurdana behov det kunde uppstå inom ett mobilt telekommunikationsnät eller vid användning av digitaliserad information. I dag vet man mera om hur tekniska innovationer kombinerade med tillhandahållande av teletjänster kan ge upphov till helt nya affärsverksamheter av betydande mått nationalekonomiskt sett.³⁹ Av denna orsak är det också klart att det finns ett behov att formulera hurdana regler om tillgänglighet det behövs.⁴⁰

Med tanke på utsikterna inom den elektroniska handeln finns det ingen orsak att särskilja mellan fast och mobil telekommunikation ur ett tillgänglighetsperspektiv. Det är också en självklarhet att det finns ett behov att formulera

³⁸ Se *Ds 2002:21* s. 87 f. där man jämfört tre modeller för avreglering av postverksamheten med hänvisning till Campbell, Robert M. *Regulatory and Governance Changes in Liberalized, Commercialized Postal Environments* i Crew – Kleindorfer (red.): *Future Directions of Postal Reform*, Boston 2001: den merkantilistiska modellen, marknadsmodellen och den nationella modellen. Sverige och Nya Zeeland har genomfört marknadsmodellen på ett annat sätt än Finland med sin licensavgift. Nederländerna och Tyskland har genomfört en merkantilistisk modell med starka nationella bolagiserade postverk. Frankrike och Danmark har valt den nationella modellen genom att driva verksamheten på traditionellt sätt så långt det går med att beakta arbetsmarknads- politiska och regionalpolitiska hänsyn.

³⁹ Se *RP 112/2002* s. 12 där det anges att teleföretagens omsättning i förhållande till bruttonationalprodukten under 1990-talet har ökat avsevärt, dvs. från 1,62 % 1990 till 3,31 % 2000.

⁴⁰ Se *Nybergh 1997* s. 98 och 132 ff. där jag begränsade framställningen till reglerna om teletjänster i fasta nät.

regler om tillgänglighet av Internet med hjälp av snabbare förbindelser än genom modem. En viktig fråga med tanke på framtiden är hur tillnärmandet av kommunikationsnät och kommunikationstjänster sker till följd av att den digitala tekniken gör det möjligt att använda sig av samma eller samma slags innehåll parallellt via olika distributionsvägar. Det uppstår då nya konkurrens-konstellationer för affärsverksamhet. Detta betyder att det blir möjligt att använda elektroniska tjänster och tillgodogöra sig kultur- och kunskapsinnehåll med hjälp av mobiltelefoner, digitaltv och datorer.⁴¹ Det är också möjligt att det i framtiden finns allt i ett apparater för mobilt eller fast bruk.⁴²

Det uppstår således ett behov för att utreda nya begrepp. I Sverige har man tagit i bruk begreppen nätkonvergens, tjänstekonvergens, apparatkonvergens och marknadskonvergens i samband med samordningen av lagstiftningen för medie- och telesektorerna.⁴³ Med *nätkonvergens* menar man att olika nät smälter samman. Det är fråga om sådana nät som ursprungligen byggts för vissa tjänster men vilka det sedermera har visat sig vara möjligt använda för också andra typer av tjänster. Exempel på detta är att telefoninätet också används för tillgång till datornät (Internet), att datornät också används för distribution av rundradioprogram och att kabel-TV-nät också används för telefoni. *Tjänstekonvergens* betyder en sammansmältning av olika typer av tjänster. Det finns inte något vedertaget sätt att karaktärisera olika typer av tjänster. Tidigare har t.ex. kommunikationstjänster, dvs. dubbelriktad kommunikation människa – människa i realtid, separerats från informationstjänster, dvs. kommunikation människa – databas. Sedermera har utvecklingen emellertid gjort det allt svårare att särskilja dessa tjänster. Ett exempel på en kommunikationstjänst som inte sker i realtid är E-post medan diskussionsgrupper på Internet är en form av kommunikationstjänst som samtidigt fungerar som en informationstjänst. Med *apparatkonvergens* eller terminalkonvergens förstår man en sammansmältning av den terminal användaren har för att sända och ta emot information. Telefonen kan fungera både som en telefon och dator, datorn kan användas som en telefon och TV och TV-apparaten fungerar förutom som en TV också som en dator. Den sista formen av konvergens är *marknadskonver-*

⁴¹ Se *RP 112/2002* s. 87.

⁴² Se *KomM 44/2000* s. 24 där man redogör för den digitala konvergensen ur användarens synvinkel. Man anger som exempel på nya tjänster och tjänstesätt banktjänster och elektronisk handel med hjälp av mobila medier, tjänster som bygger på positionsbestämning, utträttande av ärenden utgående från säker identifiering med hjälp av arbetsstationer, mobila medier och integrerade terminaler, användning av Internet med hjälp av sladdlösa nätnätskontakter hemifrån och med hjälp av mobila kontakter samt interaktiva tjänster via digitaltv eller digital radio.

⁴³ Se *SOU 2003:78* s. 38 där man hänvisar till en tidigare utredning: Konvergens och förändring – Samordning av lagstiftningen för medie- och telesektorerna (SOU 1999:55). Där granskas den tekniska och marknadsmässiga konvergensen mellan olika former av telekommunikation. Man konstaterade då att det är en utveckling som pågått i många år, som fortfarande pågår och som kommer att pågå i många år till.

gens med vilket man förstår den sammansmältning på marknaden som sker. Marknadskonvergensen äger ofta rum som en konsekvens av de strax ovan nämnda konvergenserna som följer av utvecklingen inom tekniken. Ett exempel på denna konvergens är att ett medieföretag genom ökad grad av interaktiva tjänster börjar likna en teleoperatör.⁴⁴

Det som är intressant i detta sammanhang är utvecklingen av Internet. Denna utveckling fungerar som en drivfjäder för konvergensen inom medie- och telesektorn. Man har beskrivit Internet som ett datornät där en av de ursprungliga idéerna har varit att nätet skall kunna växa genom att sådana nät som byggts med olika underliggande tekniker skall kunna integreras. Internet växer på detta sätt fram som ett nät som består av många olika sorters nät. Internet-protokollet (IP) fungerar som minsta gemensamma nämnare. Under Internet-protokollet finns många olika tekniker som ser till att IP-paketerna kan överföras mellan de enheter som kommunicerar sinsemellan.⁴⁵

5.3.2 Utvecklingen av regleringen av telebranschen

5.3.2.1 Allmänt om regleringen och telebranschen

På grund av de nya tekniska möjligheterna har det funnits ett behov att reglera branschen i takt med utvecklingen av tekniken. Kommunikationsverksamheten är gränsöverskridande till sin natur varför den nationella regleringen bygger på ett EG-regelverk om elektronisk kommunikation.⁴⁶ Detta regelverk har genomförts i Finland genom kommunikationsmarknadslagen (393/2003, nedan Kom-MarkL). Tillämpningsområdet för lagen är enligt dess 3 § kommunikationsmarknaden med vilken avses en marknad där nättjänster och kommunikationstjänster samt anknytande tjänster tillhandahålls. Detta betyder att lagen reglerar bl.a. teleföretag, teleentreprenörer, leverantörer av telefonkatalogstjänster eller nummerupplysningstjänster. De teleföretag som regleras i lagen är förutom traditionella teleföretag även leverantörer av Internettjänster. Till teleföretag

⁴⁴ Se *SOU 2003:78* s. 38 f.

⁴⁵ Se *SOU 2003:78* s. 39 f.

⁴⁶ Se Europaparlamentets och rådets direktiv om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster 2002/21/EG (ramdirektivet), direktivet om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter 2002/19/EG (tillträdesdirektivet), direktivet om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster 2002/20/EG (auktorisationsdirektivet), direktivet om samhällsomfattande tjänster och användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster 2002/22/EG (direktivet om samhällsomfattande tjänster) samt beslutet om ett regelverk för radiospektrumpolitiken i Europeiska gemenskapen 676/2002/EG (radiospektrumbeslutet), se EGT L 108, 24.4.2002. Dessa rättsakter skulle införlivas med den nationella lagstiftningen senast 24.7.2003.

räknas också företag som tillhandahåller tv- och radionät samt utövare av televisions- och radioverksamhet som producerar det programutbud som förmedlas i dem. Av tv-näten omfattar lagens tillämpningsområde analoga, digitala och kabel-tv-nät. Även satellitbaserad televisionsverksamhet hör till lagens tillämpningsområde. Den tidigare lagens tillämpningsområde var snävare än detta då den inte gällde leverantörer av Internettjänster och satellitbaserad televisionsverksamhet.⁴⁷

Utvecklingen inom den traditionella telebranschen går mot att en allt större andel är mobiltelefonverksamhet.⁴⁸ Redan nu har olika kommunikationsformer närmat sig varandra, dvs. det har uppstått nät-, tjänste-, apparat- och marknads-konvergens såsom jag nämnde strax ovan. Likadana informationssamhällstjänster tillhandahållas i olika kommunikationsnät såsom i telefonnät och markbundna digitala tv-nät. Man har också börjat använda kabel-tv-nät både till att distribuera tv- och radioprogram och till att tillhandahålla Internettjänster. Den tekniska utvecklingen gör det möjligt för dem som tillhandahåller tjänsterna att inom en nära framtid utveckla helt nya slags multimedietjänster.⁴⁹

Tidigare har regleringen av kommunikationsnäten ordnats på olika sätt beroende på om nätet har varit avsett för s.k. målgruppskommunikation eller masskommunikation. Målet för t.ex. koncessionspraxisen och den övriga regleringen av telefonnäten är att både tekniskt och ekonomiskt upprätthålla ett bra telenätverk. I överensstämmelse härmed stadgas i KomMarkL 3.2 § att den inte gäller innehållet i de meddelanden som förmedlas i ett kommunikationsnät. Lagen gäller således inte den verksamhet som går ut på att tillhandahålla innehållstjänster. Där ingår inte stadganden om vad som är tillåtet eller förbjudet innehåll i kommunikationen. Därför gäller lagen endast kommunikationens infrastruktur och sådan tjänsteverksamhet som är nödvändig för kommunikationen.⁵⁰ I stället regleras innehållet i meddelanden som förmedlas i kommunikationsnät i speciallagar såsom lagen om televisions- och radioverksamhet (744/1998), lagen om tillhandahållande av informationssamhällets tjänster (458/2002) och lagen om yttrandefrihet i masskommunikation (460/2003).

Telesektorn hade redan före den utveckling av marknadsorientering som analyserades kort i 2 kap. mera privaträttsliga drag än många andra traditionella infrastruktursektorer. Ovan nämndes redan att sektorn bestått av flera självständiga telefonföretag som varit verksamma i geografiskt avgränsade om än rätt små distrikt. De har dock skött den större delen av de förbindelser som till-

⁴⁷ Se *RP 112/2002* s. 110.

⁴⁸ Se *RP 112/2002* s. 12. Av teleföretagens omsättning 2001 bestod mobilkommunikationens andel av 42,6 %, lokaltelefonin av 17,3 %, den internationella telefonin av 4,9 % och fjärtelefonin av 1,3 %. Dessutom bestod annan verksamhet, t.ex. företagssystem, kabel-tvverksamhet samt utrustningshandel av 33,9 % av verksamhetens sammanlagda omsättning på ca 4,6 miljarder €.

⁴⁹ Se *RP 241/2001* s. 5.

⁵⁰ Se *RP 112/2002* s. 110.

handahållits för användarna. Detta är orsaken till att telefonnäten är uppdelade på tre nivåer. De är lokala nät, fjärrnät och utlandsnät. Av tekniska orsaker inordnades mobiltelenätet under fjärrnäten i den hierarkiska uppläggningen. Därför krävs det vid ett samtal från en mobiltelefon ett riktnummer. Efter att marknaden avreglerades i mitten på 1990-talet har flera konkurrerande teleföretag opererat på de tre nivåerna inom telenätet.⁵¹

Kommunikationstjänsterna, dvs. de traditionella teletjänsterna, har karaktär av livsnödvändigheter av den orsaken att de i dagens samhälle är en sådan del av infrastrukturen som behövs för att kunna rädda liv och egendom i akuta situationer. Räddningsverksamheten i samhället är inrättad på ett sådant sätt att den är effektiv förutsatt att hjälpbehövande kan kommunicera med hjälp av teleföretag. Dessutom utgör möjligheten till omedelbar kommunikation med andra människor en praktiskt sett oundgänglig tjänst även om det inte är fråga om så dramatiska meddelanden som nödmeddelanden. Individerna har under den tid det funnits fasta telefonförbindelser inrättat sina liv enligt de möjligheter till spontan kommunikation som förbindelserna erbjudit. Det hör till de normala förväntningarna att snabbt kunna meddela om t.ex. oväntade förhinder. Under 1990-talet har dessa förväntningar även kommit att gälla mobiltelefonförbindelser. Detta förstärks ytterligare av att antalet telefoner för allmänheten har skurits ner.⁵²

5.3.2.2 *Den första generationens reglering*

I Finland reglerades telesektorn länge delvis genom den ursprungliga regleringen från den tid då verksamheten inleddes. Det första steget av den omfattande utvecklingen av marknadsorientering utgjordes av stiftandet av telelagen (183/1987). De viktigaste ursprungliga regleringarna var kungörelsen angående villkoren för rättighet att uppställa och begagna telefonledningar inom landet (23.12.1886, telefonkungörelsen) och lagen om telegrafanläggningar (150/1919). Därutöver fanns närmare reglering på lägre nivå. Systemet byggde på att post- och televerket i egenskap av statlig inrättning som underlydde trafikministeriet utövade televerksamhet direkt med stöd av lag. De övriga teleinrättningarna utövade sin televerksamhet med stöd av en särskild koncession för vilken fanns särskilda lagregler. Post- och televerket verkade dessutom såsom telefunktionens förvaltningsmyndighet som beviljade koncessioner och fastställde vissa avgifter samt övervakade de telefoninrättningar som fungerade på basis av koncession.⁵³

⁵¹ Se *TrUB 26/2002 rd – RP 112/2002* s. 7.

⁵² Se *RP 112/2002* s. 81 där man motiverar att bestämmelserna om telefonautomater i art. 6.1 direktivet om samhällsomfattande tjänster inte föranleder lagstiftning på grund av att mobilterminaler blivit allmänna.

⁵³ Se *RP 60/1986* s. 4 f. och 7.

Televerksamheten såg 1985 i grova drag ut på följande sätt: Post- och televerket skötte fjärrtelefontrafiken i hela landet och utrikestrafiken, av den lokala telefonrörelsen skötte verket 3/4 av landets areal på vars området fanns 1/4 av landets telefoner och 1/3 av befolkningen. Anslutningarnas antal i verkets nät var ca 600 000. Därutöver skötte verket ensamt telegramtrafik och allmän telextrafik och tillsammans med de lokala telefonoperatörerna (-inrättningarna) dataöverförings-, telekopierings-, teletex och annan därmed jämförbar teletrafik. Radiotraffiken bestod på den tiden av sjöradiotraffik, internationell programöverföringstrafik och riksomfattande mobilradiotraffik. Dessutom fanns inom denna sida ett nytt personsökningsnät.⁵⁴

De lokala telefonoperatörernas verksamhet byggde på koncession enligt 3 § 16 punkten (lag 858/1941) lagen om rätt att utöva näring (122/1919) där det stadgades att det finns särskild reglering i lag om idkande av anläggning och nyttjande av telegraf- och telefonledning för allmänt begagnande. Koncessionerna beviljades så att de telefonoperatörer som innehade koncession hade koncession för ett område som varken överlappade övriga koncessionsområden eller post- och televerkets verksamhetsområde. Det fanns 1985 58 inrättningar med koncession (31 aktiebolag, 17 andelslag, 7 ekonomiska föreningar och 3 kommunala verk). I koncessionsinnehavarnas telefonnät fanns 3/4 av landets telefoner på en 1/4 av landets areal där 2/3 delar av befolkningen bodde. Inom deras område fanns ca 1,5 miljoner telefonanslutningar. Utöver telefonverksamheten skötte operatörerna som redan nämndes tillsammans med post- och televerket dataöverförings-, telekopierings-, teletex och annan därmed jämförbar teletrafik. Antalet telefoner i landet uppgick till ca 2,9 miljoner varmed telefonthätheten var 59,2 telefoner per 100 invånare.⁵⁵

I andra länder i Norden eller det övriga Europa fanns inte en dylik uppdelad bransch utan det vanliga var att det endast fanns en nationell operatör. Sverige är ett typiskt exempel på detta genom att Televerket hade monopol som dock inte baserade sig på lagstiftning. Endast i Danmark hade man ett kommunalt och två regionala bolag och i England vid sidan av det statliga bolaget ett stadsägt telefonverk.⁵⁶ Systemet i Finland byggde således på att det inte alls skulle råda någon konkurrens mellan de olika operatörerna. Detta hade också lett till jävsproblem på grund av att post- och televerket dels bedrev televerksamhet och dels innehade uppgiften som tillsynsmyndighet. I den meningen var det ingen skillnad mellan branschen i Finland, Danmark och England jämfört med de övriga länderna på grund av att det inte var meningen att det skulle uppstå konkurrens mellan de olika operatörerna. Detta berodde på att det inte skulle ha varit praktiskt möjligt att anlägga parallella nät för fast telefoni.

⁵⁴ Se *RP 60/1986* s. 7.

⁵⁵ Se *RP 60/1986* s. 7 f.

⁵⁶ Se *RP 60/1986* s. 8 och *Ds 2002:21* s. 89.

Exempelvis i Sverige fanns inte heller någon reglering som skulle ha bestämt på hurdana villkor Televerket skulle erbjuda anslutningsavtal till det allmänna telenätet. I många andra länder i Europa hade däremot de nationella televerken ett monopol som uttryckligen reglerats i lag.⁵⁷

5.3.2.3 *Den andra generationens reglering*

Telelagen trädde i kraft 1.5.1987 och den ersatte den ovan beskrivna ursprungliga regleringen. Lagen medförde inte särskilt stora strukturella nyheter på grund av att den befäste den arbetsfördelning som hade uppstått mellan de lokala operatörerna, som ägdes av användarna, och post- och televerket. Den första konkurrensutsättningsåtgärden som dock följde var ett beslut om koncessioner i april 1988 varigenom dataöverföring och företagskommunikation öppnades för konkurrens. Post- och televerkets dotterbolag Yritysverket Ab och Datatie Ab som ingick i de regionala operatörernas grupp beviljades koncession.⁵⁸

Beredningen av telelagen hade föregåtts av en sextioårsperiod då det inte hade företagits särskilt många regleringsåtgärder. Även beredningsarbetet drog ut på tiden med tanke på att man inlett ett reformförsök redan 1981.⁵⁹ Denna period av törnrosasömn fick dock ett abrupt slut vilket syns i att telelagen reviderades i många repriser. En principiellt viktig reform var att post- och televerkets rätt att utöva televerksamhet med stöd av lag upphävdes 1.10.1990 i samband med en lagändring (661/1990) som föreskrev att även verket måste ha koncession. Branschen öppnades således för konkurrens i och med att verket frångavs sin särställning. Lagändringen gjorde det också möjligt att bevilja de regionala teleinrättningarnas intressebolag Radiolinja Ab koncession för televerksamhet i ett telenät enligt GSM-normen. Samma år upphävdes de tidigare funktionella begränsningarna i Yritysverket Ab:s koncession och Datatie Ab:s koncession utsträcktes till hela landet.⁶⁰ Genom en ytterligare ändring av telelagen gavs 1992 också utländska filialrörelser rätt att söka koncession samtidigt som man i fråga om uppkopplad dataöverföring övergick till anmälningsförfarande.⁶¹

Strax därpå fortsatte man reformen genom att stifta lagen om ombildande av Post- och televerket till aktiebolag (885/1993). Härmed grundades ett statsägt bolag, PT Finland Ab som inledde sin verksamhet 1.1.1994 och som var moderbolag i en koncern vars döttrar blev Posten Finland Ab och Telecom Finland Ab. Telecom Finland Ab använde sig av marknadsföringsnamnet Tele

⁵⁷ Se *Ds 2002:21* s. 89.

⁵⁸ Se *RP 163/1996* s. 3. Firman Yritysverket lyder i översättning Företagsnäten och Datatie Datavägen.

⁵⁹ Se *RP 60/1986* s. 8.

⁶⁰ Se *RP 163/1996* s. 3 f.

⁶¹ Se *RP 180/1995* s. 8 och 14.

och verksamheten var lokal, riksomfattande och internationell telekommunikation.⁶² Konkurrensen utsträcktes till all televerksamhet genom koncessionslösningar 1992 och 1994 så att fjärrtelefonin och lokaltelefonin blev konkurrensutsatt från början av 1994 och den internationella telefonin sedan juli 1994.⁶³

Telelagen reformerades så att avregleringen av branschen fortsatte (lag 343/1996). Man gjorde det enklare för företag att komma in på telemarknaden och man klargjorde situationen för sådana teleoperatörer som inte själva bygger telenät. Man ville också låta marknadskrafterna styra utvecklingen varmed den samhällseliga styrningen begränsades till att i huvudsak omfattas av den allmänna konkurrens- och konsumentskyddslagstiftningen.⁶⁴ I ett nordiskt perspektiv följde man samma trend som t.ex. i Sverige där den egentliga avregleringen av telemarknaden inleddes genom att införa reglering 1993 i form av telelagen (1993:597) som i ett internationellt perspektiv ovanligt nog var den första telelagen i landet. Genom denna infördes tillståndsplikt och samtrafikskyldighet till ett kostnadsbaserat pris.⁶⁵ Efter att marknadsorienteringsåtgärderna i Finland, som omvandlade telesektorn till en affärsbransch i egentlig mening, genomförts kan man fråga sig vad som hände sedan. Kunde en konkurrens uppstå på de olika delmarknaderna?

Vid följande reform av branschregleringen redogjorde man för hur konkurrensen fungerade i praktiken. Man konstaterade att 1995 var telemarknaden i Finland ett duopol där Telecom Finland Ab hade ca 52 % av den totala marknaden och Finnet-bolagen (de tidigare regionala operatörerna) och deras intressebolag hade ca 46 % av marknaden. Man såg detta såsom en misräkning med beaktande av de ovan nämnda försöken att sänka tröskeln för nyetableringar.⁶⁶

När man granskade de olika delarna av marknaden konstaterade man att konkurrensen inom dataöverföringen (1986–1995) fungerade bra på grund av att de som är nyetablerade på marknaden har lyckats få betydande marknadsandelar. Trots detta hade Telecom Finland Ab fortfarande över 50 % av marknadens omsättning medan Finnet-bolagen hade resten förutom någonting under 10 %. Utvecklingen inom mobiltelefonin (1990–1995) utföll ännu mera till Telecom Finland Ab:s fördel genom att bolaget hade ca 90 % av omsättningen medan Finnet-bolagen hade resten. Inom den internationella televerksamheten

⁶² Lagen trädde i kraft 1.1.1994. Koncernen publicerade en annons där organisationen presenterades i bl.a. Hufvudstadsbladet 11.1.1994.

⁶³ Se *RP 163/1996* s. 4.

⁶⁴ Se *RP 163/1996* s. 4 och *RP 180/1995* s. 19 ff. Se även *Airaksinen 1993* s. 78 f. där han hänvisar till trafikministeriets föredragningspromemoria om uppfattningen att det åtminstone på lokaltrafikens område inte kan vara lönande att bygga två parallella nät. Trafikministeriet trodde då att lokaltelefonin kommer att domineras kraftigt av den redan etablerade operatören.

⁶⁵ Se *Ds 2002:21* s. 89 och *SOU 2003:78* s. 40. Televerket bolagiserades och fick firman Telia AB.

⁶⁶ Se *RP 163/1996* s. 4.

hade Telecom Finland Ab:s position (1993–1995) försvagats från 100 % av omsättningen till ca 70 %. Utvecklingen av marknadsandelarna inom fjärrteleverksamheten (1987–1995) var mera dramatisk genom att Telecom Finland Ab:s andel sjunkit från 100 % till under 50 % och Finnet-bolagens andel trätt i stället förutom en liten andel som hörde till övriga.⁶⁷

Inom lokaltelefonin är det svårare att bilda sig en uppfattning om hur konkurrensläget hade utvecklat sig. Detta beror på att man kan granska verksamheten per (1) teleföretagsgrupp i hela landet eller (2) regionalt i hur många nya operatörer som kommit in på marknaden. Därutöver kan man beakta att mobiltelefonin i praktiken konkurrerar med den fasta telefonin genom att (3) granska en marknad som består av mobiltelefonin och den fasta lokaltelefonin tillsammans. Då man granskade marknaden enligt det första sättet 1985–1995 hade Telecom Finland Ab:s andel varit svagt sjunkande från ca 30 % av omsättningen. Enligt det andra granskningssättet hade nya operatörer kommit in på de gamla operatörernas marknader endast med en fyra procents andel. Det tredje sättet utvisade att Telecom Finland Ab:s andel 1985–1995 stigit från ca 40 % till litet över 50 %.⁶⁸ Angående konkurrensen om hushållens och de små användarnas lokalsamtal konstaterade trafikutskottet med anledningen av denna proposition till ny telemarknadslag att den nya lagen behövs just för att stimulera denna konkurrens.⁶⁹

Situationen 1995 var sådan att man ännu inte hade nått de mål som uppställts för marknadsorienteringsreformerna av telebranschen. Det speciella med orden i propositionen är att man endast för dataöverföringens del noterar att konkurrensen fungerar bra. För de övriga delarna av marknaden säger man endast att ”konkurrensen utvecklats på följande sätt” varefter man visar upp en grov figur med kurvor. Skalan i figurerna har man begränsat till 0, 50 och 100 % utan att i texten ange de exakta sifferuppgifterna. Den bristfälliga konkurrensen inom den lokala telefonin blir underbetonad då man avslutar granskningen med en kurva för marknadsandelarna med den fasta lokala telefonin kombinerat med mobiltelefonin. Man ville ge en bild av att televerksamheten har utvecklats på grund av att lagstiftningen från medlet av 1980-talet reformerades för att uppnå en breddad konkurrens och på grund av att man bedrivit en liberal koncessionspolitik. Med detta avsåg man att lagstiftningen och marknadsstrukturen är mycket progressiv och väl står sig i en internationell jämförelse.⁷⁰ Det ligger nära till hands att omdömena om marknaden i Finland i sig

⁶⁷ Se *RP 163/1996* s. 4–6 där man med möda ur de inexakta figurerna 1–7 kan utläsa dessa siffror.

⁶⁸ Se *RP 163/1996* s. 6 f.

⁶⁹ Se *TrUB 1/1997 rd – RP 163/1996* s. 2

⁷⁰ Se *RP 163/1996* s. 3 jämfört med a.a. s. 12 ff. och s. 16 där man konstaterar att nätkonkurrensen inte öppnats för småanvändaren i väntad utsträckning eller inom önskad tidsrymd. Man anför som skäl att utvecklingen har fördröjts av den långsamma utvecklingen av alternativa tekniska

stämmer men det hade varit intressantare att tydligare föra fram den situation som faktiskt förelåg på marknaden. Med andra ord att utvecklingen inte motsvarade de uppställda målen.

Utvecklingen i Sverige före de senaste EG-direktiven gick i samma banor som i Finland på grund av att bägge länderna var med i processen som ledde till medlemskap i EU. Dessutom gick den tekniskt-ekonomiska utvecklingen på liknande sätt. Utan att gå in på att analysera skillnaderna i detalj mellan regleringslösningarna i länderna är det intressant att se på följderna av marknadsorienteringen i Sverige. Den stora vinsten var inte att priserna föll – även om inte i förväntad utsträckning – utan att marknaden blev mera dynamisk. Detta gäller särskilt de nya marknaderna, mobiltelefoni, Internetanslutning över telenätet och bredbandsanslutningar. Priserna för Internet och mobiltelemarknaden sjönk under 1990-talet på bekostnad av att lokalsamtalsavgifterna höjdes. Den viktigaste effekten har bedömts att vara att Telia tvingades sänka samtrafikavgifterna för tillträde till bolagets nät.⁷¹

5.3.2.4 Den tredje generationens reglering

Regleringen av telebranschen i Finland enligt telemarknadslagen vars rubrik ändrades till kommunikationsmarknadslagen (lag 489/2002) byggde på att trafikministeriet bestämde vilka företag som är företag med betydande marknadsinflytande. Av detta avgörande följde företagets skyldigheter direkt ur lagens stadganden.⁷²

I detta sammanhang började man tala om den s.k. kommunikationsmarknaden och reformen utgjorde den första fasen av en reform i två faser.⁷³ Det huvudsakliga målet som man uppställde för reformen var att främja informationssamhällets utveckling och yttrandefriheten. Man avsåg också att säkerställa ett jämlikt utbud av informationssamhällets tjänster regionalt och mellan olika befolkningsgrupper i synnerhet med hjälp av digitala tv-nät. Man framförde att utvecklingen av informationssamhället har en central betydelse för samhället. Detta gäller både när man förnyar ekonomin genom bildande av nya nätverk och när man skall stärka den bransch som är verksam med att producera det s.k. innehållet i de olika nätverken liksom även när man skall effektivisera de offentliga tjänsterna. Man hänvisade till regeringsprogrammet där man uppställt som mål att Finland skall vara en av de främsta nationerna i sin teknologipolitik och när det gäller att skapa ett människovänligt och hållbart informa-

lösningar och av ekonomiska orsaker. De är kundernas bindning till teleinrättningen, korssubvention, svårighet att komma in på området och problem med användningen av alternativa nät. Se även *TrUB 1/1997 rd – RP 163/1996 s. 2.*

⁷¹ Se *Ds 2002:21 s. 94 ff.*

⁷² Se *RP 112/2002 s. 89*

⁷³ Lagarna som stiftades i den första fasen trädde i kraft 1.7.2002.

tionssamhälle. Detta innebär till exempel att elektroniska tjänster och kultur- och kunskapsinnehåll utvecklas så att alla människor lätt och tryggt kan använda dem med hjälp av såväl mikrodatorer, digital television som mobilteleapparater.⁷⁴

Den andra fasen följde när den gällande KomMarkL, som trädde i kraft 25.7.2003, stiftades. För den uppställde man fortsättningsvis samma allmänna mål som för den första fasen, dvs. att främja informationssamhällets utveckling och yttrandefriheten. Dessutom skulle man säkerställa ett jämlikt utbud av informationssamhällets tjänster både regionalt och mellan olika befolkningsgrupper. Man konstaterade i samband med detta att informationssamhällsutvecklingen har en samhälleligt viktig betydelse bl.a. när det gäller att utveckla ekonomin och bilda nätverk i samhället. Denna utveckling är också viktig då det gäller att stärka de företag som är verksamma med att producera innehåll för de olika näten. Utvecklandet av informationssamhället är dessutom viktigt när man skall effektivisera de offentliga tjänsterna. Man hänvisade också till regeringsprogrammet såsom nämndes strax ovan om den första fasen. Avsikten med lagen var vidare att skapa en lagstiftningsram som främjar kommunikationsteknologins utveckling i konvergensthänseende. Med detta avser man kommunikationsnätens och kommunikationstjänsternas integrationsutveckling, dvs. att samma eller samma slags innehåll allt mer kan delas och användas parallellt via olika distributionsvägar. Man har också anammat en syn på att lagstiftningen skall revideras så att alla kommunikationsnät behandlas teknologineutralt.⁷⁵

När det gäller att vidta åtgärder för att påskynda ibruktageandet av bredbandskommunikation föreslås således också att man håller fast vid den teknologineutrala synen. Utbudet på bredband skall därför grunda sig på kommersiell verksamhet på en öppen marknad där olika tjänster konkurrerar sinsemellan. Det allmänna skall svara för att företagen har en vilja att investera i utvecklandet av bredbandsförbindelser. På glesbygdsområden där den kommersiella verksamheten inte kommer att leda till ett utbud på grund av efterfrågan skall man vidta särskilda åtgärder. Ansvar för detta vill man lägga på regionerna och kommunerna. Den strategiska ambitionen är ändå stor. Man föreslår nämligen att antalet bredbandsabonnemang skall öka från litet under 400 000 vid utgången av 2003 till en miljon abonnemang vid utgången av 2005 med beaktande av alla teknologier.⁷⁶

Denna strategi är intressant att jämföra med den svenska strategin som bygger på att det allmänna antar en betydande roll för uppbyggnaden av

⁷⁴ Se *RP 241/2001* s. 27.

⁷⁵ Se *RP 112/2002* s. 87. Se även närmare om konvergensen i början av detta avsnitt efter not 40.

⁷⁶ Se *KomM 50/2003* s. 3 f. och 10. En färsk statistik visar dock att bredbandsabonnemangen i november 2003 redan var 470 000 stycken och att prognosen kan höjas till 500 000 stycken vid årets slut, se *Helsingin Sanomat 12.12.2003* där man rapporterar om Statistikcentralens konsumentbarometer.

informationssamhällets infrastruktur. Det är fråga om en statlig bredbandssatsning med 5,8 miljarder kr i stöd. Ursprungligen hade man tänkt sig att utvecklingen och därmed engagemanget skulle gå snabbare.⁷⁷ Den statsstödda uppbyggnaden av IT-infrastrukturen kom i praktiken i gång först två år senare än man tänkt sig. Detta berodde bland annat på att sådana krav man ställt för att statligt stöd skulle kunna lyftas inte hade uppfyllts tillräckligt fort.⁷⁸ Sedermera har man räknat med att utbyggnaden skulle ta ordentlig fart under 2003 varför regeringen har förlängt möjligheten att utnyttja det statliga stödet t.o.m. 2005. Kommunerna i Sverige tar sig således an bredbandsutbyggnaden i den egna kommunen.⁷⁹

Som helhet består bredbandsnätet av tre delar; nationellt stomnät, transportnät eller ortssammanbindande nät, samt accessnät eller områdesnät. För ortssammanbindande nät och områdesnät förlitar sig staten enligt en utredning på att utbyggnaden av bredbandsnät i de större orterna skall kunna ske på ren kommersiell grund medan man bedömer att de mindre orterna har behov av stöd för att möjliggöra en sådan utbyggnad.⁸⁰

Man hade först tänkt sig att det statliga stödet och den kommunala insatsen tillsammans med kapital som de kommersiella aktörerna skulle stå för skulle möjliggöra en i stort sett heltäckande utbyggnad av det ortssammanbindande nätet. Inom det nät som finns inom ett visst område finns det ett ännu större behov av finansiering. Detta innebär att uppbyggnaden av näten inte kommer att nå lika långt som ursprungligen avsågs. Bristen på finansiering är så stor att det inte hjälper fastän många kommuner skulle öka sin egen andel. Av denna orsak bedömer man i en färsk utredning att ambitionsnivån måste sänkas beträffande hur stor del av landet som kan få ett utbyggt nät till och med år 2005. Trots detta konkluderar man att uppbyggnaden av det ortssammanbindande nätet kommer att innebära att en klar majoritet av Sveriges alla tätorter kommer att få en anslutning till ett öppet nät med hög överföringskapacitet. Också färdigställandet av stomnätet kommer att kunna genomföras enligt de planer som uppgjorts efter att konjunkturen inom branschen har försämrats. Fastän det ursprungligen inte var meningen att kommunala och statliga aktörer skulle bli dominerande på bredbandsuppbyggnaden är läget i dag detta på grund av att kommunerna och staten hela tiden har fortsatt att engagera sig i utbyggnaden.⁸¹

⁷⁷ Se *SOU 2003:78* s. 42 där man hänvisar till IT-propositionen (prop. 1999/2000:86).

⁷⁸ Se *SOU 2003:78* s. 43 där det framgår att litet under 300 kommuner kommer att upprätta ett lokalt IT-infrastrukturprogram och att högst sju av landets kommuner helt förväntas avstå från att göra det. För de kommuner som var tidigt ute kunde utbyggnaden av ortssammanbindande nät och områdesnät starta redan under sommaren 2002.

⁷⁹ Se *SOU 2003:78* s. 43.

⁸⁰ Se *SOU 2003:78* s. 173 f.

⁸¹ Se *SOU 2003:78* s. 43 ff.

Det är framtiden som utvisar vilketdera sättet som ger mera utdelning som helhet sett. Man kunde kanske jämföra med utbyggnaden av järnvägen med början under 1800-talet. I Norden och stora delar av det övriga Europa gick staten in för att upprätta och driva järnvägsverksamheten. Man valde att inte vara teknologineutral i inledningsskedet. Ursprungligen kunde endast vattenvägarna konkurrera med järnvägen. Sedermera har vägnätet börjat konkurrera med järnvägen. De som använder sig av transporttjänsterna på järnvägen och vägnätet är privata aktörer. Skillnaden ligger i att den aktör som tillhandahåller transporttjänsterna på järnvägen inte (ännu) är tvungen att konkurrera med någon annan järnvägstransportör. Åkerierna som tillhandahåller transporttjänster på landsvägen fungerar på en konkurrensutsatt marknad. Det gemensamma för transportsätten är att det allmänna står för bägge nätens uppbyggnad och underhåll. Nu uppstår frågan om bredband med den bästa överföringskapaciteten i form av fiberoptisk kabel kan jämföras med järnvägsnätet och vägnätet. Med andra ord är det bättre att det allmänna låter de privata aktörerna i sin helhet sköta verksamheten i form av nätbyggnad och som operatörer eller är satsningen så stor att även det allmänna borde delta i nätuppbyggnaden?

Frågan är inte egal ur en tillgänglighetssynvinkel. När det är fråga om infrastruktur borde utgångspunkten vara att näten kan utvecklas så att invånarna i landet inte hamnar i alltför ojämlika situationer. I ett glesbeott land är risken uppenbar att möjligheten att bo i glesbygden undermineras om tillgången till bredband uteblir. Om det allmänna inte tillförsäkrar tillgången till bredband i sådana fall som marknaden inte förmår erbjuda tjänster kommer detta antagligen att ske.

5.3.3 Reglerna om tillgänglighet av teletjänsterna

5.3.3.1 Allmänt om regleringen av tillgängligheten

Den ovan beskrivna utvecklingen av telebranschen har dels skett på den tekniska sidan dels på den ekonomiskt-juridiska sidan. De båda sidorna har utvecklats parallellt. Samtidigt har ideologiska orsaker om hur samhällssektorer skall regleras påverkat styrningen av verksamheten. Utvecklingen har gått från en verksamhet där faktisk tjänsteverksamhet tillhandahållits av det allmänna och lokala privata aktörer. Det har varit fråga om att införa konkurrens i en kraftigt reglerad tjänstesektor så att den förvandlats till en affärsbransch med en tilltagande konkurrens. Den nya regleringen är också kraftig men nu är den det för att främja konkurrensen.

Den tekniska utvecklingen har lett till det har skett stora förändringar i hordana tjänster som tillhandahålls. Den har också lett till att bedömningen av vilka tjänster det finns ett behov att trygga med rättsliga regler måste omprövas. Det är bland annat fråga om en del av infrastrukturen för handeln utan vilken

den dagliga omsättningen inte lyckas. Man kan också fråga om den omständighet att man lyckats införa allt mera konkurrens på telemarknaden har inverkat på hur det gått med tillgängligheten av tjänsterna. Hur tryggar reglerna rätten till tjänster och hur inverkar marknadsläget på de faktiska möjligheterna att kunna använda tjänsterna?

I KomMarkL regleras användarens rätt till ett minimiutbud av tjänster på grund av att man genomfört direktivet om samhällsomfattande tjänster (2002/22/EG). I II kapitlet direktivet åläggs medlemsstaterna att säkerställa skyldighet att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster samt sociala skyldigheter.

Enligt art. 3.1 direktivet skall de tjänster som anges i II kapitlet göras tillgängliga med angiven kvalitet för samtliga slutanvändare inom deras territorium oberoende av geografisk belägenhet. Dessutom skall tjänsterna mot bakgrund av särskilda nationella förhållanden tillhandahållas till ett överkomligt pris. Vidare stadgas i art. 4.1 att åtminstone ett företag skall kunna tillhandahålla en anslutning till det allmänna telefonnätet på en viss plats och möjliggöra användningen av allmänt tillgängliga telefonitjänster. I art. 4.2 bestäms att anslutningen som tillhandahålls skall göra det möjligt för slutanvändarna att ringa och ta emot lokala, nationella och internationella telefonsamtal, telefax och datakommunikation med en datahastighet som tillåter funktionellt tillträde till Internet. När man bedömer vad anslutningen skall omfatta skall man beakta den aktuella teknik som används av majoriteten av abonnenterna samt den tekniska genomförbarheten. I art. 5.1 punkt a stadgas också att slutanvändarna skall ha tillgång till minst en täckande abonnentkatalog i tryckt eller elektronisk form och en nummerupplysningstjänst.

Utöver den individuella rätten till anslutning regleras i art. 6.1 direktivet också skyldigheter att tillhandahålla ett skäligt utbud av allmänna telefoner. Artikel 6.2 ger medlemsstaterna en möjlighet att besluta, på grundval av ett samrådsförfarande enligt art. 33, att inte införa skyldigheterna enligt punkt 1. En förutsättning för detta är att staten skall vara övertygad om att dessa resurser eller jämförbara tjänster är allmänt tillgängliga.

I propositionen till KomMarkL sägs att målet för den föreslagna lagen är bl.a. att kommunikationstjänster på rimliga villkor skall finnas tillgängliga för alla användare i hela landet. Dessutom anger man att målet för lagen är att sörja för att de till buds stående möjligheterna till telekommunikation i Finland överensstämmer med användarnas rimliga behov, konkurrerar sinsemellan, är tekniskt utvecklade, håller god kvalitet, är driftsäkra och trygga samt har förmånliga priser. Man anför vidare att i de detaljerade bestämmelserna i lagen har varje teleföretag ålagts en skyldighet att sörja för att tjänster produceras för användarna. Skyldigheten gäller tjänster i både fasta telefonnät och mobilnät. Detta leder enligt propositionen till att behovet av allmänna telefoner har minskat avsevärt i Finland samtidigt som mobilterminaler blivit allmännare. Utifrån förhandlingar med olika myndigheter och organisationer samt en

undersökning om allmänna telefoner som kommunikationsministeriet lät utföra på våren 2001 har konstaterats att det i Finland inte finns något verkligt behov av att kräva att teleföretagen skall tillhandahålla allmänna telefoner. Konklusionen i propositionen blir därför att genomförandet av art. 6 i direktivet om samhällsomfattande tjänster inte förutsätter en lagstiftning.⁸²

5.3.3.2 Kontraheringsplikt

Genomförandet av den individuella rätten till tjänster ingår i 7 kap. KomMarkL. I 59.1 § stadgas således att ett teleföretag med betydande marknadsinflytande i ett fast telefontät inom ett visst verksamhetsområde är skyldigt att inom sitt verksamhetsområde oberoende av geografiskt läge och till ett skäligt pris tillhandahålla en anslutning till det fasta telefontätet på den ort där användaren stadigvarande bor eller finns. Om ett sådant teleföretag inte existerar stadgas i 2 mom. denna paragraf att ett sådant teleföretag vars marknadsandel mätt i antalet anslutningar är störst på det aktuella området har den skyldighet som avses i 1 mom.

Paragrafen gäller uttryckligen endast fast telefonanslutning fastän man i propositionen, såsom strax ovan i föregående underavsnitt nämndes, konstaterat att varje teleföretag ålagts en skyldighet att sörja för att tjänster produceras i både fasta telefontät och mobilnät. I förhållandet till användarna lämnas frågan om rätt till avtal för mobiltjänsterna således oreglerad. Det ligger ändå nära till hands att tillämpa den allmänna rättsgrundsatsen på en sådan tjänst. Här är det argument som anges strax ovan om skyldigheten att upprätthålla allmänna telefoner tillämpligt. Lagstiftaren utgår från att mobilterminaler är så allmänna att det inte är nödvändigt att förplikta teleföretagen att tillhandahålla allmänna telefoner. I och med detta blir det nödvändigt för potentiella användare av teletjänster överhuvudtaget att, såvitt de anser sig behöva mobilterminaler, även få tillgång till en sådan. I övrigt torde det i tillämpliga delar gå att tillämpa det som sägs nedan om fasta telefonförbindelser även på mobiltelefonförbindelser.

Omfattningen av teleföretagets skyldighet att tillhandahålla telefonanslutning är enligt 3 mom. att det skall vara möjligt att ringa och ta emot närsamtal, fjärrsamtal, utlandssamtal och andra sedvanliga samtal samt att sända och ta emot telefax från den. Telefonanslutningen skall ytterligare möjliggöra ändamålsenliga Internetförbindelser.

Med ändamålsenlig Internetförbindelse avses i detaljmotiveringen i propositionen en rätt till en normal telefonanslutning. Man preciserar detta med att rätten inte gäller t.ex. ett digitalt flertjänstnät (ISDN, Integrated Services Digital Network) eller en bredbandsanslutning med ADSL-teknik (Asymmetric Digital Subscriber Loop). Man anser således att det räcker med att anslutningen

⁸² Se *RP 112/2002* s. 81.

skall kunna överföra tal och data med en sådan snabbhet att en ändamålsenlig användning av Internetförbindelsen är möjlig. Med ändamålsenlig användning avser man att det som man kallar normal Internetanvändning är möjlig. Till detta räknas att sända e-post och surfa på Internet i realtid.⁸³

Denna snäva syn på anslutningens kvalitet mjukas upp med att man konstaterar att i takt med att tekniken och vanorna utvecklas ändrar synen på vad som skall anses vara normal Internetanvändning. Detta är orsaken till att man inte i lagen skall bestämma vilken minimiöverföringshastighet som krävs av en Internetförbindelse. Man hänvisar också till art. 4 direktivet om samhällsomfattande tjänster där det bestäms att den teknik som används av majoriteten av abonnenterna skall betraktas som en central jämförelsegrund. Man återoppar följaktligen den omständigheten att vid tidpunkten för beredningen av propositionen var den vanligaste Internetförbindelsen bland privatpersoner ett modem som används i ett fast telefontät. Ett sådant modem har en överföringshastighet på högst 56 kbit/s. Man hävdar ytterligare att normal Internetanvändning även skulle vara möjlig med långsammare förbindelser t.ex. i mobilnät.⁸⁴

Förverkligandet av de mål som uppställts i propositionen och dessa minimikrav på tillgång till förbindelse förefaller motstridiga. Redan en så enkel åtgärd som att uppdatera de vanligaste operativ- och applikationsprogrammen i en dator med hjälp av modemförbindelse går trögt. Det är en minimiförutsättning att effektivt kunna administrera den terminal med vilken man tillgodogör sig informationssamhällets tjänster. Uppfattningen i propositionen om anslutningens kvalitet håller redan på att föråldras när lagen inte ens varit i kraft ett år.

I KomMarkL 59.4 § stadgas att teleföretaget skall leverera telefonanslutningen inom skälig tid från beställningen. Stadgandet motsvarar 5 § beslutet av kommunikationsministeriet om de allmänna grunderna för villkor vid leverans av teletjänster (478/1997) och har sålunda överförts till lagnivå. Där förpliktades teleföretaget dessutom att informera abonnenten om leveranstiden. Detta kan uppfattas som normal god handelssed varför man även torde kunna kräva det enligt gällande lag även om det inte stadgats särskilt om det. Det är annan fråga vad som kan anses som skälig tid. En utgångspunkt för bedömningen kan vara vad som varit normalt på orten och vad konkurrenter antingen på orten eller i liknande förhållanden har kunnat klara av.

Skyldigheten i KomMarkL 59.1 § uppges i huvudsak motsvara 15.1 § i den föregående kommunikationsmarknadslagen (396/1997) vars 1–2 punkter i sin tur uppgavs motsvara 10.1 § telelagen (183/1987).⁸⁵ Vid tidpunkten för beredandet 1997 års lag hade 10.1 § telelagen den lydelse som den fått genom en lagändring (676/1992). Till denna del hade ändringen blott varit språklig.

⁸³ Se *RP 112/2002* s. 156.

⁸⁴ Se *RP 112/2002* s. 156 f.

⁸⁵ Se *RP 112/2002* s. 156 f. och *RP 163/1996* s. 28.

I paragrafen stadgades att var och en har rätt att ansluta sig till allmänna telenät och att i dem inom gränserna för nätets förmedlingskapacitet hyra fasta förbindelser som får användas för telekommunikation. Rätten gällde anslutning och hyra av fasta förbindelser antingen för egna ändamål eller så att de erbjuds vidare till andras nyttjande. Denna rätt gällde dock inte andra teleinrättningar utan en teleinrättning hade en kontraheringsplikt gentemot slutanvändaren inom sitt verksamhetsområde.⁸⁶ Trots att verksamheten, som tidigare var baserad på monopolställning, öppnades för konkurrens bibehölls kontraheringsplikten.⁸⁷ Införandet av konkurrens uppvägdes med att telelagen 10.2 § stadgade om att trafikministeriet skulle fastställa villkoren vid leverans av teleanslutningar.⁸⁸

När den nuvarande lagen bereddes ansåg man att det då gällande regleringssystemet inte längre till alla delar uppfyllde de krav som ställs i grundlagen. Man åberopade 80 § grundlagen enligt vilken republikens president, statsrådet och ministerierna kan utfärda förordningar med stöd av ett bemyndigande i antingen grundlagen eller annan lag. Vidare stadgas i paragrafen att bestämmelser om grunderna för individens rättigheter och skyldigheter samt om frågor som enligt grundlagen i övrigt hör till området för lag skall utfärdas genom lag. Då man i beredningsskedet tillämpade 80 § grundlagen på existerande reglering fann man att i telemarknadsförordningen och i ministeriets beslut ingår bestämmelser som enligt grundlagen borde vara på lagnivå. Man konstaterade ytterligare att de fullmaktsbestämmelser som gällde ministeriet och Kommunikationsverket inte är tillräckligt exakt avgränsade och att av dem inte alltid entydigt framgår vilka saker som kan regleras i författningar.⁸⁹

⁸⁶ Se *Airaksinen 1993* s. 60 f. som använder uttrycket ”servicetvång” (på finska ”palvelupakko”) istället för kontraheringsplikt. Orsaken kan vara att hans undersökning gäller marknadsrätt och att han inte analyserat problemet ur avtalsrättslig synvinkel. Se även *Hemmo I 1997* s. 64 i samband med att han först konstaterar att det inte finns allmänna lagstadganden om en kontraheringsplikt utan endast specialstadganden som begränsar näringsidkarens rätt att välja kunder, däribland 10.1 § telelagen.

⁸⁷ Se *Airaksinen 1993* s. 84 som säger att avsikten med de nya koncessionsavgörandena 1992 var att sträva efter konkurrens för att förverkliga ett effektivare system än det då existerande. Härmed skulle företagen förlora möjligheten att med korssubventioner upprätthålla olönsamma tjänster. En följd skulle vara att tjänste- och prisnivån för nödvändighetsnyttigheter borde definieras och finansieras genom myndighetsförordnanden.

⁸⁸ Det beslut som gällde då telelagen var i kraft var trafikministeriets beslut om villkoren vid leverans av teleanslutningar (503/1996). I dessa ingick enligt ingressen de ”allmänna grunderna för villkoren vid leverans av teleanslutningar”. Då telemarknadslagen kom ersattes dessa villkor med trafikministeriets beslut om de allmänna grunderna för villkor vid leverans av teletjänster (478/1997).

⁸⁹ Se *RP 112/2002* s. 86 f.

5.3.3.3 Godtagbara grunder för vägran

Den nuvarande KomMarkL 59.1 § stadgar om en kontraheringsplikt likt de föregående lagarnas motsvarande stadganden.⁹⁰ Regleringen i 7 kap. lagen följer en normal uppläggningsordning då det är fråga om en uttryckligen reglerad kontraheringsplikt. Med detta avses jag att rätten att vägra ingå avtal om anslutning till ett fast telefontät regleras närmare.

I KomMarkL 60 § stadgas att ett teleföretag har rätt att vägra ingå avtal om anslutning till ett fast telefontät med en användare, om denne har åtalats eller under det senaste året dömts för störande av post- och teletrafik som begåtts med hjälp av ett teleföretags anslutning eller om användaren har obetalda, förfallna och ostridiga skulder för användningen av ett teleföretags anslutning som avses i 59 §. Paragrafen motsvarar enligt motiven i huvudsak 4.3 § i det beslut av kommunikationsministeriet om de allmänna grunderna för villkor vid leverans av teletjänster (478/1997) som gällde under den tidigare lagen.⁹¹ Även detta stadgande är ett exempel på att man upphöjt reglerna inom branschen till lagnivå. I motiven framför man ytterligare att paragrafen inte strider mot art. 4 direktivet om samhällsomfattande tjänster som reglerar användarens rätt till telefonanslutning. Som stöd för detta åberopar man skäl 16 i direktivet, varav indirekt framgår att utebliven eller upprepad försenad betalning är godtagbara grunder för omedelbar avstängning av nätförbindelsen.⁹²

Grunderna för rätt att vägra motsvarar delvis de grunder som avses i 50 a § KreditL. För banktjänsters del anses att den omständigheten att en presumtiv kund kan misstänkas för missbruk kan utgöra ett vägande skäl för vägran med stöd av en formulering i motiven.⁹³ Här stadgas i stället uttryckligen om en hurdan grund som gäller vid brottsligt förfarande. Det första alternativet är att teleföretaget kan vägra en person som åtalats för störande av post- och teletrafik som begåtts med hjälp av ett teleföretags anslutning. Då gäller enligt detaljmotiven att rätten att vägra inte är bunden till en viss tid utan den fortgår så länge som användaren står åtalad i underrätt. Man anför sedan att rätten att vägra på denna grund upphör antingen med att åklagaren lägger ned åtalet, åtalet förkastas i domstol eller att den åtalade döms.⁹⁴

Om en fällande dom följer av åtalet följer den andra grunden för vägran, dvs. om en person under det senaste året dömts för störande av post- och teletrafik

⁹⁰ Se även *Hemmo I 2003* s. 78 där han upprepar formuleringen i *Hemmo I 1997* s. 64 som återges strax ovan i not 86.

⁹¹ Se *RP 112/2002* s. 158. Man kan notera att i 1997 års ministeriebeslut var den uttryckliga regleringen av grunderna för vägran en nyhet. I det tidigare beslutet (503/1996) fanns inte alls ett motsvarande stadgande fastän i telelagen redan ingick det ovan nämnda stadgandet i 10.1 § om rätt till avtal.

⁹² Se *RP 112/2002* s. 158.

⁹³ Se närmare avsnitt 6.2.3.2.2 nedan.

⁹⁴ Se *RP 112/2002* s. 157.

som begåtts med hjälp av ett teleföretags anslutning har teleföretaget en rätt att vägra. Den ettåriga tidsfristen räknas enligt detaljmotiven från underrättens dom. Enligt motiven har den omständighet att domen har vunnit laga kraft ingen betydelse för beräkandet av tidsfristen. Man torde avse att det inte är en förutsättning att domen vunnit laga kraft på grund av att man därefter konstaterar att om domen upphävs i högre rättsinstans, upphör rätten att vägra samtidigt.⁹⁵

De brott som det är fråga om är störande av post- och teletrafik enligt SL 38:5, grovt störande av post- och teletrafik enligt SL 38:6 och lindrigt störande enligt SL 38:7. Rätten att vägra kan enligt motiven bygga på alla dessa former av störande.⁹⁶

Den andra grunden i KomMarkL 60 § för att ett teleföretag har rätt att vägra ingå avtal är om användaren har obetalda, förfallna och ostridiga skulder för användningen av ett teleföretags anslutning som avses i 59 §. Även dessa kriterier har sin motsvarighet i 50 a § KreditIL. För banktjänster anges i motiven att väsentligt brott mot avtal kan utgöra ett vägande skäl för vägran.⁹⁷ Formuleringen i KomMarkL är mera konkret. I detaljmotiveringarna konstaterar man därutöver att rätten att vägra inte kan bygga på andra obetalda skulder än telefonräkningar i ett fast telefonnät och inte heller på dem till de delar de är stridiga. Man förutspår också att bestämmelsen i praktiken sannolikt mest kommer att tillämpas i en situation där användarens tidigare anslutningsavtal med stöd av KomMarkL 75.1 § 2 punkten har hävts på grundval av obetalda räkningar och användaren vill ingå ett nytt anslutningsavtal med antingen samma teleföretag eller ett annat teleföretag. Rätten att vägra skulle då enligt motiven upphöra först när användaren betalar skulderna eller alternativt när skulderna slutgiltigt preskriberas.⁹⁸

Man har således inte valt att begränsa grunden till ett avtalsbrott mot samma företag där individen redan har varit kund utan rätten skulle gälla även andra företag. Då uppstår frågan hur andra teleföretag på ett tillförlitligt sätt kan få kännedom om avtalsbrottet. Ett sätt är att endast sådana fordringar som utan resultat drivits in och föranlett anteckning om betalningsstörning i ett kreditupplysningsregister skulle ge grund för vägran hos andra teleföretag. Så länge som en tidigare kund vill sluta avtal på nytt med samma teleföretag som tidigare skulle det gå att anföra avtalsbrottet som grund. Inom ett företag torde det vara möjligt att granska uppgifter om kunder på ett tillförlitligt sätt.

Problemet ändrar karaktär om företag sinsemellan kan tillåtas utbyta uppgifter om kunder som inte finns i ett kreditupplysningsregister enligt 20 § person-

⁹⁵ Se *RP 112/2002* s. 157.

⁹⁶ Se *RP 112/2002* s. 157.

⁹⁷ Se närmare avsnitt 6.2.3.2.1.

⁹⁸ Se *RP 112/2002* s. 157.

uppgiftslagen (523/1999). Där begränsas kreditupplysningarna till dokumenterade försummelse att betala. Det är fråga om händelser vid myndighetsförfarande såsom lagakraftvunnen dom och konstaterande av medellöshet vid utskönningsförfarande. Det kan också vara fråga om uppgift som den registrerade har erkänt genom ett skriftligt meddelande till borgenären. Enligt 20.4 § får de registrerade personkredituppgifterna lämnas ut endast till en registeransvarig som bedriver kreditupplysningsverksamhet och till sådana som behöver information för beviljande eller övervakning av kredit eller annat därmed jämförbart syfte. Då ett teleföretag ämnar sluta avtal med en konsument finns det en möjlighet att be om kredituppgifter om personen. Det är däremot en annan sak om enskilda teleföretag själva börjar föra register och utbyta uppgifter. Det torde knappast ha varit avsikten med KomMarkL 60 §.

I detaljmotiven till KomMarkL 60 § behandlar man särskilt en situation när en individ som befinner sig i skuldsanering vill sluta avtal med ett teleföretag. Inledningsvis konstaterar man att fastställandet av ett betalningsprogram innebär att en sådan betalningstidtabell fastställts för skulder som omfattas av saneringen som ersätter de tidigare skuldvillkoren. Detta är enligt motiven orsaken till att rätten att vägra med återopande av skulder som sanerats vid skuldsanering inte gäller.⁹⁹

Från tiden före den nuvarande lagens ikraftträdande finns ett ställningstagande av riksdagens justitieombudsman om att ett teleföretag med mobilnät vägrat sluta avtal om nätanslutning med en privatperson på grund av att personen inte hade fast bostadsadress, JO:s ställningstagande 31.12.1998, dnr 2251/4/96 lyder i litet förkortad form enligt följande:¹⁰⁰

JO undersökte först sin behörighet på grund av att teletjänstföretag som tillhandahåller allmänna teletjänster inte är myndigheter eller offentliga samfund. Han konstaterade dock att den dåvarande telemarknadslagen förpliktar det allmänna att se till att telenät och teletjänster på skäliga villkor är tillgängliga för samtliga användare i hela landet. Teletjänstföretagen är för sin del skyldiga att se till att användarna har faktiska möjligheter till sådan telekommunikation som uppfyller telemarknadslagens villkor.

Lagstiftaren utgår från att var och en har en rätt att ansluta sig till ett allmänt telenät och använda detta. Tillhandahållandet av allmänna teletjänster kan därför betraktas såsom en s.k. offentlig uppgift, särskilt med beaktande av att förverkligandet av yttrandefriheten kan bero på faktisk tillgång till dessa tjänster.

Tolkningen av villkoren i ett anslutningsavtal är på samma sätt som tolkningen av villkoren i andra privaträttsliga avtal i sista hand en fråga som avgörs såsom tvistemål av allmän domstol. Villkoren i ett avtal om

⁹⁹ Se *RP 112/2002* s. 157 f.

¹⁰⁰ Se *JO:s verksamhetsberättelse 1998* s. 274 f.

anslutning till ett allmänt telenät kan dock bedömas också med utgångspunkt i de grundläggande fri- och rättigheterna. Överdimensionerade avtalsvillkor kan nämligen urvattna det grundlagsenliga skyddet för yttrandefriheten. Telemarknadslagen förutsätter att avtalsvillkoren är ”skäliga”. Denna skälighet kan också justitieombudsmannen ta ställning till utan att ta ställning till villkoren utgående från konsumentskyddslagen. JO är nämligen inte behörig för detta utan det är KO som övervakar villkoren till denna del.

JO konstaterade härefter att även bostadslösa har rätt till likvärdigt bemötande inför lagen. Lagen förpliktar inte någon att vara stadigvarande eller ens tillfälligt bosatt på en särskild bostadsadress. Ett krav att uppe en stadigvarande bostadsadress kan i sig inte heller uppställas såsom villkor för uppkomsten av ett teleanslutningsavtal. Ett sådant tillvägagångssätt skulle kränka jämlikhetsprincipen, eftersom det är fråga om tillgång till allmänna teletjänster som lagen garanterar alla och bostadslöshet inte särskilt angivits såsom en grund som begränsar denna tillgång. Den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna har därför också ansett att kränkning av yttrandefrihet kan föreligga om någon på diskriminerande grunder har berövats möjligheten att använda ett medel att meddela sig med omvärlden. Även bostadslösa har rätt till yttrandefrihet.

Enligt utredningen i ärendet hade teletjänstföretaget inte vägrat att ingå ett anslutningsavtal med den bostadslösa klaganden, men ställt som villkor för anslutningen att klaganden skulle ställa säkerhet. JO ansåg det förståeligt att teletjänstföretaget fruktade att avsaknaden av bostadsadress skulle öka företagets risk för kreditförluster. Denna risk kunde företaget dock undgå genom att fordra säkerheter eller förskotts betalning av kunden. Sådana försiktighetsåtgärder från företagets sida får dock inte vara så överdimensionerade att de i verkligheten hindrar en mindre bemedlad person att anlita teletjänster som anses nödvändiga med hänsyn till skyddet för de grundläggande fri- och rättigheterna. Allmänna teletjänster kan beroende på förhållandena bli oumbärliga för vissa personer, såväl med tanke på yttrandefriheten som med hänsyn till social bastrygghet.

I syfte med att säkerställa jämlikt bemötande av kunder gjorde JO trafikministeriet och de teletjänstföretag som hörts i ärendet uppmärksamma på de minimikrav som skulle tillgodoses i leveransvillkoren för teletjänster samt de allmänna grunderna för dessa villkor.

Av detta ställningstagande kan man se att det har varit på sin plats att närmare reglera på vilka grunder en vägran att ingå anslutningsavtal kan ske. I samklang med ställningstagandet ingår inte heller i KomMarkL 60 § avsaknad av fast bostadsadress som grund för vägran. Inte heller en befarad försening med betalning nämns som grund utan endast fordringar för användningen av ett teleföretags anslutning som lämnats obetalda, är ostridiga och förfallna nämns i paragrafen. I ställningstagandet har JO också konkretiserat vad yttrandefriheten kan innebära för tillgängligheten av tjänster. Det sägs inte direkt att det är fråga om att balansera de enskilda personernas yttrandefrihet mot teleföretagets

frihet att utöva näring. En förklaring kunde emellertid vara att det är fråga om ett horisontellt förhållande (enskild person i egenskap av presumtiv kund – teleföretag i egenskap av näringsidkare) där det allmänna skall sammanjämka de enskilda parternas grundrättighetspositioner.

Man har i diskursen framfört att då det är fråga om sinsemellan ojämsställda parter borde det allmänna sträva till lösningar som hellre balanserar upp det ojämsställda än förstärker det. Den allmänna jämställdhetsprincipen förutsätter att rättsordningen inte borde utöka de faktiskt förekommande ojämlika förhållandena utan uppgiften är att trygga ett effektivt förverkligande av alla parters grundrättigheter. Länsineva har med stöd av detta resonemang hävdat att lagstiftaren har en skyldighet att sörja för att i tillräcklig utsträckning trygga bl.a. individernas grundrättigheter i förhållande till företag inom telekommunikationsbranschen. Genom lagstiftningen måste de grundläggande tjänsternas tillgänglighet tryggas liksom även en ostörd och kontinuerlig verksamhet. Detta är viktigt förutom för förverkligandet av yttrandefriheten även för individernas liv och hälsa.¹⁰¹

5.3.3.4 *Krav på presumtiva kunder som kan jämföras med godtagbara grunder för vägran*

I KomMarkL 61 § regleras när ett teleföretag kan kräva förhandsbetalning, säkerhet och saldobegränsning av en konsument. Enligt 1 mom. paragrafen har ett teleföretag rätt att avkräva konsumenterna en skälig förhandsbetalning eller säkerhet för avgifterna i avtal om anslutning till telefontät endast om det finns en särskild anledning till detta som beror på förutsägbar insolvens eller någon annan därmed jämförbar omständighet. I detaljmotiven framför man att paragrafen harmonierar med regleringen i direktivet om samhällsomfattande tjänster. Man sluter sig till detta med stöd av en bestämmelse i bilaga I del A punkt c om förhandsbetalning i direktivet fastän direktivbestämmelsen endast gäller företag som utsetts att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster.¹⁰²

Enligt detaljmotiven gäller stadgandet i 61.1 § endast konsumenter varför det inte begränsar teleföretagets rätt att kräva säkerhet av andra användare. Man anger att syftet med stadgandet är att skydda en konsument mot ogrundade säkerhets- och förhandsbetalningskrav från ett teleföretag. Med stöd av detta konstateras att ett teleföretag och en konsument kan avtala om säkerhet och förhandsbetalning på önskat sätt, om konsumenten t.ex. anser att arrangemanget gynnar det egna intresset och därför samtycker till avtalet. Det väsentliga innehållet i bestämmelsen ligger enligt motiven i att teleföretaget inte som förutsättning för ett anslutningsavtal får kräva säkerhet eller förhandsbetalning

¹⁰¹ Se *Länsineva 2002* s. 147 f.

¹⁰² Se *RP 112/2002* s. 158.

utan att de förutsättningar som anges i momentet uppfylls.¹⁰³ Problemet är att detta är mycket vagt formulerat i själva momentet. Man säger därför att tillämpningen av bestämmelsen bl.a. förutsätter en bedömning av konsumentens framtida sannolika betalningsförmåga. Momentet preciseras i motiven genom att där sägs att teleföretaget skall kunna grunda sin bedömning på schematiska och objektiva omständigheter. Man nämner särskilt att konsumenters betalningsförmåga ofta föregås av en kreditstörningsanteckning. Även konkurs eller uppgift om ett misslyckat utmätningsförsök kan vara en sådan särskild orsak som föregår betalningsförmåga som avses i stadgandet.¹⁰⁴

Det uppstår ett problem om teleföretagen med stöd av detta stadgande i praktiken genomför det som JO ansåg vara otillbörligt. Ett teleföretag får således inte ställa så överdimensionerade krav på t.ex. säkerhet som innebär att en mindrebedrödd person i praktiken hindras från att anlita nödvändiga tele-tjänster. Personens grundläggande fri- och rättigheter blir då kränkta. Med tanke på detta krav som baserar sig på grundrättigheterna förefaller KomMarkL 61.1 § och dess specialmotiv som alltför vaga för att kunna fylla 80 § grundlagens krav. Man måste beakta att KomMarkL 60 § tillåter en rätt att vägra ingå avtal endast om det finns obetalda teleräkningar för användningen av ett teleföretags anslutning. Stadgandet i 61.1 § omintetgör denna begränsning på grund av sin obestämda formulering.

På samma sätt som vid skälen för rätt att vägra innebär skuldsanering ett undantag. Man säger i detaljmotiven till KomMarkL 61.1 § att teleföretagen inte kan kräva säkerhet enbart på basis av skuldsanering, eftersom det skulle vara oskäligt för konsumenten. I praktiken skulle detta krav helt kunna hindra ett öppnande av en anslutning, eftersom en skuldsaneringsgäldenär är skyldig att för att sköta sina skulder använda alla de inkomster som han inte behöver för sina oundgängliga levnadskostnader och utgifter för en underhållsskyldighet. Sedan betalningsprogrammet fastställts kan ställandet av säkerhet äventyra betalningsprogrammet, vilket inte kan anses vara rimligt. Å andra sidan begränsas inte borgenärens rättigheter av att skuldsanering inletts, om skulden har uppkommit efter denna tidpunkt.¹⁰⁵

I KomMarkL 61.1 § anges också att en annan orsak som kan jämföras med förutsägbar insolvens kan berättiga teleföretaget att avkräva förhandsbetalning eller säkerhet. Det kan enligt detaljmotiven t.ex. vara en förutsägbar ovilja att betala hos konsumenten eller något annat sådant skäl på grund av vilket teleföretaget har grundad anledning att misstänka att de avtalsenliga avgifterna inte kommer att bli betalda.¹⁰⁶ Detta är mycket vagt formulerat på grund av att man

¹⁰³ Se *RP 112/2002* s. 158.

¹⁰⁴ Se *RP 112/2002* s. 158.

¹⁰⁵ Se *RP 112/2002* s. 158.

¹⁰⁶ Se *RP 112/2002* s. 158.

inte angett något konkret exempel på vad det kunde vara. På samma sätt som grunden strax ovan kan man med stöd av 80 § grundlagen ifrågasätta om denna formulering är tillräckligt exakt. Det torde därför inte räcka till med att stadgandet eventuellt preciseras i praxis. Problemet med de individer som råkar ut för en vägran av denna typ är att de antagligen i mycket få fall försöker komma till sin rätt genom att vända sig till tillsynsmyndigheter, laglighetsövervakare eller konsumentklagonämnden. Möjligheten att vända sig till de allmänna domstolarna torde i praktiken oftast vara helt utesluten.

I KomMarkL 61.2 § stadgas att ett teleföretag på grund av särskild anledning enligt 1 mom. har rätt att utöver förhandsbetalning eller säkerhet ställa en skäligen saldobegränsning som förutsättning för anslutningsavtal. I detaljmotiven sägs att genom att slå ihop en skäligen saldobegränsning och en säkerhet som dimensionerats enligt saldobegränsningen kan teleföretaget mycket effektivt skydda sin ställning som borgenär. Man nämner att även detta lagrum i huvudsak motsvarar 6.1 § 4 punkten beslutet av kommunikationsministeriet om de allmänna grunderna för villkor vid leverans av teletjänster.¹⁰⁷ Detta är ytterligare ett exempel på höjning av regleringsnivån från ministeriebeslut till lag. Men det åligger tillsynsmyndigheten att övervaka att teleföretagen verkligen håller sig till skäligen saldobegränsningar och säkerheter.

5.3.3.5 Indirekt reglerad kontraheringsplikt

5.3.3.5.1 Allmänt

I avsnitt 1.3 tog jag upp hur normer om kontraheringsplikt också blir tillämpliga på situationer som inte nödvändigtvis uppfattas som situationer på vilka normerna kunde vara tillämpliga. Det framkom att de vanligaste situationerna där normer om kontraheringsplikt är tillämpliga gäller inskränkning av valfrihet beträffande medkontrahent. Dessutom har man ansett att normer om kontraheringsplikt skall tillämpas på så sätt att de ses som ett förbud mot att avbryta varaktiga avtalsförbindelser. En näringsidkare åläggs då en skyldighet att låta bli att säga upp ett redan ingånget avtal som är av fortlöpande (varaktig) eller långvarig natur.

I avtal gällande nödvändighetsnyttigheter såsom upprätthållande av teleförbindelser är det av särskild vikt att näringsidkaren har en i denna mening vid kontraheringsplikt. Då kan inte näringsidkaren med anledning av mindre avtalsbrott på konsumentens sida avbryta en existerande avtalsförbindelse eller avbryta tillhandahållandet av prestationen. Vid fall av socialt prestationshinder hos konsumenten måste det finnas särskilda förutsättningar för när näringsidkaren dels kan innehålla sin egen prestation (t.ex. avstängning av

¹⁰⁷ Se *RP 112/2002* s. 158.

teleförbindelser) eller dels kan säga upp eller häva ett sådant avtal av fortlöpande natur.¹⁰⁸

I KomMarkL 73 § regleras stängning av anslutning och begränsning av användningen av en orsak som beror på användaren enligt dessa riktlinjer och i 75 § hävning och uppsägning av anslutningsavtal. Reglerna om uppsägning gäller endast när användaren vill säga upp avtalet medan teleföretaget endast kan häva avtalet. Reglerna är till denna del inte symmetriska mellan parterna. I detaljmotiven anförs att ett teleföretags rätt att stänga en anslutning och häva ett anslutningsavtal med stöd av lagen har graderats så att användarens försumelse i första hand leder till att anslutningen stängs. Man har tänkt sig att avtalet kan hävas först när försummelsen har pågått länge.¹⁰⁹

En väsentlig skillnad mellan att stänga en anslutning och att häva ett avtal ligger i att stängningen av en anslutning kan upphävas men inte hävandet av ett avtal. Om ett avtal har hävts, kan användaren få en ny anslutning av samma eller ett annat teleföretag endast om teleföretaget inte kan åberopa de grunder för vägran att ingå avtal som regleras i 60 §.¹¹⁰ I motiven konstaterar man att 73 § i huvudsak motsvarar 10 § beslutet av kommunikationsministeriet om de allmänna grunderna för villkor vid leverans av teletjänster (478/1997). Man konstaterar också att det finns en bestämmelse om uteblivna räkningar i bilaga I del A punkt e i direktivet om samhällsomfattande tjänster. Bestämmelsen gäller visserligen endast företag som utsetts att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster. Man hävdar att paragrafen harmonierar med regleringen i direktivet.¹¹¹

5.3.3.5.2 Stängning och begränsning av anslutning på grund av underlåten betalning

I KomMarkL 73.1 § stadgas att ett teleföretag har rätt att begränsa användningen av en telefonnätanslutning eller stänga den, om användaren inte har betalat en avgift som förfallit till betalning. Det är således en huvudregel som leder till sanktioner för ett avtalsbrott i form av obetalt vederlag för tjänsten. Denna huvudregel har undantag som räknas upp i 2 mom. Där stadgas att teleföretaget dock inte har rätt att stänga anslutningen, om någon av de situationer som nämns punkterna 1–5 föreligger.

Enligt KomMarkL 73.1 § 1 punkten får teleföretaget inte stänga anslutningen om beloppet av den avgift som förfallit till betalning är mindre än 50 €. I detaljmotiven konstaterar man att stängning av en anslutningen är en mycket

¹⁰⁸ Se *Wilhelmsson 1987* s. 210 som då fann ett behov för ”åtminstone en temporär begränsning av hävningsrätten, då gäldenären kan åberopa ett socialt prestationshinder” inkluderat med begränsning av leverantörens rätt att innehålla sin egen prestation (utöva detentionsrätt).

¹⁰⁹ Se *RP 112/2002* s. 164.

¹¹⁰ Se *RP 112/2002* s. 164.

¹¹¹ Se *RP 112/2002* s. 165.

sträng påföljd för användaren. Därför har stängningsrätten begränsats till stora obetalda räkningar. Man konstaterar också att om de förfallna avgifterna är flera till antalet, uppkommer stängningsrätten om deras sammanlagda belopp är 50 € eller mer.¹¹² Tankegången har av allt att döma varit att tvinga teleföretaget att vänta och se om användaren bara tillfälligtvis har svårigheter och ge denna tid att sköta saken. Man konstaterar nämligen att teleföretaget alltid har tillgång till de normala metoderna för indrivning av skulder, t.ex. domstol och utsökning.¹¹³ Dessa metoder är arbetsdryga och medför kostnader varför det inte ens är förenligt med god indrivningssed att inleda ett domstolsförfarande om skulden är liten.

I lagen om indrivning av fordringar (513/1999, nedan IndrivningsL) regleras god indrivningssed. I 4.2 § 2 punkten stadgas att gäldenären vid indrivning inte får orsakas oskäligen eller onödigen kostnader eller onödigt men. Detta innebär att den som fått inkassoupdraget avhåller sig från åtgärder som utan grund ökar gäldenärens ersättningsansvar.¹¹⁴ En tolkning av situationen skulle vara att teleföretaget får tillgripa kostnadsframkallande indrivningsåtgärder hos myndigheter när det blir klart att gäldenären låter skuldsaldot växa trots betalningsuppmaningar. Härvid är 50 € snarare att se som en summa som tydligt skall överskridas än som en minimigräns som genast ger rätt till tunga indrivningsåtgärder.

Om teleföretaget ger indrivningen av fordringarna till en person som yrkesmässigt bedriver indrivningsverksamhet, vilket torde vara kutym, gäller särskilda regler enligt IndrivningsL som skyddar konsumenter.¹¹⁵ I IndrivningsL 5 § stadgas sålunda att den som yrkesmässigt bedriver indrivningsverksamhet skall, när han driver in en konsumentfordran, ge eller sända gäldenären ett skriftligt betalningskrav. Därefter stadgas i sju punkter att i kravet skall nämnas åtminstone vissa saker. Först efter att betalningskravet har givits eller sänts får enligt IndrivningsL 6 § den som yrkesmässigt bedriver indrivningsverksamhet i domstol kräva att en konsumentfordran betalas. I 6 § stadgas ytterligare att de tider för betalning av fordran och framställning av anmärkningar som nämnts i kravet skall ha löpt ut. Regleringen av indrivningsverksamheten torde även ge en fingervisning om hur teleföretaget själv skall gå till väga om det inte ger sina fordringar till utomstående för indrivning även om de särskilda reglerna om konsumenter då inte uttryckligen gäller. Den närmare regleringen i KomMarkL

¹¹² Se *RP 112/2002* s. 164.

¹¹³ Se *RP 112/2002* s. 164.

¹¹⁴ Se *RP 199/1996* s. 12 f.

¹¹⁵ Se *RP 199/1996* s. 13 där sägs att paragrafen gäller först och främst inkassobyråer men också banker, advokatbyråer och juridiska byråer då de sköter inkassoupdrag. Paragrafen tillämpas inte när borgenären, dvs. här teleföretaget, driver in sina egna fordringar även om indrivningsverksamheten skulle vara fortlöpande.

som begränsar teleföretagets rätt stänga anslutningen ger stöd för att även indrivningsåtgärderna skall stå i proportion till intresset.

I KomMarkL 73.2 § 2 punkten stadgas att teleföretaget inte får stänga anslutningen om den förfallna avgiften ansluter sig till mottagning av en annan tjänst än en kommunikationstjänst. I detaljmotiven sägs att en sådan avgift t.ex. kan vara en ersättning för en innehållstjänst i ett avgiftsbelagt underhållningsnummer. Ett teleföretag kan sålunda aldrig på denna grund stänga en anslutning och inte heller häva ett anslutningsavtal, helt oavsett storleken på den obetalda avgiften.¹¹⁶ Ett teleföretag har emellertid enligt 78 § rätt att spärra användningen av en annan tjänst än en kommunikationstjänst, om användaren inte inom två veckor från det att en betalningsupppmaning har sänts betalar en till betalning förfallen räkning för den andra tjänsten.

Teleföretaget får inte heller enligt KomMarkL 73.2 § 3 punkten stänga anslutningen om den förfallna avgiften betalas inom två veckor från det att en betalningsupppmaning har sänts. Stadgandet ger enligt detaljmotiven vid handen att en betalningsupppmaning först skall sändas till användaren. Från det att betalningsupppmaningen sänts iväg räknas en två veckors tidsfrist, under vilken användaren fortfarande kan betala den obetalda räkningen. Om användaren betalar avgiften först efter två veckor, skall teleföretaget om företaget hunnit stänga anslutningen öppna den på nytt.¹¹⁷ Härvid gäller enligt 74 § att teleföretaget har rätt att ta ut en skälig avgift för att öppna en anslutning eller avbryta en begränsning av användningen.

I 73.2 § 4 punkten stadgas att teleföretaget inte får stänga anslutningen om en konsument visar att orsaken till att betalning försumrats är sjukdom, arbetslöshet eller någon annan därmed jämförbar orsak som inte beror på honom eller henne och den förfallna avgiften betalas inom en månad från det att en betalningsupppmaning har sänts. I detaljmotiven sägs att det sociala prestationshinder som nämns i bestämmelsen för med sig att den normala två veckorsfristen förlängs till en månad. Dessutom konstateras att användaren är skyldig att bevisa prestationshindret.¹¹⁸

Enligt den 73.2 § 5 punkten, som är det sista undantaget till huvudregeln i 73.1 § om teleföretagets stängningsrätt, får teleföretaget inte stänga anslutningen om användaren framställer en anmärkning mot teleräkningen före förfallodagen och betalar den ostridiga delen av räkningen inom utsatt tid. Detta förutsätter dock enligt detaljmotiven att användaren som grund för tvisten har anfört sådana grunder med stöd av vilka teleföretagets betalningskrav kan vara ogrundat. Om invändningen är uppenbart ogrundad, skjuts inte stängnings-

¹¹⁶ Se *RP 112/2002* s. 164.

¹¹⁷ Se *RP 112/2002* s. 164 f.

¹¹⁸ Se *RP 112/2002* s. 165.

rätten upp. Som ett exempel på en ogrundad invändning nämner man en situation där användaren bestrider räkningen på den grunden att han inte har pengar att betala den.¹¹⁹

5.3.3.5.3 Stängning och begränsning av anslutning på grund av annat avtalsbrott än underlåten betalning

I 73.3 § regleras i tre punkter en rätt för teleföretaget att stänga en anslutning på andra grunder än ett avtalsbrott i form av obetalt vederlag för tjänsten. Enligt 1 punkten har således ett teleföretag också rätt att stänga en anslutning eller begränsa dess användning, om användaren har försatts i konkurs eller en myndighet har konstaterat att han annars är insolvent, och användaren inte ställer skälig säkerhet. I detaljmotiven konstateras att enligt 73.4 § kan teleföretaget även ställa en rimlig saldobegränsning för användningen av anslutningen. Detta innebär att enbart konkurs inte i sig är tillräcklig som stängningsgrund, eftersom ett teleföretag med hjälp av säkerhet och saldobegränsning i tillräcklig omfattning kan skydda sin ställning som borgenär. En säkerhet kan även ställas av ett konkursbo.¹²⁰ Denna lösning återspeglar att det är fråga om en nödvändighetsnyttighet. Det kan vara mycket svårt att på ett effektivt sätt sköta ett konkursbo om det inte finns teleförbindelser. Detta stadgande torde emellertid vara centralt främst för företag som är i konkurs.

I 73.3 § 2 punkten stadgas att ett teleföretag också har rätt att stänga en anslutning eller begränsa dess användning, om användaren trots uppmaning inte iakttar övriga avtalsvillkor. Som exempel på sådana andra avtalsvillkor som avses i punkten nämns i detaljmotiven överskridande av överenskommen saldogräns eller användning av teleterminalutrustning i strid med bestämmelserna.¹²¹

Enligt 73.3 § 3 punkten har ett teleföretag också rätt att stänga en anslutning eller begränsa dess användning, om användaren har åtalats för störande av post- och teletrafik som begåtts med hjälp av anslutningen. I detaljmotiven konstateras att om åtalet senare förkastas, skall teleföretaget öppna anslutningen på nytt men om åtalet leder till dom, har teleföretaget rätt att häva anslutningsavtalet med stöd av 75 §.¹²² Det är fråga om samma omständigheter som utgör en grund för vägran att ingå avtal enligt 60 §. Så länge det endast är fråga om åtal kommer således endast en stängning i fråga.

5.3.3.5.4 Hävning av anslutningsavtal

Ovan nämndes redan att hävning av ett anslutningsavtal är följande steg av påföljder när det förekommer en störning i avtalsförhållandet. Grunderna för

¹¹⁹ Se *RP 112/2002* s. 165.

¹²⁰ Se *RP 112/2002* s. 165.

¹²¹ Se *RP 112/2002* s. 165.

¹²² Se *RP 112/2002* s. 165.

dessa åtgärder måste stå i symmetri med rätten för teleföretaget att överhuvudtaget vägra ingå avtal. Detta beror på att det i praktiken kan uppstå situationer där det inte är någon skillnad om det är fråga om att en presumtiv kund avser att sluta ett avtal eller om det är fråga om att bryta ett pågående avtalsförhållande.

Enligt 75.1 § 1 punkten har ett teleföretag rätt att häva ett avtal om anslutning till telefonnätet, om anslutningen med stöd av 73 § har varit stängd minst en månad och förutsättningarna för stängning fortfarande föreligger. Enligt detaljmotiven har grunderna för hävande i regleringen kopplats ihop med grunderna för stängning av anslutningen. Reglerna går ut på att ett avtal inte kan hävas utan att anslutningen först har varit stängd.¹²³

Enligt 75.1 § 2 punkten har ett teleföretag rätt att häva ett avtal om anslutning till telefonnätet, om användaren har dömts för störande av post- och teletrafik som begåtts med hjälp av anslutningen. Detta stadgande motsvarar 60 §:s grund för teleföretaget att vägra ingå avtal.

I 75.2 § ställs krav angående förfarandet av hävningen genom att det stadgas att teleföretaget skriftligen skall häva ett anslutningsavtal. Dessutom krävs att teleföretaget skall förvarna användaren om att anslutningsavtalet kommer att hävas. Enligt detaljmotiven kan varningen vara fritt formulerad varför också en muntlig förhandsvarning per telefon är tillräcklig.¹²⁴

I detaljmotiven sägs att även denna paragraf har sin motsvarighet i beslutet av kommunikationsministeriet om de allmänna grunderna för villkor vid leverans av teletjänster. Det är fråga 15 och 16 § i beslutet. En bestämmelse om uteblivna räkningar ingår i bilaga I del A punkt e i direktivet om samhällsomfattande tjänster. Bestämmelsen gäller visserligen endast företag som utsetts att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster. Paragrafen harmonierar enligt motiven med regleringen i direktivet.¹²⁵

5.4 SAMMANFATTANDE SYNPKUNKTER

I detta kapitel besvarar jag den *första frågan* i frågeställningen om förändringar på marknaden för post- och teletjänsterna tillsammans med marknadsorienteringen och den informationsteknologiska utvecklingen har medfört ett behov att formulera regler om rätt till avtal. Dessutom besvarar jag den *andra frågan* för post- och teletjänsternas del om hur tillgängligheten av de tjänster som behövs för e-handeln tryggas genom regleringsåtgärder.

¹²³ Se RP 112/2002 s. 166.

¹²⁴ Se RP 112/2002 s. 166.

¹²⁵ Se RP 112/2002 s. 166.

Det förefaller uppenbart att denna tid kan karakteriseras som ett begynnelse-skede när ny teknologi tas i bruk. Det håller också på att uppstå nya förfaranden som utformar en ny typ av infrastruktur. Det är därför på sin plats att även utforma sådana rättsliga normer som behövs i denna nya situation. Av framställningen i detta kapitel har det kommit fram att lagstiftaren har varit mycket aktiv i avsikt att försöka hänga med i den tekniskt-ekonomiska utvecklingen. I postbranschen har regleringen reformerats två gånger inom tio år och i telebranschen har stora och små reformer avlöst varandra ännu mycket tätare.

Postverksamheten har varit en verksamhet där det allmänna haft skyldigheter gentemot dem som bor i landet. Dessutom har den gått ut på att sköta kommunikationen inom administrationen. Från detta har den utvecklats till en verksamhet där det allmänna har en skyldighet att upprätthålla jämlika konkurrensvillkor för aktörerna på postmarknaden. Visserligen är postmarknaden i den egentliga bemärkelsen av marknad än så länge en fiktion. I regleringen finns stadganden om rätt till avtal men det är istället ett problem att tillgodose den geografiska tillgången på tjänster. Postavsändarnas och postmottagarnas intresse tillgodoses indirekt genom konkurrensregleringens mål. Det uppstår en fråga huruvida de marknadskrafter som med möda kan uppmobiliseras kan leda till att det uppstår en godtagbar servicenivå. Det borde vara en servicenivå som ger något förmer eller ens lika mycket som man kunde nå med den gamla regleringen. Man kan fråga sig om samhället som helhet vinner mera nu jämfört med tidigare. Man kommer lätt till en fråga om det är de svaga och mindre bemedlade som förlorar medan de starka och välbärgade vinner till följd av den nya ordningen.

Frågan om tillgänglighet till teletjänster har i takt med utvecklingen ändrat karaktär. Det har ursprungligen varit fråga om huruvida det gått att bli uppkopplad till antingen det statliga eller lokala fasta telenätet och rätten att vid avtalsbrott bli behandlad på ett skäligt sätt innan förbindelsen brutits. Det har varit fråga om hurdana krav det allmänna ställt på monopolinnehavarna, statens operatör eller de lokala operatörerna som verkat med stöd av koncession.

Efter denna utvecklingsfas har det varit fråga om hur lagstiftaren och tillsynen förhållit sig till operatörer först på en duopolmarknad och därefter på en mera konkurrensutsatt marknad. Den stora skillnaden jämfört med tidigare har varit att det förutom fasta teleförbindelser uppstått mobiltelefonitjänster och dataöverföringstjänster, dvs. det har uppstått en betydligt mera omfattande tjänstemarknad. Det är nu också fråga om tillgång till Internet. Med beaktande av detta är det närmast förbryllande att KomMarkL 7 kap. inte reglerar annat än fasta teleanslutningar.

Den ovan beskrivna konvergensutvecklingen innebär för frågan om tillgång till tjänster att det är fråga om rätt till en mycket stor del av kommunikationen i samhället. Om rätten inte uppfylls är skillnaden jämfört med tidigare mycket större. Det är nästan som att bli avskild från yttervärlden. I framtiden när både

affärsverksamheten och det allmännas tjänsteverksamhet liksom även förvaltningen allt mer övergår till att ske via Internet är det fråga om en grundläggande rätt. Det är fråga om en så betydande rätt för dem som utnyttjar tjänsterna att regleringen måste gå ut på att noggrant staka ut hur teleföretagen får gå till väga i förhållande till dem. Det har ovan kommit fram att den nuvarande regleringen inte helt fyller detta krav på noggrannhet även om det finns rätt så utförliga regler om rätt till teletjänster.

6 Banktjänster – ny infrastruktur

I detta kapitel behandlar jag regleringen av tillgängligheten av de finansiella tjänsterna. Dessa tjänster har karaktären av ”metatjänster”, dvs. de finns till för att möjliggöra distributionen av varor och andra tjänster. Banktjänster är dessutom nödvändiga för att någon elektronisk handel överhuvudtaget skall vara möjlig. Jag besvarar här den *första frågan* om förändringar på marknaden för banktjänsterna tillsammans med marknadsorienteringen och den informations-teknologiska utvecklingen har medfört ett behov att formulera regler om rätt till avtal. Sedan följer en behandling som avser att besvara den *andra frågan* om hur tillgängligheten av de banktjänster som behövs för e-handeln tryggas genom regleringsåtgärder. Det är även för banktjänsternas del fråga om dels näringsrättslig reglering och dels privaträttslig reglering som är relevant med tanke på tillgängligheten av tjänster. Härfter går jag in på den *tredje frågan* om vilka banktjänster som omfattas av regeln om rätt till avtal. Slutligen följer behandlingen av den *fjärde frågan* om vad reglerna om rätt till avtal om banktjänster innebär för de olika banktjänsternas del, dvs. vilka godtagbara grunder för vägran föreligger för de olika tjänsterna.

Framställningen håller sig således till banktjänsterna även om regleringen av tillgängligheten av försäkringstjänsterna i viss mån är föremål för behandling som jämförelse med banktjänsterna. Bank- och försäkringsbranschen har närmast sig under den senaste tiden och regleringen av branschen och tillgängligheten av tjänsterna har haft gemensamma drag. Branschsammanmältningen har redan lett till att det delvis är samma aktörer på marknaden som tillhandahåller tjänsterna. Tillgången till vissa obligatoriska försäkringar har tryggats genom uttryckliga lagregler medan tryggheten av tillgången till frivilliga försäkringar har varit beroende av tolkningen av tillämpandet av den allmänna rättsgrundsatsen om kontraheringsplikt.

6.1 ALLMÄNT OM REGLERINGEN AV BANKBRANSCHEN I ETT TILLGÄNGLIGHETS- PERSPEKTIV

6.1.1 Utvecklingen av regleringen

Den finansiella sektorn har sedan länge varit föremål för reglering i näringsrättsligt hänseende, trots att verksamheten inleddes innan det fanns någon

reglering.¹ Men regleringen av de olika avtalstyperna inom sektorn har kännetecknats av en återhållsamhet i ingripandet i avtalsfriheten, dvs. man har uppfattat situationen så att näringsidkarna har kunnat välja med vem man önskar ingå avtal och mycket långt hurdana avtal man erbjuder. Detta har givetvis sin förklaring i att den finansiella sektorn före industrialiseringen hade haft en anspråkslösare roll i samhället än vad den har i dag. De tjänster som tillhandahölls inom sektorn då hade inte alls samma betydelse i samhället varför de inte längre skall uppfattas på samma sätt som under den tiden då man idkade handel i form av byte av varor eller litet senare med hjälp av pengar i kontant form.² Utvecklingen av ställningen av handeln i samhället under de senaste tusen åren har skett gradvis men förändringarna har varit stora. Det är fråga om att arbetsfördelningen i samhället har utvecklats så långt att ingen i praktiken kan leva genom att själv försörja sig med egen produktion av de varor han behöver. Senast på 1800-talet då konsumtionen av produkter som skaffats på marknaden började tillta åsidosatte penningekonomin husbehovsproduktionen.³

Banktjänsternas plats i samhället av i dag är enligt min utgångspunkt inte längre densamma som ens för 30 år sedan. De spelar på ett avgörande annat sätt en större roll i dag och det finns därför förväntningar på att de skall vara tillgängliga. Det betyder att reglerna om tillgänglighet även måste ses över för att svara mot det nuvarande behovet. När de näringsrättsliga regleringarna och grunderna för vår traditionella avtalsrätt uppkom hade samhället inte ännu ändrats särskilt mycket från vad det varit när bankverksamheten i tiderna hade kommit igång. Vid övergången från den merkantilistiska regleringen till den liberalistiska började även den näringsrättsliga reglering uppstå som var grunden för den reglering vi har i dag. Den liberalistiska regleringen utgick från att envar skall ha frihet att idka näring.⁴

Ändringar i rätten förutsätter vanligtvis att det uppstår samhälleliga problem som man uppfattar som nödvändiga att lösa. Rätten släpar därför vanligtvis efter den samhälleliga utvecklingen. Detta kan vara en förklaring till att vi

¹ Se *Kalima 1980* s. 24 ff. där han beskriver inledningen av verksamheten i Sverige-Finland från och med 1563 med Gustav Vasas uppmaning att det skulle grundas växlingsrörelser i hamnstäderna. Se vidare *a.a. s.* 34 ff. angående tillsynen av de första bankerna i Sverige-Finland (Palmstruchs bank som upphörde 1664) som inte baserade sig på någon lagstiftning. Först 1866 stiftades den första banklagen, se *a.a. s.* 60 ff. medan man i Sverige stiftat den första lagen 1824 relativt fort efter att Finland (den östra rikshalvan) blivit ett storfurstendöme under den ryska kejsaren.

² Se t.ex. *Jørgensen 1971* s. 26 f. där han lokaliserar tiden för den framväxande penningekonomin till slutet av medeltiden och *Kalima 1980* s. 17 f. som lokaliserar den första utvecklingen till det medeltida Italiens stadsstater där funktionerna i näringslivet började differentieras.

³ Se t.ex. *Muttillainen 2002* s. 74 där han redogör för utvecklingen av sparsamhället till kreditsamhället. Innan krediterna kunde bli allmännare måste omsättningen tillta och börja ske med hjälp av kontanter som betalningsmedel.

⁴ Se *Kekkonen 1987* s. 42

kommit så här långt i utvecklingen från industrisamhälle till informationssamhälle innan det uppstått tydligare krav på att friheten att tillhandahålla banktjänster inte kan vara beroende av näringsidkarnas gottfinnande. En annan dimension av samhällsutvecklingen är synen att samhället antagit karaktären av ett kreditsamhälle från att ha varit ett kontantsamhälle eller sparsamhälle.⁵ Härvid utvidgas perspektivet så att man även kan tala om att kredit inbegrips i de tjänster vars frihet att tillhandahålla begränsas.

Vid en närmare granskning visar det sig också att regleringen av banktjänster inte byggt och inte heller bygger på en total avtalsfrihet. Det allmänna har ur vissa synvinklar sett intervererat i bankverksamheten rätt så kraftigt ganska länge. Sedan 1960-talet har en gradvis avreglering, som riktats mot ränte- och valutaregleringen, företagits fastän avregleringen främst ägt rum i slutet av 1970- och under 1980-talet. Själva banklagstiftningen har inte egentligen varit föremål för avreglering och finansmarknaden har tvärtom varit föremål för ökad reglering.⁶ Under olika tider har ingreppen också varierat. Vi lever nu i en tid av anpassning efter den senaste avregleringsperioden under slutet av 1980-talet.

Den genomförda avregleringen har dock varit av en sådan karaktär att den tillsammans med den konjunktursvängning som ägde rum i slutet av 1980-talet ledde för Finlands del till en ovanligt kraftig klassisk kollaps.⁷ Den övervakning som upprätthölls med stöd av den reglering som bibehölls efter avregleringarna var således av rätt formell natur.⁸ Bankkrisen ledde till att man inte tillät de marknadsekonomiska lagbundenheterna att arbeta till slut. Statsmakten lät inte bankerna gå i konkurs.

⁵ Se t.ex. *Wilhelmsson 1989* s. 230 och *COM(2002) 443 final* s. 3. där man pekar på utvecklingen från kontantsamhälle till kreditsamhälle medan t.ex. *Muttillainen 2002* s. 74 och s. 88 betonar sparandet som ett drag i övergången till kreditsamhälle. Han syftar på att man först sparade penningmedel för att sedan kontant betala anskaffningar i motsats till kreditsamhället där man först gör anskaffningar på kredit och sedan betalar krediten. Detta sparbetande tog slut på 1980-talet då finansmarknaden liberaliserades.

⁶ Se *Anttila 1996* s. 78 och angående bankkrisen en sammanfattad beskrivning av händelseförloppet i Finland s. 88 ff. Se även *Muttillainen 2002* s. 84 f. som granskar kreditregleringen och för fram att finansmarknaden i Finland befriades från kreditregleringen i huvudsak först på 1980-talet vilket internationellt sett var sent samtidigt som takten var hård.

⁷ Se *Anttila 1996* s. 93. Se även för Sveriges del *Ds 2002:21* s. 56 f. där man talar om att avregleringen möjliggjorde en alltför snabb kreditexpansion under 1980-talet, vilket bidrog till överhettning och till krisen i början av 1990-talet.

⁸ Se *Anttila 1996* s. 96 f. där han redogör för att den dåvarande bankspektionens uppgifter utökades samtidigt som finansministeriet slog dövörat till när ledningen för bankspektionen i motsvarande mån begärde mera resurser. Han för dock fram "tidsandan" genom att hänvisa till Vihriälä, Vesa: *Kansantaloudellinen aikakauskirja* N:o 4 1993 s. 585 där det sägs att man inom bankbranschen under slutet av 1980-talet inte tog myndigheternas åsikter på allvar. Se även *Halme 1999* s. 493 som konkluderar att den strukturella snedvridningen av lagstiftningen blev betonad på 1980-talets senare hälft då bankerna tilläts fungera med en alltför låg soliditet i förhållande till det verkliga risktagandet.

Fortfarande avser man enligt finansministeriet att med regleringen försöka trygga finansieringsmarknadernas och betalningssystemens stabilitet. Med detta avser man ändå inte att förhindra alla problem med hjälp av tillsyn och reglering på grund av att det skulle vara nationalekonomiskt ofördelaktigt och skulle öka på aktörernas riskincentiv, dvs. skulle leda till ett ansvarslost riskfyllt agerande (moral hazard). Man anser att staten inte skall förbinda sig att trygga enskilda aktörers verksamhet utan att de själva skall effektivera sin övervakning. Man sluter sig till att det nu är tänkbart att t.ex. enskilda depositionsbanker kunde gå i konkurs varmed det skulle uppstå förluster för deponenter. Man hänvisar till att lagstiftningen utvecklats i riktning mot detta genom att man har avstått från en komplett depositionsgaranti och till att riksdagen hävt den s.k. bankstödsklämmen.⁹

Reformen av depositionsgarantisystemet genomfördes genom en ändring av bl.a. kreditinstitutslagen (enligt lag 1229/1997) och trädde i kraft 1.1.1998. Enligt 65 § kreditinstitutslagen (i fortsättningen KreditIL) skall depositionsbankerna höra till insättningsgarantifonden och enligt 65 j § (lag 69/2003) ersätts av fondens medel en deponents depositionsbanksfordringar på konton i en depositionsbank eller som är föremål för betalningsförmedling till ett belopp av 25 000 €.¹⁰

I samband med godkännandet av regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om vissa referensräntor samt om ändring av räntelagen (RP 176/1998) godkände riksdagen även de förslag till uttalanden som ekonomiutskottet framställt, dvs. man antog en ny kläm som hävde bankstödsklämmen från 1993.¹¹ Ekonomiutskottet bestämde sig för att ta upp bankstödsklämmen med motiveringen att propositionen i första hand gäller en anpassning av verksamhetsbetingelserna för kreditinstituten i Finland till den nya situation som uppstår när den tredje etappen av den ekonomiska och monetära unionen inleds och att det därför är lämpligt att granska hur bankstödsklämmen, som också påverkar bankernas verksamhetsbetingelser, passar in i den nya situationen.¹²

I sitt betänkande återkallade ekonomiutskottet formuleringen av bankstödsklämmen som riksdagen hade godkänt då den godkände regeringens proposition (379/1992) med förslag till lagar om ändring av lagen om statens säkerhetsfond och 55 § lagen om depositionsbankernas verksamhet. Klämmen hade följande lydelse:

⁹ Se *VM 13.4.2000* s. 17 f. där man går igenom de allmänna syftena och medlen för regleringen av mottagande av återbetalbara medel (depositioner).

¹⁰ Se angående motiven *RP 223/1997* s. 24 f. till reformen och *RP 33/2002* s. 11 f. Den senaste ändringen (69/2003) var teknisk och där ingick en ändring till belopp i euro.

¹¹ Se *RP 223/1997* s. 31 f. där man redogör för klämmen från år 1993 och för förutsättningarna för dess hävande och *EkUB 27/1998 – RP 176/1998* under rubriken ”Förslag till beslut” samt riksdagens plenarprotokoll 8.12.1998, 159.1998 13) HE 176/1998 3 K Päätös.

¹² Se *EkUB 27/1998 – RP 176/1998* under rubriken ”Bankstödsklämmen”.

”Riksdagen förutsätter att finska staten garanterar att bankerna i Finland i alla lägen kan fullgöra sina förpliktelser i rätt tid. Vid behov kommer riksdagen att bevilja regeringen tillräckligt stora anslag och fullmakter för att förpliktelserna skall kunna fullgöras.”¹³

Ekonomiutskottet ansåg att bankstödsklämman inte kan jämföras med en privaträttslig borgen och att utgångspunkten var att klämman hävs så snart omständigheterna tillåter det.¹⁴ Utskottet har självt angett villkoren för ett upphävande av bankstödsklämman. Klämman var av en sådan dignitet att den bara kunde upphävas genom ett nytt uttalande av riksdagen. Man ansåg 1998 att tiden var mogen för att upphäva klämman när bankkrisen konstaterades vara över och förtroendet för banksystemet hade återställts. En förutsättning var också att bankernas lönsamhet klart måste ha förbättrats, deras soliditet ha varit tillräckligt stark och problemen med fordringarna från bankkrisens tid måste ha upphört. Man ansåg också att då banksektorn över hela linjen uppvisade ett positivt resultat och då bankerna inte löpte någon risk att gå miste om utländsk finansiering på grund av att klämman skulle upphävas, var situationen tillräckligt bra för att upphäva klämman. Utskottet ansåg också att en bedömning huruvida dessa villkor hade uppfyllts först kan göras när insättningsgarantin har begränsats. Det godkända förslaget till det uttalande som upphäver klämman från 1993 lyder:¹⁵

”1. Riksdagen framhåller att det finansiella systemet i Finland att döma av alla tillgängliga utredningar har återhämtat sig i så hög grad att bankerna härnäst kan förutsättas klara av sina förpliktelser i alla lägen utan en garanti från finska staten. Riksdagens uttalande från 1993 om att riksdagen efter behov kommer att ge regeringen adekvata resurser och nödvändiga fullmakter för att fullgöra förpliktelserna i fråga om bankernas ansvarsförbindelser har hävts.”

Regleringen som sådan och bankkrisen tillsammans med de här återgivna åtgärderna från det allmänna sidan (riksdagen) föranleder en del frågor om bankernas roll i dagens samhälle.

Även om man i den nuvarande lagstiftningen har infört ett större ansvar för aktörerna på marknaden för banktjänster torde lärdomarna av bankkrisen på 1990-talet vara entydiga. Om en enskild bank i övrigt normala förhållanden

¹³ Se *EkUB 1/1993 – RP 379/1992*

¹⁴ Se *EkUB 27/1998 – RP 176/1998* under rubriken ”Upphävande av bankstödsklämman”.

¹⁵ Se *EkUB 27/1998 – RP 176/1998* under rubriken ”Upphävande av bankstödsklämman” där utskottet hänvisar till det betänkande av utskottet som riksdagen godkänt som gällde meddelandet angående en åtgärdsplan för sanering av finansieringssystemet (SRM 1/1996 rd – *EkUB 26/1996 rd*).

agerar på ett alltför riskfyllt sätt och om tillsynen av någon orsak inte hinner reagera, kan denna bank antagligen gå i konkurs. Det uppstår då en del förluster av varierande art men så att depositionsgarantin skyddar de mindre depositionerna. Om det däremot ånyo uppstår en liknande bankkras som på 1990-talet kan man knappast tänka sig att det allmänna skulle förfara på ett mycket annorlunda sätt än i början av 1990-talet.¹⁶

Av denna orsak kan man fråga sig en hur speciell roll bankerna egentligen har i samhället. Om svaret på denna fråga är att rollen är speciell måste man fråga vad som kan anses följa av denna omständighet. Lagstiftaren har rätt nyligen själv svarat på frågan ur de enskilda presumtiva kundernas synvinkel genom att man i samband med en av reformerna av kreditinstitutslagen (1607/1993, KreditIL) infört ett principiellt betydelsefullt stadgande (lag 69/2003) genom att till lagens 5 kap. om stadganden som gäller depositionsbanker foga en ny 50 a § om kunders rätt till grundläggande banktjänster. Enligt denna alldeles nya paragraf får en depositionsbank endast av vägande skäl vägra att öppna ett vanligt inlåningskonto och att bevilja en produkt som är avsedd för användningen av ett sådant konto. En depositionsbank får också endast av vägande skäl vägra att sköta ett uppdrag som avser betalningsförmedling för en fysisk person som lagligen vistas i en stat som hör till Europeiska ekonomiska samarbetsområdet. Ytterligare stadgas att skälet till vägran skall ha samband med kunden eller med kundens tidigare beteende eller med att det uppenbart inte finns något verkligt behov av ett kundförhållande. Slutligen bestäms att kunden skall underrättas om orsaken till vägran. I paragrafens 2 mom. stadgas också att den är sekundär i förhållande till reglering som avser att förhindra penningtvätt.

Innan jag går in på den närmare analysen om hur paragrafen kom till (avsnitt 6.2.2.7) och på den närmare analysen av hur rättsläget ser ut på grund av stadgandet (avsnitt 6.2.3) granskar jag först utvecklingen i EU om hur man ur regleringens synvinkel har sett bankernas roll. Ytterligare går jag igenom motsvarande regler i de nordiska länderna och USA.

6.1.2 Utvecklingen i EU

I detta sammanhang intresserar den typ av reglering av bankbranschen som gäller kundförhållandet i civilrättslig mening. Regleringen i medlemsstaterna bygger på gemenskapsrätten och inte heller i den ingår civilrättsliga regler om

¹⁶ Så även *Viitanen 2003* s. 15 f. som uttrycker saken som så att hävandet av klämman i praktiken endast kom att betyda att staten inte svarar för små bankers solvens förutsatt att deras svårigheter inte återspeglas i hela banksystemet.

kundförhållandet.¹⁷ Kommissionen har emellertid tagit upp problem som har med förhållandet mellan bankerna och kunderna att göra. Man har i en grönbok utrett att det förekommer att bankerna i olika medlemsstater vägrar att erbjuda viss bankservice åt personer som inte är fast bosatta i landet. Kommissionen konstaterar att man enligt gemenskapsrätten inte kan förplikta finansinstitutioner att ingå avtal vare sig med invånare i landet eller med icke-invånare på grund av att principen om avtalsfrihet är en väsentlig princip inom avtalsrätten.¹⁸ Någon närmare analys av avtalsfriheten och de gällande reglerna som inskränker den ingår däremot inte i denna grönbok.

Senare har kommissionen meddelat att problemen med tillgänglighet ankommer på de nationella lagstiftarna även om de enskilda företagens frihet att besluta vem de sluter avtal med inte får ge upphov till konkurrensbegränsande beteende.¹⁹ Det är förvånande att kommissionen inte har tagit en sådan omständighet som är viktig för rörligheten av EU-medborgarna på arbetsmarknaden mera på allvar när man har övervägt nödvändiga åtgärder. Kommissionens åsikt har preciserats genom att kommissionen angett att det kan finnas välgrundade ekonomiska skäl för att inte sälja finansiella tjänster till personer som inte är bosatta i landet. Kostnaderna kan också vara oproportionerligt stora för säljaren, till exempel därför att han inte har något distributionsnät. En betydande linjedragning har dock kommissionen ändå gjort genom att konstatera att tillgång till bankkonto är ett grundläggande behov i vårt moderna samhälle, precis som att ha tillgång till elektricitet eller telefon. Kommissionen noterar också att det fortfarande finns många människor i Europa som inte tillåts öppna ett bankkonto och inte har tillgång till andra finansiella tjänster. Genom att konstatera att en del medlemsstater av socialpolitiska skäl redan har vidtagit åtgärder för att få en förbättring till stånd nöjde sig kommissionen med att avsluta att den stöder dylika initiativ på en nationell nivå.²⁰

Det väsentliga är således att kommissionen finner det vara en olägenhet att näringsidkare kan ha en rätt att vägra tillhandahålla tjänster och att läget föranleder åtgärder. Som motiv framhåller kommissionen att tillgång till bank-

¹⁷ Se t.ex. *Anttila 1996* s. 84 ff. och s. 115 där han i sin doktorsavhandling som gäller regleringen av riskerna i bankverksamheten också går igenom målsättningarna för banklagstiftningen i Finland. För lagstiftningen, som var från år 1969 och gällde i något ändrat skick till 1990-talet, ställdes som mål att trygga deponenternas fordringar, allmänhetens förtroende för bankerna, effektivitet vid förmedlingen av krediter och jämställda konkurrensförutsättningar. För den därpå följande lagen om depositionsbankernas verksamhet (1544/1991) var det centrala målet att trygga bankernas soliditet. Se även *NOU 1994:19*, som var den utredning som föregick den nuvarande finansavtaleloven i Norge, s. 10 där man konstaterade att lagstiftningen i liten omfattning innehöll privaträttsliga särregler för finansavtal. Banklagstiftningen gällde främst etablering av institutioner och deras verksamhet samt styrningen av dessa.

¹⁸ Se *COM(96) 209 final* s. 8.

¹⁹ Se *KOM(97) 309 slutlig* s. 7 f.

²⁰ Se *KOM(97) 309 slutlig* s. 7 f.

konto utgör ett grundläggande behov. Med detta kan man förstå att kommissionen vill hänföra basbanktjänster till kategorin tjänster i allmänhetens intresse eller t.o.m. samhällsomfattande tjänster. Kommissionen har dock inte uttryckligen definierat samhällsomfattande tjänster så att till dem skulle räknas de nödvändigaste banktjänsterna. I kommissionens meddelanden om tjänster i allmänhetens intresse ingår olika kategorier av tjänster vilka definieras och vilka jag har nämnt ovan i avsnitt 4.4.²¹ Trots sitt yttrande har kommissionen sedermera inte uttryckligen följt upp problemet om tillgången till basbanktjänster i serien av lägesrapporter om finansiella tjänster som den avgett efter sitt meddelande från 1997. Man har koncentrerat sig på andra medel för att nå de uppställda målen till och med utgången av 2005.²²

Inte heller verkar det som om de synpunkter som framförts på det seminarium som 1999 ordnades som en del av det officiella programmet under Finlands ordförandeperiod i Helsingfors skulle ha satt sina spår i kommissionens förhållningssätt till de finansiella tjänsterna.²³ Visserligen har Konsumentkommittén

²¹ Se *Meddelande om Tjänster i allmänhetens intresse i Europa (96/C 281/03)* s. 3 och uppdateringen av detta meddelande genom *Meddelande om tjänster i allmänhetens intresse i Europa (2001/C 17/04)* s. 4. Se *KOM(2003) 270 slutlig* s. 6 f. särskilt stycke 16 där man under definitioner och terminologi säger att "[t]ermen 'tjänster i allmänhetens intresse' inte återfinns i själva fördraget. Den härrör från gemenskapens praxis i anslutning till termen 'tjänster av allmänt ekonomiskt intresse', som används i fördraget. Den termen är bredare än 'tjänster i allmänhetens intresse' och omfattar både affärsmässiga och icke affärsmässiga tjänster som offentliga myndigheter anser ligger i allmänhetens intresse och som därför skall omfattas av särskilda förpliktelser." Se vidare stycke 17 där man säger att "[t]ermen 'tjänster av allmänt ekonomiskt intresse' används i artiklarna 16 och 86.2 i fördraget. Den definieras inte i fördraget eller i sekundärlagstiftningen. I gemenskapens praxis råder dock bred enighet om att termen avser ekonomiska tjänster som medlemsstaterna eller gemenskapen bedömer ligger i allmänhetens intresse och därför skall omfattas av särskilda förpliktelser. Begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse omfattar därför framför allt vissa tjänster som tillhandahålls inom de stora nätverksamheterna, till exempel transport-, post-, energi och kommunikationstjänster. Termen inbegriper dock även annan ekonomisk verksamhet som omfattas av sådana förpliktelser." (Kursivering av FN).

²² Se *Communication of the Commission, 28.10.1998: Financial Services: Building a Framework for action; COM(1999)232: Financial Services: Implementing the Framework for Financial Markets: Action Plan; Financial Services Action Plan, Progress Report 29.11.1999; KOM(2000)336 slutlig: Finansiella tjänster: Lägesrapport Andra rapporten; COM(2000) 692/2: Financial Services Priorities and Progress, Third Report; COM(2001) 286 final: Financial Services. Political challenges. Fourth Report; COM(2001) 712 final: Financial Services. Europe Must Deliver on Time. Fifth Report; KOM(2002) 267 slutlig: Sjötte lägesrapporten om handlingsplanen för finansiella tjänster; Financial Services, 3 December 2002 Seventh Report.*

²³ Se det enda publicerade inlägget av *Domont-Naert Consumer Law Journal 2000* s. 66. Justitieminister Johannes Koskinen uppgav i sitt tal att han personligen anser att den offentliga sektorn åtminstone måste säkerställa att det för alla konsumentgrupper finns en jämlik tillgång till basbanktjänster på skäliga villkor, se *Helsingin Sanomat 10.9.1999*. Även chefen för direktoratet för konsumentpolitik Marina Manfredi framförde såsom sin personliga uppfattning att det är tid att utöka listan med tjänster i allmänhetens intresse. Hon konstaterade att basbanktjänster är lika viktiga för de flesta medborgare som de traditionella nätverkstjänsterna och frågade sig därför om betalningssystemen skall anses som en ny tjänst i allmänhetens intresse.

givit ett utlåtande där man diskuterar begreppen samhällsomfattande tjänst (universal service) och tjänster i allmänhetens intresse (services of general interest). Samhällsomfattande tjänster är ur konsumenternas synvinkel relevanta för alla tjänster i allmänhetens intresse. Man konstaterar att begreppet samhällsomfattande tjänst kommer att förändras med tiden så att det motsvarar den tekniska utvecklingen och så att det motsvarar förväntningarna i samhället om vad som anses såsom oundgängligt.

Ett uppenbart exempel på den dynamiska karaktären av de samhällsomfattande tjänsterna finns inom telesektorn. Tidigare var tillgängligheten till bastelefoner tillräckligt medan det i framtiden är tillgängligheten till mera avancerade tjänster som är oundgängligt för att man skall kunna delta i det dagliga livet t.ex. genom tillgänglighet till e-post och Internet. Utöver att inbegripa dessa tjänster i de samhällsomfattande tjänsterna finns det även andra tjänster i allmänhetens intresse som går att se såsom en samhällsomfattande tjänst. Kommittén nämner vissa banktjänster såsom tillgång till ett bankkonto. Kommitténs utlåtande utmynnar i rekommendationer. Den första är att tjänster i allmänhetens intresse borde inbegripa all den service som är oundgänglig för att upprätthålla livet, hälsan och/eller deltagande i samhället. Sedan nämner man att de traditionella infrastruktur tjänsterna vatten, energi, post, tele, audiovisuella tjänster och vissa transporttjänster åtminstone borde räknas såsom tjänster i allmänhetens intresse. Man säger att en uppdatering av tjänster i allmänhetens intresse är nödvändig så att man borde överväga att inkludera vissa banktjänster i begreppet tjänster i allmänhetens intresse.²⁴

Kommissionen har emellertid i sina lägesrapporter sedan 1998 tagit sig an ett mera allmänt mål att åstadkomma en integrerad marknad för finansiella tjänster och kapital i den Europeiska unionen. Detta mål är ett led i försöket att nå det övergripande målet som ställts inom EU. Vid Europeiska rådets Lissabon-möte i mars 2000 ställdes nämligen som mål att EU skall bli världens mest konkurrenskraftiga och dynamiska ekonomi som har sin grund i kunskap.²⁵ Man förutsätter således att handlingsplanen för finansmarknaderna skulle vara genomförd 2005.²⁶ Konsumentproblemen beskrivs såsom att konsumenterna skall skyddas mot ohederliga affärsmetoder och att de skall uppmuntras att finna de bästa erbjudandena på marknaden. En viktig aspekt är att avskaffa hinder för

²⁴ Se *Consumer Committee, Position paper 6.12.1999*, Elaborating the Universal Service Concept in the Services of general interest, avsnitten 2.2, 2.3, 2.4 och de rekommendationer som man sluter sig till. Konsumentkommittén är en konsultativ kommitté för kommissionen som representerar konsumentintressen och skall ge utlåtande åt kommissionen angående konsumentskyddsproblem.

²⁵ Se *eEurope 2002* s. 2,

²⁶ Se *KOM(2000)336 slutlig* s. 2.

gränsöverskridande försäljning av finansiella produkter i detaljistledet, eftersom de finansiella produkterna blir allt mer tillgängliga på Internet.²⁷

Man kan kritisera kommissionens motstridiga förhållningssätt till dels sitt övergripande mål om att omvandla unionen till en konkurrenskraftig och dynamisk ekonomi och dels att överlåta på medlemsstaternas ansvar att reglera tillgängligheten av grundläggande banktjänster. Om man inte på gemenskapsnivå säkerställer att alla har tillgång till den infrastruktur som behövs vid t.ex. elektronisk handel kan man inte vänta sig att alla verkligen börjar sköta sina ärenden via elektroniska medier. De enskilda individerna kan inte förväntas bygga upp sin dagliga verksamhet så att de är helt beroende av elektroniska medier om de vid första motgång t.ex. i form av betalningssvårigheter genast blir fränkopplade från alla tele- och bankförbindelser. Uteslutningen från marknaden blir lätt total om man därefter inte tillåts ingå avtal om banktjänster så länge betalningsstörningen är registrerad. Det finns legitimerade förväntningar att informationssamhällets infrastruktur finns till hands även då någon råkar ut för svårigheter.

Även sådana som representerar europeiska konsumentintressen har reagerat kritiskt mot kommissionens kontroversiella sätt att driva saken. Man har framfört att avtalsfriheten redan i högst påtaglig grad har kringkurits i gemenskapens konkurrensrätt och man kan fråga sig på vilket sätt missbruk av dominerande ställning på marknaden avviker från diskriminering av vissa grupper av konsumenter.²⁸

Kontentan av regleringsutsikterna beträffande finansieringstjänsterna i EU är att 1997 års formulering i uppföljningen av grönboken om finansiella tjänster har fått en mera generaliserad formulering i de senare meddelandena och att EU därför inte har åtagit sig att driva saken fastän en aktiv roll skulle ha en viss betydelse för att uppnå de mål som man ställt. Genom att stöda medlemsstaternas utvecklande av regler som tryggar basbanktjänster har kommissionen ändå visat att man inte förhåller sig negativt till saken.

Om man däremot ser på planerna i EU om att möjliggöra en fungerande inre marknad bl.a. i form av elektronisk handel ser bilden annorlunda ut. Kommissionen har gått in för att ”förhindra att någon utestängs från information” och man har ställt som mål att bl.a. ”konsumenternas förtroende bör ökas om den elektroniska handeln skall uppnå sin fulla potential”.²⁹ Dessa planer har sedermera varit föremål för vidareutveckling när ekonomiska och sociala kommittén övervägt hur man skall genomföra den inre marknaden för elektronisk handel

²⁷ Se *KOM(2000)336 slutlig* s. 7. Man åberopar en prognos enligt vilken antalet européer som sköter sina bankaffärer via Internet förväntas öka med 30 % så att de 2004 skulle vara över 20 miljoner.

²⁸ Se *Consumers in Europe Group – Mitchell JCP 1997* s. 389.

²⁹ Se *eEurope* s. 4 f. och 19 ff.

för att finna lösningar på de hinder som förekommer. Ekonomiska och sociala kommittén har framfört att välfungerande, billiga och säkra betalningar är en förutsättning för att inre marknaden för elektronisk handel skall fungera. Särskilt viktigt är tillträdet till infrastruktur och tjänster.³⁰ Omsorgen om tillgången till tjänster begränsas inte till den fungerande elektroniska handeln. I Europaparlamentets och rådets beslut nr 50/2002/EG anförs som ett skäl att det i kampen mot social utslagning och fattigdom är ett krav att alla skall få möjlighet till sysselsättning av god kvalitet samt att tillgången till resurser, rättigheter, varor och tjänster underlättas.³¹

I EU-sammanhang fungerar Finland såsom ett föregångsland tillsammans med de tre övriga stora nordiska länderna för de finansiella tjänsternas del också på det normativa planet. Detta är i samklang med att de näringsidkare som tillhandahåller tjänster å ena sidan och både konsument- och näringsidkarkunder å andra sidan tagit väl emot de elektroniska lösningarna. Internationellt sett har aktörerna på marknaden i Finland kommit långt när det gäller att utveckla ekonomin att fungera på en elektronisk bas. Det sammanlagda värdet på korttransaktioner i Finland per 31.12.1999 var större än i Österrike, Danmark, Grekland, Luxemburg och Portugal. Kontokortsaktiviteten i Finland skulle ytterligare vara intensivare i Finland än i flera andra länder om man skulle jämföra transaktionernas värde per capita. Även i en nordisk jämförelse ligger Finland främst i utvecklingen.³²

Utvecklingen inom EU går vidare i de olika instanserna mot en omprövning av tjänsternas betydelse i dagens europeiska samhälle. I sitt yttrande om "De offentliga kreditinstitutens betydelse för en balanserad utveckling i Europas regioner, städer och kommuner"³³ har Regionkommittén som bakgrund anfört

³⁰ Se *Ekonomiska och sociala kommittén, EGT C 123, 25.4.2001* punkt 4.6.1 och 4.8.4.

³¹ Se 12 punkten i skälen för *Europaparlamentets och rådets beslut nr 50/2002/EG* om inrättande av ett program för gemenskapsåtgärder som skall uppmuntra medlemsstaterna att samarbeta för att motverka social utslagning. Se även 13 punkten där det sägs att åtgärderna för att bekämpa den sociala utslagningen "bör syfta till att göra det möjligt för var och en att försörja sig själv genom avlönad sysselsättning eller på annat sätt och att integreras i samhället". Här går man således utöver det att man blott stöder initiativ på nationell nivå att vidta åtgärder så att tillgången till finansiella tjänster skall underlättas. Se hänvisning strax ovan vid not 19 till *KOM(97) 309 slutlig* s. 7 f.

³² Se bilagorna till *Kommissionens beslut 9.8.2001 (Ärende Comp/29.373 – Visa International)*. Kommissionen fann inga skäl att vidta några åtgärder enligt art. 81.1 i EG-fördraget. I bilagorna finns utredningar om utbredningen av användningen av kontokort inom Europeiska unionens medlemsstater och inom Efta-staterna per 31.12.1999. Se även om läget år 1997 *SOU 2000:11* s. 176 f. figur 8.4 där Finland i en internationell jämförelse framstår som det land som har den största andelen elektroniska betalningar och den minsta andelen kontanter av BNP och sålunda har det mest utvecklade betalningssystemet. Endast Danmark och Sverige ryms med i samma kvadrant av figuren.

³³ *Regionkommittén, Yttrande 14.2.2001, EGT C 148, 18.5.2001, s. 12.*

följande: Tryggandet och vidareutvecklingen av infrastrukturerna tillkommer en dominerande roll i detta sammanhang. De finansiella tjänsterna (särskilt allmän tillgång till bankkonton) spelar också en allt viktigare roll för konsumenternas deltagande i det ekonomiska livet. Man måste således säkerställa att alla befolkningsgrupper har tillgång till grundläggande tjänster av hög kvalitet samt tillgång till finansiella tjänster på regional och lokal nivå. Tillgången till de grundläggande tjänsterna är livsviktig för alla befolkningsgrupper och måste garanteras även i framtiden.

I kommitténs yttrande ingår sammanlagt 22 punkter av vilka kommittén i några punkter framför synpunkter som till stora delar gäller de problem som behandlas här. De intressanta punkterna lyder något förkortade på följande sätt:

Ett stabilt och fungerande banksystem har en utomordentligt stor betydelse för en balanserad och sund utveckling i regioner, städer och kommuner. (Punkt 2)

Ett omfattande och heltäckande utbud av högkvalitativa finansprodukter och finanstjänster till förmånliga villkor för alla befolkningsgrupper är oundgängligt med hänsyn till konsumentskyddet och behovet av allmänt ekonomiskt intresse. (Punkt 3)

Tillhandahållandet av finansiella tjänster får en avgörande betydelse för medborgarnas deltagande i det ekonomiska livet och medlemsstaterna måste därför inom ramen för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse säkerställa en heltäckande tillgång till dessa banktjänster för alla befolkningsgrupper till förmånliga villkor, i enlighet med konsumentkommitténs förslag (Principen om tillgång på lika villkor). (Punkt 5)

Ett banksystem som framför allt är inriktat på vinst kan leda till att befolkningsgrupper, städer, kommuner och regioner med små inkomster samt små och medelstora företag särskilt i struktursvaga områden får otillräcklig tillgång till finansiella tjänster. (Punkt 6)

En tillräcklig tillgång till finansiella tjänster i avlägset belägna områden, bland annat de yttersta randområdena eller i glest befolkade områden, i regioner och städer med lågt välstånd samt i struktursvaga områden kan ofta tryggas endast genom offentligt stöd eller särskilda initiativ. (Punkt 10)

I flera länder i Europa finns det offentliga kreditinstitut som staten har tilldelat viktiga uppgifter inom ramen för uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse för att stödja och främja små och medelstora företag, konsumenter samt Europas regioner, städer och kommuner. (Punkt 18)

Uppgifter som ligger inom det offentliga ansvarsområdet och rör tjänster av allmänt ekonomiskt intresse måste kunna utföras av uppgiftsinriktade kreditinstitut, främst offentliga sådana. (Punkt 19)

Offentliga kreditinstitut ger ett viktigt bidrag när det gäller att säkerställa och tillhandahålla finansiella tjänster i samtliga regioner till lokala och regionala myndigheter och för alla befolkningsgrupper. (Punkt 20)

Utvecklingen i Finland har vad det gäller offentliga kreditinstitut inte hittills avspeglat denna typ av resonemang som Regionkommittén anför. Sedermera har lagstiftaren i december 2002 genomfört den reform av KreditIL som redan ovan i korthet beskrivits och genom vilken 50 a § infördes. Genom reformen har man i viss mån omfattat det ovanstående resonemanget och dragit konsekvenserna av det. Detta skedde inte genast vilket syns i att det i den promemoria som föregick propositionen inte ännu ingick en särskild regel om rätt till grundläggande banktjänster.³⁴ Med tanke på analysen på nationell nivå behövs således inte en närmare analys av innehållet i punkterna ovan. De har återgetts för att visa hurdana relevanta synpunkter angående banktjänsterna som har anförts på EU-nivån. I ljuset av den numera gällande KreditIL 50 a § om EES-invånars rätt till grundläggande banktjänster kan man inte säga att den finska lösningen inte skulle vara kompatibel med EG-rätten. Lösningen förefaller av det ovan angivna att döma ligga i linje med en trend som håller på att bli starkare.

6.2 RÄTT TILL GRUNDLÄGGANDE BANKTJÄNSTER

6.2.1 Begreppslig analys

6.2.1.1 Utvecklingen av nyttjandet av tjänsterna

De banktjänster som privatpersoner vanligen använder är avtal om depositions-konto med därtill hörande avtal om hjälpmedel att nyttja kontot på ett smidigt sätt (lyfta kontanter och göra betalningsanvisningar), möjligheten att nyttja betalningsförmedlingstjänster samt möjlighet att lyfta olika former av kredit.³⁵ Bankernas förhållande till sina kunder har redan länge kännetecknats av att det består av ett komplex av element där elementen består av olika avtalstyper.

³⁴ Se *VM 16/2000* s. 38 f. jämfört med *RP 33/2002* s. 38–40 och 63 f. I propositionen sägs på s. 67 att justitieministeriet och konsumentverket i sina utlåtanden över betänkandet *VM 16/2000* ansåg att förslaget borde innehålla en reglering av basbanktjänster vilket även konsumentverkets representant i arbetsgruppen hade ansett i sin avvikande mening i arbetsgruppens promemoria.

³⁵ Se *Pankkivuosi 2001* (Bankåret 2001) s. 19 där man sammanfattat säger att i medeltal har varannan i Finland bosatt person ett bankkort, var tredje ett kreditkort, varannan ett automatkort. År 2001 överskred värdet av alla kortbetalningar (18 miljarder euro) värdet av kontantuttagen (17,4 miljarder euro). Se även *Tilastotietoja pankkien maksujärjestelmästä Suomessa* (Statistikuppgifter över bankernas betalningssystem i Finland). År 2001 fanns det 2,5 miljoner dataförbindelseavtal i Finland.

Bankförhållandet inleds vanligtvis med ett depositionsavtal och därefter kan följa andra tjänster såsom avtal om olika betalningshjälpmedel och krediter. Krediterna i sin tur kräver oftast särskilda säkerhetsarrangemang med pant- eller borgensförhållanden.³⁶

De tjänster som intresserar i detta sammanhang är de som kan räknas till de grundläggande banktjänsterna, dvs. basbanktjänster. Med detta avses tjänster som till sin karaktär utgör det ekonomiska livets infrastruktur. När det är fråga om banktjänster är det fråga om sådana tjänster som möjliggör handel och utbyte av andra tjänsteprestationer.

I och med att man har tillgång till ett depositionskonto med därtill anknutna tjänster som betalningshjälpmedel och betalningsförmedling blir det möjligt att vid penningtransaktioner i stället för kontanta medel använda kontotillgodohavanden. Bankkontot fungerar således som ett element vid både betalningar med någon form av betalningshjälpmedel (någon typ av kort som är sammankopplat med ett bankkonto) och vid betalning som genomförs med hjälp av betalningsförmedling (betalningsöverföring).³⁷

Betalning med betalningshjälpmedlet används för att ersätta kontantbetalning i en situation där betalaren vanligtvis får varan eller tjänsten samtidigt med betalningen. Betalning med hjälp av betalningsförmedling är det vanliga sättet att betala då parterna kommit överens om att betalningen sker på räkning. De omedelbara betalningarna är kännetecknande för transaktioner där parterna inte behöver lita på varandra och där man vill klara av transaktionen på en gång. Då betalningen sker på räkning litar parterna på varandra eller så har man arrangerat säkerheter. Överlåtandet av varan eller utförandet av tjänsten har då inte nödvändigtvis gjorts beroende av en omedelbart förekommande betalning. Denna typ av arrangemang är vanlig vid större transaktioner. Det intressanta i detta sammanhang är att bankkontot fungerar som en organisk del av betalningsarrangemanget oberoende av hur betalningen sker.

Dessa funktioner för bankkonton är i sig inte särskilt nya företeelser inom bankbranschen. Under tiden efter det andra världskriget har det i västvärlden emellertid skett en teknisk utveckling som har medfört stora förändringar i det faktiska beteendet vid användandet av dessa banktjänster. Utvecklingen fick sin början i och med att man på slutet av 1960-talet i Finland gick in för ett arrangemang där lönerna betalades in på arbetstagarnas bankkonto i stället för att betalas i kontanter på avlöningsdagen. Samtidigt införde bankerna de s.k. brukscheckerna som alternativ till kontantbetalning. Stora delar av befolkning-

³⁶ Se *Rissanen, T. OTJP 1978* s. 364 f. där han redan då kunde konstatera att samhället utvecklats så att betalningsverksamheten till viktiga delar hade koncentrerats hos bankerna och att det är sgs. nödvändigt att ingå i ett kundförhållande med en bank.

³⁷ Fram till 1993 hade man ett system med bank- eller postgiro varefter man förenhetligade systemet, se *Pankkikatsaus 2/2001* (Banköversikt) s. 19 f.

en började avvänja sig från att sköta andra än de minsta dagliga betalningarna med kontanter.³⁸ I och med att löntagarnas andel av befolkningen strax före andra världskriget endast hade varit ca en fjärdedel av arbetskraften för att 1950 redan utgöra nästan 60 % och på 1980-talet utgöra över tre fjärdedelar, kom penninglörens betydelse för bankerna att öka avsevärt. Penninglören, som kom in på ett bankkonto, kom även att bli ett avgörande kriterium för bankernas kreditgivning dels genom systemet med förhandsbesparingar men också som en ersättning för säkerheter då det gällde små krediter. Även kunder i samma bank kunde lättare godtas som borgensmän i brist på andra säkerheter.³⁹

Ur en arbetsrättslig synvinkel har man ansett det vara problematiskt att inte betala lönen i form av kontanter på grund av missbruk under industrialiseringsperiodens början. Problemet fick sin början i England och därför infördes det s.k. truckförbudet år 1831 genom Truck Act (det engelska substantivet ”truck” eller ”truck system” betyder betalning av lön med varor i stället för med pengar). Truckförbudet gick således ut på att det är förbjudet att betala lönen i form av varor eller betalningsanvisningar i stället för med pengar.⁴⁰ Även i England har det skett en utveckling från löneutbetalningar med kontanter till kontoöverföringar (automated cash transfer, ACT). Denna utveckling förstärktes genom att man upphävde Truck Act 1987 och sålunda har behovet av bankkonton ökat och bidragit till att arbetstagarerna över lag håller sig med bankkonton.⁴¹

I dagens västeuropeiska samhälle med en reglerad banksektor kan kontotillgodohavanden hos bankerna med tanke på deras funktion inte jämföras med sådana betalningsanvisningar som arbetsgivarna utställde på 1800-talet. I Finland ingår numera i 2:16 den gällande arbetsavtalslagen (55/2001) ett stadgande om att lönen skall betalas till arbetstagaren kontant eller, om så avtalats, till det penninginstitut som arbetstagaren angett. I detta fall svarar arbetsgivaren för kostnaderna för betalningssättet och lönen skall då betalas så att den kan tas ut på förfallodagen. Om det har avtalats att lönen betalas till ett penninginstitut kan arbetstagaren inte ha en i lag föreskriven rätt att få lönen kontant.⁴² Utveck-

³⁸ Se *RP 33/2002* s. 29 och *Pankkivuosi 2001* s. 11

³⁹ Se *Muttillainen 2002* s. 74 f.

⁴⁰ Se *Suviranta LM 1966* s. 551.

⁴¹ Se *Financial Services Authority 2000* stycke 2.12 där man behandlar denna händelse i samband med uteslutning från finansiella tjänster och noterar att förändringen på arbetsmarknaden medförde något gott. Behovet av att få lönen i kontanter föreligger inte heller i det Förenade kungariket då det i stället finns en möjlighet att få den på konto. Fortfarande betalas sociala bidrag och statliga pensioner med kontanter och detta förfarande är en bidragande orsak till uteslutning från den finansiella verksamheten (financial exclusion). Se även *Cruickshank 2000* 3 kap. s. 53 ff. om betalningsöverföringar i det Förenade kungariket.

⁴² Se *RP 157/2000* s. 83 där man jämför det föreslagna stadgandet med det tidigare. I 24 § lagen om arbetsavtal (320/1970) ingick ett liknande stadgande om att penninglönen skall betalas kontant om inte annat har avtalats. Dessutom stadgades att om lönen enligt avtal betalas på arbetstagarens bankkonto eller genom förmedling av bank- eller postgiroörelse, skall betalningen

lingen har i Danmark gått så långt att man i praxis (*UfR 1995.595 V*) ansett att en arbetstagare har varit skyldig att medverka till att lönen kunde betalas på ett konto i ett ”pengeinstitut eller lignende”. Man har därför slutit sig till att offentliga och privata utbetalningssystem är inrättade med tanke på att både lön och understöd går att betala in på ett bankkonto som mottagaren har.⁴³

Detta kan utan tvivel också åtminstone sägas om de övriga nordiska länderna. Bankkontona har således fått en mer betydande roll på grund av att de utgör maskor i ett nätverk av bankkontakter till både fysiska personer och företag. Ur en ekonomisk-vetenskaplig synvinkel uppstår det nätverksfördelar eller direkt nätverkseffekt om så många som möjligt är anslutna till nätverket.⁴⁴ Man har kritiserat det hittillsvarande förhållningssättet till betalningstrafiktjänsterna på grund av att man inte har insett att bankverksamheten och särskilt tillhandahållandet av betalningstjänster inte är en bransch som på samma sätt som industrin går att konkurrensutsätta. Tillhandahållandet av betalningstjänster påminner på många sätt om tillhandahållandet av teletjänster och produktion av el. Skillnaden till dessa branscher ligger i att det är svårt att öppna nätet i en bankomgivning.⁴⁵ Det uppstår ett antagande om att alla har tillgång till konto med grundläggande tjänster varför man kan tänka sig att detta även skall ha vidare implikationer i rättsligt hänseende.

6.2.1.2 Kontotillgodohavanden i rättsligt hänseende

Innan jag kan behandla rätten till grundläggande banktjänster behövs en kort analys av den rättsliga innebörden av bankkontotillgodohavanden.

Kontopengarna spelar i samband med betalningsförmedlingstjänsterna en viktig roll. Från och med slutet av 1960-talet har såsom strax ovan nämnts lönebanksystemet och först checkerna omvälvtt betalningssystemet genom att kontopengarna och checkerna blev gångbara betalningsmedel. I Finland har det uppstått ett enhetligt system för betalningsförmedling i detaljistledet genom att alla depositionsbanker har anslutit sig till det. Detta har lett till att sättet för att betala räkningar har utvecklats kraftigt under 1990-talet så att betalning över

eller giroordern, om annat inte avtalats, betalas i så god tid att lönen kan beräknas stå till arbetstagarens förfogande på förfallodagen. Vid behov hade arbetstagaren även en rätt att få lönen eller en del av den i kontanter. Med den nya arbetsavtalslagen övergick man helt till lönebanksystemet genom att stryka rätten att få kontantbetalning vid sidan om det avtalade sättet att betala på konto. Se närmare angående problemet med att betala lönen i annan form än kontanter *Suviranta LM 1966 s. 550–563* som handlar om 18.1 § den då gällande arbetsavtalslagen (141/1922). *Suviranta* analyserar de rättsliga problem som kan uppstå med tanke på arbetsavtalslagens regel om rätt till att lönen skall betalas kontant då den betalas in på ett bankkonto.

⁴³ Se *Lyng Andersen – Møgelvang-Hansen 2001 s. 47 f.*

⁴⁴ Se *Ds 2002:21 s. 117 ff.* där man anför att just giromarknaden som ett exempel. Ett exempel på indirekt nätverkseffekt är marknaden för kontantuttag. Effekten uppstår då ett stort antal konsumenter leder till ett brett produktutbud eller många servicepunkter.

⁴⁵ Se *Lehto 2001 s. 277.*

disk med kontanter eller såsom kontoöverföring har blivit mycket ovanligt medan betalning med kontoöverföringsautomat eller i form av direktdebitering har blivit vanligare. Under de senaste åren har betalning via Internet ännu varit mindre vanligt än betalning via betalningsautomat, men man kan vänta sig att betalning via Internet blir vanligare efter hand som Internet-abonnemangen blir vanligare. År 1999 fanns över 9,3 miljoner betalkort i användning och bankkortet var det vanligaste av dem. På grund av denna utveckling inom branschen minskar andelen pengar i form av kontanter hela tiden i Finland i förhållande till betalningar med olika former av kort.⁴⁶

Betalningsöverföringar. Denna utveckling tyder på att det råder en period av förändring av bankernas roll i samhället. Detta syns även i rättspraxis då det uppstått tvister om ansvaret för betalningar som gått fel. I början av 1990-talet kom två prejudikat (*HD 1992:3* och *HD 1994:80*) som man tolkat såsom att bankernas ansvar i förhållande till sina kunder blivit striktare. Man såg inte i fallen enbart på enskilda avtalsförhållanden och avtalsbrott som grund för ansvar utan högsta domstolen ålade bankerna ansvar i egenskap av systemuppdrätthållare.⁴⁷ Man kan visserligen ifrågasätta om detta hade varit den bästa grunden för att lösa denna typ av fall. Kaisto har framfört att man som utgångspunkt hellre borde ha resonerat på ett annat sätt. Han konstaterar att ett betalningsuppdrag är en förmögenhetsrättslig rättshandling. Med denna rättshandling ger uppdragsgivaren sin bank i egenskap av biträde och i egenskap av gäldenär med tanke på bankpengarna i uppdrag att girera betalningens belopp till betalningsmottagaren. Eftersom det inte fanns speciallagstiftning gällde rättshandlingslagen för detta uppdrag. Kaisto finner att det knappast kunde ha kommit i fråga att tillämpa RättshL 32.1 § så att en bank i god tro alltid skulle ha befriats från sin skyldighet då banken utförde betalningsuppdraget.⁴⁸ Tilläm-

⁴⁶ Se *VM 16/2000* s. 28 f. där man också förutspår att den tekniska utvecklingen kan leda till att nya aktörer kommer att försöka sig på att komma in på betalningsförmedlingsmarknaden såsom teleoperatörer. Se även de ovan nämnda bilagorna i ärendet *Kommissionens beslut 9.8.2001 (Ärende Comp / 29.373 – Visa International)* och not 32 ovan.

⁴⁷ I *HD 1992:3* hade HD lagt vikt vid att betalningen ”hade gått in på fel konto beroende på att det datorsystem som banken använde för sin betalningsrörelse gjorde en förväxling möjlig”. Se även *Pöyhönen LM 1992* s. 1185 som i sin kommentar av fallet för ansvarsgrundens del finner detta vara det centralaste prejudikatsbudskapet. I fallet *HD 1994:80* ansvarade banken, då den upprätthöll betalningsrörelsesystemet, för fullgörandet av uppdraget även i förhållande till betalningsmottagaren i enlighet med de principer som gäller i fråga om avtalsförhållanden. Se även *Pöyhönen 2000* s. 166 och 172 där han talar om omgivning (toimintaympäristö) och system- eller funktionsansvar vid bildande av nätverk (verkottuminen). Se även *Rudanko 1995* s. 253 där han talar om bankerna som centrala subjekt med en halvofficiell roll inom även betalningsrörelsen.

⁴⁸ Se *Kaisto 2001* s. 796 och 798 ff. Regleringen i de allmänna villkoren utgår från att kunden ger en order som är i sin ordning. Man kan ifrågasätta såsom Kaisto har gjort huruvida denna punkt i villkoren är godtagbar. I fallen *HD 1992:3* och *HD 1994:80* tog högsta domstolen inte ställning till hur den tvingande lagstiftningen ser ut. Man kunde inte åberopa ett villkor som begränsade bankens ansvar eftersom ett sådant villkor inte alls fanns. Man kunde ha läst in i

pandet av RättshL kom emellertid av någon orsak inte upp till prövning i samband med dessa fall. Kaisto är den enda som framkastat tanken och Hemmo har i sin monografi om bankrätt blott framfört att bankerna kritiserat att de blivit ålagda ett så omfattande ansvar.⁴⁹

Ur bankernas synvinkel gällde det att minska utsattheten för dylika realiserade risker i den dagliga verksamheten varför man genom avtalsvillkor har begränsat sitt ansvar då en girering gått till fel person med stöd av en felaktig uppgift av betalaren.⁵⁰ Sedermera stiftades lagen om betalningsöverföringar (821/1999) och i samband med beredningen av denna beaktade man den kritik som framförts från bankhåll. Man konstaterade uttryckligen att de föreslagna bestämmelserna skiljer sig från den linje som högsta domstolen följt och hänvisar till fallen *HD 1992:3* och *HD 1994:80*.⁵¹ I 16.1 § 1 punkten lagen om betalningsöverföringar stadgas att reglerna i 11–15 § om återbetalning och ersättning inte tillämpas om betalningsöverföringen inte har kunnat utföras på grund av att beställaren har lämnat felaktiga eller bristfälliga anvisningar.⁵²

Det har således uppstått en närmare reglering av bankernas betalningsförmedlingsuppgift. Det att man såg sig tvungen till att företa denna reglering visar att bankernas ställning såsom systemupprätthållare blivit accentuerad. Bankerna uppfattas såsom aktörer på marknaden där de kan ses som upprätthållare av en del av marknadsinfrastruktur utöver den infrastruktur som t.ex. det allmänna upprätthåller. Initiativet till regleringen av betalningsöverföringar har kommit från EU genom direktivet 97/5/EG om gränsöverskridande betalningar men i Finland konstaterade man att eftersom de principer som omfattas i direktivet står i samklang med allmänt godkända principer är det inte motiverat att begränsa den nya lagstiftningen till att enbart gälla överföringar inom EES.⁵³

fallen att det inte endast var fråga om innehållet i normer som kompletterar rättsordningen. Man kunde ha tagit som regel åtminstone för konsumentförhållandenas del att bankens ansvar inte kan avlägsnas genom att ta in en bestämmelse om saken i de allmänna villkoren. (s. 801.)

⁴⁹ Se *Hemmo 2001* s. 404.

⁵⁰ Se de allmänna villkoren för inrikesbetalningsförmedling (23.8.2001) som uppgjorts på försorg av Bankföreningen i Finland. I punkt 3 bestäms att betalningen förmedlas till mottagaren enbart på basis av det kontonummer som betalaren angett och att banken inte svarar för att betalningen förmedlas till fel person eller försenas till följd av den felaktiga uppgiften. Se även *RP 5/1999* s. 8 f. där man återger samma bestämmelser i de då gällande villkoren.

⁵¹ Se *RP 5/1999* s. 19 f. och s. 36.

⁵² Se *Kaisto 2001* s. 814 som anmärker att förarbetena till lagen om betalningsöverföringar ger vid handen att man inte egentligen övervägt hur bankens ställning i egenskap av gäldenär ser ut med hänsyn till de allmänna läroren i obligationsrätten. Han säger att lagen kan förstås som så att man beaktat bankernas intressen med tanke på deras avtalspraxis. Han finner att lagstiftningen givits ett innehåll som motsvarar de allmänna villkoren. Han konkluderar med att det skulle vara svårt att sluta sig till att en bank inte skulle befrias från sin förpliktelse när en kund har begått ett förklaringsmisstag.

⁵³ Se *RP 5/1999* s. 10 och 18.

Kontotillgodohavanden – betalningsmedel. Bankernas inlåningskonton utgör således basen för det nätverk inom och mellan bankerna som betalningssystemet utgör. Betalningsförmedlingen har blivit en viktig uppgift för depositionsbankerna. Detta beror på depositionsbankernas egenskaper.⁵⁴ De utgör nämligen vid sidan om de s.k. legala betalningsmedlen (sedlar och mynt) accepterade betalningsmedel. Kontotillgodohavandena är en form av pengar (bank money, Buchgeld, pankkiraha) vars kriterier i litteraturen ansetts vara följande: (1) kontoinnehavarens fordran riktar sig mot ett penninginstitut (t.ex. en bank) som övervakas av det allmänna och vars betalningsförmåga står utom allt tvivel, (2) fordran betalas på anmodan, (3) det ges inget fordringsbevis för fordran och (4) man kan utan besvär bestämma över fordran.⁵⁵

Traditionellt har man dock visat på skillnader mellan de legala betalningsmedlen och kontotillgodohavandena på grund av att de sistnämnda inte vid sakrättsliga kollisioner behandlats på samma sätt som de legala betalningsmedlen. Skyddet av en mottagare av en betalning genom kontoöverföring har inte tidigare i litteraturen ansetts vara lika gott som en mottagare av en betalning med legala betalningsmedel.⁵⁶ Sedermera har situationen förändrats genom *HD 1998:45* vars rubrik lyder:

”A hade av misstag via bankgiro inbetalat 400 000 US dollar på B:s konto i banken C. Därefter hade B överfört pengarna till C som amortering på sitt lån i banken. A:s yrkande att C skulle åläggas återbetalning förkastades då C vid mottagandet av betalningen hade varit i god tro. (Omr.)”

Högsta domstolen motiverade denna lösning med att det inte finns lagregler om huruvida betalningsmottagaren kan få åtkomstskydd gentemot den rätta ägaren av medlen.⁵⁷ Eftersom kontotillgodohavanden i rättsligt hänseende är en fordran mot den kontoförande banken kan betalning med bankgiro uppfattas såsom en överföring av en fordran. Enligt den princip som framgår ur 27 § skuldebrevslagen skulle betalningsmottagaren inte kunna avvärja ett återbetal-

⁵⁴ Se *VM 16/2000* s. 39 f.

⁵⁵ Se *Koulu OTJP 1991* s. 203 f. och *SOU 2000:11* s. 152. Med tanke på reformen av depositionsgarantisystemet som genomfördes genom en ändring av bl.a. kreditinstitutslagen (enligt lag 1229/1997) och trädde i kraft 1.1.1998 förefaller tanken om att ett instituts betalningsförmåga står utom allt tvivel som en aning problematisk. Numera gäller såsom ovan i avsnitt 6.1.1 konstaterats 65 j § (lag 69/2003) enligt vilken av fondens medel ersätts en deponents depositionsbanksfordringar på konton i en depositionsbank eller som är föremål för betalningsförmedling till ett belopp av 25 000 €.

⁵⁶ Se *Koulu OTJP 1991* s. 258 och *Koulu OTJP 1992* s. 154.

⁵⁷ Med åtkomstskydd för lösöre avser man i Finland godtroende förvärvares skydd mot den rätte ägarens anspråk och skyddet har härletts ur HB 11:4 och 12:4. Det är således fråga om det som i Sverige kallas att godtrosvärv sker och regleras i 2 § lagen (1986:796) om godtrosvärv av lösöre. Se *Håstad 1998* s. 65 och *Kartio 2000* s. 154 f. och 158.

ningskrav med hänvisning till sin goda tro. På grund av utvecklingen av banksystemet och de krav som ställs på bankernas soliditet har skillnaderna mellan kontotillgodohavanden och de legala betalningsmedel minskat. Kontotillgodohavanden torde numera allmänt anses såsom ett betalningsmedel som är jämfällbart med pengar. Man hänvisade vidare till sådana lagrum där betalning genom bankgiro har jämfällts med betalning med pengar och konstaterade att det är fråga om samma behov inom omsättningen att skydda betalning med legala betalningsmedel som då man betalar med bankgiro. Då man betalar med legala betalningsmedel erhåller betalningsmottagaren åtkomstskydd med stöd av 14 § skuldebrevslagen och eftersom det inte förekommer klara motskäl ansåg domstolen att betalningsmottagaren får skydd på grund av sin goda tro enligt den princip som framkommer ur lagrummet. På detta sätt jämfällde domstolen kontotillgodohavanden såsom betalningsmedel med pengar.⁵⁸

Även om man som Kaisto kan säga att frågan om hur man definierar pengar kan ses som endast en systematisk fråga, som inte påverkar hur frågor om kontotillgodohavandena skall lösas⁵⁹, verkar det som om definitionen av kontotillgodohavandena har påverkat avgörandet i *HD 1998:45*. I detta sammanhang intresserar hur betalningar med kontotillgodohavanden påverkar tilltron till betalningssystemet.

Kaisto anser att högsta domstolens lösning att se betalningen som en överföring av fordran inte är på en hållbar grund. Han föredrar en förklaring som går ut på att den som ger betalningsuppdraget befriar banken från sin skyldighet mot att banken förbinder sig att betala till den som anvisats i betalningsuppdraget. Den rätt som mottagaren av bankiron får förklaras härigenom ha sin grund i bankens förbindelse och inte i överföringen av fordringsrätten.⁶⁰ Kaisto konstaterar att argumentationen i *HD 1998:45* bygger på en granskning av förhållandet mellan den rätta ägaren till bankpengarna och bankgiromottagaren. Avgörandet kan därför läsas såsom att den goda tron hos mottagaren av bankpengarna skyddas på ett motsvarande sätt som den goda tron hos en mottagare av legala betalningsmedel. På motsvarande sätt förlorar den rätta ägaren sin rätt till bankpengarna om bankgiromottagarens goda tro skyddas. Kaisto ser det ändå som fullkomligt möjligt att fallet inte betyder att det enligt obligationsrättens allmänna läror går så att banken befrias i förhållande till den som gett betalningsuppdraget till banken. Bankens betalningsskyldighet till betalningsmottagaren

⁵⁸ Se *Tuomisto Kommentti 1998* s. 282 ff. där han konstaterar att fallet på ett betydande sätt klargör ställningen av en mottagare av kontotillgodohavanden. Mottagaren anses vara i god tro om medlen varit på betalarens konto och om han uppfyller en viss undersökningsskyldighet som varierar beroende på mottagarens ställning. I detta fall var mottagaren en bank och betalaren var bankens kreditkund. Banken hade känt till att betalaren hade haft ekonomiska problem.

⁵⁹ Se *Kaisto 2001* s. 424 f.

⁶⁰ Se *Kaisto 2001* s. 829 och 773.

utesluter inte detta.⁶¹ Man kunde alltså se på saken som så att banken har ett ansvar för att betalningen går rätt och att det härrör sig av de allmänna lärorna.

Med tanke på att säkra tillförlitligheten för betalningssystemet vore det önskvärt att få fram lösningar av tvister vid felbetalningar så att systemet inte upplevs som riskfyllt. Det är då att föredra att man också kan ålägga banken att fortsättningsvis förbli i det ursprungliga skuldförhållandet till den som gett betalningsuppdraget till banken tills den rätta betalningsmottagaren fått betalningen. Detta är särskilt viktigt när en allt större del av betalningarna sker på försorg av "amatörer", dvs. av personer som sköter betalningar vid sidan av andra yrkesuppgifter och av konsumenter. Det ligger nära till hands att det lättare sker fel vid inmatande av betalningsuppgifter i ett "gör det själv system" än i det system som man hade tidigare. Det finns således skäl som talar mot en mycket snäv tolkning av de villkor om betalningsförmedling som har givits efter stiftandet av den nya lagen om betalningsöverföringar.

Det är också högst sannolikt att kontotillgodohavandena även i framtiden kommer att fungera som betalningsmedel i allt större omfattning. Detta beror främst på att betalningsmottagarna litar på att de vid behov kan växla skulderna till legala betalningsmedel, dvs. sedlar och mynt. Detta är i sin tur möjligt för att bankdepositionerna normalt är medel som betalas på anfordran varför de är mycket likvida medel. Kontotillgodohavandena fungerar således såsom allmänna betalningsmedel, eftersom de lätt går att överföra som betalningar inom det kontosystem som bankerna upprätthåller.⁶² Med tanke på temat för denna undersökning kan man konstatera att utvecklingen av rättsläget till denna del stöder utgångspunkten att de grundläggande banktjänsterna givits en mera betydelsefull roll i samhället. Eftersom banktillgodohavandena i stort sett motsvarar kontanta medel borde var och en ha tillgång till ett bankförhållande med vissa minimitjänster. För privatpersoners del har detta genomförts i den nya KreditIL 50 a § om grundläggande banktjänster vilket visar att även lagstiftaren gått in för att se dessa som en del av den samhälleliga infrastrukturen.

6.2.1.3 Språkbruk

Datatekniken har under de senaste årtiondena gjort det möjligt att ersätta betalningar med checker med betalningsanvisningar som förverkligas med hjälp av olika former av kort som bankerna ger ut att användas såsom betalningsinstrument i stället för kontanter. Man kallar dem numera betalkort eller

⁶¹ Se *Kaisto 2001* s. 831 f.

⁶² Se *VM 16/2000* s. 39 f. Se även *Lehrberg 1997* s. 15 som konstaterar att betalning med sedlar och mynt direkt till betalningsmottagaren har fått en minskad betydelse. Själva termen kontantbetalning har enligt honom kommit att få en annan betydelse. Man avser med den en betalning som fullgörs genom omedelbart överlämnande av något betalningsmedel vid ett avtalsslut etc. eller åtminstone att betalningen sker utan kredit.

kontokort.⁶³ År 1980 togs bankkortet i bruk i Finland och det blev fort förhållandevis vanligt. Som hjälpmedel vid bruket av bankkontona blev det vanligare än de olika formerna av kreditkort. År 2001 fanns det över sex miljoner automat- och bankkort i bruk i Finland.⁶⁴

Innehållet i ett depositionsavtal bestäms av de avtalsvillkor som reglerar ett depositionsförhållande mellan en kund och en bank. På detta sätt reglerar bankerna hurdana tjänster man tillhandahåller. De olika tjänsterna tillhandahålls på ett varierande sätt hos de olika bankgrupperingarna under olika former av varumärken eller kännetecken. Det verkar som om begreppen inte är helt enhetliga i Finland liksom inte heller i Norden. Av denna orsak går jag igenom begreppen på en allmän nivå utan att gå in på enskilda kreditinstituts tjänste- produkter.

De olika kontokorten som finns i dag är *automatkort*, *onlinekort*, *bankkort* och *kreditkort*. Man kan också avtala om att ett kort innehåller en kombination av dessa kortfunktioner. Utöver dessa funktioner kan man dessutom avtala om att kortet skall innehålla en portmonnäfunktion varvid kortet kan laddas med pengar i elektronisk form. Kortet skall då vara ett s.k. chipkort (smart card), dvs. det är ett kort som har en mikroprocessor i stället för det ännu vanliga magnetbandet.⁶⁵

Ett *automatkort* kan med hjälp av en personlig kod användas i bankautomater för penninguttag, saldo- och transaktionsförfrågningar, betalning av räkningar och övriga gireringar. Om kortet har en portmonnäfunktion, dvs. det är försett

⁶³ Se *RP 33/2002* s. 29 f. och *Bankkorten och övriga betalkort 2002* s. 2. Se även *Aurejärvi 1986* s. 203 ff. som då han behandlar kreditkort (luottokortti) finner att ordet inte är helt lyckat och skulle föredra kontokort (tilikortti) som gemensamt namn för betalkort (maksukortti) och egentliga kreditkort. Inte heller *Hemmo 2001* s. 357 har gått in för kontokortsbenämningen utan talar om betalningsmedel i kortform (korttimuotoiset maksuvälineet) och betalkort (maksukortti). I *Aurejärvi – Hemmo 2004* s. 321 f. används kategorierna luottokortti, pankkikortti och pankkiautomaattikortti (kreditkort, bankkort och bankautomatkort). I Sverige används kontokort som ett samlade begrepp för hjälpmedel genom vilka betalningsanvisningar genomförs, se t.ex. *Brinck m.fl. 1998* s.192 f. och *SOU 1995:69* s. 103 ff. där man visserligen säger att det inte finns en enhetlig begreppsapparat kring kontokort och andra typer av kort. Man preciserar begreppet genom att säga att ett kontokort skall vara kopplat till ett individualiserat konto, se s. 105 f. I EU-sammanhang förekommer även termerna kontokort som samlingsbegrepp och motsvaras av "payment cards" och "maksukortti" på engelska respektive finska, se *Kommissionens beslut 24.7.2002 (Ärende Comp/29.373 – Visa International – Multilateral förmedlingsavgift)* stycke 43 och 51.

⁶⁴ Se *Pankkivuosi 2001* s. 11.

⁶⁵ Se *Bankkorten och övriga betalkort 2002* s. 2–4. I det Förenade kungariket använder man begreppen *credit card*, *debit card* och *charge card*. *Credit card* innebär att kunden har en kreditmöjlighet som vid behov kan tas i bruk genom att endast betala en del av de köp som ackumulerats under föregående månad. *Charge card* fungerar såsom *credit card* men så att den ackumulerade summan måste betalas i sin helhet varje månad. *Debit card* syftar enligt benämningen på ett konto i en särskild bank eller hypotekskassa (building society) och används så att inköp automatiskt debiteras kontot. Se *Cruickshank 2000* s. 54 f. På detta sätt är benämningarna entydiga på engelska och kunde fungera som modell för ett språkbruk på svenska.

med en mikroprocessor kan man också ladda kortkontanter (pengar i elektronisk form) på kortet i en automat.⁶⁶

Ett *onlinebetalkort* fungerar så att uppgifterna läses från kortet varmed identiteten kontrolleras oberoende av beloppet och täckningen reserveras på kundens bankkonto vid betalningen. Det är inte ett bankkort för vilket bankernas garanti gäller.⁶⁷

Bankkortets funktioner är mera omfattande än automat- och onlinekortets. Bankkortet är därför försett med ett kortnummer och innehavarens namn, giltighetstid samt innehavarens namnteckningsprov. Kortet kan dessutom vara försett med bankkortsinnehavarens fotografi. På kortet finns alltid förutom bankens namn ordet ”bankkort” eller den finskspråkiga motsvarigheten ”pankkikortti” eller ordet på båda språken. Vid användningen av kortet debiteras de betalningstransaktioner, som utförs med ett bankkort, det bankkonto som anknutits till kortet. Bankkortet är endast avsett för personligt bruk. Om det är fråga om ett kort som är avsett att användas av ett företag avtalar man om att en person inom företaget är innehavare och det konto som debiteras är företagets konto. Själva betalningen sker genom att kortinnehavaren godkänner betalningen genom att underteckna verifikatet från en betalterminal eller genom att mata in sin personliga kod i betalterminalen. Inmatningen av koden motsvarar undertecknandet av verifikatet och kontrollen av identiteten. Om en präglingsskän används undertecknar kunden betalningsblanketten. Banken debiterar sedan det konto som är knutet till bankkortet enligt de uppgifter banken får av betalningsmottagaren med köpets belopp. Kunden förutsätts kontrollera att debiteringen är korrekt med hjälp av det verifikat han fått.⁶⁸

Kreditkorten finns såsom allmänskreditkort och specialkreditkort. Man talar också om universella kreditkort eller öppna kreditkort i motsats till specialkreditkort eller slutna kreditkort. Ett specialkreditkort är giltigt endast i förhållande till vissa försäljare såsom vissa varuhus eller affärskedjor. Allmänskreditkorten går att använda i förhållande till försäljare som godkänner detta kort.⁶⁹ Kreditkorten indelas också i egentliga kreditkort och kort med betalningstid. På kredit som uppstår med stöd av kort med betalningstid löper ingen ränta.⁷⁰

⁶⁶ Se *Bankkorten och övriga betalkort 2002* s. 2 och 4.

⁶⁷ Se *Bankkorten och övriga betalkort 2002* s. 3 och 5.

⁶⁸ Se *Bankkorten och övriga betalkort 2002* s. 3 f.

⁶⁹ Se *Bankkorten och övriga betalkort 2002* s. 2–4 där det talas om allmänskreditkort och specialkreditkort jämfört med *RP 33/2002* s. 29 där indelningen universella kreditkort och specialkreditkort nyttjas. I Sverige används begreppen öppna och slutna kontokort, se *SOU 1995:69* s. 106 f. och *Konsumentverket, Rapport 2001:13* s. 25 f.

⁷⁰ Se *Bankkorten och övriga betalkort 2002* s. 4 och *Hemmo 2001* s. 361. Kort med betalningstid kallas också betalkort, se *SOU 1995:69* s. 105. Betalkort skall i denna betydelse inte förväxlas med betydelsen i form av överbegrepp för alla sorters kort, både kontokort såsom bank-, kredit- och kontantkort som t.ex. Bankföreningen i Finland gör, se *Bankkorten och övriga betalkort 2002* s. 2. Den vidaste funktionen för alla (”plast”)kort är ju att använda dem som betalningsmedel i stället för de legala betalningsmedlen.

Skillnaden mellan kreditkort och bankkortet är att kopplingen till ett konto är annorlunda. I bägge fallen är det ändå fråga om pengar i form av en fordran. Ett bankkort är anknutet till ett depositionskonto som skall ha täckning medan ett egentligt kreditkort (i fortsättningen talar jag blott om kreditkort) fungerar så att det finns ett skuldkonto hos kortutställaren som är fristående från kortinnehavarens bank. I avtalet om fordran individualiseras de centrala obligationsrättsliga egenskaperna som hänför sig till det fordringsförhållande som nyttjas vid betalningen.⁷¹ Efter kreditens avtalsenliga betalning får vanligtvis det sålunda frigjorda kreditutrymmet användas för ny skuldsättning upp till det beviljade beloppet (s.k. revolverande kredit). Vanligtvis betalas då också ränta från inköpsdagen.⁷²

Redan en genomgång på denna allmänna nivå visar att det råder en viss begreppsförvirring för dessa banktjänsters del trots att det är fråga om så vardagliga ting som betalningsmedel. I fortsättningen använder jag benämningen kontokort som överbegrepp för alla kortformer, som är anknutna till antingen depositionskonto med tillgångar eller till ett skuldkonto hos ett kortföretag som inte nödvändigtvis är en bank, trots att man inom bankbranschen i Finland inte särskilt nyttjar detta samlingsbegrepp utan enbart använder sig av begreppet betalkort som samlande begrepp för bank-, kredit-, kontant- och kombinationskort.⁷³ I denna analys har jag ett behov av att använda begreppet kontokort som beskriver den rättsliga konstruktionen med ett avtal om depositionskonto som förutsättning för arrangemanget.

Jag lägger upp den vidare behandlingen av banktjänsterna så att betalningsmedlen i kortform, som är direkt anknutna till ett bankkonto, behandlas i samband med de grundläggande banktjänsterna (i fortsättningen av detta huvudavsnitt 6.2). De betalningsmedel, som fungerar som medel att kumulera en kredit hos ett kreditkortsföretag, antingen i anslutning till en bank eller såsom

⁷¹ Se *Prop. 1991/92:83* s. 93 där man talar om tillgångskonto istället för depositionskonto och kreditkonto istället för skuldkonto. Se dessutom *Terämaa 2001* s. 283 om avtal såsom betalningsmedel.

⁷² Se *SOU 1995:69* s. 105, och även *Hemmo 2001* s. 361 som behandlar de tidsmässiga skillnaderna mellan kortformerna när kortinnehavarens avtalspart får betalning. Se dessutom *Terämaa 2001* s. 283 som talar om ett löpande skuldförhållande i kontoform (kontokurant) för vilket man avtalat om bokföringsprinciperna, villkoren om hur fordran förfaller, vederlaget och disponeringen av medlen.

⁷³ Se *Bankkortet och övriga betalkort 2002* s. 2. samt *Pankkikortit ja muut maksukortit 2002* s. 2. Något förbryllande är det emellertid att Nordea Bank Finland Abp i sina villkor talar om "internationella betal- och kreditkort" i den svenskspråkiga versionen och om "kansainvälinen maksuaika- ja luottokortti" (dvs. internationella kort med betalningstid och kreditkort i direkt översättning) i den finskspråkiga versionen, se villkor 1.2002 s. 2. Här använder man begreppet betalkort på ett annat sätt än vad som i övrigt är vanligt i Finland. Nordea Bank Sverige AB (publ.) har i sin tur inte särskilda kortdefinitioner i sina villkor utan blott olika produktnamn på sina kort i rubriken för de allmänna villkoren.

ett fristående företag, behandlas i sin tur i samband med framställningen om rätt till kredit (huvudavsnitt 6.3).

6.2.2 Allmänt om rätt till grundläggande och övriga banktjänster

6.2.2.1 Inledning

Det som kan anses utgöra grundläggande banktjänster eller basbanktjänster varierar med tiden. Under en tid då bankfilialnätet kraftigt kringkurits till följd av saneringsåtgärder i samband med bankkrisen blir hjälpmedel för finansiella transaktioner som kan användas utan att man tar sig till en bankdisk av allt större betydelse. Under bankkrisen och den ekonomiska depressionen under 1990-talet kom det tydligt fram att konsumenters betalningssvårigheter och tillgång till livsnödvändiga tjänster blev ett problem. Man konstaterade då att depositionsavtal med tillhörande normala banktjänster förutom kredit kan ses som en livsnödvändighet.⁷⁴ Så småningom har begreppet grundläggande banktjänst ("peruspankkipalvelu") kommit i bruk och man har även i lagstiftnings-sammanhang ansett att betalningsförmedling och depositionskonto kan ses såsom en allmännyttig tjänst.⁷⁵

Ovan har jag redan redogjort för hur uppfattningarna inom EU utvecklats. Man noterade först att det hade blivit en olägenhet att näringsidkare kan ha en rätt att vägra tillhandahålla tjänster. Orsaken till att detta uppfattades som en olägenhet berodde på att man ansåg att tillgång till bankkonto tillfredsställer ett grundläggande behov.⁷⁶ Sedermera har kommissionen uppställt som mål att konsumenternas förtroende för den elektroniska handeln bör ökas.⁷⁷ Ytterligare har regionkommittén betonat att de finansiella tjänsterna är av avgörande bety-

⁷⁴ Se *Heliskoski m.fl.* 1996 s. 19 och 88 ff. Jfr dock med *Erjanti 2002* s. 4 som argumenterade mot förslaget till KreditIL 50 a § i RP 33/2002 under rubriken "Ratkaisuesityys ongelmaan, jota ei ole" (Ett lösningsförslag till ett problem som inte finns). Det kan måhända ha undgått henne att regeln inte enbart är till för tider då presumtiva kunder sannolikt mycket sällan blir förvägrade tjänster. I riksdagen har ledamöterna sedan början av 1990-talet uppfattat tillgängligheten som ett problem av döma av de 15–20 spörsmål och motioner som har lämnats in och som berör problemet. Nedan i avsnitt 6.2.3 återkommer jag till den närmare argumenteringen.

⁷⁵ Se *VM 16/2000* s. 33 ff. och ånyo i *RP 33/2002* s. 34 f. och särskilt spalt två före nästa rubrik och rubriken i KreditIL 50 a § (69/2003).

⁷⁶ Se närmare vid not 21 och vidare om att hänföra basbanktjänster till kategorin tjänster i allmänhetens intresse eller t.o.m. samhällsomfattande tjänster med hänvisning till kommissionens *Meddelande om Tjänster i allmänhetens intresse i Europa (96/C 281/03)*, s. 3 och uppdateringen av detta meddelande genom *Meddelande om tjänster i allmänhetens intresse i Europa (2001/C 17/04)* s. 4. och *Consumer Committee position paper 6.12.1999*, avsnitten 2.2, 2.3, 2.4 och de rekommendationerna som konsumentkommittén gör.

⁷⁷ Se ovan vid not 29 med hänvisning till kommissionens meddelande *eEurope* s. 4 f. och 19 ff.

delse för deltagandet i det ekonomiska livet.⁷⁸ Här kommer man in på kopplingen av krediter till e-handeln. Kopplingen är inte lika uppenbar som för de grundläggande banktjänsternas del. Om ett rätt sannolikt scenarium så småningom förverkligas, övergår en betydande del av handeln till nätet inom en obestämd men inte alltför avlägsen tid. Samtidigt har våra samhällen blivit vad man kallar kreditsamhällen. Denna omständighet tar sig en konkret uttrycksform i att det är slumpen som avgör om betalningar görs så att köparens konto debiteras genast eller om köpesumman förblir som en del av ett kreditsaldo på ett på förhand överenskommet sätt. Borgenären är då antingen säljaren eller en utomstående. I ljuset av denna utveckling har skillnaden mellan betalningar med eller utan kredit blivit mindre varför tillgängligheten till kredit blir allt mera en integrerad del av tillgängligheten till betalningssystemet.

Innan jag analyserar de särskilda grundläggande banktjänsterna och i vilken mån det föreligger en rätt till dem redogör jag för regleringen av bankbranschen. Som grundläggande banktjänster kan man såsom ovan redan nämnts se avtal om bankkonto med därtill hörande avtal om hjälpmedel att nyttja kontot på ett smidigt sätt och möjligheten att nyttja betalningsförmedlingstjänster. Möjligheten att lyfta olika former av kredit torde inte lika lätt uppfattas såsom en grundläggande banktjänst som de övriga här angivna tjänsterna. Av denna orsak behandlar jag rätten till att erhålla kredit i ett separat avsnitt (6.3).

Bankverksamheten är trots de tidigare nämnda avregleringsåtgärderna åtminstone i formellt hänseende kraftigt reglerad. Regleringen finns i kreditinstitutslagen (1607/1993, KreditIL) och den bygger på gemenskapsrätten. Lagen gäller kreditinstitut enligt EG:s första bankdirektiv (77/780/EEG) och i lagen ingår särskilda regler för depositionsbanker.⁷⁹ Den tidigare gemenskapsrättsliga regleringen har sammanställts på nytt i direktivet om rätten att starta och driva verksamhet i kreditinstitut (2000/12/EG).⁸⁰ Enligt artikel 3 skall medlemsstaterna förbjuda personer eller företag som inte är kreditinstitut att driva rörelse som omfattar att från allmänheten ta emot insättningar eller andra återbetalbara medel. Regleringen bygger således på ett arrangemang där kreditinstituten förbehålls rätten att ta emot depositioner. Det finns många skäl som talar för att förbehålla bankerna denna särskilda position i samhället. Dessa skäl behandlar jag närmare nedan då jag tar upp följderna av att kreditinstituten har sin speciella ställning.

Man har inte heller i en av de senaste reformerna av lagen till grunden ändrat på denna konstellation. Det viktigaste undantaget är införandet av en möjlighet att idka begränsad kreditinstitutsverksamhet för andra företag än kreditinstitut.

⁷⁸ Se punkt 5 i *Regionkommittén, Yttrande 14.2.2001, EGT C 148, 18.5.2001, s. 12*. Se närmare ovan vid not 33 och vidare där det hänvisas till detta yttrande.

⁷⁹ Se *RP 295/1992 s. 13* och *s. 16*.

⁸⁰ EGT nr L 126, 26.5.2000 s. 1–59.

Det är fråga om att i begränsad omfattning tillåta elektroniska pengar, kundkon-
ton och kredit i form av betalningstid.⁸¹ De stadganden (lag 69/2003) som
förnyats i denna reform trädde i kraft 15.2.2003.

Till de förnyade stadgandena hör största delen av de inledande stadgandena
av vilka jag återger de som är mest relevanta för undersökningen. Enligt
KreditIL 1.1 § tillämpas lagen på affärsverksamhet (kreditinstitutsverksamhet)
där återbetalbara medel tas emot från allmänheten samt 1) krediter eller annan
finansiering erbjuds för egen räkning, eller 2) generell betalningsförmedling
bedrivs eller elektroniska pengar ges ut. Jämlikt 1.2 § bestäms dessutom om
ensamrätt för kreditinstituten att i affärsverksamhet ta emot återbetalbara medel
från allmänheten samt om undantag från detta. Även efter reformen gäller som
huvudregel enligt 1 a.1 § att kreditinstitutsverksamhet inte får bedrivas utan
koncession. Det nya är att aktiebolag eller andelslag får bedriva *begränsad
kreditinstitutsverksamhet* utan koncession. Med begränsad kreditinstitutsverk-
samhet avses enligt 1 a.2 § 1 punkten tillhandahållande av sådan finansiering
med vilken syftet är att bevilja betalningstid vid köp av varor eller tjänster. Ett
företag, som hör till samma företagsgrupp som aktiebolaget eller andelslaget
som avses i 5 c §, kan bevilja betalningstid vid sin försäljningsverksamhet.
Jämlikt 1 a.2 § 2 punkten avses med begränsad kreditinstitutsverksamhet också
mottagande av återbetalbara medel från allmänheten på sådana kundkonton
vars medel kan användas enbart till betalning av varor eller tjänster som säljs av
ett företag som hör till samma företagsgrupp som aktiebolaget eller andelslaget
samt vars medel kan tas ut kontant. Även för denna punkt gäller att aktiebolaget
eller andelslaget skall höra till samma företagsgrupp som avses i 5 c §. Den
begränsade verksamheten får enligt 1 a.3 § bedrivas efter att en anmälan gjorts
till Finansinspektionen. Av samma kund får på ett kundkonto tas emot högst ett
belopp som motsvarar 3 000 € (2 a.3 §).

Enligt den nya 2 § är ett kreditinstitut ett företag som har koncession för
kreditinstitutsverksamhet. Ett kreditinstitut kan vara en depositionsbank, ett
kreditföretag eller ett betalningsförmedlingsföretag. Förutsättningarna för kon-
cessionen bestäms enligt 11 § som förtydligats genom lag 588/2003.⁸² Finans-
inspektionen kan *återkalla koncessionen* bl.a. om det i väsentlig mån har skett
överträdelser av författningar (12.1 §, lag 588/2003)⁸³. Alternativt kan *verksam-*

⁸¹ Angående de övriga reformerna se *RP 33/2002* s. 51 ff. där man föreslog en utvidgning av
tillämpningsområdet för kreditinstitutslagen. Kreditinstitutverksamhet skulle också vara generell
betalningsförmedling och utgivning av elektroniska pengar. Det skulle fortsättningsvis vara
förbehållet kreditinstitut att ta emot återbetalbara medel som omfattas av insättningsgarantin. Se
även *VM 16/2000* s. 44 f. och 50 ff. där man först presenterade reformerna.

⁸² Se *RP 175/2002* s. 70 f.

⁸³ Se *RP 175/2002* s. 29 där överföringen av tillståndsärenden från finansministeriet till Finans-
inspektionen motiveras. Redan före ändringen var det Finansinspektionen som utredde förutsätt-
ningarna för koncessionen varför ministeriets roll var mera formell. Finansinspektionen kan

heten för viss tid begränsas och, om ett missförhållande inte har avhjälpts inom utsatt tid därefter ändra koncessionsvillkoren så att verksamheten varaktigt begränsas om det vid skötseln av kreditinstitutet har konstaterats förekomma oskicklighet eller oförsiktighet och om det är uppenbart att detta allvarligt kan skada finansmarknadens stabilitet, betalningssystemens störningsfria funktion eller borgenärernas fördel (12.5 §, lag 588/2003).

Det är således fråga om en näringsrättslig reglering som har som ändamål att trygga verksamhetsförutsättningarna i branschen i allmänhet. Utöver att det i de delvis ovan angivna stadgandena i 1 kap. stadgas om koncession med särskilda rättigheter finns det i lagens 5 kap. stadganden som endast gäller depositionsbanker. Den ovan beskrivna nya 50 a § om (presumtiva) kunders rätt till grundläggande banktjänster är den viktigaste av dem med tanke på temat för denna undersökning och blir nedan föremål för närmare dissektion.

I 10 kap. KreditIL finns det dessutom regler om kundskydd som i stort sett överförts från den tidigare lagen om depositionsbankernas verksamhet (1544/1991).⁸⁴ Enligt 82 § förpliktas kreditinstitutet att i sin marknadsföring ge tillräckliga uppgifter och förbjuder institutet att i marknadsföringen lämna osanna eller vilseledande uppgifter eller använda ett förfarande som strider mot god sed. I 83 § förbjuds kreditinstitutet att använda avtalsvillkor som inte har samband med kreditinstitutets verksamhet eller är oskäligen. Enligt 84 § utövas tillsyn av marknadsföringen och användningen av avtalsvillkor av både Finansinspektionen och KO.⁸⁵ Finansinspektionen är den myndighet som i första hand övervakar kundskyddet.⁸⁶

Finansinspektionens roll inom tillsynen av finansmarknaderna har nyligen förstärkts i en reform som lett till en ny lag om Finansinspektionen (587/2003) som trätt i kraft 1.7.2003. I propositionen bedöms läget före reformen bl.a. så att det under de senaste två decennierna har skett genomgripande förändringar i utbudet av och efterfrågan på finansiella tjänster. Kapitalströmmarna och utbudet av finansiella tjänster har internationaliserats, marknaden har blivit effektivare och förändrats i strukturellt avseende. Framförallt inom banksektorn har

reagera snabbare då den själv kan återkalla en koncession. Dessutom förtydligas statens ägarroll på finansmarknaden fastän ägarstyrningen redan tidigare effektivt har separerats från beslutsfattande om finansmarknadsärenden.

⁸⁴ Se *RP 295/1992* s. 56 f.

⁸⁵ Jfr ovan ändamålet med den tidigare banklagstiftningen med ändamålet med KreditIL som enligt *RP 295/1992* s. 12 f. är att integrationsutvecklingen bestämmer målen med lagen dock så att den även skall uppfylla krav på konsument- och kundskydd. Det sistnämnda är en nyhet jämfört med den tidigare lagstiftningen.

⁸⁶ Se *RP 242/1989* s. 20 och *RP 295/1992* s. 7 om att bankinspektionen var den primära tillsynsmyndigheten i fråga om stadgandena av kundskyddet men att också KO är behörig enligt KSL. Se även *RP 295/1992* s. 57 där det konstateras att regeln om tillsyn över marknadsföring och avtalsvillkor (83 § i propositionen = 84 § i lagen) och regeln om verksamhetsförbud (85 § i propositionen = 86 § i lagen) motsvarar till sitt innehåll den tidigare lagen.

utbudet av tjänster koncentrerats till allt större koncerner med mångsidigare och internationellare utbud av tjänster. En betydande del av finansförmedlingen har även överförs från banksektorn till värdepappersmarknaden. Samtidigt har utbudet av finanstjänster blivit betydligt mångsidigare. Denna utveckling är en följd av bl.a. den datatekniska utvecklingen och den allmänna förmögenhetsökningen samt av de förändringar som skett i samhället, t.ex. avregleringen och de strukturella förändringarna i beskattningen.⁸⁷

Med hänsyn till bl.a. denna utveckling formulerar man närmare motiv för ändringarna. De förändringar som har skett på marknaden samt erfarenheterna av bl.a. bankkriserna har gjort det nödvändigt att bedöma vilket reglerings- och övervakningssystem som bäst svarar mot de utmaningar som föranleds av förändringarna. Det råder samförstånd om att en effektiv och ändamålsenlig tillsyn förutsätter en flexiblare myndighetsverksamhet som utgår från målsättningarna för tillsynen. Detta förutsätter bl.a. att i lagen tas in allmänna bestämmelser om finanstillsynens målsättningar och uppgift, som på ett allmänt plan styr Finansinspektionens verksamhet. Den snabba förändringen av marknaden samt internationaliseringen av verksamheten ställer krav framförallt på finanstillsynsmyndigheternas förmåga att tillräckligt snabbt och effektivt samt på ett internationellt trovärdigt sätt reagera på marknadsstörningar. Finansinspektionen måste därför ha befogenheter som understryker tillsynens förutsägbarhet, snabbhet och tydlighet. Befogenheterna får inte på ett väsentligt sätt avvika från motsvarande utländska myndigheters befogenheter. Finansinspektionens liksom övriga myndigheters verksamhet måste även uppfylla kraven på en god förvaltning. Härvid fäster man i propositionen avseende vid att Finansinspektionens verksamhet är grundlagsenlig, dels med beaktande av dess omfattande befogenheter, dels av den anledningen att Finansinspektionen har en exceptionell administrativ ställning i egenskap av en myndighet som utövar betydande offentlig makt och står utanför statsrådet. Av denna anledning finner man att det är skäl att utveckla lagstiftningen om Finansinspektionen, framför allt när det gäller inspektionens befogenheter.⁸⁸

Utöver sådana ändringsbehov som ansågs följa av Internationella valutafondens utredning och sådana som följer av Europeiska unionens lagstiftning går man även närmare in på behoven att utveckla Finansinspektionens befogenheter.

Man betonar en övergång från efterhandsgranskning av lagligheten i tillsynsobjektens åtgärder i riktning mot förebyggande tillsyn. Vid förebyggande tillsyn är det av en central betydelse att tillsynsmyndigheten har tillräckliga befogenheter att i tid ingripa såväl i marknadens problem som i enskilda

⁸⁷ Se *RP 175/2002* s. 21 f.

⁸⁸ Se *RP 175/2002* s. 23.

tillsynsobjekts problem. Dessutom är det viktigt att tillsynsmyndigheten utövar sina tillsynsbefogenheter effektivt, ansvarsfullt och öppet. Man finner att Finansinspektionens möjligheter att handla på det mest ändamålsenliga sättet inte i tillräcklig utsträckning har utvecklats i takt med marknaden och de förändringar som skett i tillsynsbehoven. Därför anser man att Finansinspektionens ingripanden i tillsynsobjektets verksamhet fortfarande sätts in i ett alltför sent skede och ofta leder till att reaktionerna på smärre och mindre klandervärda gärningar blir alltför stränga. Som exempel på tillsynsbefogenheter som utövas i ett sent skede och som har visat sig vara ineffektiva anför man Finansinspektionens rätt att i vissa situationer väcka skadeståndstalan för en banks räkning eller att hos finansministeriet framställa om återkallelse av ett kreditinstituts koncession.⁸⁹

Med stöd av bl.a. detta konstaterar man att en förutsättning för att situationen skall kunna rättas till är att Finansinspektionens befogenheter utvidgas och görs mångsidigare. Det skall göras på ett sätt som bidrar till att förbättra dess möjligheter att i ett tidigt skede ingripa i tillsynsobjektets verksamhet. De nya befogenheterna måste stöda och fungera som redskap för ett regelbundet praktiskt tillsynsarbete. Befogenheterna måste vara klart utformade och snabbt kunna verkställas. Finansinspektionens tillsyn kunde bli effektivare om den ges möjlighet att ge den som gjort sig skyldig till en överträdelse eller försummelse en administrativ påföljd, t.ex. en offentlig anmärkning eller offentlig varning. Man anför att enligt den tidigare lagen beslöt finansministeriet om beviljande och återkallelse av tillsynsobjekts koncession. En förutsättning för ett sådant beslut var i allmänhet att Finansinspektionen gjorde en framställning om saken till ministeriet. Finansinspektionen var sålunda i praktiken ansvarig för utredning av beslutsförutsättningarna, även om det formellt var en annan myndighet som fattade det slutgiltiga beslutet. En överföring av beslutanderätten i tillståndsärenden till Finansinspektionen skulle dessutom effektivisera finanstillsynen, eftersom Finansinspektionen snabbare och effektivare än under den tidigare regleringen skulle kunna ingripa särskilt i sådana fall då förutsättningarna för ett tillsynsobjekts koncession försvagas.⁹⁰

Med stöd av bl.a. dessa motiv stadgas det sålunda i 3 § den nya lagen om Finansinspektionens uppgift så att Finansinspektionen övervakar i lagen angivna tillsynsobjekts och övriga finansmarknadsaktörers verksamhet såsom föreskrivs i denna lag och i annan lag. Dessutom instruerar Finansinspektionen finansmarknadsaktörerna att i sin verksamhet tillämpa goda förfaranden samt främjar kunskaperna om finansmarknaden. I detaljmotiven sägs att denna grundläggande uppgift innebär att Finansinspektionen skall delta i beredningen av icke-bindande rekommendationer och standarder gällande förfarandena

⁸⁹ Se *RP 175/2002* s. 24.

⁹⁰ Se *RP 175/2002* s. 24 f.

samt instruera finansmarknadsaktörerna att följa dessa rekommendationer och standarder vid tillhandahållandet av finanstjänster.⁹¹

Den närmare regleringen av verksamheten i 4 § som är av intresse i detta sammanhang skiljer sig inte mycket från den tidigare regleringen. I 4 § 1 punkten stagas att Finansinspektionen sköter sin uppgift genom att bevilja de i lagen nämnda tillsynsobjekten verksamhetstillstånd och fastställa deras stadgar samt besluta om återkallelse av verksamhetstillstånd. Detta är i och för sig en nyhet såsom ovan konstaterats.

I 2 punkten stadgas att Finansinspektionen övervakar att tillsynsobjekten följer bestämmelserna om finansmarknaden och de föreskrifter som har meddelats med stöd av dem samt övervakar att tillsynsobjekten iakttar sina stadgar och villkoren i sitt verksamhetstillstånd. Stadgandet motsvaras av 4 § 1 punkten den tidigare lagen om Finansinspektionen (503/1993).⁹²

I den 4 punkten bestäms att Finansinspektionen meddelar de bestämmelser som behövs för tillämpning av lagen, så som särskilt föreskrivs i lag. Stadgandet ersätter den tidigare lagens 4 § 2 punkt.⁹³ I detaljmotiven sägs att med avvikelse från den gällande lagen föreslås ingen särskild bestämmelse om att Finansinspektionen skall utfärda för tillsynen behövliga, icke-bindande anvisningar. Finansinspektionen har redan enligt de allmänna förvaltningsrättsliga principerna, t.ex. 4 § i lagen om förvaltningsförfarande (598/1982), rätt och skyldighet att utfärda anvisningar om förfaranden i sådana ärenden som gäller t.ex. ansökningar om koncession och vilka hör till Finansinspektionens verksamhetsområde.⁹⁴

I den 8 punkten bestäms att Finansinspektionen främjar god praxis i de i lagen angivna tillsynsobjektens och i övriga finansmarknadsaktörers verksamhet. I detaljmotiven konstateras att motsvarande bestämmelse inte finns i den

⁹¹ Se *RP 175/2002* s. 42. I sin verksamhet uttryckte sig Finansinspektionen under den föregående lagen så att den övervakar att god banksed iakttas på marknaden. Se angående tiden före den tidigare lagen då regleringen fanns i lagen om depositionsbanker 34–37 § *RP 242/1989* s. 51 och *Huhtamäki 1992* s. 28 ff. Huhtamäki behandlar god banksed ur lagens, rättspraxis, bankspektionens och självregleringens synvinkel. Se även *Wuolijoki 2003* s. 2 som undersöker hur innehållet i god bank- och försäkringssed går att bestämma

⁹² Se *RP 175/2002* s. 43.

⁹³ Se *RP 175/2002* s. 43. Enligt 4 § 2 punkten lagen om Finansinspektionen (503/1993) kunde Finansinspektionen meddela föreskrifter om hur stadgandena skall iakttas och allmänna anvisningar som behövs med tanke på tillsynen. Anvisningen om depositionsavtal (nr 102.5 som gällt från och med 15.8.1996) meddelades med stöd av lagrummet. I anvisningarna avses med depositionsavtal alla de avtalsvillkor som reglerar ett depositionsförhållande mellan en kund och en bank, dvs. ett kontoavtal, kontovillkor och en servicetariff. Kontoavtalet skall ingås skriftligen och de allmänna villkor som tillämpas på kontot skall framgå av avtalet. De allmänna villkoren är sådana som Finansinspektionen godkänt. Servicetariffen innehåller priser på tjänster som hänförs sig till användningen av kontot och uppgifter om nivån för de referensräntor som är i kraft. Se punkt 1.3 och 1.3.1–1.3.3 i anvisningarna.

⁹⁴ Se *RP 175/2002* s. 43 f.

tidigare lagen. Man preciserar därefter vad god praxis kan vara: det är bl.a. att kunderna ges jämförbar information om olika tjänster och om de centrala villkoren för dem samt att de som tillhandahåller tjänster i sin marknadsföring och i sina avtalsvillkor följer godtagbara principer. Med god praxis avses i denna punkt framförallt sådana icke-bindande uppföranderegler som är baserade på inhemska och internationella rekommendationer och standarder. Finansinspektionen skall främja god praxis enligt denna punkt dels genom att vara med om att utforma uppföranderegler, dels genom att informera finansmarknadsaktörerna om dem. Finansinspektionen skall också upplysa finansmarknadsaktörerna om vikten att reglerna iakttas. Finansinspektionen har emellertid inte befogenhet att t.ex. vid vite kräva att icke-bindande uppföranderegler skall iakttas. Bestämmelser som kan anses vara uppföranderegler ingår också i den materiella lagstiftningen. Finansinspektionens uppgift är att förmå finansmarknadsaktörerna att iakttä också sådana bindande uppföranderegler som är baserade på lag. Till denna del bestäms emellertid Finansinspektionens uppgifter och behörighet i första hand med stöd av de ovan föreslagna 2 och 3 punkterna, enligt vilka Finansinspektionen är skyldig att övervaka verksamhetens lagenlighet. När Finansinspektionen i enlighet med denna punkt främjar god praxis skall den fästa särskilt avseende vid att det klart framgår av uppförandreglerna i vilken mån de är bindande normer och till vilken del de endast är anvisningar eller rekommendationer.⁹⁵

På grund av att den här reformen, som beskrivits endast i korthet och endast till en del, har genomförts nyligen⁹⁶ finns det inte ännu nya anvisningar och föreskrifter. Därför gäller ännu de gamla tills de kan ersättas med nya. Finansinspektionen uppger att arbetet kommer att ta närmare två år i anspråk.⁹⁷ Anvisningen om depositionsavtal nr 102.5 som nämns ovan i not 93 är således den som ännu gäller. Man kan med stöd av denna reglering sluta sig till att de tjänster som det här är fråga om är mycket standardiserade tjänster. Det kan därför inte uppstå oklarheter vad en bank är skyldig att tillhandahålla då den skall låta en kund t.ex. öppna ett konto.

Utöver dessa regler som bygger på att med lagens uttryck ”främja god praxis” eller med andra ord god banksed skall iakttas förekommer uttrycket god banksed även i branschorganisationens regler om god banksed. Bankföreningen i Finland har 11.1.2001 gett ut nya regler om god banksed som ersatt de tidigare från 10.4.1995.⁹⁸ I dessa ingår bl.a. punkter om verksamheten i allmänhet,

⁹⁵ Se *RP 175/2002* s. 44 f.

⁹⁶ Lagarna faställdes av republikens president 27.6.2003.

⁹⁷ Se http://www.rata.bof.fi/svenska/Reglering/koko_sivut/anvisningar.html, 17.7.2004.

⁹⁸ Se även *Huhtamäki 1992* s. 38 f. som redogör för att Bankföreningen i Finland, i överensstämmelse med en rekommendation av den takorganisation av bankföreningar som finns i EG, uppgjort regler om god banksed.

depositionsverksamhet, kreditgivning och betalningsförmedling. I huvudsak utgör de upprepningar av det som den ovannämnda regleringen förutsätter av bankverksamheten. Reglerna berör jag närmare i framställningen om de olika banktjänsterna.

I den nyare litteraturen från tiden före den nya KreditIL 50 a § konstaterades bl.a. att det var tvivel underkastat huruvida det kan uppstå en skyldighet att utan ett uttryckligt lagstadgande ingå avtal då företagets ställning och karaktären av tjänsten är jämförbara med situationer för vilka det finns en reglerad kontrahe- ringsplikt. Man anförde som skäl att kontraheringsplikt innebär en begränsning i den principiellt centrala friheten att välja avtalspart. Däremot förekom det inte någon analys av de förändringar i samhället som talade för en problematisering av de till traditionen bundna utgångspunkterna.⁹⁹ Ovan i 3 kap. presenterar jag en nytolkning av avtalsfriheten i vissa fall. Nytolknningen har i detta arbete främst betydelse för frågan om rätten att erhålla kredit efter att KreditIL 50 a § antagits.

En förändring på ett annat plan är att kontorsnätet eller åtminstone nätet där vissa finansiella tjänster tillhandahålls har skurits ned till följd av strävandena att effektivisera verksamheten. Även denna fråga påverkar tillgängligheten av tjänsterna.¹⁰⁰ Utvecklingen av kontorsnätet har skett så att i takt med minskningen av de fysiska nätverket sedan början av 1990-talet har nyttjandet av

⁹⁹ Se *Hemmo I 2003* s. 77 f., som inte stöds på en sådan analys av situationen som jag ovan genomfört i 3 kap. Se även *Hemmo 2001* s. 378 f. där han behandlar frågan om rätt till bankautomatkort och återopar *Kkn 96/39/401* som stöd för att en kontoinnehavare endast har rätt till automatkort och *Pöyhönen 2000* s. 107 som säger att det är möjligt att kontraheringsplikten även gäller vissa bank- och försäkringstjänster. Se dock *Pöyhönen 1999* som utgör en del av en allmän framställning om privaträtten i Finland s. 139 där han säger att kontraheringsplikten gäller många basnyttigheter såsom vatten, värme, el, dataöverföring men också transport-, försäkrings-, betalningsöverföringstjänster och kanske t.o.m. minimifinansieringstjänster. Dessutom finns min tidigare framställning *Nybergh 1997* där jag på s. 254 med stöd av litet mindre material än i denna undersökning argumenterade för att den allmänna rättsgrundsatsen om kontraheringsplikt för bl.a. basbanktjänster kunde anses gälla i bl.a. Finland. Jämfört med dessa rätt färska ställningstaganden är det intressant att notera ett ställningstagande från 1987 om rätten att vägra utföra ett gireringsuppdrag då den presumtiva kunden inte har ett depositionsavtal med en bank. Det anfördes att banken inte utan särskilt skäl torde kunna vägra att ta emot uppdraget. Som motivering anfördes att banken genom marknadsföring gjort ett anbud om att förmedla betalningar eller att bankerna genom sitt faktiska monopol på gireringsmarknaden har en kontraheringsplikt. Se *Holopainen 1987* s. 43 f. som avslutar sin bedömning med att betvivla att motiveringsförslagen är övertygande.

¹⁰⁰ Se *Hemmo 2001* s. 348 f. som dock inte alls tar upp frågan om rätt till avtal då han behandlar bankens ansvar för tillgängligheten av depositions- och kontoavtal. Han behandlar enbart frågan ur den synvinkeln där det redan föreligger ett kundförhållande och kunderna inte blir betjäna- de inom en rimlig tid. De ökade väntetiderna behandlas med stöd av *Kkn:s* praxis. Nämnden ansåg i plenum i fallen *99/39/2077*, *99/39/2092*, *99/39/2133*, *99/39/2384* och *99/39/2385* att det kan föreligga rätt till ersättning för tidsspillan då köandet tar för lång tid. I inget av dessa fall rekommenderade nämnden emellertid att ersättning skall betalas på grund av bristande utredning om den skada som skulle ha uppstått.

elektroniska tjänster ökat.¹⁰¹ I Förenade kungariket föreligger även samma typ av problem. Där har man funnit att samma människor som lider av en risk att uteslutas från möjligheten att erhålla finansiella tjänster även har de största svårigheterna att anamma de elektroniska banktjänsterna.¹⁰² Inte heller i USA har de mindre bemedlade möjlighet att anamma annan elektronisk bankteknologi än bankautomater (automated teller machine, ATM).¹⁰³

Uppfattningen att det inte skulle gå att begränsa friheten att välja avtalspart för banktjänsternas del baserade sig på tanken att sådana begränsningar utgör mycket speciella undantag som genomförts med uttryckliga lagstadganden. Ytterligare undantag skall företrädesvis också införas med lag. Enligt denna syn skulle de specialsituationer för vilka det finns uttryckliga lagstadganden utgöra undantag vilket är fallet med de grundläggande banktjänsterna och de lagstadgade försäkringarna.¹⁰⁴ Även för bankbranschens del kan man emellertid väl finna skäl för att ifrågasätta om en näringsidkare har en rätt att fritt välja sina kunder utanför tillämpningsområdet för den nya KreditIL 50 a §.

I paragrafen begränsas tillämpningsområdet angående personer till fysiska personer som lagligen vistas inom EES-området. Angående typen av tjänster gäller paragrafen öppnande av vanligt inlåningskonto och instrument för användningen av konto samt betalningsförmedling. Paragrafen gäller således inte juridiska personer men nog egenföretagare, dvs. fysiska personer i egenskap av företagare.¹⁰⁵ För fysiska personer saknas det således uttryckliga lagregler om kontraheringsplikt för andra tjänster än de nämnda och för juridiska personer saknas det uttryckliga lagregler för alla slag av tjänster.¹⁰⁶ Jag har emellertid begränsat framställningen till fysiska personers rätt till banktjänster varför jag även kommer att behandla rätten till att erhålla kredit som inte finns nämnd i KreditIL 50 a §. Däremot faller de juridiska personernas rätt till alla sorters banktjänster utanför framställningen. En del av analysen i denna framställning torde ändå gå att använda även i en sådan analys.

Förmedlingen av finansieringen, som har sin grund i mottagande av medel av allmänheten och kreditgivning till allmänheten, är nationalekonomiskt sett en central funktion.¹⁰⁷ Man kan alltså säga att bankerna har en unik och känslig

¹⁰¹ Se *VM 16/2000* s. 30. År 1990 fanns det ca 3 300 kontor och vid slutet av 1999 fanns det färre än 1 550 kontor.

¹⁰² Se *Financial Services Authority 2000* stycke 4.3 ff. Flera undersökningar har dessutom visat att dessa personkategorier föredrar hypoteksföreningar och postkontor framom egentliga banker.

¹⁰³ Se *Lee JCP 2002* s. 227 f.

¹⁰⁴ Se för försäkringarnas del *Hoppu 1997* s. 85.

¹⁰⁵ Se *EkUB 32/2000 rd – RP 49/2000* s. 4.

¹⁰⁶ Se *RP 33/2002* s. 34 f. och *VM 16/2000* s. 33 där man också åberopade den omständighet att bankerna inte i gällande lagstiftning hade ålagts en offentligt serviceskyldighet eller annan skyldighet att ombesörja tillgängligheten av banktjänster och att de därför inte heller hade en skyldighet att t.ex. öppna bankkonto.

¹⁰⁷ Se *VM 16/2000* s. 44.

roll i systemet genom att deras verksamhet går ut på att kombinera och integrera funktionerna inlåning, utlåning och betalningsförmedling. Denna speciella roll anses motivera den särskilda regleringen av bankernas verksamhet med krav på koncession.¹⁰⁸ I och med att en verksamhet begränsas för sådana som av samhället ges koncession, t.ex. bankrörelse, uppstår särskilda krav på dem som idkar verksamheten. Ett sådant krav kunde vara skyldigheten att inom ramen för det som gäller för verksamheten ingå vissa typer av avtal.¹⁰⁹

Ovan i avsnitt 6.1.1 har också berörts de omständigheter som uppkom i samband med bankkrisen och att man i både riksdagen och finansministeriet närmare formulerat bankernas ställning i samhället. Man har slutit sig till att bankerna inte har en sådan ställning som vilka företag som helst i en marknads ekonomi. Detta förhållande stöder ett resonemang om att man kan förutsätta en motvikt till den särställning som bankerna givits. I bedömningen av avtalsförhållanden mellan bankerna och deras kunder kunde motvikten utgöras av ett offentligt ansvar.¹¹⁰ Detta kan konkretiseras genom att som utgångspunkt ta att bankernas frihet att välja kunder även för andra än de grundläggande banktjänsternas del kan begränsas. I denna framställning utgör kreditgivning ett exempel på sådana tjänster.

Sådana företag, som fungerar inom en mindre reglerad bransch som inte är föremål för en sådan övervakning som Finansinspektionen utför, kan tillåtas fungera autonomare. Det är då fråga om branscher där företagets verksamhet går ut på att tillverka varor och där företagets frihet att agera begränsas främst av de konkurrensrättsliga reglerna. Detta allmänna argument är inte uttömmande för att avgöra hurdan bankernas ansvar skall vara.

Som bakgrund till den närmare analysen av rätten dels till de grundläggande banktjänsterna och dels till andra banktjänster samt till argumentationen kring denna rätt presenterar jag ännu kort regleringen i Danmark, Norge och Sverige samt USA. I detta fall är en jämförelse med länder där lagstiftaren också tagit ställning till frågan mest givande. Detta gäller i synnerhet de nordiska länderna på grund av att bankbranschen i dessa länder har en liknande historia och reglering.

6.2.2.2 Danmark

I Danmark har man nyligen omreglerat den finansiella sektorn genom att stifta den nya loven om finansiell virksomhed.¹¹¹ Man har samlat reglerna om tillsyn

¹⁰⁸ Se *SOU 1994:66* s.192 f.

¹⁰⁹ Se *Taxell 1976* s. 451 och *Taxell 1987* s. 32 f. som dock inte närmare redogör för i vilka fall den som idkar en koncessionsbunden verksamhet är skyldig att ingå avtal.

¹¹⁰ Se *Reifner 1995* s. 388.

¹¹¹ Se bekendtgørelse. nr. 660 07/08/2002 i vilken ingår de senaste ändringarna genom lov nr. 428 06/06/2002.

av den finansiella verksamheten i en gemensam lag som gäller både kreditinstitut och försäkringsverksamhet samt fondmäklare och pensionskassor.¹¹² För alla dessa verksamheter gäller nu med en enhetlig ordalydelse i 3 § att de skal ”drives i overenstemmelse med redelig forretningsskik og god praksis inden for virksomhedsområdet”. För banker (pengeinstitutter) är detta ingen ändring på grund av att samma krav ställdes i 1 § 6 stk. i den tidigare bank- og sparkasseloven. Regeln hade införts 1974 med motiveringen att bankverksamheten spelar en central roll i samhällsekonomin som förmedlare och distributör av samhällets kapitalresurser. Det är därför viktigt att underbygga en sådan tillit som verksamheten måste åtnjuta genom att uttryckligen i lag kräva att verksamheten idkas med iakttagande av god sed. Man ansåg då att det inte var möjligt att precisera innehållet av den öppna regeln utan innehållet i den ”må vare underkastet en løbende tilpasning”.¹¹³ Inte heller för de övriga verksamheterna medför den senaste lagändringen några egentliga ändringar på grund av att man inte avsåg att ändra på rättsläget.¹¹⁴

Redan under bank- og sparkasselovens tid var det möjligt att föra konkreta förmögenhetsrättsliga tvister mellan kunder och penninginstitut till pengeinstitutankenævnet eller domstolar. I pengeinstitutankenævnet, som är en nämnd som är upprättad av bankföreningar och Forbrugerrådet, har en del ärenden gällt klagomål över att ett penninginstitut har vägrat ge lån eller utvidga ett kreditarrangemang. Nämnden har dock ansett att penninginstitutet har rätt att själva avgöra om de beviljar lån och att nämnden inte har rätt att förplikta institutet att bevilja det.¹¹⁵

Utöver loven om finansiell virksomhed regleras bankbranschen även av markedsføringsloven. Forbrugerombudsmanden (FO) har ansett att även 1 § markedsføringsloven, som är en generalklausul, går att tillämpa när en bank ingår avtal om att öppna bankkonto. I ett fall hade en bank krävt att få till påseende en utredning över den senaste beskattningen (slutoppgørelse fra skattevæsenet) då en konsument ville öppna ett allmänt bankkonto (anfordringskonto/lønekonto). Konsumenten i fallet vägrade att gå med på bankens krav på grund av att han inte kunde inse meningen med att banken skall få kontrollera kunders eventuella kreditvärdighet då det var fråga om att öppna ett inlåningskonto utan kredit. FO hänvisade till att det i dagens samhälle är nödvändigt att kunna få öppna ett bankkonto på grund av att det dagliga livet annars blir alltför betungande. Bankerna har en sådan särställning i samhället att den medför en förpliktelse att medverka till att underlätta livet. Han ansåg därför att det är i strid med 1 §

¹¹² Se *Forslag 2000–01 – L 165*, under Almindelige bemærkninger.

¹¹³ Se *Forslag 2000–01 – L 165*, under rubriken ”Til § 3” där man hänvisar till och citerar motiven till bank- og sparkasseloven, Folketingstidende 1973–74, Tillæg A sp. 307–8.

¹¹⁴ Se *Forslag 2000–01 – L 165*, under rubriken ”Til § 3”.

¹¹⁵ Se *Lynge Andersen – Møgelvang-Hansen 1994* s. 18 och 261.

markedføringsloven att bankerna förutsätter att få till påseende en ”slutoppgørelse fra skattevæsenet” för att få öppna ett konto.¹¹⁶

I 3 § 2 stk. den nya loven om finansiel virksomhed stadgas att økonomi- og erhvervsministeren fastställer närmare regler om ”redelig forretningsskik og god praksis”. Genom bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder (604 af 26/06/2003) har man närmare reglerat rätten till bankkonto:

”§ 12. Et pengeinstitut kan ikke uden en individuel og saglig begrundelse nægte at oprette en almindelig indlånskonto. Begrundelsen skal på anmodning gives i papirformat eller på andet varigt medium.”

Stadgandet är snävt då skyldigheten är begränsad till allmänt inlåningskonto. Det iakttar en normal lydelse genom att penninginstituten åläggs en skyldighet att vägran skall ges skriftligt och vara motiverad. En vägran att öppna ett inlåningskonto är inte möjlig utan att grunden för vägran är individualiserad och saklig.

Finanstilsynet som är tillsynsmyndighet har gett ut en Vejledning til bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder. I inledningen till vägledningen sägs att det är fråga om en offentligrättslig reglering liksom den lag som med stöd av vilken vägledningen givits. Det är fråga om de krav samhället ställer på de ”finansielle virksomhederne” så att de följer god sed. Därefter konstateras att om en virksomhed inte följer reglerna i bekendtgørelsen kan Finanstilsynet påbjuda att virksomheden rättar sig efter bestämmelserna och om så inte sker kan virksomheden bestraffas med böter enligt 35 § bekendtgørelsen.¹¹⁷

Som en följd av konstaterandet att det är fråga om offentligrättsliga regler sägs också att brott mot reglerna i bekendtgørelsen inte har civilrättsliga konsekvenser. En kund kan inte direkt rikta civilrättsliga krav mot en virksomhed som inte följer reglerna. Däremot sägs att en underlåtelse att följa reglerna kan ha en ”afsmittende virkning på visse civilrettslige spørgsmål”. Det är nämligen ”de finansielle ankenævne” och domstolarna som i samband med behandlingen av enskilda fall skall ta ställning till om ett brott mot reglerna kan utlösa ett civilrättsligt krav.¹¹⁸

Angående 12 § upprepas att det är fråga om ett offentligrättsligt krav på penninginstituten. Därefter drar man slutsatsen att stadgandet inte utgör en ”egentlig civilretlig kontraheringspligt”. Angående ”saglig begrundelse” sägs att man skall beakta Pengeinstitutsankenævnets praksis på området. Något förvånande är att en betydande begränsning av tillämpningsområdet för stadgandet

¹¹⁶ Se *Forbrugerstyrelsen, Juridisk Årbok 1996* s. 52 f. Penninginstituten har sedermera meddelat FO att de kommer att följa avgörandet.

¹¹⁷ Se *Vejledning* under rubriken Indledning.

¹¹⁸ Se *Vejledning* under rubriken Indledning.

endast sägs i vägledningen. Rätten till ett allmänt inlåningskonto gäller enbart privatkunder på grund av att sådan personer i egenskap av löntagare och mottagare av betalningar från det allmänna har ett behov av ett konto. Ytterligare dras en e contrario slutsats genom konstaterandet att det inte ingår någon skyldighet att erbjuda kreditmöjligheter eller andra tjänster med stöd av stadgandet. Slutligen nämns exempel på godtagbara grunder för vägran. Om en kund uppträder anstötligt eller genom att förorsaka obehag för andra kunder är det en saklig grund för att avvisa kunden.¹¹⁹

Denna regleringslösning avviker från den finska, svenska och norska lösningen. Den danska modellen bygger på att det i generalklausulen för finansieringstjänster krävs att man iakttar god sed och denna regel preciseras av en norm som är på lägre nivå än lagens generalklausul. Den snäva inställning som Finanstilsynet har gentemot normala tjänster i samband med konto behöver således inte betyda att den civilrättsliga skyldigheten också skulle vara lika kringskuren. Man kan således anse att det går att tillämpa en vidsträckt rättsgrundsats om rätt till inlåningskonto som i Danmark på detta sätt får sin närmare konkretisering.¹²⁰ Problemet är givetvis att tröskeln är hög för att lagföra en tvist om en ogrundad vägran.

6.2.2.3 Sverige

I Sverige har 1.7.2004 en ny reglering av bankverksamheten trätt i kraft. Det är fråga om en totalreform med en uppsättning lagar som delvis är helt nya. Regleringen består av lag (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse och lag (2004:299) om inlåningsverksamhet samt lag (1995:1571) om insättningsgaranti som nu senast reviderats genom lag (2004:320). I detta sammanhang koncentrerar jag mig på frågan om hur rätt till grundläggande banktjänster har genomförts i reformen.

Som bakgrund presenterar jag kort den gamla bankrörelselagens (BRL, SFS 1991:1018) reglering av frågan. I BRL 2:1 stadgades enligt följande:

”En bank är skyldig att ta emot inlåning på räkning från allmänheten. Lag (1992:1613).”

En av de huvudsakliga frågorna då den gamla lagen stiftades gällde vad som skall få ingå i bankverksamheten medan man utan särskild motivering tog in ett stadgande om skyldighet att ta emot inlåning.¹²¹

Man kan förstå den svenska lagstiftarens betoning av inlåningen när man

¹¹⁹ Se *Vejledning* under rubriken Kapitel 4 Särilige regler for penninginstitutter § 12.

¹²⁰ Se *Lyngge Andersen – Møgelvang-Hansen 2001* s. 48 f. som gäller tiden då bank- og sparekasseloven ännu var i kraft.

¹²¹ Se *Prop. 1990/91:154* s. 3.

betraktar senare förslag där man motiverade inlåningsmonopolet med omfattande argument. Samhället har ett intresse att upprätthålla ett stabilt och effektivt betalningssystem. Bankernas inlåning utgör en nödvändig del av detta betalningssystem med konton som är sammanlänkade med någon form av generellt betalningsinstrument, t.ex. debetkort, check eller gireringsfunktion. Ett huvudsakligt ändamål med kontona är att de är transaktionskonton. De flesta konsumenter är beroende av ett väl fungerande transaktionskonto med en låg risk för sina betalningar. Utöver detta ingår i konsumentskyddsintresset även en trygghet för långsiktigare besparingar.¹²²

Trots dessa motivuttalanden tolkade man stadgandet restriktivt. Kontraheringsplikten sades gälla enbart rätt till att få ingå avtal om att öppna ett inlåningskonto utan tilläggstjänster såsom betalningsförmedling, kontokort av något slag och kredit.¹²³ Även denna mycket begränsade rätt till konto kunde i praktiken vara svår att erhålla om det fanns registrerade betalningsstörningar. Medan denna reglering var i kraft t.o.m. 30.6.2004 förekom det således att enskilda personer blev förvägrade ordinära bankkonton trots att Finansinspektionen i Sverige konstaterade att en person i skuldsanering inte får förvägras automatkort enbart av den orsaken att han befinner sig i sanering.¹²⁴ Även i Finansinspektionens allmänna råd om inlåningskonton och tillhörande tjänster (FFFS 2001:8) bestämdes i 2 § att enbart den omständigheten att en kund har fått en betalningsanmärkning bör inte utgöra tillräcklig grund för banken att neka kunden inlåningskonto.

Ytterligare bestämdes i 3 § om tilläggstjänster, i motsats till den danska nya regleringen, att en kontohavare bör ges möjlighet att koppla tilläggstjänster till ett inlåningskonto om det inte finns skäl mot detta. I paragrafen anges även förklaringen i form att det behövs för att på ett effektivt sätt kunna sköta uttag av kontanter, överföringar och betalningar.

Reformen var omfattande genom att man avskaffade bankernas ensamrätt att ta emot inlåning och därmed även bankernas skyldighet att ta emot inlåning. Istället infördes en reglering om en skyldighet för banker och andra institut som tillhandahåller konton som omfattas av insättningsgarantin.¹²⁵ Ett stadgande om kontraheringsplikt finns därför i lagen (1995:1571) om insättningsgaranti och lyder enligt följande:

¹²² Se *Prop. 1995/96:74* s. 96.

¹²³ Se *Finansinspektionen 1999:3* s. 8 f. och *Lehrberg Bankrätt 2001* s. 258 där han inte i detta sammanhang nämner kontohjälpmedlen såsom automat- och bankkort. Se även *Åbyhammar – Nordenanckar 2000* s. 4.

¹²⁴ Se *Åbyhammar – Nordenanckar 2000* s. 4 f. där de redogör för praxis bland bankerna i Sverige att dessutom sträva till att ersätta automatkorten med bankkort för vars användare de ställer ännu högre krav än på automatkortsanvändarna.

¹²⁵ Se *Prop. 2002/03:139* s. 195 ff. och särskilt 199 samt 260 ff. och *Finansutskottets betänkande 2003/04:FiU15* s. 14 ff. där propositionen till denna del tillstyrktes

”Skyldighet att ta emot garanterade insättningar

11 b §. Ett institut som erbjuder sig att ta emot insättningar enligt definitionen i 2 § är skyldigt att ta emot sådana insättningar av var och en, om det inte finns särskilda skäl mot det. Lag (2004:320).”

I 2 § ingår definitioner och enligt den betyder insättning nominellt bestämda tillgodohavanden som är tillgängliga för insättaren med kort varsel.

Stadgandet i 11 b § innebär att alla oavsett medborgarskap skall ha en möjlighet placera sina pengar på ett säkert sätt. Detta förutsätter att institutet enligt penningtvättlagstiftningen måste kontrollera identiteten hos den som vill inleda en affärsförbindelse. Det är således endast i undantagsfall som institutet får neka en presumtiv kund. Man anför som exempel att en kund tidigare varit ohederlig mot en bank eller ett annat institut, att det föreligger misstanke om penningtvätt eller att en företrädare för institutet genom att ta emot medel kommer att främja ett brott.¹²⁶

I propositionen anför man för den nya regleringen att det finns skäl att hindra banker eller kreditmarknadsföretag (eller värdepappersbolag med tillstånd att ta emot kunders medel på konto), som väljer att tillhandahålla kontoformer omfattade av insättningsgarantin, från att utestänga vissa individer från möjligheten att öppna sådana konton. Man anför fortfarande att möjligheten att få tillgång till en säker sparform bör i princip stå öppen för alla. Det bör därför inte accepteras att ett institut vägrar vissa personer tillgång till konton som omfattas av insättningsgarantin.¹²⁷ Det är att märka att det som sades i samband med stiftandet av BRL 2:1 om kontonas uppgift såsom transaktionskonton inte denna gång förs fram.

Angående tilläggstjänster sägs i propositionen att skyldigheten inte omfattar andra tjänster såsom t.ex. checker och kort kopplade till kontot. Det oaktat säger man ändå att frågan behandlas i 3 § Finansinspektionens allmänna råd om inlåningskonton och tillhörande tjänster (FFFS 2001:8) och att Finansinspektionen under 2002 gjort en uppföljning av rådet. Resultatet av uppföljningen är att det förvisso finns problem men att de inte är av sådan omfattning att det finns anledning att agera från lagstiftarens sida.¹²⁸ Resultatet är nu att tillgången till tilläggstjänsterna är oreglerade i lag men tillgången regleras i ett allmänt råd som ingår i Finansinspektionens författningssamling. Det uppstår en fråga hur förpliktande detta ställningstagande av en tillsynsmyndighet egentligen är.

Ett allmänt råd har karakteriserats såsom en rekommendation som i praktiken kommit att bli en norm för bankernas verksamhet. Med tanke på denna faktiska betydelse är det olyckligt att det inte särskilt sagts att en betalningsan-

¹²⁶ Se *Prop. 2002/03:139* s. 262 och 598.

¹²⁷ Se *Prop. 2002/03:139* s. 262.

¹²⁸ Se *Prop. 2002/03:139* s. 262.

märkning inte bör utgöra skäl att neka tilläggstjänster. När det är fråga om blott en rekommendation kunde den ha gjorts utförligare för att sprida information till presumtiva kunder som eventuellt förhåller sig fogsamt till hur bankerna tar sig frihet att agera.¹²⁹

6.2.2.4 Norge

I Norge har man rätt nyligen stiftat en helt ny och omfattande lag för denna bransch genom lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven, 1999-06-25 nr 46). Det centrala stadgandet med hänsyn till rätt till tjänster är följande:

”§ 14. Avvisning av kunder

(1) Institusjonen kan ikke uten saklig grunn avslå å ta imot innskudd eller utføre betalingsoppdrag på vanlige vilkår.

(2) Kunden skal underrettes om avslag uten ugrunnet opphold når ikke annet er bestemt i eller i medhold av lov. Underretningen om avslag skal inneholde opplysning om tvisteordning som er etablert etter § 4.”

Stadgandet är mer omfattande än både den tidigare svenska bankrörelselagen 2:1 och den gällande 11 b § lagen (1995/1571) om insättningsgaranti, eftersom det förutom öppnande av konto också gäller betalningsuppdrag. I odeltingsproposisjonen hänvisade man till de motiveringar som man anförde i utredningen och sade att justis- och politidepartementet förenar sig med utredningens motiveringar.¹³⁰ Den norska banklovskommisjonen framförde att utvecklingen efter 1989 med hänsyn till omfattningen och nyttjandet av banktjänster, den utvidgade konkurrensen på den avreglerade marknaden, den fortsatta internationaliseringen och erfarenheterna av bankkrisen samt Bankklagenemndas praxis, ger vid handen att det finns ett sådant behov av en lagregel om kontraheringsplikt.¹³¹

Orsaken till att man gick in för att reglera banktjänsterna berodde inte enbart på att man ville införa en regel om kontraheringsplikt. Banklovskommisjonen såg det nämligen som en olägenhet i ett vidare perspektiv att förhållandet mellan bankerna och kunderna främst hade reglerats genom standardvillkor. Man ansåg att lagreglerna skall fungera som motvikt till institutionernas villkor. Reglernas uppgift är att skydda den part som man kan utgå från att är den svagare, dvs. särskilt konsumenterna. Man fäste därför uppmärksamhet vid att

¹²⁹ Se *Konsumentverket, Rapport 2001:13* s. 55 f. där det konstateras att Finansinspektionens allmänna råd utformas med stöd av 1 § författningssamlingsförordningen (1976:725). Där sägs också att det vore att föredra att det ingår bestämmelser i lag istället för att det ges blott allmänna råd om vad som förväntas av tillsynsobjekten.

¹³⁰ Se *Ot.prp.nr. 41(1998–99)* avsnitten 3.1 och 3.3.

¹³¹ Se *NOU 1994:19* s. 32.

man har reglerat viktiga avtalstyper såsom lösöresköp, avbetalningsköp, hyra av bostad och affärslägenheter, försäkring, transporttjänster, pantsättning, kreditköp, hantverkartjänster och fastighetsköp varför det skulle vara naturligt och riktigt att även de viktigaste finansieringstjänsterna skulle bli reglerade.¹³²

Vid beredningen av lagen framställde Bankforeningen i Norge en intressant synpunkt genom att ifrågasätta det nödvändiga i att stifta detta lagrum. Föreningen ansåg att stadgandet endast uttrycker redan tillämpad bankpraxis.¹³³ En sådan åsikt visar att man inte alls tänker på vilka alla funktioner ett stadgande kan ha. I normala förhållanden har ett dylikt stadgande en mindre betydelse än då det är fråga om lågkonjunktur för att inte tala om ekonomisk depression och bankkras. Det är i sådana situationer som tvingande och uttryckliga lagregler har en helt annan genomslagskraft än oskrivna regler eller påstådd praxis bland marknadsaktörerna. Ett stadgande har också ett pedagogiskt och informativt värde som kunde ses såsom ett symbolvärde.

För Norges del innebär stadgandet dock i regleringshänseende inte en så stor förändring, eftersom det redan enligt 23 § i 1953 års prislov fanns ett generell förbud mot att avstå från ett affärsförhållande. Inom bankbranschen gällde denna skyldighet både depositions- och betalningsförmedlingsavtal. Den som råkat ut för en vägran kunde framställa ett krav hos ett organ som kallades Priserådet och där man i övrigt behandlade främst marknadsrättsliga fall. Detta egentligen förvaltningsrättsliga organ kunde förbjuda en näringsidkare att vägra ingå avtal om vägran var ”urimelig overfor den annen part”.¹³⁴

I Norge hade man vid beredningen av den nya lagstiftningen om avtal på den finansiella sektorn konstaterat att regler om vägran till affärsförbindelse (forrettningsnektelse) hade varit naturligast att ta i den allmänna avtalslagstiftningen. Man uppfattade det som en brist att prislovens 23 § blev upphävd utan att man stiftade en motsvarighet, dvs. man hade föredragit en generell avtalsrättslig regel om kontraheringsplikt i lagstiftningen.¹³⁵

6.2.2.5 USA

I USA har man en omfattande och komplicerad federal lagstiftning inom bankbranschen i vilken även ingår regler som avser att trygga tillgängligheten

¹³² Se *NOU 1994:19* s. 32 f.

¹³³ Se *Ot.prp.nr. 41(1998–99)* specialmotiveringarna till Kap. 14 14 § andra stycket. Tanken är densamma som framkastats av Erjanti och nämnts ovan i avsnitt 6.2.2.1, se *Erjanti 2002* s. 4 som argumenterar mot den föreslagna 50 a § i RP 33/2002 under rubriken ”Ratkaisuesitys ongelmaan, jota ei ole” (Ett lösningsförslag till ett problem som inte finns).

¹³⁴ Se *NOU 1994:19* s.111 och från tiden då lagen gällde *Eckhoff – Gjelsvik 1955* s. 133 där man säger att syftet med lagen inte var att Priserådet skulle reformera hela avtalsrätten. Se även ovan avsnitt 3.2.2 angående prisloven i allmänhet.

¹³⁵ Se *NOU 1994:19* s. 112 där man också redogjorde för att avtalelovutvalget övervägde att föreslå en regel om kontraheringsplikt i samband med 36 § i lagen. Utvalgets arbete har dock avslutats.

av grundläggande banktjänster liksom också kredit. På den federala nivån regleras bankverksamheten genom vissa grundläggande lagar. Lagarna finns systematiskt framställda i konsoliderad form i United States Code (U.S.C.).¹³⁶ I ”Title 12 Banks and banking” finns bl.a. the Banking Act (1933) som allmänt även kallas the Glass-Steagall Act. Ursprungligen var affärsbankverksamheten separerad från investeringsbankverksamheten med stöd av stadgandena i lagen. Denna struktur av lagstiftningen ändrades genom att man avreglerade branschen genom bl.a. the Depository Institutions Deregulation and Monetary Control Act (1980) och genom Riegle-Neal Interstate Banking and Branching Efficiency Act (1994). Ett resultat av dessa och andra avregleringsåtgärder var att man gjorde universell bankverksamhet möjlig. Dessutom blev det också möjligt att stänga filialer som inte är vinstbringande.¹³⁷

Utöver den allmänna regleringen av branschen finns det också särskild federal reglering för att trygga tillgängligheten av banktjänster i synnerhet till låginkomsttagare. Man har tillgripit mycket kraftiga regleringsåtgärder med tanke på att samhället i de Förenta staterna bygger på en marknadsekonomi med en accentuerad privatautonomi. De kraftiga åtgärderna föranleddes av att innerstadsområden på 1970-talet började förfalla till följd av bl.a. ökad brottslighet som i sin tur ledde till att bankerna började avskärma dessa områden från sin kreditgivning (neighbourhood redlining) såsom alltför riskfyllda. Den viktigaste lagen är Community Reinvestment Act (1977, nedan CRA).¹³⁸ Utöver denna finns det lagar som reglerar kreditgivningen närmare och nämns nedan i avsnitt 6.3. Avsikten med CRA var att bryta de negativa trenderna i bankernas förfarande som gick ut på att avskärma områden från service och att avstå från att investera i dem (disinvestment). Med avstående från att investera avsågs att bankerna inte efter att de tagit emot depositioner av invånarna i ett visst område i motsvarande mån förmedlade medlen till kreditbehövande inom detta område.¹³⁹

Regleringstekniken i denna lag skiljer sig betydligt från de nordiska lagarna. I ett slags ändamålsstadgande (12 U.S.C. § 2901) regleras att finansiella institutioner har en skyldighet att visa att deras depositionsinrättningar fyller behoven hos de samhällen i vilka de har koncession att utöva sin

¹³⁶ Se *Office of the Law Revision Counsel*. About the Office and the United States Code. The Office of the Law Revision Counsel of the U.S. House of Representatives prepares and publishes the United States Code pursuant to section 285b of title 2 of the Code. The Code is a consolidation and codification by subject matter of the general and permanent laws of the United States.

¹³⁷ Se *Lee JCP 2002* s. 206 f.

¹³⁸ Se 12 U.S.C. 2901 och t.ex. *Lee JCP 2002* s. 206 f., *Cassity CLR 2000* s. 347 f. samt *Cincotta 1996* s. 26 ff.

¹³⁹ Se *Cassity CLR 2000* s. 348 f.

verksamhet i. De behov det är fråga om är både kreditbehov och behov av depositionstjänster.¹⁴⁰

Problemen i USA är av en annan kaliber än i de nordiska länderna. Det är fråga om att de ordinära bankernas (mainstream financial institutions) tjänster tas över av alternativa företag som tillhandahåller finansiella tjänster (alternative financial service institutions). Det finns nämligen mindrebemedlade hushåll som inte alls har ett bankförhållande utan är ”banklösa” (”unbanked”). När de tar emot betalningar får de checker som de måste förvandla till kontanter hos checkväxlare (check-cashiers) och när de behöver kredit måste de vända sig till pantlånekontor. De som måste ty sig till dessa alternativa tjänster måste därför betala ett högre pris för dessa tjänster som ersätter de grundläggande banktjänsterna.¹⁴¹ Det i tiden av Caplovitz lanserade uttrycket ”the poor pay more” har inte trots den ökade välfärden sedan 1950-talet blivit inaktuellt.¹⁴²

I en undersökning om hur mindre bemedlade hushåll använt sig av finansiella tjänster kom det fram att under tiden 1995–1998 ökade inte användningen av finansiella tjänster förutom användningen av sparkonton. De använde sig i knappast alls av elektronisk bankteknologi förutom av bankautomater (automated teller machines, ATM).¹⁴³

6.2.2.6 Sammanfattning av argumenten

När det gäller att ta ställning till en hurdan skyldighet bankerna i Finland kunde ha är de lösningar som genomförts på annat håll och de motiv som där anförts intressanta. Detta gäller särskilt för de övriga nordiska länderna på grund av de stora likheterna i våra samhällen. I de föregående underavsnitten nämns situationen landsvis. Här följer en sammanfattning.

¹⁴⁰ Stadgandet lyder i sin helhet enligt följande:

”Sec. 2901. Congressional findings and statement of purpose

– The Congress finds that –

- (1) regulated financial institutions are required by law to demonstrate that their deposit facilities serve the convenience and needs of the communities in which they are chartered to do business;
 - the convenience and needs of communities include the need for credit services as well as deposit services; and
 - regulated financial institutions have continuing and affirmative obligation to help meet the credit needs of the local communities in which they are chartered.
- It is the purpose of this chapter to require each appropriate Federal financial supervisory agency to use its authority when examining financial institutions, to encourage such institutions to help meet the credit needs of the local communities in which they are chartered consistent with the safe and sound operation of such institutions.

¹⁴¹ Se *Lee JCP 2002* s. 209 f.

¹⁴² Se *Caplovitz 1969* s. 188 ff. och *Lee JCP 2002* s. 203 som konstaterar att ”the poor tend to pay more for depository and credit products due to a lack of creditworthiness indicated by low credit scores”.

¹⁴³ Se *Lee JCP 2002* s. 226 ff.

I Danmark införde man generalklausulen enligt vilken bankverksamheten skall bedrivas genom att följa redligt dvs. hederligt affärsskick och god sed. Den motiverades med att bankverksamheten spelar en central roll i samhälls-ekonomi som förmedlare och distributör av samhällets kapitalresurser. Det är därför viktigt att underbygga en sådan tillit som verksamheten måste åtnjuta genom att uttryckligen i lag kräva att verksamheten idkas med iakttagande av god sed. God sed preciseras sedan i stadganden på lägre nivå än lag till att det är fråga om att alla skall ha tillgång till konto.

I Sverige konstaterade man som skäl för skyldigheten i den tidigare BRL att ta emot inlåning att samhället har ett intresse att upprätthålla ett stabilt och effektivt betalningssystem. Bankernas inlåning utgör en nödvändig del av detta betalningssystem med konton som är sammanlänkade med någon form av generell betalningsinstrument, t.ex. debetkort, check eller gireringsfunktion. Ett huvudsakligt ändamål med kontona är att de är transaktionskonton och nästan alla som bor i landet är beroende av ett väl fungerande transaktionskonto med en låg risk för betalningarna. Utöver detta ingår i konsumentskyddsintresset även en trygghet för långsiktigare besparingar. Trots att ingenting märkbart till denna del har ändrats anfördes dessa omständigheter inte längre vid reformen regleringen av bank- och finansieringsrörelsen.

I stället sade man blott att det finns skäl att hindra banker eller kreditmarknadsföretag från att utestänga vissa individer från möjligheten att öppna konton för att möjligheten att få tillgång till en säker sparform bör i princip stå öppen för alla.

Den norska regeln har stiftats litet tidigare men efter bankkrisen varför man har kunnat beakta erfarenheterna av den. Den är därför av speciellt intresse ur finsk synvinkel. I lagberedningsarbetet åberopade man omvälvningen inom branschen både nationellt och internationellt och de problem som uppstått i praxis. Det speciella med Norge var att man inte hade velat begränsa sig till bankbranschen med en regel om vägran till affärsförbindelse och att det hade varit naturligtast att ta in en sådan i den allmänna avtalslagstiftningen.

Regleringen av tillgängligheten i USA avspeglar en fast avsikt att tillförsäkra att bankernas grundläggande samhällliga uppgift blir uppfylld. Insamlingen av medel genom depositioner skall leda till att samma kollektiv (deponenterna) gynnas på ett rättvist och nationalekonomiskt ändamålsenligt sätt vid utlåningen. Inlåningen och utlåningen går inte att separera om man vill uppnå ett hållbart resultat samhälligt sett och därmed även ett resultat som är berättigat med hänsyn till alla samhällsgruppers intressen. Det är inte legitimt att suga upp kapital på en viss marknad (i synnerhet en sådan där det råder en svår brist på det) för att distribuera det med stora risker på en avlägsen marknad. Om ägarna till organisationen inte har anknytning till de övriga intressenterna kan det förstås finnas ett incitiv till ett sådant förfarande. Det ankommer då på den samhällliga styrningsfunktionen att pröva huruvida förfarandet blir alltför

predatoriskt för att få förbli opåtalat.

Den polariserade situationen i USA som gav upphov till CRA (Community Reinvestment Act) utgör en bra fingervisning om vad som kunde ske i de nordiska länderna i synnerhet om polariseringen i samhället tilltar. De undersökningar i USA som visar att fattiga betalar mera torde i viss mån gå att upprepa i Norden. När det gäller de grundläggande banktjänsterna hänger det i första hand på marknadsaktörerna huruvida problemet antar proportioner av samma storlek som i USA. Nedan i avsnitt 6.3.1 följer en tillämpning av det resonemang som ligger bakom CRA. Där utvecklar jag idén om hur det på ett meningsfullt sätt går att tala om rätten att erhålla kredit.

De jämförda ländernas reglering och motiv för regleringen går att använda som stöd för analysen av situationen i Finland. Härfter följer en utredning om hur den finska KreditIL 50 a § om grundläggande banktjänster blev utformad. Framställningen hittills torde utvisa att det går att tala om rätt till banktjänster utöver de som för tillfället räknas såsom grundläggande tjänster enligt paragrafen. Paragrafen är enligt detta sätt att se på den rättsliga situationen ett uttryck för den allmänna rättsgrundsatsen om bankernas skyldighet att tillhandahålla grundläggande banktjänster i en vidare mening. Det att paragrafen internationellt sett kommit relativt sent till i Finland gör att det har hunnit utvecklas en syn om att det finns en allmän rättsgrundsats med ett innehåll av den typ som förekommer på annat håll. Rättsläget för Finlands del konstateras nedan ha varit oklart varför det är svårt att säga i en hurdan omgivning paragrafen placerar sig. Det uppstår frågor om hur paragrafen skall tolkas och hur sådana situationer skall tolkas som faller utanför tillämpningsområdet för paragrafen.

6.2.2.7 Utformningen av den nya 50 a § kreditinstitutslagen

En av lärdomarna från 1990-talets depression är att det finns behov av uttryckliga lagregler om grundläggande banktjänster. I lagstiftningssammanhang har man i Finland först förfäktat en motsatt ståndpunkt när det gäller frågan om hur man skulle reglera frågan. Man har stött sig på att rättsläget då kunde uppfattas som så att det inte finns någon skyldighet för banker att tillhandahålla grundläggande banktjänster i någon utsträckning överhuvudtaget. Man ville inte heller införa en ”ändring” av rättsläget även om man lika väl kunde ha sagt att man avser att kodifiera en rättsgrundsats som börjat anta allt tydligare konturer.¹⁴⁴ Denna sistnämnda uppfattning får belegg av att en bank redan i ett ärende som

¹⁴⁴ Se VM 16/2000 s. 33 ff. jämfört med RP 33/2002 s. 34 där rättsläget presenteras och s. 40 där man presenterar skälen för att ”ta in en princip enligt vilken depositionsbankerna är skyldiga att för var och en öppna ett vanligt inlåningskonto och bevilja de produkter som är nödvändiga för att man skall kunna använda kontot om inte banken har särskilda skäl att vägra göra detta”. Det är intressant att notera ordvalet ”princip” här. Det stämmer överens med att det redan skulle ha funnits en princip eller allmän rättsgrundsats om rätt till avtal för grundläggande banktjänster.

konsumentklagonämnden (Kkn) har avgjort 1996¹⁴⁵ ändå överhuvudtaget erkände en rätt till grundläggande banktjänster. Förhållningssättet är intressant och visar huroreflekterande de synpunkter var som presenterades i samband med lagberedningen. För aktörerna på marknaden hade verkligheten ändrats så att man undermedvetet hade räknat med att även normerna levat med utvecklingen.¹⁴⁶ Enligt banken uppfylldes rätten till grundläggande banktjänster då banken beviljade ett automatkort vilket Kkn godkände.¹⁴⁷

Trots dylika uppfattningar var det först i propositionsstadiet som man kom till att det överhuvudtaget skall införas en regel om grundläggande banktjänster. I detta skede hade förslaget till stadgandet en enklare utformning och ett vidare tillämpningsområde än vad den slutliga versionen skulle få. I propositionen löd stadgandet enligt följande:¹⁴⁸

”50 a §

Kunders rätt till grundläggande banktjänster

En depositionsbank får vägra att öppna ett vanligt inlåningskonto och att bevilja en produkt som är avsedd för användningen av ett sådant konto eller vägra att sköta ett uppdrag som avser betalningsförmedling endast om det föreligger vägande skäl för vägran. Kunden skall underrättas om orsaken till vägran.”

Den första meningen är i sak identisk med den slutliga lydelsen förutom att man i den slutliga lydelsen begränsat rätten till fysiska personer som har rätt att vistas i en EES-stat. Till denna del skiljer sig regeln i Finland från reglerna i de övriga nordiska länderna. Grundlagsutskottet anförde i överenstämmelse med sitt egentliga uppdrag att lagförslagen kan behandlas i vanlig lagstiftningsord-

¹⁴⁵ Se närmare nedan i avsnitt 6.2.5.1 där ärendet *D 96/39/401* beskrivs och analyseras.

¹⁴⁶ Även Bankföreningen i Finland har agerat i frågan genom sina reviderade regler om god banksed, se *Bankföreningen i Finland: God banksed, 11.1.2001*. Angående depositionsverksamhet sägs: ”Banken öppnar, med beaktande av de begränsningar som ställs av lagstiftning, myndighetsbestämmelser och kontovillkor, på kundens begäran ett depositionskonto. Banken kan av motiverade skäl vägra att öppna ett konto, till exempel om banken har skäl att misstänka att kontot kommer att missbrukas. Banken vägrar inte öppna ett konto enbart på grund av att en betalningsstörning registrerats tidigare.” Däremot tiger reglerna om vad annat man har rätt till utöver kontot. Där nämns inte ens grundläggande banktjänster och inte heller sägs någonting om betalningshjälpmedel eller ens automatkort.

¹⁴⁷ Lösningen var i linje med den uppfattning som har förts fram av Bankföreningen i Finland senast i samband med behandlingen av *RP 33/2002* i riksdagen. Se *Suomen Pankkiyhdistys, lausunto 24.9.2002* (Bankföreningens i Finland utlåtande) under rubriken *Palveluvelvoitteen soveltaminen pankkikorttiin ja verkkotunnusteeseen* (Tillämpande av tjänsteförpliktelsen på bankkort och Internetkoder). Man konkluderar med att säga att debiteringen av köp med bankkort sker med en fördröjning varmed det går att överskrida saldot på kontot och att det går att sköta bankärenden även utan Internetbankkoder.

¹⁴⁸ Se *RP 33/2002* s. 94

ning. För denna konklusion nöjde man sig angående egendomsskyddet med att säga att bestämmelsen avser att främja tillgången till grundläggande banktjänster. Det är då ur bankens synvinkel fråga om ett kontraheringstvång som enligt lag gäller som huvudregel för banken. Enligt utskottet innebär det formellt sett en inskränkning i bankens befogenhet att fatta beslut om nya avtalsförhållanden. Man kom till att det finns en godtagbar grund för den föreslagna bestämmelsen om de grundläggande banktjänsterna med hänsyn till en hur stor roll banktjänsterna spelar i det moderna samhället. Utskottet menade således att det av samma orsak inte heller finns någonting att anmärka på i fråga om proportionalitetskravet.¹⁴⁹

På grund av att paragrafen togs in först i ett mycket sent skede av beredningens kunde inte remissinstanserna yttra sig om den och skälen till att man tagit in den. Följaktligen lämnades en lagmotion med ett förslag till ett alternativt innehåll till paragrafen:¹⁵⁰

”En depositionsbank får vägra att öppna ett vanligt inlåningskonto och att bevilja en *sådan nödvändig* produkt som är avsedd för användningen av ett sådant konto eller vägra att sköta ett uppdrag som avser betalningsförmedling endast om det föreligger vägande skäl för vägran. Kunden skall underrättas om orsaken till vägran.”
(Översättning och kursivering av FN)

Lydelsen skulle ha inneburit en begränsning jämfört med lydelsen i propositionen. Man avsåg att utesluta bankkorten från de produkter som hör till basbanktjänsterna.¹⁵¹

På grundlagsutskottets uppmaning föreslog ekonomiutskottet i sin tur en precisering av de skäl till vägran som är giltiga.¹⁵² Ekonomiutskottets ändringsförslag kom i sak att ligga till grund för den slutliga formuleringen:¹⁵³

¹⁴⁹ Se *GrUU 24/2002 rd – RP 33/2002 s. 3*

¹⁵⁰ Se *LA 47/2002 vp – Pekka Kuosmanen /kok ym.*

¹⁵¹ Se *LA 47/2002 vp – Pekka Kuosmanen /kok ym. s. 3*, lydelsen på originalspråket finska: ”Talletuspankki saa kieltäytyä tavanomaisen talletustilin avaamisesta ja tilin käyttöön tarkoitettun *välttämättömien* tilinkäyttövälineen myöntämisestä taikka maksujenvälitystä koskevan toimeksianton hoitamisesta vain, jos kieltäytymiselle on painava peruste. Kieltäytymisen peruste on ilmoitettava asiakkaalle.”

Se även s. 1 f. där man i motiveringarna säger att de nödvändiga produkterna (instrumenten för nyttjandet av kontot) inte skulle definieras närmare. Det beror på den banktekniska utvecklingen vad som skulle räknas till dessa. Utgångspunkten skulle vara att bankerna själva skulle få bestämma vilka instrument de skulle hänföra till basbanktjänsterna.

¹⁵² Se *GrUU 24/2002 rd – RP 33/2002 s. 4* och *EkUB 25/2002 rd – RP 33/2002 s. 4*

¹⁵³ Se *EkUB 25/2002 rd – RP 33/2002 s. 4*

”50 a §

Kunders rätt till grundläggande banktjänster

En depositionsbank får vägra att öppna ett vanligt inlåningskonto och att bevilja en produkt som är avsedd för användningen av ett sådant konto eller vägra att sköta ett uppdrag som avser betalningsförmedling för en fysisk person som lagligen vistas i en stat som hör till Europeiska ekonomiska samarbetsområdet endast om det föreligger vägande skäl för vägran. Vägran skall ha samband med kunden eller kundens tidigare beteende eller att det inte finns något verkligt behov av ett kundförhållande. Kunden skall under rättas om orsaken till vägran.

Denna paragraf tillämpas inte om något annat följer av 95 § eller lagen om förhindrande och utredning av penningtvätt (68/1998). (Nytt)”

Förutom preciseringen av grunderna för vägran fogade man ett nytt 2 mom. till paragrafen som bestämmer att reglerna i 1 mom. är sekundära i förhållande till reglerna om skyldighet att identifiera kunder i 95 § och reglerna i lagen om förhindrande av penningtvätt (68/1998). Propositionen godkändes i den andra behandlingen med de ovan beskrivna ändringarna och fick vissa stilistiska ändringar. Den slutliga utformningen (lag 69/2003) lyder:¹⁵⁴

”50 a §

Kunders rätt till grundläggande banktjänster

En depositionsbank får endast av vägande skäl vägra att öppna ett vanligt inlåningskonto och att bevilja en produkt som är avsedd för användningen av ett sådant konto eller vägra att sköta ett uppdrag som avser betalningsförmedling för en fysisk person som lagligen vistas i en stat som hör till Europeiska ekonomiska samarbetsområdet. Skälet till vägran skall ha samband med kunden eller med kundens tidigare beteende eller med att det uppenbart inte finns något verkligt behov av ett kundförhållande. Kunden skall under rättas om orsaken till vägran.

Denna paragraf tillämpas inte om något annat följer av 95 § eller av lagen om förhindrande och utredning av penningtvätt.”

Efter att paragrafens formuleringsprocess beskrivits finns det orsak att gå in på den närmare tolkningen av den. Jag har härmed kommit till frågeställningens fråga tre och fyra. I de följande underavsnitten besvarar jag delvis den *tredje frågan* om vilka banktjänster som omfattas av regeln om rätt till avtal och delvis den *fjärde frågan* om vad reglerna om rätt till avtal om banktjänster innebär för de olika banktjänsternas del, dvs. vilka godtagbara grunder för vägran föreligger för de olika

¹⁵⁴ Lagändringen trädde i kraft 15.2.2003.

tjänsterna (50 a § 1 mom.). Utöver de vägande skälen till vägran måste man separat behandla de situationer när rätten till de grundläggande banktjänsterna förfaller (50 a § 2 mom.). I de följande avsnitten analyserar jag rätt till depositionskonto (6.2.3), rätt till betalningsförmedling (6.2.4) och rätt till betalningsmedel med hjälp av konto (6.2.5). I ett särskilt avsnitt (6.2.6) behandlar jag gränserna för tillämpningsområdet av KreditIL 50 a §. Rätten till kredit behandlas såsom ovan konstaterats separat i det sista huvudavsnittet (6.3) i detta kapitel.

6.2.3 Rätt till depositionskonto

6.2.3.1 Allmänt om rätt till depositionskonto

För att i praktiken överhuvudtaget kunna inleda ett fortlöpande avtalsförhållande för de vanliga banktjänsterna med en bank behövs någon form av depositionsavtal. Depositionsavtalet fungerar såsom en portal till de övriga tjänsterna som är anknutna till kontot. Av denna orsak blir framställningen om rätten till konto mera omfattande än framställningen om rätten till betalningsförmedling och betalningsmedel. Jag behandlar därför endast här reglerna om när rätten till de grundläggande banktjänsterna förfaller. Det är givetvis möjligt att låta utföra betalningsförmedling även om det inte finns något depositionsavtal men någon form av betalningsmedel som är bundet till konto är det inte möjligt att ha hos en bank som man inte har ett depositionsavtal med.

Då en kund sluter ett depositionsavtal med en bank i vilket dessutom ingår ett avtal om ett bankkort utan kredit får kunden en möjlighet att sköta betalningar utan kontanter. Privatpersoners penningtrafik utgörs av inkomster i form av lön eller olika former av bidrag vilka vanligen betalas månatligen så att det är fråga om högst några inbetalningar på kontot per månad men så att beloppen är stora i förhållande till personens ekonomi. Utgifterna utgörs av en större mängd mindre utbetalningar. Genom att denna penningtrafik sker via ett bankkonto vinner bankkunden tid och får sina penningmedel i tryggt förvar tills de behövs. Risken att en hel månads inkomster och eventuella kortfristiga besparingar kommer bort är liten. Om däremot ett bankförhållande inte fanns blev personens ekonomi utsatt för en uppsjö av risker allt från att pengarna kommer bort till följd av tankspriddhet till att de genom brott kan avhändas honom. Dessutom utnyttjar många ännu olika former av depositionsavtal som en sparform. Sparandet sker antingen i liten form för ett speciellt ändamål eller som en mellanform innan medlen överförs på bättre avkastande objekt. En betydelsefull sparform är bostadssparandet som sker i form av sparavtal vilket jag behandlar vidare i avsnitt 6.3.5.¹⁵⁵

¹⁵⁵ Se *RP 33/2002* s. 26 f. Den absoluta summan av insättningarna fortsatte att öka under 1990-talet även om deras relativa andel av alla finansobjekt har minskat. En orsak har varit att ännu är

På grund av den faktiska betydelsen av bankdepositionerna i samhället är det egentligen inte särskilt överraskande att man slutligen stiftade KreditIL 50 a § om grundläggande banktjänster. Ur motiven till stadgandet framkommer mera detaljerat att det är fråga om ett inlåningskonto som används för betalningsförmedling och att till det hör de sedvanliga instrument som behövs för användningen av kontot.¹⁵⁶ Med denna funktion avser man således att alla skall ha rätt att kunna motta betalningar, låta utföra betalningsöverföringar och förvara sina medel tryggt. När det gäller en rätt till konto stadgas i 1 mom. att en depositionsbank endast av vägande skäl får vägra att öppna ett vanligt inlåningskonto och att bevilja en produkt som är avsedd för användningen av ett sådant konto. Skälet till vägran skall enligt paragrafen ha samband med kunden eller med kundens tidigare beteende. Alternativt skall det vara uppenbart att det inte finns något verkligt behov av ett kundförhållande.

Härefter följer först en analys av de vägande skälen att vägra öppna ett konto. Jag behandlar sedan separat regeln om när rätten till de grundläggande banktjänsterna förfaller i avsnitt 6.2.3.3.

6.2.3.2 *Vägande skäl att vägra öppna ett vanligt inlåningskonto*

Man har formulerat regeln i 50 a.1 § negativt genom att utgå från en situation där banken vägrar och sedan normerat i vilket fall en vägran är möjlig. Genom att stadga om att vägran är möjlig blott vid vägande skäl har man lämnat frågan om huruvida det finns en rätt till konto öppen för en ganska vid tolkning. Visserligen preciserades skälen under riksdagsbehandlingen på grund av grundlagsutskottets utlåtande till omständigheter som har att göra med kunden. En orsak till detta var att det i propositionen uppgavs att varaktigheten av kundförhållandet och egenskaperna av kontobetalningsinstrumentet kunde beaktas.¹⁵⁷

Grundlagssutskottet pekade på problemen med den vaga formuleringen enligt vilken det i 50 a § i propositionen endast sades att vägran är möjlig om det föreligger vägande skäl. Man föreslog därför de preciseringar som togs in i den slutliga lagtexten på det ovan återgivna sättet. Man åberopade 80.1 § grundlagen och sade att en bestämmelse som gäller kundens rättigheter måste formuleras tillräckligt exakt. Av den föreslagna bestämmelsen i propositionen framkom inte med önskvärd tydlighet de skäl som anförs i motiveringen. Grundlagsutskottet avsåg att vägran skall ha samband med kunden eller kundens tidigare beteende och inte t.ex. med att medel flyter in oregelbundet eller blott spora-

2000 ökade aktieförmögenheten i värde. Detta utvisar ändå att tillgången till depositionskonto även har en betydelse för andra ändamål än de dagliga transaktionerna.

¹⁵⁶ Se *RP 33/2002* s. 80 och *EkUB 25/2002 rd – RP 33/2002* s. 3 f.

¹⁵⁷ Se *RP 33/2002* s. 80.

diskt på kontot. Man ansåg också att enskilda människor i princip bör ha en rätt att öppna ett normalt inlåningskonto.¹⁵⁸ Formuleringen syftar troligen på den diskussion som inleddes i slutet på 1990-talet och som fördes i offentligheten om huruvida bankerna är skyldiga att tillhandahålla tjänster till kunder som belastar bankens lönsamhet på grund av infrekvent eller till beloppet låg omsättning.¹⁵⁹

Med stöd av formuleringen i 50 a.1 § och propositionen går det att särskilja tre kategorier av vägande skäl för vägran att öppna ett konto. De är 1) att den person som avser att ingå ett avtal om depositionskonto tidigare har gjort sig skyldig till ett väsentligt brott mot avtal som gäller konton och dylikt, 2) att det föreligger en misstanke om att den person som avser att ingå avtalet kommer att begå ett straffrättsligt sanktionerat brott gentemot banken¹⁶⁰ och 3) att det är uppenbart att det inte finns ett behov av ett kundförhållande.

6.2.3.2.1 Väsentligt brott mot avtal

Finansinspektionen har redan före stiftandet av paragrafen ställt som ett krav att god banksed förutsätter att om banken vägrar öppna ett konto måste banken då kunden det kräver berätta orsaken till vägran.¹⁶¹

På grund av att förslaget till 50 a § formulerades om och kompletterades med ett 2 mom. är en del av de vägande skäl som definieras i propositionens detaljmotiveringar inte längre beskrivande för den gällande lydelsen av 1 mom. Ett vägande skäl som anges i motiven och som ännu är aktuellt gäller ”väsentligt brott mot avtal”. Om den person som avser att ingå ett avtal om depositionskonto tidigare har gjort sig skyldig till ett ”väsentligt brott mot avtal” som gäller ”konton eller kontobetalningsinstrument” föreligger det vägande skäl att vägra¹⁶² på grund av att vägran då har ”samband med kunden eller med kundens tidigare beteende”. Det torde vara klart att ett väsentligt brott mot avtal motsvaras av denna lydelse i paragraftexten även om formuleringen väsentligt brott mot avtal förblivit i

¹⁵⁸ Se *GrUU 24/2002 rd – RP 33/2002* s. 4.

¹⁵⁹ Se *Hufvudstadsbladet 4.11.1999* eller *Helsingin Sanomat 4.11.1999*. Här rapporterades åsikter som hade framförts av den dåvarande verkställande direktören för Merita Bank och ordföranden för Bankföreningen i Finland. Verkställande direktören för Merita Bank hade i en TV-intervju ifrågasatt tänkesättet att bankerna är tvungna att ta emot olönsam affärsverksamhet och ansåg att samhällets sociala skyddsnet kunde tas i bruk för olönsamma bankkunder. Även verkställande direktören för Bankföreningen i Finland uttalade sig i *Helsingin Sanomat* med att situationen är sådan att en del av kunderna betalar för andra kunders tjänster. Kontentan var att alla tjänster skall prissättas så att alla kunder står för de kostnader de åsamkar banken.

¹⁶⁰ Se *RP 33/2002* s. 80 där det sägs att banken har grundad anledning att misstänka missbruk.

¹⁶¹ Uppgiften fanns på de dåvarande hemsidornas ”Frågor till FI – FAQ” under rubriklänken ”Bankens rätt att vägra öppna konto” på nätadressen: <http://www.rata.bof.fi/svenska/faq/kundskydd/tilavkir.html>, 18.4.2001.

Numera är hemsidorna under bearbetning på grund av den ovan beskrivna reformen av tillsynslagstiftningen och denna sida finns inte längre.

¹⁶² Se *RP 33/2002* s. 80.

motiven. Enligt formuleringen i propositionen talas det endast i obestämd form om ”brott mot avtal gällande konton eller kontobetalningsinstrument”. Detta ger anledning till att fråga sig i vilket avtalsförhållande avtalsbrottet ägt rum. Den obestämda formuleringen kan tänkas möjliggöra en tolkning om att väsentliga avtalsbrott både mot avtal med den ifrågavarande banken och utomstående banker kan utgöra ett vägande skäl för vägran i det förevarande avtalsslutet. Detta förefaller dock som en mycket drastisk tolkning i synnerhet om det inte uppstått anteckningar om betalningsstörningar till följd av avtalsbrottet. Det kan då lätt uppstå dold information om ”avtalsbrottsliga” kunder som inte går att kontrollera och rätta till. Detta talar för att en marknadsaktör inte skall få agera ”brottsutredare och åklagare”, ”domare” och ”exekutor” när det gäller att döma ut ”straff” för avtalsbrott.

För denna grunds del är det nödvändigt att närmare slå fast vad ett väsentligt brott mot avtal som gäller konton eller kontobetalningsinstrument kan vara och hur lång tid det skall gå innan ”brottet” preskriberas. Man måste i bedömningen beakta att då det är fråga om ett avtalsbrott att detta inte i sig betyder att det också är fråga om ett brott i straffrättslig mening. Om det endast är fråga om ett avtalsbrott begränsar sig bedömningen till privaträtten. Det finns ett stort spektrum av avtalsbrott och det är rätt så klart att vilket avtalsbrott som helst inte kan utgöra ett vägande skäl. På motsvarande sätt kan man inte tänka sig att banken kan ges en rätt att ”döma ut livstidsstraff” för avtalsbrott. Det kan då de facto i värsta fall bli fråga om ett ”ekonomiskt dödsstraff” om den som blir utsatt för vägran inte på annat håll lyckas få motsvarande tjänster.

Saken kan illustreras med det fall om missbruk av dominerande ställning som konkurrensverket avgjort som behandlats ovan i avsnitt 3.2.4.¹⁶³ Konkurrensverket konstaterar att Postbanken hade vägrat öppna ett konto för ett företag som behövde kontot för postförskotts försändelser. Därför kunde företaget inte fakturera sina kunder per postförskott.¹⁶⁴ Konkurrensverket konstaterar i allmänhet i informativt syfte på sin hemsida att rättsläget är sådant att ett företag med dominerande ställning har en skyldighet att behandla presumtiva kunder jämlikt. Om ett sådant företag avstår från ett affärsförhållande måste detta ske på grunder som kan motiveras objektivt och i övrigt kunna godtas ur konkurrensrättslig synvinkel. Verket nämner särskilt kapacitetsproblem och kundens betalningsoförmåga som exempel på godtagbara skäl.¹⁶⁵ I Postbanksfallet konstaterar Konkurrensverket att banken hade rätt att vägra öppna konto, om kunden hade relativt färsk anmärkning om betalningsstörningar. Banken

¹⁶³ Se 3 kap. vid not 96 konkurrensverkets egen formulering.

¹⁶⁴ Se *Konkurrensverkets beslut 18.12.1997, kombinerade fallen dnr 359/61/93, 524/61/97 och 584/61/97*.

¹⁶⁵ Se <http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/svenska.cgi?luku=konkurrensbegransningar%2Fmissbruk-av-ds&siivu=missbruk-av-ds>, 10.6.2004

skulle enligt verket själv ha kunnat bli tvungen att ersätta köparna för eventuell skada, om banken vid öppnandet av kontot hade låtit oklarheterna i kontoöppnarens verksamhet passera trots att banken kände till dem. Vägran att öppna konto ansågs ha ett godtagbart skäl och utgjorde inte missbruk av dominerande ställning.¹⁶⁶

Ur en civilrättslig synvinkel förefaller lösningen problematisk i ljuset av KreditIL 50 a § även om den gäller blott enskilda personer. Det ligger nära till hands att man måste göra en liknande bedömning som inom paragrafens tillämpningsområde när man prövar om en bank kan vägra öppna ett konto för ett företag. I fallet hade Finansinspektionen redogjort för att det kring 1993 hade kommit fram att bankerna i många fall hade vägrat öppna konton åt företagare som hade betalningsstörningar från tidigare företagsverksamhet. Finansinspektionen hade tagit ställning till saken och konstaterat att ett transaktionskonto är nödvändigt vid företagsverksamhet. Därför får enbart den omständigheten att en företagare har tidigare betalningsstörningar inte leda till ett nekande.¹⁶⁷ Både när det är fråga om avtalslut mellan en företagare och en bank samt mellan en konsument och en bank förefaller det uppenbart att för att kunna åberopa en betalningsstörning som vägande skäl skall den samtidigt utgöra ett tidigare avtalsbrott i förhållande till just den bank som står i beråd att sluta ett nytt avtal med den presumtiva kunden. Man kan jämföra situationen med anteciperat dröjsmål. Man har ansett att utanför konkurs- och utmätningsfall utgör gäldenärens försvagade ekonomi inte någon grund för ett förtida betalningskrav. Det är endast vid väsentligt anteciperat dröjsmål man har ansett att hävning av avtal kan komma i fråga.¹⁶⁸ Om betalningsstörningen i avtalsförhållandet mellan den presumtiva kunden och banken har varit obetydlig eller ligger långt tillbaka i tiden borde banken inte ens i detta fall kunna åberopa den.¹⁶⁹

Ett sätt att värdera väsentligheten av ett avtalsbrott är att jämföra med när det föreligger grund för uppsägning eller hävning av ett avtal i ett fortlöpande avtalsförhållande för den tjänst det nu är fråga om eller någon liknande tjänst. För att avtalsbrott skall vara väsentligt måste det ha så stor betydelse för den drabbade parten (banken) att det då det inträffar kan uppfattas som oskäligt att fortsätta avtalet.¹⁷⁰ När det gäller avtal om depositioner kommer man främst att

¹⁶⁶ Se *Konkurrensverkets beslut 18.12.1997, kombinerade fallen dnr 359/61/93, 524/61/97 och 584/61/97*.

¹⁶⁷ Se *Konkurrensverkets beslut 18.12.1997, kombinerade fallen dnr 359/61/93, 524/61/97 och 584/61/97* under rubriken Rahoitustarkastuksen kannanotot.

¹⁶⁸ Se *Taxell 1972* s. 435 och *Hemmo II 2003* s. 119.

¹⁶⁹ Se däremot *Hemmo I 2003* s. 86 f. som talar för en rätt att vägra vid en situation där en näringsidkare vet att en (presumtiv) kund har en betalningsunderlåtelse hos ett annat företag i branschen.

¹⁷⁰ Se *Taxell 1972* s. 209 ff. där han presenterar de allmänna lärorna för begränsning av hävningsrätten. Den mest betydande begränsningen är väsentlighetsregeln som går ut på att ett avtal kan hävas endast när avtalsbrottet är väsentligt.

tänka på övertrasseringar som leder till kreditförluster. I synnerhet om det hos kontohavaren har konstaterats betalningsovilja utöver betalningsoförmåga är det lätt att tänka sig att det är fråga om en hävningsgrund. När det gäller avtalsbrott på grund av betalningsoförmåga är det lätt att visa att skälet till svårigheterna har upphört varmed banken inte kan anföra detta som vägande skäl. Här visar den nya regeln sin styrka. Då det inte finns skäl kan ingen bli avvissad. Om avtalsbrottet endast beror på betalningsoförmåga kan denna ha sin förklaring i ett socialt prestationshinder varmed prövningen följer de normer som gäller för en sådan situation vilken behandlas nedan i detta avsnitt.

Av det nyss sagda torde det vara lätt att dra slutsatsen att arten av avtalsbrottet även skall bestämma hur lång tid det skall gå innan ”brottet” preskriberas och det går att förplikta banken att ånyo inträda i ett avtalsförhållande med en syndare. Ett avtalsbrott på grund av en dokumenterad betalningsovilja utvisar ett fel i attityden och gör att den tidigare kontohavaren borde kunna visa en förbättrad attityd. Det torde dock vara svårt att ge någon allmängiltig mätsticka för dylika mätningar. En vägledning kan man få ur personuppgiftslagen (523/1999). I 21 § regleras utplåning av uppgifter ur kreditupplysningsregister. Uppgifterna skall utplånas ur kreditupplysningsregister efter fem–två år.¹⁷¹ När det gäller avtalsbrott på grund av betalningsoförmåga är det lätt att visa att skälet till svårigheterna har upphört varför det inte finns skäl att ytterligare förlänga den banklösa tiden.

Åtminstone före stiftandet av 50 a § förefaller det som om bankerna skulle ha ansett att en anteckning om betalningsstörning i sig var en godtagbar grund för vägran.¹⁷² Sedermera har Bankföreningen i Finland gått in för reviderade regler om god banksed. Angående depositionsverksamhet sägs bl.a. att banken inte vägrar att öppna ett konto enbart på grund av att en betalningsstörning registrerats tidigare.¹⁷³ Härvid ligger det nära till hands att anse att en registrerad betalningsstörning i sig inte kan utgöra en grund utan man måste gå bakom betalningsstörningen och bedöma om det förelegat ett väsentligt brott mot ett avtal som gäller konton eller kontobetalningsinstrument.

¹⁷¹ Se närmare om personuppgiftslagen nedan i avsnitt 6.3.2.2 efter not 266.

¹⁷² Se *Bankbranschens Kundrådgivning, Verksamhetsberättelse 2001* s. 9 f. där det anges att man tagit kontakt med rådgivningen 636 gånger om frågor som gäller kontoanvändning och betalning. Av detta antal har 3 % berört öppnande av konto. Särskilt har man just frågat om anteckning om betalningsstörning.

¹⁷³ Se *Bankföreningen i Finland: God banksed, 11.1.2001*. Se även *Wuolijoki 2003* s. 76 f. som vid bedömningen av om betalningsstörning utgör ett vägande skäl inte verkar göra en distinktion mellan den situation att betalningsstörningen utgör ett avtalsbrott gentemot den bank som skall bli avtalspart eller om det är blott en registrerad betalningsstörning som härrör sig från ett eventuellt avtalsbrott med en tredje part. Han konstaterar att det att en betalningsstörning inte är en tillräckligt skäl inte konstateras klart i förarbetena fastän det är ett skäl som kunde vara motiverat på grund av att det har samband med kundens tidigare beteende. Han kommer till att med beaktande av lagens ratio torde en anteckning om betalningsstörning inte kunna godkännas såsom ett vägande skäl för vägran.

Ett särskilt problem uppstår då en närstående till kunden t.ex. kundens make ger upphov till ett väsentligt avtalsbrott. Med tanke på denna grund för vägran kan man fråga sig om en sådan händelse har ”samband med kunden eller kundens tidigare beteende”. Det kan vara fråga om att det är en slump att just maken gjorde avtalsbrottet och inte den make som står i beråd att öppna ett konto i banken. Avtalsbrottet kan ha uppstått till följd av gemensamma penningproblem i samband med försörjande av familjen. Alternativt kan makarna ha helt separata ekonomiska liv varför den ena maken inte kan ha påverkat den andras avtalsbrott på något som helst sätt. Beroende på situationen kan det eventuellt tänkas att makens agerande skall vara relevant vid bedömningen om det föreligger vägande skäl liksom det kan uppfattas som verkligt oskäligt att koppla ihop två självständigt levande personers ekonomiska beteende.

Det blir ännu aktuellt att ta ställning till vad som följer om det väsentliga brottet mot avtalet skett till följd av ett socialt prestationshinder. Då en gäldenär råkat ut för ett prestationshinder och med stöd av reglerna om en sådan situation¹⁷⁴ befriats från en del eller hela sin avtalsenliga skyldighet gentemot borgenären uppstår frågan hur detta i framtiden inverkar på nya avtalsslut. Kan en sådan omständighet i sig utgöra ett hinder för en rätt att vägra som annars fanns? I 50 a.1 § sägs endast att skälet till vägran skall ha samband med kundens tidigare beteende. I enlighet med vad som strax ovan konstaterades har ett väsentligt avtalsbrott samband med kundens tidigare beteende. Ett socialt prestationshinder har givetvis ett sådant samband på grund av att det i sig utgör en förklaring för att ett avtalsbrott har inträffat. Av betydelse är emellertid att den allmänna regeln om socialt prestationshinder förhindrar att prestationshindret leder till negativa påföljder för den drabbade.

Ett exempel på reglering av påföljder finns i KSL 7:16 (lag 541/1994). I 1 mom. stadgas att om kreditgivaren på grund av konsumentens betalningsdröjsmål eller något annat brott mot avtalet, enligt avtalet har rätt att kräva betalning av en post som annars inte har förfallit, att återta den sålda varan eller att göra någon annan särskild påföljd gällande, får kreditgivaren återropa nämnda rättighet endast under vissa förutsättningar såsom om dröjsmålets varat en viss tid eller om konsumenten gör sig skyldig till något annat avtalsbrott som är väsentligt. I 2 mom. stadgas att kreditgivaren dock inte har rätt att göra dessa påföljder gällande, om det är fråga om dröjsmål med betalningen och dröjsmålet orsakas av konsumentens sjukdom eller arbetslöshet eller av någon annan därmed jämförbar omständighet som inte beror av honom, utom då detta med beaktande av dröjsmålets längd och andra omständigheter vore uppenbart oskäligt gentemot kreditgivaren.

¹⁷⁴ Det kan antingen vara fråga om lagregler eller enligt *Wilhelmsson 1987* s. 184 ff. och *Wilhelmsson 1992* s. 190 ff. en allmän lära om socialt prestationshinder utan stöd av uttryckliga lagregler.

Denna reglering gäller kreditgivning och inte depositionsavtal men åskådliggör hur en regel om socialt prestationshinder ser ut. På motsvarande sätt kan man tänka sig att en presumtiv kund har gjort sig skyldig till något avtalsbrott som är väsentligt och att en bank eller annan näringsidkare inte har rätt att göra någon avtalad påföljd gällande, om det är fråga om dröjsmål med betalningen och dröjsmålet orsakas av konsumentens sjukdom eller arbetslöshet eller av någon annan därmed jämförbar omständighet som inte beror av honom, utom då detta med beaktande av dröjsmålets längd och andra omständigheter vore uppenbart oskäligt gentemot näringsidkaren.¹⁷⁵ Tankegången med läran om socialt prestationshinder är att det inte behövs ett uttryckligt stadgande som reglerar en viss situation. Om ett prestationshinder förelegat kan inte en rättslig påföljd följa så länge hindret föreligger och därmed uppstår det inte heller ett väsentligt avtalsbrott som kan tillräknas konsumenten varför banken inte kan återopa händelsen om en presumtiv kund vill öppna ett konto.

6.2.3.2.2 Misstanke om straffrättsligt sanktionerat brott

Även det att banken har grundad anledning att misstänka missbruk är ett vägande skäl som anges i propositionens detaljmotiv.¹⁷⁶ På samma sätt som för grunden väsentligt brott mot avtal gäller även denna grund efter kompletteringen i riksdagen av paragrafens formulering. Misstänkt missbruk fyller kravet i paragrafen att skälet till vägran skall ha samband med kunden eller med kundens tidigare beteende. Till skillnad från grunden avtalsbrott torde misstänkt missbruk syfta på att den presumtiva kunden sannolikt kommer att göra sig skyldig till något brott med hjälp av kontot. Det måste av allt att döma vara fråga om en annan grund än den nyss behandlade grunden väsentligt brott mot avtal. Det är emellertid inte nu fråga om sådana brott vilka avses i 2 mom. utan det är vanligtvis fråga om brott i en mindre skala.

Ett sannolikt brott som kan befaras är misstanke om betalningsmedelsbedrägeri där slutande av avtal om depositionskonto ingår som ett nödvändigt förberedande skede av brottet. Det är då fråga om ett brott enligt strafflagen. I vanliga fall torde det inte vara så vanligt att någon som har för avsikt att begå ett dylikt bedrägeribrott förbereder sig så väl.¹⁷⁷ Det är troligare att brottet begås med existerande faciliteter i en livssituation där behovet av pengar är akut och möjligheter att få dem på ett lagligt sätt har uttömts på grund av personens agerande under en längre tid. Ett sådant brott, då det begås i liten skala och utan

¹⁷⁵ Se *Nybergh 1997* s. avsnitt 2.2.2 och särskilt s. 55 ff. där den då förhållandevis omfattande regleringen inom olika särregleringar presenteras som grund för en förstärkt ställning av läran i den form som *Wilhelmsson* lanserat den i *Wilhelmsson 1987* och *Wilhelmsson 1992*.

¹⁷⁶ Se *RP 33/2002* s. 80.

¹⁷⁷ Se *Nuotio 2002* s. 1198 f. där han karakteriserar ett svikligt öppnande av konto med avsikt att dra olaglig fördel som ett bedrägeri enligt SL 36 kap. och inte som ett betalningsmedelsbedrägeri.

utförlig planering, kan hänföras till kategorin desperata försök även om några enskilda lyckade bedrägerier genomförs. Risken för att bli fast är stor och om så sker kan banken stänga kontot. Det är istället bedrägerier med andra personers konton och betalningsmedel som utgör ett större hot mot både banken och den rätta kontohavaren.¹⁷⁸ Dessa kan dock inte utgöra framtida grunder för vägran för kontohavaren utan blott för den som utfört bedrägeriet.

Även för en tidigare brottsling måste det emellertid finnas en möjlighet att återvända till det normala samhällslivet. Därför kan man inte tänka sig att en bank, som varit målsägande i en tidigare brottmålsprocess som resulterat i en dom för en person, för all framtid kan åberopa brottet som ett vägande skäl. Om den tidigare brottslingen genom sitt beteende har visat att den brottsliga verksamheten upphört och avser att reglera eventuella skadeståndsskulder förfaller det vägande skälet. Man kan ju inte längre anföra ett skäl till vägran som har samband med kundens tidigare beteende under en relevant tid före avtalslutet. Det torde vara ett implicit krav att paragrafens uttryck ”tidigare beteende” måste avse ett beteende under blott en relevant tid så att ingen för ovärderliga tider kan bli utesluten ur den ekonomiska samhällsgemenskapen. Man kan jämföra med att en tidigare brottsling som börjar få inkomster även betalar skatt för dem. Om man deltar i samhällslivet på kostnadssidan skall man även ha rätt att få valuta för dessa kostnader i förlängningen i form av banktjänster som är en del av det ekonomiska livets infrastruktur. Det är det allmänna som gör det möjligt för bankerna att bedriva den näringsverksamhet som går ut på att tillhandahålla banktjänster.

6.2.3.2.3 Det finns uppenbart inte ett behov av ett kundförhållande

Under riksdagsbehandlingen fogades till 50 a.1 § också ett stadgande om ett annat vägande skäl för att vägra öppna ett vanligt inlåningskonto. Om det uppenbart inte finns något verkligt behov av ett kundförhållande får en depositionsbank även vägra att öppna ett konto. Denna grund väcker frågor.

Närmare detaljmotiveringar för denna grund saknas i ekonomiutskottets betänkande. Där sägs blott att bestämmelsen avser att hindra att det finansiella systemet utnyttjas för suspekta eller lagstridiga syften. I de allmänna motive-ringarna ingår utsagor som behandlar samma sak. Man säger även där att begränsningarna i 50 a § avser att hindra att det finansiella systemet används för suspekta och eventuellt lagstridiga syften. Man fortsatte den egentliga motive-ringens med att banken skall kunna avvisa en kund som inte kan ange något förnuftigt skäl för ett kundförhållande i en finländsk bank.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Se *Nuotio 2002* s. 1196 f. där han särskiljer betalningsmedelsbedrägeri genom tillgripande och genom att missbruka kundförhållandet. Se även s. 1195 där han konstaterar att det är betalningsrörelsen som är det rättsgoda som skyddas.

¹⁷⁹ Se *EkUB 25/2002 rd – RP 33/2002* s. 4.

I och med att man betonar ”en finländsk bank” och fortsätter med att behandla hänvisningen i 2 mom. till 95 § samma lag förefaller det som om man med detta vägande skäl velat dubblera stadgandet i 2 mom. med ett vägande skäl till vägran. Tanken kunde vara att om 95 § inte ger möjlighet till att låta bli att tillämpa 1 mom. återstår ändå ett vägande skäl som är vagt. Man kan fråga sig om tanken i grundlagsutskottets krav på att det ursprungliga förslagens precisering kan uppfyllas med detta. Visserligen sade grundlagsutskottet också att det är viktigt att bestämmelsen är så pass vag att banken kan vägra öppna ett konto till exempel på grund av sannolik misstanke om penningtvätt.¹⁸⁰ Grundlagsutskottet sade dock detta innan det förelåg det slutligen godkända 2 mom. Nu finns det både detta 2 mom. och denna dubbling i 1 mom. Rättsskyddet tryggas dock enligt regeln i 1 mom. på ett bättre sätt genom att den sista meningen i momentet stadgar att kunden skall underrättas om orsaken till vägran.

Problemet blir ändå att den presumtiva kunden kan bli upplyst om att det inte föreligger ett ”verkligt behov av ett kundförhållande” fastän han anser sig ha ett sådant behov. Det uppstår en fråga vad som avses med dessa vagt hållna formuleringar. Hur mycket måste en presumtiv kund visa att han inte avser att utnyttja det finansiella systemet för ”suspekta eller lagstridiga syften”? Kommer det att bli omöjligt för en tidigare dömd person att försöka inleda ett normalt liv om han inte lyckas övertyga banken om att han sonat sitt brott och vill återinträda i samhället. Alternativt kan man tillspetsa situationen ytterligare: kommer det rentav att bli omöjligt för en person som tidigare förorsakat kreditförluster för banken utan att ha begått något brott att återuppta ett normalt liv?

De allmänna motiveringarna torde emellertid syfta främst på krav på att utlänningar som inte har vistats någon längre tid utförligt måste beskriva varför de behöver ett konto i en finländsk bank. En kortvarig vistelse ger knappast upphov till ett sådant behov utan det uppstår en misstanke om att personen ifråga inte har skyddsvärda avsikter. Med tanke på de fyra friheterna och i synnerhet personernas och tjänsternas fria rörlighet inom EES kan det uppstå problem om det enda kriteriet är att den presumtiva kunden inte är bosatt i Finland. Man kan knappast på EG-rättslig nivå acceptera lättvindig diskriminering på grund av nationalitet. Det återstår att se hur lätt denna sist uttryckta grund kommer att åberopas i bankpraxis.

6.2.3.3 Rätten till grundläggande banktjänster förfaller

Utöver de här i de föregående avsnitten 6.2.3.2.1–6.2.3.2.3 behandlade grunderna för vägran finns det starkare vapen att ta till om det är fråga om allvarligare

¹⁸⁰ Se GrUU 24/2002 rd – RP 33/2002 s. 4.

brott. Det är då fråga om brott som inte nödvändigtvis överhuvudtaget riktar sig mot banken. Det kan vara fråga om organiserad brottslighet som försöker använda sig av banktjänsterna som hjälpmedel vid den brottsliga verksamheten. Om det är fråga om en sådan situation går det att koppla loss 50 a.1 §. Det finns inte någon rätt till grundläggande banktjänster om de kriterier som nämns i 2 mom. uppfylls.¹⁸¹ Där stadgas nämligen att paragrafen inte tillämpas om något annat följer av 95 § eller av lagen om förhindrande och utredning av penningtvätt.

I KreditIL 95 § åläggs ett kreditinstitut och ett finansiellt institut som hör till kreditinstitutets konsolideringsgrupp en skyldighet att konstatera sina regelbundna kunders identitet och känna till arten av kundens affärsverksamhet samt grunderna för att denne använder kreditinstitutets tjänster. Man anger dem gemensamt för alla de grundläggande banktjänsterna. Om en person inte går att identifiera på ett pålitligt sätt kan det utgöra en grund för att rätten till de grundläggande banktjänsterna förfaller.¹⁸² Denna regel kan bli ett problem för personer som inte har en sådan legitimation som bankerna i praktiken kräver. Man kan t.ex. fråga sig en hurdan legitimation man skall kunna kräva av en utlänning. Här faller EES-medborgare i en särskild kategori medan personer från andra länder är i en annan. Ett större problem uppstår för personer som inte på grund av flyktingstatus eller obestämd status kan legitimera sig.¹⁸³ Dessutom bestäms i 95 § att om det är sannolikt att kunden handlar för någon annan persons räkning, skall identifieringen med tillbudsstående medel utsträckas också till denne.

I KreditIL 50 a.2 § ingår också en hänvisning till det som bestäms i lagen om förhindrande och utredning av penningtvätt (68/1998, nedan PenningtvättL). I PenningtvättL 11 § (sådan den lyder enligt lag 365/2003) regleras avbrytande av affärstransaktion och vägran att utföra sådan. I 1 mom. stadgas att om en anmälningspliktig (i detta sammanhang en bank) har anledning att betvivla att medel eller annan egendom som används vid en affärstransaktion har ett lagligt ursprung eller har anledning att misstänka att de används för begående av ett brott som avses i 1 § 2 mom. eller för ett straffbart försök till ett sådant brott, skall den anmälningspliktiga avbryta affärstransaktionen för tilläggsutredningar eller vägra utföra den. Ett brott som avses i 1 § 2 mom. är sådan

¹⁸¹ I propositionen hade man nöjt sig med att i detaljmotiveringen ange att ett vägande skäl är "att banken har grundad anledning att misstänka missbruk". Se *RP 33/2002* s. 80 och *EkUB 25/2002 rd – RP 33/2002* s. 4 där man föreslog tillägget.

¹⁸² Se *RP 33/2002* s. 80 där man inte ännu hade föreslagit 2 mom. i 50 a § och därför medtagit identifieringsproblemet som ett vägande skäl för vägran. I den slutliga lagen är det i stället en grund som får rätten till tjänsten att förfalla.

¹⁸³ Se *EkUB 25/2002 rd – RP 33/2002* s. 4 där det konstateras att rätten enligt 50 a § gäller t.ex. studeranden och flyktingar som lagligen vistas i landet men inte turister.

finansiering av terrorism som avses i 34 a kap. 5 § strafflagen (enligt lag 17/2003).¹⁸⁴

I PenningtvättL 10.3 § stadgas ytterligare att det att anmälan görs inte får röjas för den som misstanken gäller eller för någon annan. Här uppstår då en svårighet i förhållande till KreditIL 50 a.1 §:s krav att kunden skall underrättas om vägran. I sig är rättsläget till grunden klart, KreditIL 50 a.1 § gäller inte om det finns anledning till att betvivla t.ex. medlens lagliga ursprung eller att det finns skäl att misstänka finansiering av terrorism. Den fråga som uppstår är emellertid hur banken skall förfara så att den inte röjer att anmälan kommer att göras eller har gjorts och att bankens representant inte gör sig skyldig till en anmälningsförseelse.¹⁸⁵ Enligt PenningtvättL 16 a § (365/2003) gör man sig bl.a. skyldig till anmälningsförseelse om man uppsåtligen eller av oaktsamhet i strid med det förbud som finns i 10 § röjer att anmälan har gjorts. En presumtiv kund för vilken bl.a. penningtväftsreglerna är tillämpliga kan hänvisa till 50 a.1 §:s skyldighet för banken att underrätta orsaken till vägran. Om banken med stöd av 50 a.2 § väljer att inte meddela orsaken till vägran kan kunden ana oråd och dra sig ur situationen och försvinna. Härmed omintetgörs penningtväftsreglernas syfte. Följaktligen måste banken förfara på ett sådant sätt att en eventuell penningtvätsutredning inte riskerar att gå om intet. Ett sätt är att till synes följa KreditIL 50 a.1 § genom att anföra en i sig trovärdig men inte verklig orsak till vägran. Situationen är komplicerad och framtiden får utvisa om ytterligare

¹⁸⁴ Paragrafen lyder till väsentliga delarna enligt följande:

Den som direkt eller indirekt tillhandahåller eller samlar in tillgångar för att finansiera, eller med vetskap om att de skall användas till att finansiera

- 1) tagande av gisslan eller kapning,
- 2) sabotage, grovt sabotage eller förberedelse till allmänfarligt brott,
- 3) sabotage, trafiksabotage, grovt sabotage eller förberedelse till allmänfarligt brott,

4) kärnladdningsbrott, äventyrande av andras hälsa, grovt äventyrande av andras hälsa, straffbar användning av kärnenergi eller en annan straffbar gärning som riktar sig mot ett kärnämne eller som utförs med hjälp av ett kärnämne, eller

5) mord, dråp, dråp under förmildrande omständigheter, grov misshandel, frihetsberövande, grovt frihetsberövande, människorov, tagande av gisslan eller grovt brott mot offentlig frid eller hot om dem,

skall för *finansiering av terrorism* dömas till fängelse i minst fyra månader och högst åtta år.

För finansiering av terrorism döms även den som direkt eller indirekt tillhandahåller eller samlar in tillgångar för att finansiera eller med vetskap om att de skall användas till att finansiera brott som avses i 1 §.

¹⁸⁵ Det är i sig förbryllande att man i riksdagsbehandlingen av dessa ändringar av PenningtvättL inte beaktat att 50 a.2 § fått sin utformning i ekonomiutskottets betänkande *EkUB 25/2002 rd – RP 33/2002* per 27.11.2002. I förvaltningsutskottets betänkande *FvUB 16/2002 rd – RP 173/2002* s. 2, per 21.1.2003, noterade man visserligen betänkandet *EkUB 25/2002 rd – RP 33/2002* och sade att de lagar som där behandlats skall träda i kraft före bestämmelserna i den föreliggande propositionen. Man gick däremot inte in för att samordna 50 a.2 § och de paragrafer som var föremål för granskning och ändringar.

lagstiftningsåtgärder är nödvändiga för att förhindra att bankerna inte börjar se penningtvättare och terroristfinansierare i alltför hög grad i de presumtiva kunderna. Med andra ord måste man förtydliga stadgandet om banken börjar tillämpa 50 a.2 § i stället för 50 a.1 § fastän det inte finns fog för det.

Trots allt torde dessa dramatiska frågor spela en rätt liten roll i ett litet land som Finland med ett heltäckande befolkningsregister där befolkningens rörlighet är begränsad. På många mindre orter är det högst osannolikt att någon brottsling ens skulle försöka sig på t.ex. penningtvätt. En främmande persons agerande som kunde misstänkas utgöra penningtvätt skulle genast väcka misstankar. Därför torde dylika försök främst göras i de större städerna. Problemet med en möjlighet att särskilja brottslingar från andra kunder torde inte heller där vara oöverkomligt. De presumtiva kunder som hittills drabbats av förvägran att öppna konto torde knappast alldeles lätt gå att förväxla med sådana som vill tvätta pengar.

6.2.4 Rätt till betalningsförmedling

All penningtrafik i samband med övriga banktjänster sköts vanligen via ett bankkonto. Dessutom har samhällsutvecklingen och den tekniska utvecklingen kommit till ett sådant stadium att såväl privatpersoners som företags liksom även det allmännas penningtrafik sköts genom bankerna i deras betalningssystem på det sätt som beskrivits ovan i detta kapitel. På detta sätt åtnjuter kontohavaren trygghet i sina transaktioner.

Såsom ovan i avsnitt 6.2.1.1 konstaterats innebär tillgången till ett depositionskonto med därtill anknutna tjänster om betalningshjälpmedel och betalningsförmedling att det blir möjligt att vid penningtransaktioner i stället för kontanta medel använda kontotillgodohavanden. Bankkontot utgör således ett nödvändigt element vid betalning som genomförs med hjälp av betalningsförmedling (betalningsöverföring).

Betalning med hjälp av betalningsförmedling används då parterna i en transaktion kommit överens om att betalningen skall ske genom särskild fakturering. I detta fall litar parterna på varandra så mycket att man inte nödvändigtvis kräver någon form av säkerhet för den kommande betalningen. Om det är fråga om avbetalningsköp förbehåller sig dock säljaren äganderätten till föremålet för köpet tills köpesumman i sin helhet är betald. Man ställer således inte som villkor för överlåtandet av en vara eller utförandet av en tjänst att en betalning sker först. Denna typ av arrangemang är vanlig vid större transaktioner. Det intressanta i detta sammanhang är att det i praktiken är nödvändigt att ha ett bankkonto för att kunna sköta betalningar med hjälp av bankgiro. Under de senaste åren har betalning via Internet ännu varit mindre vanligt än betalning via betalningsautomat, men man kan vänta sig att betalning via Internet blir

vanligare samtidigt som Internet-abonnemangen blir vanligare.¹⁸⁶ Det normala förfaringssättet torde inom en nära framtid vara att betalaren sköter betalningen över Internet.

Hittills har betalningsförmedling reglerats i lagen om betalningsöverföringar (821/1999) i vilken dock inte ingått regler om en skyldighet för de företag som förmedlar betalningsöverföringar att förmedla en överföring. I 6 § stadgas blott att *om inte* ett företag *avböjer* ett betalningsuppdrag med särskilda villkor, är företaget på kundens begäran *förpliktat* att genomföra en betalningsöverföring inom den tid som anges i betalningsuppdraget mot de arvoden och till de kostnader som det har meddelat.

Såsom det ovan kommit fram ingår i den nya KreditIL 50 a.1 § en skyldighet för depositionsbanker att även utföra ett uppdrag som avser betalningsförmedling för en fysisk person som lagligen vistas i en EES-stat. Formuleringen är utformad negativt så att en vägran att utföra uppdraget är tillåten endast av vägande skäl. De vägande skäl som kan komma i fråga när en bank vill vägra att sköta ett betalningsförmedlingsuppdrag har inte reglerats särskilt från rätten till de andra grundläggande banktjänsterna. Situationen vid ett förestående bankgiroppdrag avviker vanligen mycket från en situation där en presumtiv kund vill inleda ett kundförhållande med en bank genom att öppna ett konto. Det ligger nära till hands att banken vid kontoöppnandet kan anföra något skäl som inte längre vid ett bankgiroppdrag är aktuellt. Jämfört med frågor om att bevilja olika betalningskort är bankgiroppdrag också ur bankens synvinkel enkla och förhållandevis problemfria. Det kan uppstå frågor om kreditförluster endast om betalningen går fel och banken trots förlusten av medlen åläggs att också kreditera den rätta mottagarens konto.¹⁸⁷ Dessa problem har inte något att göra med vägande skäl att vägra utföra uppdraget.

Vägande skäl för vägran kommer åter inte i fråga då det föreligger den situation som avses i 50 a.2 § varmed 50 a.1 § ”inte tillämpas”. Här är i stället fråga om att tillämpa främst PenningtvättL på motsvarande sätt som ovan i underavsnittet 6.2.3.3. Det kan således bli fråga om att enligt PenningtvättL 11 § avbryta en affärstransaktion och att vägra utföra den. Om bankkunden lyckats inleda sitt bankförhållande utan att banken funnit grunder för att tillämpa PenningtvättL kan det ändå senare uppstå en situation där banken kan bli tvungen att göra det. En kunds verksamhet kan mycket väl ändra karaktär och leda till att banken har anledning att betvivla att medel eller annan egendom som används vid en affärstransaktion har ett lagligt ursprung. Alternativt kan

¹⁸⁶ Se *VM 16/2000* s. 28 f. där man också förutspår att den tekniska utvecklingen kan leda till att nya aktörer kommer att försöka sig på att komma in på betalningsförmedlingsmarknaden såsom teleoperatörer. Se även de ovan nämnda bilagorna i ärendet *Kommissionens beslut 9.8.2001 (Ärende Comp / 29.373 – Visa International)* och not 32 ovan.

¹⁸⁷ Se närmare ovan i avsnitt 6.2.1.2 efter not 46 där *HD 1992:3* och *HD 1994:80* behandlas.

banken ha anledning att misstänka att de används för finansiering av terrorism (SL 34 a:5). Här finns det inte orsak att upprepa problemet om den bristfälliga koordinationen mellan KreditIL 50 a.2 § och PenningtvättL som vållar problem då banken inte kan röja skälet till vägran på grund av förbudet i PenningtvättL 10.3 §.

6.2.5 Rätt till betalningsmedel med hjälp av konto

6.2.5.1 Produkt som är avsedd för användningen av ett konto

Enligt KreditIL 50 a.1 § är en produkt som är avsedd för användningen av ett konto en form av grundläggande banktjänst. Här är det skäl att analysera vilka typer av betalningsmedel som avses med stadgandet.

Då en kund sluter ett depositionsavtal med en bank i vilket dessutom ingår ett avtal om ett bankkort utan kredit får kunden en möjlighet att sköta betalningar utan kontanter. Ett bankautomatkort binder en ännu till kontanter som måste lyftas från bankautomater även om man för mindre betalningar kan ladda kortkontanter i det om det har en portmonnäfunktion. Ovan i avsnitt 6.2.1.1 har jag också konstaterat att tillgången till ett depositionskonto med därtill anknutna tjänster om betalningshjälpmedel gör det möjligt att vid penningtransaktioner i stället för kontanta medel använda kontotillgodohavanden. Bankkontot utgör således ett nödvändigt element vid betalningar med någon form av betalningshjälpmedel (någon typ av kort som är sammankopplat med ett bankkonto). I princip kan man klara sig utan ett bankkonto med ett kort med betalningstid eller egentligt kreditkort som är kopplat blott till ett skuldkonto. I praktiken får man ingå avtal om dylika kort endast om det inte finns problem med kreditvärdigheten och således har ett etablerat bankförhållande.

Betalning med betalningshjälpmedlet används för att ersätta kontantbetalning i en situation där betalaren vanligtvis får varan eller tjänsten samtidigt med betalningen. De omedelbara betalningarna är kännetecknande för transaktioner där parterna inte behöver lita på varandra och där man vill klara av transaktionen på en gång. Man kommer inte ifrån det att bankkontot är en förutsättning för att det skall gå att bilda ett avtalsarrangemang där det finns en betalare som använder sig av ett instrument för betalningsanvisning, en utställare av betalningsinstrumentet och en betalningsmottagare som accepterar det ifrågavarande betalningsinstrumentet. Om utställaren av betalningsinstrumentet inte är en bank som tillhandahåller ett bankkonto behövs bankkontot för att genom betalningsöverföring betala de månatliga fakturorna som kortutställaren tillställer innehavaren till betalningsinstrumentet. Ovan har jag behandlat de olika formerna av betalningsinstrument och där kommer det fram att bankkort och kort med betalningstid kan förekomma i kombination på samma kort. Man torde

kunna presumera att det normala behovet är att ha ett bankkort med eventuella kombinationer.

Enligt KreditIL 50 a.1 § får en depositionsbank endast av vägande skäl vägra att öppna ett vanligt inlåningskonto och att bevilja en *produkt som är avsedd för användningen av ett sådant konto* för en fysisk person som lagligen vistas i en EES-stat. Frågan uppstår vad lagstiftaren avsett att skall inbegripas i denna typ av produkt. I propositionen avses med grundläggande banktjänster inlåningskonton som används för sådan betalningsförmedling som en depositionsbank erbjuder allmänheten på sedvanliga villkor samt instrument som behövs för användningen av kontot, såsom automatkort, bankkort och koder för Internetbanken.¹⁸⁸ Grundlagsutskottet anförde under rubriken ”Andra aspekter” bl.a. att ”[p]å grund av banktjänsternas stora betydelse för enskilda människor bör de enligt utskottets mening lämpligen i princip ha rätt att öppna ett normalt inlåningskonto och att använda det för betalningsförmedling och få ett automatkort för att använda det.”¹⁸⁹

I den fortsatta behandlingen i riksdagen redogjorde ekonomiutskottet i sitt utlåtande om vad som i propositionen avses med de grundläggande banktjänsterna – dvs. även bankkort – som bakgrund till sina överväganden. I dessa överväganden under rubriken ”Allmän motivering” konstaterade man om kundens rätt till grundläggande banktjänster att de grundläggande banktjänsterna nuförtiden behövs i administreringen av penningrörelser och generell betalningsförmedling och därför måste det finnas särskilda skäl för en depositionsbank att vägra erbjuda sådana tjänster. Utskottet konstaterade därefter att man ändrat den föreslagna bestämmelsen i propositionen på så sätt att fysiska kunder garanteras tillgång till nödvändiga grundläggande banktjänster och kontobetalningsinstrument.¹⁹⁰

Man utlät sig alltså inte separat om vad som avses med dessa tjänster utan nöjde sig med att använda sig av samma uttryck som i propositionen. I detaljmotiveringarna till den ändrade 50 a § anförde man att det i denna nya paragraf föreskrivs om kundens rätt till grundläggande banktjänster. Därefter konstaterar utskottet att man har begränsat 1 mom. såtillvida att rätten till grundläggande banktjänster gäller fysiska personer som lagligen vistas i en EES-stat.¹⁹¹ Den springande punkten är att utskottet lämnade början till den första meningen oändrad och man utlät sig inte om de grundläggande tjänsterna förutom att man hänvisat till propositionens formulering. Utskottet preciserade därefter vad som avses med fysiska personer utan att återkomma till begreppet grundläggande banktjänster. Det förefaller därmed som klart att man med de grundläggande

¹⁸⁸ Se *RP 33/2002* s. 80. Man kan notera att onlinekort inte nämns i denna uppräknning.

¹⁸⁹ Se *GrUU 24/2002 rd – RP 33/2002* s. 4.

¹⁹⁰ Se *EkUB 25/2002 rd – RP 33/2002* s. 3 f.

¹⁹¹ Se *EkUB 25/2002 rd – RP 33/2002* s. 4.

banktjänsterna i 50 a § skall förstå åtminstone de tjänster som angivits i propositionen.

Även ur en nationalekonomisk synvinkel ter sig en så omfattande övergång som möjligt till kortbetalningar ändamålsenlig. Trots detta har Bankföreningen i Finland i samband med behandlingen av propositionen ansett att man borde avstå från att ta in 50 a § i KreditIL eller åtminstone bereda den på nytt. Som stöd för ställningstagandet förde man fram att bankernas risker skulle ökas i betydande grad på grund av att debiteringen av köp med bankkort sker med en fördröjning varmed det går att överskrida saldot på kontot. Även nätkoder går att missbruka varmed det kan uppstå betydande ekonomiska skador för bankerna. Man sluter sig till att det går att sköta bankärenden även utan Internetbankkoder med enbart betalningsmedel som är i realtid, dvs. automatkort och online debiteringskort.¹⁹²

Sedermera har emellertid föreningen talat för just det positiva för nationalekonomin att användningsgraden av de kontanta medlen borde sänkas så fort som möjligt. Man hänvisar till att 85 % av kontanterna lyftas i automater och att sedlarna beräknas gå igenom automaterna sju gånger per år. På grund av kampanjen om att öka kortbruket i samband med ibruktagandet av euron lyckades man öka antalet kort som delades ut genom bankerna med 164 000 stycken. Man finner denna utveckling mycket förnuftig och att det är skäl att stöda den även i fortsättningen. Inom en nära framtid kommer man att ta i bruk de s.k. chipkortet som innehåller en processor och ett minne. Härvid går det att använda kortet som portmonnä och i kortet införliva internationella betalkortsapplikationer. På så sätt kan man förhindra kortförfalskningar, minska på missbruk och påskynda betalningshändelser. Man frågar sig till och med vad man kan göra för att påskynda en övergång till det nationalekonomiskt kostnadseffektiva kortbetalandet.¹⁹³

Bankföreningen i Finland ville således förbehålla bankerna en rätt att neka i enskilda fall utan motivering samtidigt som föreningen ville övergå till ett kontantlöst samhälle. De omständigheter som man åberopar nu efter ikraftträdandet av 50 a § är emellertid fortfarande i stort sett desamma som 2002 innan lagändringen var godkänd. Det tar sin tid innan de nya chipkortet och onlinekortet ytterligare minskar risken för kreditförluster på grund avtalsbrott och brott i samband med användningen av kontokort.¹⁹⁴ Då man ändå för fram som

¹⁹² Se *Suomen Pankkiyhdistys, lausunto 24.9.2002* (Bankföreningen i Finland, utlåtande).

¹⁹³ Se *Fogelholm 2003* s. 3.

¹⁹⁴ Se *Tilastotietoja pankkien maksujärjestelmästä Suomessa 1993 B 2003* s. 7–9 där det kommer fram att det funnits onlinekort sedan 1999. Antalet kort har ökat från 284 000 till 814 000 år 2002 av samlagt 6,2 milj. kort 2002. I statistiken syns att onlinekortet använts först 2000 och då 1 milj. gånger jämfört med 14 milj. gånger 2002. Alla kort användes 502 milj. gånger 2002. Värdet för onlinekortens användning var 2002 först 0,3 milj. € medan värdet för alla korts användning var 20,7 milj. €.

faktum att även användningen av kontanter föranleder kostnader på en samhälls-
 lelig nivå torde det vara eftersträvansvärt att inte exkludera någon från bank-
 kortanvändningen på grund av abstrakta risker för kreditförluster. Först när en
 person genom sitt eget agerande brutit mot det förtroende som behövs i ett
 avtalsförhållande finns det vägande skäl att vägra tillhandahålla grundläggande
 tjänster.

Frågan om vad banker kan åläggas tillhandahålla presumtiva kunder har
 under tiden före införandet av KreditIL 50 a § varit föremål för prövning hos
 Finansinspektionen och konsumentklagonämnden. Dessa fall analyseras här
 kort i ljuset av den nya paragrafen för att åskådliggöra när den kan aktualiseras
 och för att visa hur man argumenterat i saken.

Finansinspektionen har tagit ställning till hurvida en vägran att ingå ett
 avtal om bankkort som kontohjälpmiddel strider mot kravet om att en bank skall
 förfara i överensstämmelse med god banksed. I avgörandet *Dnr 119/264/93*
 ansåg bankinspektionen att en bank förfarit i strid med god banksed och gav
 banken en anmärkning.¹⁹⁵

En bank hade vägrat utge ett bankkort med motivering att kunden befann
 sig i skuldsanering. Finansinspektionen konstaterade att ett bankkort
 nuförtiden är viktigt för att på ett smidigt sätt kunna sköta ärenden och att
 bankerna själva har uppmuntrat kunderna att använda dem samtidigt som
 man har minskat på den personliga servicen vid disk. Situationen skulle
 bli oskälig om personer som fått sin skuldsaneringsansökan godkänd helt
 och hållet lämnades utanför bankkortsanvändningen genom att deras
 normala skötsel av ärenden sålunda kom att försvåras. Inspektionen
 ansåg att en bank inte på grund av eventuella kommande kontoöverskrid-
 ningar på förhand kan neka en viss grupp av kunder en rätt att erhålla ett
 sådant bankkort som motsvarar kontanter. Då kunden följer kontovillko-
 ren kommer denna inte att överskrida det belopp som saldot utvisar.
 Skuldsanering kan bero på många olika orsaker och om någon ansökt om
 sanering innebär det inte automatiskt att personen i fråga avsiktligt
 lämnat sina skulder obetalda. Redan enligt 10 § skuldsaneringslagen
 föreligger det hinder för skuldsanering om en gäldenär har förfarit på ett
 klandervärt sätt vid skuldsättningen. En bank har således inte rätt att
 endast med stöd av att en person sökt om skuldsanering anse att en
 person då kan råka i en särskild frestelse att använda medlen på kontot så
 att det sker ett överskridande av de tillbuds stående medlen.

Det fanns således mycket som talade för att kravet på god banksed med stöd av
 banklagstiftningen även före införandet av KreditIL 50 a § inneburit att det
 uppstod kontraheringsplikt för grundläggande banktjänster till vilket rätt till
 bankkort kunde hänföras. Skyldigheten att tillhandahålla grundläggande bank-

¹⁹⁵ Se *Heliskoski m.fl.* 1996 s. 89 f. Se även s. 90 om bankernas praxis att dra in kreditkort när en
 person råkat i skuldsanering.

tjänster var då möjlig genom att tillämpa den allmänna rättsgrundsatsen om kontraheringsplikt för nödvändighetstjänster.

Ur bankens synvinkel anförde man att rätten till grundläggande tjänster borde ha begränsats till automatkort på grund av att kunden inte med ett sådant kan använda andra penningmedel än de som finns på kontot. Den som tillhandahåller automatkortstjänster utsätter sig för en mindre risk än om man ger ut kredit- eller bankkort och därför kan man t.o.m. ge automatkort åt kunder med betalningsstörningar.¹⁹⁶ Ur användarens synvinkel är däremot automatkort inte tillräckligt på grund av det endast ger tillgång till att användas i automater bl.a. för penninguttag, saldo- och transaktionsförfrågningar samt betalning av räkningar medan man med ett bankkort kan utföra betalningstransaktioner som debiteras det bankkonto som anknutits till kortet.¹⁹⁷ Med ett automatkort kan man således inte betala uppköp och tjänster utan man måste först uppsöka en bankautomat, lyfta kontanter och sedan betala transaktionerna kontant.

Även konsumentklagonämnden (Kkn) har i ärendet *D 96/39/401 J 10*, som här återges i komprimerad form, under tiden före den nya KreditIL 50 a § tagit ställning till frågan om rätt till bankkort:

En konsument (K) hade haft ett bankkort som Banken (B) hade beviljat och vars giltighetstid hade gått ut. B hade inte förnyat bankkortet med hänvisning till att K hade beviljats skuldsanering på grund av en borgensskuld och på saken hade inte inverkat att K hade skött sina personliga penningaffärer klanderfritt. När kortet hade beviljats för en tid på två år hade K inte ännu varit i skuldsanering. Det saneringsprogram som hade fastställts var ett s.k. nollprogram och på grund av borgensskulden hade en betalningsstörning registrerats för henne. Enligt B:s interna anvisningar beviljades inte ett bankkort personer som har anteckning i kredituppgifterna. B hade ansett att situationen hade förändrats efter att bankkortsavtalet hade slutits. B hade ansett att en rätt till s.k. basbanktjänster tryggades genom ett automatkort och med stöd av detta ansåg B sig inte var skyldig att bevilja K ett bankkort.

Kkn ansåg att B inte hade brutit mot avtalet då banken hade vägrat att förnya bankkortet. Nämnden motiverade avgörandet med att K och B hade slutit ett bankkortsavtal som B hade ansett vara tidsbundet. Ur det skriftliga avtalet framgick det dock inte att avtalet skulle ha varit tidsbundet. Endast av den omständigheten att kortet har en giltighetstid kan man inte dra slutsatsen att själva avtalet skulle vara tidsbundet. Kkn ansåg att kortavtalet mellan K och B hade varit i kraft tillsvidare.

¹⁹⁶ Se *Suomen Pankkiyhdistys, lausunto 24.9.2002* (Bankföreningen i Finland utlåtande) under rubriken *Palveluvelvoitteen soveltaminen pankkikorttiin ja verkkotunnisteeseen* (Tillämpande av tjänsteförpliktelsen på bankkort och Internetkoder). Man konkluderar med att säga att ett debiteringen av köp med bankkort sker med en fördröjning varmed det går att överskrida saldot på kontot och att det går att sköta bankärenden även utan Internetbankkoder. Se även *Hemmo 2001* s. 378 och särskilt not 2 där han återoppar Kkn:s avgörande 96/39/401.

¹⁹⁷ Se *Bankkorten och övriga betalkort 2002* s. 2–4.

Om kontraheringsplikt regleras i allmänhet i lag. Bankerna har inte kontraheringsplikt utan de kan välja sina kunder liksom även om de håller sina redan ingångna avtal ikraft. Avtal som gäller tills vidare kan sägas upp ömsesidigt utan särskilt skäl och utan ett uttryckligt uppsägningsvillkor. I detta fall ingick i avtalet ett villkor som berättigade B att säga upp avtalet en månad efter att kortinnehavaren har fått ett uppsägningsmeddelande. Uppsägningen förutsätter inte att kunden skulle ha brutit mot bankkortsavtalet.

Efter att giltighetstiden för bankkortet hade upphört hade B inte förnyat kortet. Detta måste ses som att B företagit en uppsägning av kortavtalet. En uppsägning förutsätter inte särskilda grunder varför det inte är av betydelse av vilken orsak B vägrade förnya bankkortet. Kkn ansåg inte heller att uppsägningen av bankkortsavtalet var oskäligt på grund av att K hade en möjlighet få ett automatkort.

En ledamot röstade för att B åläggs att förnya bankkortet med stöd av att banktjänsterna omformats så att tjänster över disk ersatts av automat- och bankkortstjänster. Särskilt i detta fall blir situationen oskälig på grund av att det är fråga om att överskuldssättningen uppstått genom att ett borgensansvar realiserats och att kunden skött sina tidigare åligganden klanderfritt.

Nämnden ansåg att det är fråga om rätt till avtal, dvs. att det är fråga om en situation där kontraheringsplikt kan komma ifråga. Med tanke på tillgänglighet av tjänster är det inte meningsfullt att särskilja en situation där parterna i en tvist inte alls har stått i ett tidigare avtalsförhållande från en situation där mellan parterna föreligger ett avtalsförhållande men som näringsidkaren vill få att upphöra.¹⁹⁸ Kkn:s uppfattning om kontraheringsplikten baserade sig emellertid inte på någon närmare analys vilket får belägg av det att nämnden konstaterade att kontraheringsplikt i allmänhet är reglerad i lag och att för banker inte gäller kontraheringsplikt. Nämnden lämnade det osagt när en kontraheringspliktsnorm skall tillämpas även om det inte finns ett uttryckligt lagstadgande och huruvida en sådan norm kunde gälla även banker. *Trots detta erkände banken ändå en rätt till grundläggande banktjänster långt innan begreppet infördes såsom legal term!* Denna rätt uppfylldes enligt banken i tillräcklig omfattning då det beviljades ett automatkort vilket Kkn godkände.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Se närmare ovan avsnitt 1.3.1 efter not 42.

¹⁹⁹ Se *Hemmo 2001* s. 378 och särskilt not 2 där han konstaterar att bankkortet skiljer sig från automatkortet genom att det inte går att åstadkomma överrasseringar genom att använda automatkort till skillnad från bank- och kreditkort. Detta är förklaringen till att man kan bevilja (obs! uttrycket) automatkort även till personer med betalningsstörningar. Synvinkeln på frågan är bankens förhållande till kundkollektivet där banken strävar till att begränsa kreditförluster. Han stöder sig på det här behandlade fallet av Kkn när han omfattar denna begränsande beviljningspraxis. Han lämnar dock osagt att han själv satt såsom ordförande för Kkn:s ifrågavarande avdelning när fallet avgjordes. Det uppstår en fråga huruvida han kunnat se med forskarens ögon på fallet i stället för lagtillämparens. En motsatt synvinkel som utgår från bankkunden såsom individ skulle förutsätta en analys av vad det innebär att bli tvungen att ty sig till automatkort i stället för bankkort.

Man var återhållsam jämfört med Finansinspektionen vilket kan ha sin förklaring i att det är fråga om att omformulera avtalsfrihetens innehåll eller åtminstone undantagen till den. Man försökte sig inte på en lösning som förnyar reglerna och i avgörandet ingick inte heller en särskilt djupgående analys av tillgänglighetsproblematiken även om temat av dissensen att döma varit uppe för diskussion. Detta avgörande är det enda fallet där den fråga som här är föremål för behandling varit aktuell. Jämfört med Finansinspektionens behandling av frågan är situationen i nämnden annorlunda. Nämnden är ett tvistslitande organ som kan avgöra frågan i enskilda fall och därför har den en ställning som kan jämföras med en domstol. Nämndens avgörande är dock inte exigibla varför deras ställning i praktiken ofta ges mindre uppmärksamhet än de allmänna domstolarnas avgöranden. Det är dock argumentens hållbarhet som sådana som är avgörande för vilken vikt man ger avgörandet.

En klar brist i nämndens avgörande är att det saknas ett närmare resonemang om vad det innebär för kunden att bli tvungen att ty sig till automatkort. Dessutom hade Finansinspektionen redan tidigare konstaterat att situationen blir oskälig för personer i skuldsanering om de lämnas utanför bankkortsanvändningen. Beroende på t.ex. boningsorten kan det numera glesnande nätet av automater märkbart försvåra det dagliga livet.²⁰⁰ Finansinspektionen och Kkn kom till motsatt ståndpunkt om vad som är skäligt respektive oskäligt. Nämnden svarade emellertid inte på frågan varför uppsägningen av bankkortsavtalet inte var oskäligt förutom att K hade möjlighet till automatkort. Däremot argumenterade Finansinspektionen utförligare när man åberopade ett oskäligt försvårande av den normala skötseln av ärenden. Det är lätt att elaborera denna argumentationslinje och komma till att bankkort och numera även Internetkoder är nödvändiga element av en grundläggande banktjänst. Svårigheterna i skötseln av ärendena beror inte enbart på boningsorten och automatnätet. En bundenhet till kontanter innebär oskäliga svårigheter för personer som inte har lätt att röra sig i avsaknad av bil eller på grund av handikapp eller hög ålder. Den slutsats som man kan tolka att lagstiftaren sedermera också slutit sig till förefaller mera motiverad.

6.2.5.2 *Vägande skäl att vägra bevilja ett betalningsmedel*

På samma sätt som gäller för rätten till depositionskonto och rätt till betalningsförmedling gäller enligt KreditIL 50 a.1 § en skyldighet för depositionsbanker att bevilja en produkt som är avsedd för användningen av ett sådant konto om det inte föreligger vägande skäl att vägra bevilja produkten, dvs. betalningsmedlet. Genom att stadga om att vägran är möjlig blott vid vägande skäl och att

²⁰⁰ Antalet kontantautomater har sedan 1993 till 2002 minskat från 2994 till 2110, se *Tilastotietoja pankkien maksujärjestelmistä Suomessa 1993–2003* s. 16.

dessas skall ha samband med kunden eller med kundens tidigare beteende, har man lämnat frågan om en hurdan rätt till betalningsmedel det finns öppen för en ganska vid tolkning. Här finns det inte orsak att upprepa hur preciseringen av skälen till vägran kom till i riksdagsarbetet.²⁰¹

Liksom för frågan om rätt till depositionskonto gäller för rätten till betalningsmedlen att på grund av att paragrafen formulerades om och kompletterades med ett 2 mom. är en del av de vägande skäl som definieras i propositionens detaljmotiveringar inte längre beskrivande för den gällande lydelsen av 50 a.1 §. Ett vägande skäl som anges i motiven och som ännu är aktuellt gäller ”väsentligt brott mot avtal”. Om den person som avser att ingå ett avtal om depositionskonto med vidhängande bankkort och Internetkoder tidigare har gjort sig skyldig till ett ”väsentligt brott mot avtal” som gäller ”konton eller kontobetalningsinstrument” föreligger det vägande skäl att vägra på grund av att vägran då har ”samband med kunden eller med kundens tidigare beteende”.²⁰²

Det uppstår en fråga även för hjälpmedlens del att närmare slå fast vad ett ”väsentligt brott mot avtal” kan vara och hur lång tid det skall gå innan ”brottet” preskriberas. Man måste i bedömningen beakta att då det är fråga om ett avtalsbrott att detta inte i sig betyder att det också är fråga om ett brott enligt strafflagen. Om det endast är fråga om ett avtalsbrott begränsar sig bedömningen till privaträtten. Det finns ett stort spektrum av avtalsbrott och det är rätt så klart att vilket avtalsbrott som helst inte kan utgöra ett vägande skäl. Överskridningar av saldot på kontot med hjälp av ett betalningshjälpmedel kan ske utan kontohavarens förskyllan, av kontohavarens vållande eller i mer eller mindre olika former av situationer som kontohavaren uppfattar som nödlån. I sistnämnda fall saknas en avsikt att förorsaka banken en slutlig kreditförlust. Det är svårt att slå fast detaljerade kriterier för när ett avtalsbrott är väsentligt. Det finns behov för liknande resonemang som de som framförts ovan i avsnitt 6.2.3.2.1 för rätten till depositionskontots del.

Om banken finner att det föreligger vägande skäl skall kunden enligt 50 a.1 § underrättas om orsaken till vägran på samma sätt som för de ovan behandlade tjänsternas del. I och för sig kan man tänka sig att det inte föreligger vägande skäl för att vägra öppna ett konto och ge instrument för kontot som fungerar i realtid. Däremot kan det föreligga ett vägande skäl för banken att gå med på att avtala om betalningshjälpmedel som bygger på ett större förtroende. Om det gått en förhållandevis kort tid sedan den presumtiva kunden har gjort sig skyldig till grova avtalsbrott eller någon form av bedrägeribrott med hjälp av betalningsmedel, kan det vara skäligt att tillåta att banken går till väga steg för steg. Sedan personen i fråga blivit kund skulle man tillåta att banken för en viss tid förutsätter att kunden sköter sina penningaffärer klanderfritt innan banken ger t.ex. bankkort.

²⁰¹ Se ovan i början av avsnitt 6.2.3.2.

²⁰² Se *RP 33/2002* s. 80.

För betalningshjälpmedlens del skiljer sig inte heller situationen då vägande skäl för vägran inte kommer i fråga då det föreligger den situation som avses i 50 a.2 § varmed 50 a.1 § ”inte tillämpas”. Här är i stället fråga om att tillämpa främst PenningtvättL på motsvarande sätt som ovan i underavsnitt 6.2.3. och 6.2.4. Det kan således bli fråga om att enligt PenningtvättL 11 § avbryta en affärstransaktion och att vägra utföra den. Om bankkunden lyckats inleda sitt bankförhållande utan att banken funnit grunder för att tillämpa PenningtvättL kan det ändå senare uppstå en situation där banken kan bli tvungen att göra det.

6.2.6 Gränsen för tillämpningsområdet av 50 a § kreditinstitutslagen

Enligt KreditIL 50 a.1 § får en depositionsbank endast av vägande skäl vägra att öppna ett vanligt inlåningskonto och att bevilja en produkt som är avsedd för användningen av ett sådant konto eller vägra att sköta ett uppdrag som avser betalningsförmedling för en fysisk person som *lagligen vistas i en stat som hör till Europeiska ekonomiska samarbetsområdet*. Detta betyder att alla EES-medborgare och andra personer som fått en rätt att vistas inom EES har rätt till grundläggande banktjänster enligt paragrafen om inte något vägande skäl för vägran finns. De personer som kommer i fråga förutom EES-medborgarna är enligt ekonomiutskottet t.ex. studerande och flyktingar som lagligen vistas i landet.²⁰³ Med detta kan förstås studeranden från alla länder som beviljats tillfälligt uppehållstillstånd för sina studier och flyktingar som har fått en rättslig status som flykting enligt 45 och 46 respektive 106 § utlänningslagen (301/2004).

KreditIL 50 a.1 § gäller således inte sådana personer som inte vistas lagligen inom EES. Sådana personer som kommit in i landet utan att ha rätt till det vistas inte lagligen i landet, dvs. de har inte sådant uppehållstillstånd som krävs enligt utlänningslagen. Det är fråga om personer som t.ex. inte har fått asyl och därför inte är en utlänningsperson som fått flyktingstatus. Deras vistelse torde vanligen förbli kortvarig och därmed är deras behov av bankkonto aktuellt endast i undantagsfall. Det torde vara mycket ovanligt att en sådan person skulle ha ett behov av grundläggande banktjänster i Finland och dessutom bli förvägrad varför det inte här är meningsfullt att gå in på frågan.

Med dem som vistas i landet avses i paragrafen enligt ekonomiutskottet inte turister.²⁰⁴ Detta skulle kunna betyda att en bank utan att ange vägande skäl skulle få vägra att tillhandahålla grundläggande banktjänster. Ekonomiutskottets tankegång förefaller gå onödigt långt. En lösning som bättre svarar mot det dagliga livets krav är att även en turist skall ha rätt till t.ex. betalningsöverför-

²⁰³ Se EkUB 25/2002 rd – RP 33/2002 s. 4.

²⁰⁴ Se EkUB 25/2002 rd – RP 33/2002 s. 4.

ringar. Eftersom en turist antagligen saknar ett kundförhållande med en finsk bank skulle det ändå vara fråga om mycket dyra engångslösningar som en turist blott i undantagsfall skulle ty sig till. En rätt att öppna konto kunde väl ha en högre tröskel men att säga att rätten saknas helt är också en onödigt kraftig lösning. I paragrafen ingår ju grunden för vägran att det uppenbart inte finns något verkligt behov av ett kundförhållande. Dessutom finns 50 a.2 § att ta till om sådana omständigheter dyker upp.

Utskottet säger inte närmare vad som avses med att lagligen vistas i en stat. Därför måste man utgå från att uttrycket ”lagligen vistas” som så att alla som inte är turister och vistas i landet har en rätt till konto. Förutom studerande och flyktingar kommer också sådana personer som på grund av sin utkomst med stöd av behörigt tillstånd vistas i landet. Alternativt kommer även sådana personer i fråga som vistas i en annan EES-stat och besöker landet under en så kort tid att man inte kan kalla det att vistas, dvs. de har inte uppehållstillstånd med stöd av utlänningslagen.²⁰⁵

Det har blivit allt vanligare att personer från Ryssland och andra länder utanför EES samt från de nya baltiska EU medlemsstaterna kommer för att arbeta inom säsongbetonade branscher såsom med bärplockning och lantbruksarbete eller inom byggnadsbranschen. I framtiden torde det komma allt mera personer från dessa länder för att arbeta inom de flesta sektorer inom näringslivet i och med att handelskontakterna mellan dessa länder och Finland ökar.

Om vistelsen är sådan att de har uppehållstillstånd och eventuellt arbetstillstånd enligt utlänningslagen ger paragrafen dem rätt till konto på grund av att de då lagligen vistas i EES-staten Finland. Det som gör frågan mer komplicerad är att det även idkas organiserad brottslighet i Finland av personer från de närområden till Finland som hört till det tidigare Sovjetunionen. Detta betyder att det i påfallande många fall uppstår situationer som avses i 50 a.2 § varmed 50 a.1 § ”inte tillämpas” förutom att det oftare kan förekomma godtagbara grunder för vägran att tillhandahålla grundläggande banktjänster för personer från dessa områden jämfört med andra kundkategorier. Det blir också här fråga om att tillämpa främst PenningtvättL på motsvarande sätt som ovan i underavsnitt 6.2.3, 6.2.4 och 6.2.5. Det kan således bli fråga om att enligt PenningtvättL 11 § avbryta en affärstransaktion och att vägra utföra den.

Problemet med denna kundkategori kan ändå inte tillintetgöra det legitima behov som de personer har som kommer till Finland för att arbeta och få sina penningaffärer skötta på normalt sett. Det är givetvis en annan sak vad en sådan person vill eller kan ta sig till om en bank vägrar att tillhandahålla grundläggande banktjänster. Det faller på tillsynsmyndigheterna att övervaka att bankerna

²⁰⁵ Se *RP 28/2003* s. 132 i detaljmotiveringarna till 19 § den nya utlänningslagen där det sägs att den vistelsetid en utlännings inte behöver ha visum på Schengenområdet omfattar 90 dagar från den första inresan.

inte går in för en alltför vid tolkning av vägande skäl eller in för en alltför extensiv tolkning av 50 a.2 §.

6.2.7 Sammanfattning

Under tiden före ikraftträdandet av KreditIL 50 a § var rättsläget oklart i frågan om huruvida det överhuvudtaget förelåg en rätt till grundläggande banktjänster. Ännu svårare var det att fastslå vad som kunde inbegripas i de grundläggande tjänsterna. Övervakningsmyndighetens ställningstagande skiljde sig från ett avgörande av Kkn. Regleringen av bankbranschen förutsatte blott allmänt att god banksed skall iaktas av dem som har koncession att idka depositionsbankrörelse. Den arbetsgrupp som till först tog ställning till en revidering av kreditinstitutslagen drog i sin promemoria en motsatt slutsats till vad Finansinspektionen hade kommit till.²⁰⁶ I rättslitteraturen fanns ställningstaganden både för en rätt och emot.²⁰⁷ Slutligen gav branschorganisationens relativt färskare regler om god banksed var och en rätt till ett konto men utan att nämna något om rätten till de övriga tjänsterna.

Det är i denna situation som de ovan återgivna och behandlade reglerna om rätt till grundläggande banktjänster i den nya 50 a § trädde i kraft 15.2.2003. I sig kan man säga att det är fråga om en kodifiering av det som varit rättsligt möjligt utan de uttryckliga lagreglerna. Frågan har dock inte varit så klar att lagreglerna inte hade behövts. Det är fråga om regler som medför stora förändringar i attityden även om de i praktiken inte torde leda till stora förändringar i bankernas verksamhetsförutsättningar och agerande under normala förhållanden. Detta kommer bl.a. fram ur Nordea Bank Finlands Abp:s nuvarande allmänna villkor där man uttryckligen förbehåller sig rätten att inte motivera sina beslut i anslutning till en kortansökan.²⁰⁸

Här har jag inte behandlat sådana situationer som faller utanför tillämpningsområdet för 50 a § med undantag av gränsdragningsproblemen för de fysiska personernas del i avsnitt 6.2.6. Paragrafen gäller, såsom ovan konstaterats i avsnitt 6.2.2.1, inte juridiska personer men nog egenföretagare, dvs. fysiska personer i egenskap av företagare.²⁰⁹ För fysiska personer saknas det uttryckliga lagregler om kontraheringsplikt för andra tjänster än de som behandlats här,

²⁰⁶ Se avsnitt 6.2.2.7 och 6.2.5.1.

²⁰⁷ Se avsnitt 6.2.2.1 vid not 99.

²⁰⁸ Se punkt "4.1 Beviljande av kortet. Nordea är inte skyldig att motivera sina beslut i anslutning till kortansökan." Man kan ur språkbruket skönja ett språkbruk som påminner om språkbruket vid myndighetsverksamhet. Ordvalet faller långt ifrån det normala vid avtalslut med parter som förhandlar om villkoren. I stället tyder bruket på standardiserade förfaranden där "sökanden" får finna sig i ett givet beslut.

²⁰⁹ Se vid not 105.

dvs. de grundläggande banktjänsterna. För juridiska personer saknas det uttryckliga lagregler för alla slag av banktjänster.²¹⁰ Jag har emellertid begränsat framställningen till fysiska personers rätt till banktjänster varför jag härnäst behandlar rätten till att erhålla kredit som inte finns nämnd i KreditIL 50 a §. De juridiska personernas rätt till alla sorters banktjänster faller utanför framställningen i enlighet med avgränsningen. En del av analysen i denna framställning torde ändå gå att använda även i en sådan analys.

Fråga (2) i frågeställningen för denna undersökning gäller hur tillgängligheten av de tjänster som behövs för e-handeln tryggas genom regleringsåtgärder. För att besvara den har jag undersökt hur regleringen av tillgängligheten av tele- och posttjänster samt banktjänster genomförts. I fråga (3) frågas vilka banktjänster som omfattas av regeln om rätt till avtal och i (4) vad reglerna om rätt till avtal om banktjänster för de olika banktjänsternas del innebär. I avsikt att konkretisera fråga (3) uppdelade jag den i följande: Har enskilda personer rätt att erhålla konto med därtill hörande betalningsmedel, att använda kontot till betalningsöverföringsuppdrag och rätt att erhålla kredit? Fråga (4) förutsatte i sin tur en analys av vilka de godtagbara grunderna för vägran en bank kan ha för de olika tjänsternas del.

Kopplingen mellan de grundläggande banktjänsterna och e-handeln är uppenbar. Det har ovan klart kommit fram att det är fråga om metatjänster som behövs lika väl som post- och teletjänsterna för att handeln skall fungera. De är lika nödvändiga som sedlar och mynt tidigare varit och ännu tidigare ekorrskinn, pärlor och guld eller andra värdeföremål som nyttjats som valuta.

Kopplingen av krediter till e-handeln är såsom konstaterats inte lika uppenbar som för de grundläggande banktjänsternas del. Om ett rätt sannolikt scenario så småningom förverkligas, övergår en betydande del av handeln till nätet inom en obestämd men inte alltför avlägsen tid. Samtidigt har våra samhällen blivit vad man kallar creditsamhällen varmed det ofta är slumpen som avgör om betalningar görs så att köparens konto debiteras genast eller om det uppstår ett kreditförhållande med säljaren eller en utomstående i samband med transaktionen. Detta förutsätter att köparen har tillgång till kredit. I ljuset av denna utveckling är en möjlighet till betalning så att det uppstår ett kreditförhållande lika viktig som en möjlighet till betalning utan kredit. Tillgängligheten till kredit blir allt mera en integrerad del av tillgängligheten till betalningssystemen.

²¹⁰ Se vid not 106.

6.3 RÄTT TILL KREDIT

6.3.1 Allmänt om kreditgivning till privatpersoner

6.3.1.1 Utveckling av frågeställningen

I denna undersökning har jag lagt upp framställningen så att jag först behandlat grundläggande banktjänster och nu behandlar kreditgivning. Orsaken är att man klart kan urskilja olika funktioner för dessa tjänster. Det uppstår alltid en mera komplicerad prövning vid kreditgivning än vid prövning av t.ex. vägande skäl att vägra öppna ett konto eller avtala om olika former om tjänster i anknytning till ett konto. Därför kan det vara meningsfullt att särskilja kreditgivningen från de övriga tjänsterna i en framställning om tillgängligheten till dem. Med detta vill jag ändå inte ha sagt att man inte överhuvudtaget kunde tala om en rätt till kredit. Det finns nämligen skäl som talar för att det skall finnas en rätt till kredit vilka framförts redan för en tid sedan.²¹¹ På grund av tjänsternas olika innehåll är det motiverat att behandla en sådan rätt separat.

För den som uppfattar frågan om enskilda personer har en rätt till kredit som ställd på fel sätt vill jag uppmärksamma att man även kunde ställa frågan omvänt: Vilka är förutsättningarna för att en enskild person skall kunna få tillgång till kredit? Jag har valt att närma mig kreditgivningen ur den presumtiva kredittagarens synvinkel i stället för att se på saken ur kreditgivarens synvinkel. Orsaken är att jag med önskvärd tydlighet vill peka på den omständigheten att kreditgivningen, lika litet som de grundläggande banktjänsterna, inte längre skall uppfattas på samma sätt som under kontantsamhällets tid. I enlighet med vad som ovan nämnts kan de västerländska samhällena karakteriseras såsom kreditsamhällen.²¹² Nedan återkommer jag till denna benämning och vilka utvecklingsdrag den syftar på.

Vid en första anblick förefaller det således som om krediter inte gick att hänföra till de grundläggande banktjänsterna. Så har man även gjort vid reformen av kreditinstitutslagstiftningen.²¹³ Här finns emellertid inte orsak att börja lägga särskilt stor vikt vid begreppet grundläggande banktjänster. När jag överväger huruvida man kan tala om en rätt till kredit är denna omständighet inte avgörande. I stället är ändringen i argumentationssättet det jag vill föra

²¹¹ Se *Wilhelmsson 1989* s. 319 ff. där han tar upp frågan om jämlika kreditmöjligheter som ett exempel som inte berördes i det dåvarande 7 kap. KSL. Han hänvisar till den internationella diskussion där man framfört idén om att den som diskrimineras vid kreditgivning relativt sett är mindre bemedlad.

²¹² Se avsnitt 6.1.1 vid not 5.

²¹³ Se *RP 33/2002* s. 40 och s. 80 vid detaljmotiveringen för 50 a § och *EkUB 25/2002 rd – RP 33/2002* s. 3. Ekonomiutskottet framförde inte en avvikande mening jämfört med propositionen i denna fråga utan man omfattade propositionens syn på de grundläggande tjänsterna.

fram. Jag föredrar att man överlag tar i bruk ett sätt att tänka där man utgår från en rätt till tjänster med en rätt för näringsidkaren att vägra med stöd av anförda godtagbara grunder eller med lagens ord vägande skäl. Det är fråga om det tänkesätt som jag har förordat ovan i 3 kap., dvs. jag tänker mig en nyordning som inte är så svartvit som ett språkbruk om avtalsfrihet eller kontraheringsplikt traditionellt har inneburit.

En godtagbar grund måste vara tillräckligt specificerad för att fylla de krav som kan ställas. Vid kreditgivning gäller att förfarandet vid prövningen av kreditvärdigheten skall fylla kravet på god banksed.²¹⁴ En sådan grund borde inte kunna vara att anförda att det föreligger en risk i allmänhet att gäldenären inte följer avtalet och gör sig skyldig till t.ex. betalningsmedelsbedrägeri genom att missbruka kundförhållandet vid användningen av sitt konto.²¹⁵ Ett mönster där man utgår från en rätt till tjänster tvingar fram en öppen argumentation om när man i egenskap av presumtiv kund kan få kredit. Det är förstås fråga om ett uttrycksätt som framför allt förekommer i de lagrum där man formulerat uttryckliga regler om kontraheringsplikt. Det förekommer emellertid också i försäkringssammanhang. Det är därför belysande att göra en kort jämförelse med frivilliga försäkringar.

6.3.1.2 Jämförelse – ingående av försäkringsavtal och skäl för vägran

Först beskriver jag rättsläget om ingående av avtal enligt den nya försäkringsavtalslagen (543/1994, FAL) och sedan jämför jag den med den svenska konsumentförsäkringslagen (1980:38, KFL).

Svaret på frågan om huruvida det föreligger en rätt till frivilliga försäkringar för sökanden som motsvaras av en kontraheringsplikt för försäkringsgivaren är kanske inte så klar som det förefaller t.ex. med stöd av propositionstexten

²¹⁴ Se även *Nybergh 1997* 2 kap. avsnitt 2.3.2 och särskilt s. 80 ff. Inom EU verkar man även följa ett tänkesätt som går att inpassa med detta. Se *COM(2002) 443 final* s. 15 där man för förslaget till nytt direktiv om krediter för konsumenter tar i bruk begreppet ”responsible lending” (ansvarsfull kreditgivning). Kreditgivaren måste uppfylla de krav som ställs i de föreslagna 8 och 9 art. till vilka hör att meddela konsumenten om resultatet av vad databasen om negativa och positiva uppgifter om konsumentens kreditvärdighet säger, dvs. att det är en form av att kreditgivarna måste ange grunden för sin vägran.

²¹⁵ Se *Nuotio 2002* s. 1195 ff. I SL 37:8.2 stadgas att för betalningsmedelsbedrägeri döms också den som genom att överskrida täckningen på ett konto eller en avtalad högsta kreditgräns missbrukar ett betalningsmedel som avses i 1 mom. och på detta sätt orsakar någon annan en ekonomisk skada, om han inte då han använde betalningsmedlet hade för avsikt att utan dröjsmål ersätta skadan. I SL 37:12 punkt 2) definieras som betalningsmedel också bank-, betal- eller kreditkort, en check eller ett annat medel eller en upptagning varmed betalningar, uttag eller kontoöverföringar kan utföras eller vars användning är en nödvändig förutsättning för att nämnda transaktioner skall kunna utföras. I fallet *HD 1996:41* hade A vid användningen av sitt bankkort under en tid av ungefär en månad 38 gånger överskridit täckningen på sitt konto med sammanlagt 9 291,14 mark. A ansågs ha gjort sig skyldig till ett betalningsmedelsbedrägeri.

till FAL. Där sägs nämligen att eftersom avtalsfrihet också gäller i fråga om försäkringsavtal har försäkringsgivaren inte någon skyldighet att ingå försäkringsavtal med vem som helst.²¹⁶ I bakgrunden finns den allmänt omfattade tanken om att avtalsfriheten är den grundläggande principen som gäller. Med detta har man traditionellt avsett att försäkringsgivarna har en rätt att fritt välja om de vill ingå ett avtal och med vem de ingår ett avtal. Även i ett tidigare beredningsskede har man tagit ställning till frågan då man konstaterat att eftersom beviljande av frivilliga försäkringar hör till området för näringsfriheten, har inte försäkringsgivaren en skyldighet att ingå försäkringsavtal med vem som helst.²¹⁷ Dessa formuleringar bygger emellertid inte på någon närmare analys utan de har tagits såsom utgångspunkter.

Saken blir emellertid mera komplicerad när man ser vidare i propositionen till FAL. Där sägs nämligen att en försäkringsansökan inte får avslås på någon grund som strider mot god försäkringssed. Med detta torde man avse att ett avslag på en ansökan (vanligen anbud) måste ske på en godtagbar grund.²¹⁸ God försäkringssed har i tillsynsmyndighetens praxis ansetts kränkt endast i de mest klara fallen av oskälighet varför kravet på att iaktta god försäkringssed inte tillräckligt borgar för att skäligheten förverkligas i försäkringsverksamheten.²¹⁹ Traditionellt har man emellertid med avtalsfriheten sammanknippt friheten att vägra sluta avtal utan att ange orsak och kontraheringsplikten har karakteriserats just som en skyldighet att sluta avtal om man inte anger godtagbara skäl för vägran.²²⁰ Ett åskådliggörande exempel är formuleringen i 9 § konsumentförsäkringslagen i Sverige som lyder:

²¹⁶ Se *RP 114/1993* s. 13 andra meningen i första stycket av avsnitt 2.5.1. Utöver detta sägs emellertid ingenting om ingående av försäkringsavtal. Inte heller i själva lagtexten ingår en utförlig reglering av avtalsslutet utan regleringen koncentrerar sig endast på frågor som är specifika för försäkringsavtal såsom parternas informationsskyldighet varför man får ty sig till den allmänna avtalsrättsliga rättsgrundsatsen om ingående av avtal, se *Hoppu 1997* s. 8 f.

²¹⁷ Se *OLJ 3/1988* s. 67.

²¹⁸ Se *RP 114/1993* s. 13. Då man beredde den tilltänkta separata lagen om skadeförsäkring innan man slöt sig för att bereda den nya FAL sade man att det kan vara i strid mot god försäkringssed att underlåta att bevilja försäkring. Man konstaterade att lagstiftningen inte ställer upp hinder för att det även kan finnas andra skäl till vägran än bedömningen av att risken är alltför stor fastän utgångspunkten är att det inte går att förvägra på andra skäl. Undantagsvis kunde en godtagbar förvägran vara att sökanden tidigare har förfarit svikligt i försäkringsärenden eller att sökanden samtidigt ansöker om försäkring av flera olika bolag i avsikt att erhålla ett överförsäkringsskydd. Man anförde som godtagbara nekningsgrunder att sökanden grundlöst strävar till att utnyttja försäkringen eller att sökanden ovanligt många gånger har råkat ut för försäkringshändelser. Se *OLJ 3/1988* s. 67 f.

²¹⁹ Se *Norio-Timonen 1997* s. 56 f.

²²⁰ Till saken hör att det alltid kan finnas godtagbara skäl. Man har i Sverige kallat en kontraheringsplikt med stöd av den obligatoriska trafikförsäkringen för en absolut kontraheringsplikt till skillnad från en icke-absolut, normal kontraheringsplikt. Se dock *Bengtsson 1992* s. 35 och *Bernitz 1991* s. 81 och 5 § 1 st. (lag 1983:309, numera lag 1995:785 2 st.) trafikskadelagen där det stadgas att en försäkringsanstalt ”som har fått ... tillstånd är skyldig att på begäran meddela

”Ett försäkringsbolag får inte vägra en konsument att teckna en försäkring som bolaget normalt tillhandahåller allmänheten.

Första stycket gäller ej, om försäkringsbolaget med hänsyn till risken för försäkringsfall, den sannolika skadans omfattning eller annan omständighet har särskilda skäl att inte meddela försäkringen.”

Genom att uppställa krav på att anföra skäl till vägran uttrycker man sig på samma sätt som i ovanstående svenska lagrum där det stadgas om en kontraheringsplikt för försäkringsgivaren.

Även Hoppu formulerar sig på ett dylikt sätt. I ett avsnitt med rubriken ”Inskränkningar i avtalsfriheten” (FN:s översättning) sägs att försäkringsgivarna inte enligt vår rättsordning har en kontraheringsplikt för de frivilliga försäkringarnas del; dvs. att försäkringsgivarna inte är skyldiga att bevilja frivilliga försäkringar till envar. Han motiverar inte denna kategoriska ståndpunkt som finner sin motsvarighet i de ovan angivna förarbetsutsagorna. Detta kan förstås ha sin förklaring i att det är fråga om en allmän framställning.

Efter dessa utsagor fortsätter han på samma sätt som i propositionstexten med att förklara att om den tilltänkta försäkringen skulle utgöra en alltför stor risk så skulle försäkringsgivaren kunna anföra detta som ett godtagbart skäl till vägran. Han avslutar stycket med ett normativt uttalande: Försäkringsgivaren kan inte utan godtagbara skäl vägra bevilja en försäkring som ansökts, eftersom försäkringsverksamheten är beroende av koncession. Dessutom är försäkringsgivare skyldiga att iaktta god försäkrings sed vilket förpliktar dem till att förhålla sig objektivt och jämligt till de som ansöker om försäkring.²²¹

Man kunde tänka sig en förklaring till den uppkomna oklarheten. Genom de närmare beskrivningarna av vad som gäller för en försäkringsgivare när han vill vägra meddela försäkring säger man hur det rättsligt förhåller sig. Den allmänna utsagan om avtalsfriheten är däremot en oreflekterad utsaga som man

trafikförsäkring.” I KFL 9 § 1 st. stadgas om en kontraheringsplikt och i 2 st. stadgas om undantag då försäkringsbolaget får vägra meddela försäkring. Man kan emellertid invända att om det finns en regel om kontraheringsplikt (antingen gällande frivilliga eller obligatoriska försäkringar), kan det alltid finnas grunder som berättigar en näringsidkare att vägra sluta avtal. Åtminstone då en presumtiv avtalspart saknar rättshandlingsförmåga eller ger en modifierad accept har en näringsidkare rätt att åberopa sin rätt att vägra sluta avtal. Man kan visserligen tänka sig att det finns mera olika slag av grunder för vägran att sluta avtal för de frivilliga försäkringarnas del än för de obligatoriska försäkringarnas del. Man kan således fråga sig om ”absolut kontraheringsplikt” är en nödvändig term i synnerhet om den enbart förekommer i samband med försäkring.

²²¹ Se *Hoppu 1997* s. 85. Jfr även att han säger om de lagstadgade försäkringarna att försäkringsgivaren inte har rätt att förvägra. Man kan fråga sig på vilket sätt de frivilliga försäkringarna skiljer sig från de lagstadgade ur denna synvinkel. Finns det t.ex. rätt till vägran om den presumtiva försäkringstagaren betalar den första premien kontant? Se även *Taxell 1976* s. 451 och *Taxell 1987* s. 32 f. och ovan vid not 109 om krav som kan ställas på dem som idkar koncessionsbunden verksamhet.

fortsättningsvis föreställer sig att gäller även för försäkringsverksamheten. Det är tänkbart att försäkringsgivarna, innan den typ av reglering kommit till som vi numera har, verkligen har haft en sådan avtalsfrihet. På grund av att reglerings-situationen sedan länge har varit förändrad, förefaller det motsägelsefullt att samtidigt säga att avtalsfrihet råder men att vägran att bevilja försäkring endast får ske genom att anföra godtagbara skäl. Man frågar sig då om detta kan vara en korrekt beskrivning av det normativa läget inom försäkringsbranschen.

Borde man omformulera beskrivningen av rättsläget? Det ligger nära till hands att följa ett sådant resonemang som ovan finns i 3 kap. som stöder sig på en uppfattning om att innebörden i avtalsfriheten förändrats. Även för försäkringsbranschen gäller då att den traditionella huvudregeln bytts ut i konsumentförhållanden. Det tydligaste beviset på detta är att de regler som finns bättre stämmer överens med den nya huvudregeln om rätt till försäkring. Det förefaller som om försäkringsbranschen är ett exempel på en central bransch i vårt samhälle som varit föremål för ett skifte av huvudregel och undantag och att varken lagstiftaren eller doktrinen reflekterat över saken i nödig omfattning.

6.3.1.3 Kreditgivningen i kreditsamhället

Försäkringsbranschens exempel ger stöd för att även för kreditgivningen vidga perspektivet innan man går in för att närmare formulera de normer som gäller. Det är inte uteslutet att det i vissa sammanhang såsom t.ex. i konsumentförhållanden uppstått ett behov av regler som utgår från att trygga tillgången till viktiga tjänster. Samhället har antagit sådana former där dels försäkringarna kommit att spela en klart viktigare roll än tidigare men också krediterna. I den samhällsvetenskapliga debatten förekommer benämningar som försäkrings-samhälle och kreditsamhälle. Här koncentrerar jag mig till att se på vad som förklarar att man talar om kreditsamhälle.

Såsom jag ovan redan nämnt har det sedan 1800-talet skett sådana grundläggande förändringar i hushållningen och omsättningen att det uppstått ett behov av att närmare analysera de förändrade beteendemönstren. De avgörande förändringarna har dock förlagts till tiden efter andra världskriget. Man kan skönja en kraftig ökning av kreditstocken under åren 1958–2000. Den första förklarande omständigheten var den stora utflyttningen från landsbygden till städerna som skedde under årtiondena efter andra världskriget. Härvid ökade andelen löntagare av den arbetsföra befolkningen.²²² Den andra förklarande omständigheten var avregleringen av kreditgivningen som genomfördes i huvudsak först på 1980-talet.

I och med början av 1990-talet sjönk kreditstocken reellt till ungefär den nivå

²²² Se *Muttilainen 2002* s. 70 ff. och ovan i avsnitt 4.3.1.

som uppnått 1986.²²³ När man jämför hur andelen av den del av kreditstocken som hör till hemhushållen förhåller sig till bruttonationalprodukten finner man att den fram till 2000 vuxit till ca 30 %. Av hela kreditstocken utgör hemhushållens krediter ca en fjärdedel. Muttilainen konkluderar i sin socialpolitiska doktorsavhandling om kreditsamhället att dessa generella iakttagelser berättigar en att tala om kreditsamhället.²²⁴ Han jämför ytterligare skuldsättningsgraden med sparkvoten och visar med en graf hur de följdes åt ända till kreditregleringsperiodens slut varefter sambandet upphörde. Efter de sista avregleringsåtgärderna utvecklades dessa parametrar ojämnt. Hans konklusion är att sparsamhället i och med detta definitivt upphört att existera.²²⁵

Under 1990-talets ekonomiska depression uppstod det ett behov av att reagera på de förhållanden som hade uppstått i samband med bankkrisen och som drabbade påfallande många överskuldsatta bankkunder. Lagen om skuldsanering för privatpersoner (57/1993) trädde i kraft 8.2.1993 och var en kraftig reaktion på den uppkomna situationen. Genom lagen bröts principen om fysiska personers livstida ansvar för sina förbindelser. Muttilainen karakteriserar lagen som ett instrument för en politik att behärska skuldproblem och konkluderar att den utgör ett grundläggande drag för kreditsamhället. Han stöder sig på det faktum att ca 50 000 privatpersoner har erhållit skuldsanering i domstol under åren 1993–2000. Dessa omständigheter som lagen har gett upphov till har bidragit till att gäldenärer i trångmål har uppmuntrats att söka en lösning på sina överskuldsättningsproblem. Även borgenärerna har uppmuntrats till att se över sina tillvägagångssätt vid kreditgivningen.²²⁶

Den senaste tidens uppgifter förstärker uppfattningen om utvecklingen. Förhållandet mellan kunderna och bankerna bygger å ena sidan på depositioner och å andra sidan på kreditgivning. Depositionerna utgör fortsättningsvis den viktigaste källan för medelsanskaffningen för bankerna och det är i huvudsak privathushållen som har depositioner.²²⁷ Enligt kreditstocksstatistiken är depositionsbankerna de mest betydande kreditgivarna.²²⁸ Av depositionsbankernas krediter är över hälften krediter till privathushållen av en kreditstock på 68,7 miljarder euro år 2001. Bostadskrediterna är det största slaget av krediter och hör därför till bankernas viktigaste affärsverksamhet.²²⁹ Dessa omständigheter

²²³ Se *Muttilainen 2002* s. 70 ff. och figuren 4.1 s. 70

²²⁴ Se *Muttilainen 2002* s. 71 f. och figuren 4.2 s. 72

²²⁵ Se *Muttilainen 2002* s. 87 f. och figuren 4.5 s. 72

²²⁶ Se *Muttilainen 2002* s. 251 f. och s. 257 f.

²²⁷ Se *Pankkivuosi 2001* (Bankåret 2001) s. 10. Företagens andel av depositionerna var endast ca 16 % år 2001.

²²⁸ Se *Pankkivuosi 2001* (Bankåret 2001) s. 9

²²⁹ Se *Pankit 31.12.2001* (Bankerna 31.12.2001) s. 6 och *Asuntorahoitus* s. 3 och *Finlands bank, Finansmarknaden, Statistisk översikt 5.2002* s. 26 och 33 som utvisar att bostadslåneställningen vid slutet av år 2001 var ca 27 miljarder euro medan konsumtionskrediternas ställning var ca 3 miljarder euro och studielånens ca 1,5 miljarder euro. Se även *Muttilainen 2002* s. 94 som visar

visar att bankerna till en stor del fungerar i symbios med privatpersonerna eller konsumenterna. Bankerna får operera med privatpersonernas pengar och de i sin tur lever sitt ekonomiska liv med hjälp av bankernas tjänster. De ovan beskrivna mycket djupgående faktiska händelserna och de väldigt kraftiga regleringsåtgärderna som har samband med kreditgivningsverksamheten i samhället samt det nuvarande läget på marknaden ger stöd för att man väl kan omfatta en syn på att vi lever i ett kreditsamhälle.

Här är en jämförelse med den ovan i avsnitt 6.2.2.5 behandlade Community Reinvestment Act (1977) i USA intressant. I 12 U.S.C. § 2901 regleras finansiella institutioners skyldighet att visa att deras depositionsinrättningar fyller behoven hos de samhällen i vilka de har koncession att utöva sin verksamhet. De behov det är fråga om är både kreditbehov och behov av depositions tjänster. Det intressanta är att finna att man i USA lägger vikt vid att bankerna inte endast är marknadsaktörer som reagerar på marknadskrafter utan att de förutsätts vara aktiva och socialt medvetna institutioner (medlemmar) i sina samhällen.²³⁰

Bankerna har således en ledande roll inom omsättningens infrastruktur. Det är därför inte meningsfullt att se på de grundläggande banktjänsterna och kreditgivningen separat när man analyserar rättsliga frågor om tillgänglighet. Bankverksamheten skall hellre ses som en helhet. Härav följer att affärsverksamheten måste hållas på en vinstbringande nivå. Det är ändå eftersträvansvärt att det uppstår en balans mellan å ena sidan depositions- och kreditkundernas intressen och å andra sidan mellan båda kundkategoriernas och ägarnas intressen.

Även om man är överens om dylika premisser förblir de dock svåra att omsätta i praktiken. Det finns många sätt att kalkylera vinster och korssubventioner och det väsentliga är därför att hålla för ögonen att det måste föreligga något slag av balans mellan de olika gruppernas intressen. Det svåra ligger i att nå denna balans när det inte råder ideala marknadsförhållanden och när man vid regleringen inte nödvändigtvis besitter tillräckligt med kunskap om förhållandena hos de olika aktörerna på tjänstemarknaden. Det är dock fråga om grundläggande premisser som man måste hålla i minnet när man begrundar dylika frågor.

6.3.1.4 Kreditförlusternas roll

Det som ovan anfördes angående rätt till konto med tillhörande hjälpmedel som är avgörande ur bankens synvinkel är risken för kreditförluster. Denna risk är

att företagens beroende av bankfinansieringen minskade från och med 1970-talet och att det visade sig vara nyttigt för bankerna att överföra tyngdpunkten av sin kreditverksamhet på privatkunderna.

²³⁰ Se *Cassity CLR 2000* s. 349 där hon talar om att "banks ... should be active, socially conscious citizens of their communities".

låg vid depositionsavtal och uppdrag om betalningsöverföringar jämfört med den risk som uppstår vid kreditgivning. Man kan därför i betydligt högre grad tänka sig godtagbara grunder för vägran vid kreditgivning. Galdenären får nämligen ofta hela prestationen av borgenären på en gång medan för andra tjänster vanligtvis gäller att penninggaldenären får delprestationer till ett förhållandevis lågt värde per gång. Det är först genom en kumulation av flera obetalda tjänsteprestationer eller övertrasseringar som det kan uppstå betydande summor som kan förbli kreditförluster. Om borgenären sköter sin uppgift och övervakar att kunden följer t.ex. bankkortsavtalet kan han vanligtvis förhindra detta.

Vid kreditgivning kan borgenären i praktiken sällan gardera sig helt mot kreditförluster. Detta beror redan på den grundläggande konstellationen om asymmetrisk information som man undersöker inom de ekonomiska vetenskaperna. Den roll som bankerna i egenskap av finansiärer har, kan minska på problemen med asymmetrisk information och även minska på kostnaderna. Bankerna får nämligen ofta i sin övriga verksamhet kontinuerligt information om sina potentiella och existerande kreditkunder.²³¹ Kreditinstituten är nyttiga just för att de på ett trovärdigt sätt utträttar undersökning och kontroll för placerarnas räkning.

Man kan nämligen inte tänka sig att man vid kreditgivning alltid skulle kräva heltäckande säkerheter eller att det skulle gå att undvika risker överhuvudtaget. Med tanke på en lönsam kreditgivning är det inte heller eftersträvänsvärt. Om det inte alls uppstår kreditförluster har kreditgivaren även underlåtit att företa lönande kreditgivning.²³² Detta kan innebära att kreditgivaren har förlorat marknadsandelar genom att de potentiella kunder som förvägrats kredit har fått kredit hos någon konkurrent och visat sig vara lönsamma. Idén med kreditgivningsverksamheten är att hålla kreditförlusterna på den rätta nivån i förhållande till räntemarginalen. Riskerna pulveriseras på samma kategori av kunder på ett försäkringsmässigt sätt.²³³ Kreditgivningsverksamheten bygger således på att man tar risker som är kalkylerade.

²³¹ Se *Anttila 1996* s. 28 ff. som hänvisar till Vihriälä, Vesa: Rahoituslaitokset rahoitusjärjestelmässä. Katsaus uuteen teoriaan ja eräitä empiirisiä havaintoja. (Finansieringsinstituten i finansieringssystemet. En översikt över den nya teorin och vissa empiriska observationer.) Helsinki 1989.

²³² Se *Mutttilainen 2002* s. 139 som konstaterar att kreditförlusterna under den period då krediterna reglerades hölls på en ovanligt låg nivå. Gränsen mellan en sund och skadlig kreditgivning ligger vid att kreditförlusterna skall utgöra ca en procent av skuldförbindelserna. Om förlusterna överskrider en procent har krediterna beviljats alltför generöst för projekt som inte har varit värda att finansieras. Om förlusterna klart underskrider gränsen har även vinstgivande objekt blivit utan finansiering. Inte ens under 1990-talets depression överskred hemhushållens kreditförluster gränsen. Se även *Anttila 1996* s. 29 om begreppet adverse selection då finansieringen allokeras på fel projekt ur samhällsynvinkel.

²³³ Se *Mutttilainen 2002* s. 59. och *Howells 1999* s. 439 och 448 f.

En lösning på problemet med högräntekreditgivare (räntemarginaler) är den som Howells har gjort. Han analyserar först de olika typer av de realiserade risker som kan leda till att kreditgivaren lider en kreditförlust och delar in dem i rent personliga risker (purely personal risks), personligt strukturella risker (personal structural risks), lyckorisker (fortune risks), spekulationsrisker (venture risks) och sociala risker (societal risks). För vissa typer av dessa realiserade risker som leder till att gäldenären inte förmår betala krediten skulle det inte gå att driva in fordran längre varigenom räntan skulle fungera såsom en försäkringspremie för en utebliven betalning.²³⁴ Idén har lagts fram som en utopisk lösning på hur privaträttsliga lösningar kunde användas för att nå social rättvisa utan inkomstöverföringar med skattemedel.²³⁵

Tankeexperimentet är framlagt som lösning på problem i Förenade kungariket och de problem som förekommer där är inte alldeles likadana som i nordiska förhållanden. Det som är intressant för framställningen här är tankegången om att övervältra ett större ansvar på kreditgivaren vid kreditprövnings-skedet. Om en kreditgivare är tvungen att fungera utgående från att den upplupna räntan skall täcka eventuella obetalda fordringar utan att det längre går att driva in en viss andel av kreditstocken måste kreditgivaren bli noggrannare i sin prövning. Detta lägger band på överdriven marknadsföring och fikande efter marknadsandelar.

I de nordiska länderna har det egentligen redan skett en liknande utveckling genom att skuldsaneringslagstiftningen införts. Genom skuldsaneringen kan det uppstå situationer där gäldenären befrias från att betala en del av fordran. Howells idé har i en litet annan form realiserats på detta sätt och det är inte orsak att närmare gå in på hur han tänkt att den skulle kunna genomföras.

6.3.1.5 Allmänt om rätt till kredit

I denna framställning använder jag mig av uttrycket rätt till kredit också för att betona att kreditgivare i förhållande till privatpersoner i regel tar mindre risker än vid finansiering av företagsrisker.²³⁶ Kreditinstituten är nyttiga just för att de på ett trovärdigt sätt uträttar undersökning och kontroll för placerarnas räkning. Dessa omständigheter talar för att det hos privatpersoner kan uppstå legitimerade förväntningar att man under vissa förutsättningar skall få kredit. Utgångspunkten är då att den som vänder sig till banken får kredit om han, efter att ha givit de upplysningar som banken önskar, anses uppfylla de förutsättningar som

²³⁴ Se *Howells 1999* s. 442 ff. och 456 f.

²³⁵ Se *Howells 1999* s. 438.

²³⁶ Se *Muttillainen 2002* s. 139 som hänvisar till att statistikuppgifter bekräftar att hemhushållen besitter en låg kreditrisk. Han finner det därför vara förundransvärt att medelräntan för hemhushållens krediter är högre än affärsföretagens krediter. Han föreslår som förklaring att hemhushållen inte har samma förhandlingstyrka vid kreditavtalens ingående som företagskunder.

kan ställas vid kreditprövningen. Om dessa inte uppfylls skall banken i så fall ange grunden för sin vägran. Sättet att resonera är då detsamma som i KreditIL 50 a.1 § som gäller de grundläggande banktjänsterna och inte kreditgivning.²³⁷

I sak ändras inte förhållandena särskilt mycket på grund av att man knappast kan tänka sig att de faktiska, men hittills ofta oangivna skälen för vägran, inte skulle gå att formulera för den som velat sluta ett kreditavtal.

Till kreditprövningen hör att ett negativt beslut hos kreditgivaren även kan vara till fördel för den presumtive kredittagaren som därmed undviker över-skuldsättning. Man kan mycket väl tänka sig att det förekommer fall där privatpersoner vill tänja på sin betalningsmån alltför långt. Bankernas omgivning har dessutom under de senaste 20 åren förändrats i betydande grad. Konkurrensen har blivit hårdare för standardiserade tjänster såsom konsumentkrediter och olika former av spartjänster.²³⁸ Före den senaste bankkrisen fungerade inte kreditprövningen heller ur bankens synvinkel. Detta utvisar att en kreditprövning med tillhörande dokumentation som förutsätts av lagstiftaren kan ha en sanerande effekt på kreditgivningen. Beroende på konjunktur- och konkurrenssituation kan antingen kreditgivarna eller kredittagarna vara alltför ivriga eller t.o.m. som före 1990-talets kris stundom båda parterna vara alltför ivriga.²³⁹ Ett standardiserat förfarande med punkter som skall kontrolleras tjänar således till förmån för båda parter. Det är möjligt att det nya direktivet om krediter för konsumenter med krav på ansvarsfull kreditgivning kan leda till detta.²⁴⁰

Bland dagens banktjänster finns det många former av kontokort enligt vad jag ovan behandlat. I detta sammanhang intresserar de kontokort som används så att det uppstår en risk för kreditförlust för banken när kortet används avtalsenligt, dvs. syftet med avtalet är att det sker en verklig kreditgivning. Härmed räknar jag kort med betalningstid som kreditkort trots att det inte löper en normal ränta för krediten.²⁴¹ Utgångspunkten är att gäldenären följer avtalet och

²³⁷ Se *RP 33/2002* s. 40 och s. 80 vid detaljmotiveringen för 50 a § och *EkUB 25/2002 rd – RP 33/2002* s. 3.

²³⁸ Se *VM 16/2000* s. 23 f. och 27 f. och ånyo i *RP 33/2002* s. 24 f.

²³⁹ Se även *Gorton SvJT 2000* s. 759 angående von Posts avhandling om 36 § avtalslagen där han påpekar att konsumentverket i Sverige fört fram sinsemellan oförenliga krav på högre grad av kreditprövning å ena sidan och uttryckt oro för att krediter inte finns tillgängliga för alla å andra sidan. Se även *Gorton SvJT 2001* s. 527 f. där han i samband med en presentation av avrådnings-skyldigheten i den norska finansavtaleloven betonar de inte alldeles lättförenliga kraven på att alla bör vara berättigade att ta upp lån och att kreditgivare har skyldighet att bedöma kundens kreditvärdighet. I *SOU 2000:29* s. 141 f. föreslår man att ett uttryckligt krav på kreditprövning införs i konsumentkreditlagen men enligt *Gorton JFT 2001* s. 12 har man fortfarande blott planer i Sverige att införa en liknande regel som i Norge.

²⁴⁰ Se *COM(2002) 443 final* s. 15

²⁴¹ Se ovan vid not 70 med hänvisning till *Bankkorten och övriga betalkort 2002* s. 4 och *Hemmo 2001* s. 361. Kort med betalningstid kallas också betalkort, se *SOU 1995:69* s. 105.

inte gör sig skyldig till t.ex. betalningsmedelsbedrägeri genom att missbruka kundförhållandet vid användningen av sitt konto.²⁴²

I föregående avsnitt hänfördes automatkort och bankkort till de kontoanvändningsmedel som hör till de grundläggande banktjänsterna. Tillsammans med kreditkortet har dessa kort i de dagliga transaktionerna ersatt kontanter på det sätt som jag ovan redogjort för. Härmed har privatpersoners möjlighet att möta överraskande utgifter förbättrats förutsatt att de innehar dylika kort. Vid anskaffningen av t.ex. bostad och större nyttoföremål såsom, möbler och hushållsmaskiner, fortskaffningsmedel samt föremål som behövs vid olika fritidsaktiviteter är de flesta individerna beroende av tillgången till kredit.²⁴³ Även inom EU har kommissionen angående nyregleringen av konsumentkrediter konstaterat att begreppet konsumentkredit har förändrats med tiden. Från att det på 1960- och 1970-talen var fråga om kontantsamhällen har vi kommit till dagens situation där krediter i omfattande grad är tillgängliga för konsumenter genom en mängd olika instrument. Krediterna har blivit smörjmedlet för det ekonomiska livet.²⁴⁴ Ofta är bankkrediter fördelaktigare än finansieringsbolags krediter på grund av att bankerna i regel skaffar sig någon form av säkerhet och noggrannare värderar kreditrisken. Finansieringsbolag som beviljar konsumtionskrediter i samband med avbetalningsköp har i regel ett mera schematiserat förfarande vid kreditgivningen och täcker sin högre risk med avsevärt högre räntor.²⁴⁵

De traditionella kreditkortet hade en nominell årlig medelränta på 14,4 % år 2000 vilket är 7 % mera än bankernas konsumtionskrediter under samma tid.²⁴⁶ Utöver dessa kreditkortskrediter finns s.k. snabbkrediter med mycket höga räntor. KO har tagit ställning till marknadsföringen av dessa och fått förbindelse av en kreditgivare att uppge även helhetssumman förutom den nominella räntan

²⁴² Se *Nuotio 2002* s. 1195 ff. och ovan not 215 där innehållet i SL 37:8.2 om betalningsmedelsbedrägeri beskrivs.

²⁴³ Jfr *KM 1993:7* s. 19 f. där man som skäl för en regel om skyldighet att ange orsaken till negativa kreditbeslut nämner att låginkomsttagares möjligheter att skaffa dyra konsumtionsnyttigheter ofta är beroende av konsumtionskredit utan att man särskilt nämner bostadskredit och studielån. Orsaken kan vara att det först under arbetet på detta betänkande genomfördes den reform av 7 kap. KSL som medförde att bankkrediter även föll under kapitlets tillämpningsområde, se *a.a.* s. 16 f. där man nämner bostads- och studielån som exempel på kredit som inte anses vara konsumtionskrediter men som ändå faller under kapitlets tillämpningsområde och *a.a.* s. 75 i det svenskspråkiga sammandraget.

²⁴⁴ Se *COM(2002) 443 final* s. 3.

²⁴⁵ Se *Muttilainen 2002* s. 83 som konstaterar att konsumtionskreditmarknaden redan tidigt delades in i de välbärgades och de sämre lottades marknad med hänvisning till undersökningar från 1976 och 1978. Se även *Wilhelmsson 1989* s. 320 f. som gjort samma iakttagelser med stöd av undersökningar från 1986 och 1988.

²⁴⁶ Se *Kauppalhti 8.6.2001* s. 4 där man stöder sig på statistikcentralens uppgifter och rapporterar om de egentliga kreditkortet MasterCard, EuroCard, Diners Club, Aktiiviraha och Stockmanns kontokredit. Den årliga räntan för dessa kortkrediter varierade från 10 % till 21,6 %.

per år som var 26,4 %.²⁴⁷ På grund av att det finns dylika kreditalternativ som inte för så länge sedan hade ansetts utgöra ocker torde man kunna omfatta tanken om att alla har ett berättigat behov att åtminstone i något skede av livet kunna få en bankkredit eller motsvarande. I annat fall blir konsumenterna tvingade ut på marknaden för högräntekrediter för att inte tala om den svarta marknaden av krediter.²⁴⁸ Detta är i ett vidare perspektiv det yttersta skälet till att man inte kan acceptera alltför schematiska nekanden av kreditansökningar hos de ordinära kreditinstituten. Det uppstår då lätt en ökning av fenomenet ”the poor pay more” med en tilltagande styrning av de redan ekonomiskt trängdas medel till bl.a. en affärssektor som i väldigt begränsad omfattning är till verklig nytta i samhället. Det finns aktörer av detta slag som åtminstone utger sig för att röra sig inom lagens ramar men som med stor sannolik tillämpar oskäligen avtalsvillkor ända till sådana som kan hänföras till det segment av aktörer som på engelska kallas loan sharks (kredithajj).²⁴⁹

6.3.2 Regleringen av rätt till krediter i allmänhet

6.3.2.1 Konsumentskyddslagen och allmänna regler

De civilrättsliga reglerna om konsumenternas förhållande till kreditgivarna inklusive bankerna som gäller kreditavtal finns i KSL 7 kap. såsom det lyder efter ändringen (lag 85/1993) till följd av genomförandet av konsumentkreditdirektivet (87/102/EEG).²⁵⁰ Utöver dessa särskilda konsumenträttsliga regler

²⁴⁷ Se *Kuluttajansuoja 1/2002* s. 9 där *KO Dnr 2001/40/6075* som gäller förhandlingarna med Haléns Finans.

²⁴⁸ Se *Financial Services Authority 2000* stycke 3.115 ff. och särskilt 3.119 där man redogör för utvecklingen i Förenade kungariket när individerna utesluts från tillgången till ordinära källor för kredit, dvs. banker, hypoteksföreningar eller kreditkortsbolag.

²⁴⁹ Se *Caplovitz 1969* s. 188 ff. som i sin kända undersökning pekar på de svåra problem som förelåg i storstaden New York på 1950- och 60-talen. Se även om problemet ”the poor pay more” på 1990-talet efter att branschen i USA omreglerats och efter att nya tekniker tagits i bruk, *Lee JCP 2002* s. 203 ff. Problemen i Norden i dag är av en annan kaliber även om grundkonstellationen kan förekomma lika väl. Se t.ex. *Wilhelmsson 1989* s. 321 som pekar på undersökningar som visar att problemet förekommit i Norden. Uppgiften om räntenivån hos de olika aktörernas krediter strax ovan vid not 247 tyder på att en närmare undersökning väl skulle kunna bekräfta att detta fenomen fortfarande förekommer.

²⁵⁰ Nu föreligger dock ett förslag till ett nytt direktiv som är avsett att ersätta direktivet 87/102/EEG. Det är fråga om en ändring som går ut på att trygga en möjligast hög harmoniseringsgrad. På detta sätt ämnar man förbättra funktionen och stabiliteten på den europeiska kreditmarknaden. Se *COM(2002) 443 final* s. 7. Man ordar dock väldigt litet om de medlemsstater där man på grund harmoniseringen måste minska på ett redan högre konsumentskydd. Se *a.a.* s. 5 där man konstaterar att det nuvarande direktivet har möjliggjort regler som är mera detaljerade, precisa och strängare än de i direktivet och de skillnader som har uppstått länderna emellan antagligen gör det svårare att sluta avtal över gränserna. Detta är till nackdel för både konsumenterna och kreditgivarna.

regleras avtalsförhållandets uppkomst och dess närmare innehåll av de allmänna avtalsrättsliga reglerna. Det har i viss mån tidigare rått en ovisshet om hur dessa regler skall tillämpas på ett skuldförhållande.²⁵¹

Enligt KSL 7:1 gäller 7 kap. en sådan kredit som en näringsidkare enligt avtal lämnar eller lovar lämna en konsument som lån, betalningsansånd eller dylikt, dvs. kapitlet gäller efter den senaste ändringen även bankkrediter.²⁵² Ändringen gjorde ett slut på den ”kamp” om konsumentskyddsreglernas tillämplighet på banksektorn som förts allt sedan beredningen av KSL inleddes.²⁵³ I kapitlet ingår regler om marknadsföring av konsumentkrediter och närmare stadganden om konsumentskydd under avtalsförhållandet. Däremot finns det inte regler som berättigar konsumenterna att få ett avtal till stånd men nog en regel vari ingår ett element av en rätt till avtal i 7:16 1 och 3 mom. (lag 541/1994).

I KSL 7:16.1 regleras förutsättningarna för borgenärens möjlighet att i förtid få krediten att förfalla eller vidta andra åtgärder. Lagrummet är tillämpligt både vid konsumentens betalningsdröjsmål eller något annat brott mot avtalet. Kreditgivaren har i dessa situationer rätt att enligt avtalet kräva betalning av en post som annars inte har förfallit, att återta den sålda varan eller att göra någon annan särskild påföljd gällande. Kreditgivaren har enligt 1 punkten emellertid möjlighet att återberopa denna rättighet vid betalningsdröjsmål endast om a) dröjsmålet varat åtminstone en månad och b) betalningen fortfarande är utestående och c) det försenade beloppet vid engångskredit utgör minst tio procent eller, om däri ingår flera poster, minst fem procent av det ursprungliga kreditbeloppet eller kreditpriset vid nyttighetsbunden kredit eller, om det omfattar kreditgivarens hela resterande fordran. Enligt 2 punkten i 1 momentet har kreditgivaren också rätt att få krediten att förfalla om konsumenten gör sig skyldig till något annat avtalsbrott som är väsentligt.

Om någon av dessa situationer är för handen har konsumenten givits en rätt att få avtalet återupplivat trots att borgenären erhållit en rätt till kreditens förtida återbetalning. Enligt KSL 7:16.3 får kravet på återbetalning göras gällande tidigast fyra veckor eller, om konsumenten tidigare har fått anmärkning om

²⁵¹ Se *Rudanko 1993* s. 75 ff. om tiden före KreditIL då depositionsbanklagen gällde och *Rudanko 1995* s. 116 ff. sedan KreditIL trätt i kraft.

²⁵² Se *RP 238/1992* s. 8 f. där det förtydligas att stadgandena om konsumentkredit utvidgas att omfatta alla krediter som näringsidkare lämnar konsumenterna. Med tanke på formuleringen i stadgandet KSL 7:1 förefaller utsagan övertydlig.

²⁵³ Se *Mickwitz Oikeus 1985* s. 27 där han redogör för frågan om ränteberäkningsvillkoren som prövades av marknadsdomstolen, *MD 1984:12* (domstolens kompetens erkändes separat i *HD 1986 II 135*), och då konstaterar att han förhållandevis utförligt redogjort för hur bankerna gör allt för att hållas utanför övervakningen enligt KSL och således KO:s övervakning som en bakgrund till frågan vad detta kunde bero på. Han avslutar med att även bankerna vinner på att bankverksamheten inte avskiljs från den övriga ekonomiska verksamheten och att samma grundprinciper tillämpas på förhållanden mellan näringsidkare och privatpersoner.

dröjsmålet eller något annat avtalsbrott, tidigast två veckor efter det ett meddelande om kravet på återbetalning lämnats eller sänts till konsumenten. Om konsumenten inom denna tid betalar det försenade beloppet eller rättar till ett annat avtalsbrott, förfaller uppsägningen.

Även i Sverige har man en motsvarande reglering i konsumentkreditlagen (1992:830). När en konsument inte har betalat en avtalsenlig prestation kan kreditgivaren enligt 21 § säga upp krediten i förväg under vissa förutsättningar. Om förutsättningarna uppfylls och kreditgivaren säger upp hela lånet till betalning efter fyra veckor kan konsumenten uppnå att skyldigheten att betala hela lånet i förtid bortfaller enligt 22 § 1 och 2 st. genom att betala de förfallna beloppen samt dröjsmålsränta inom denna tid. Enligt 3 st. har konsumenten denna rätt bara en gång.²⁵⁴

Den finska och svenska regeln leder till att kreditgivaren alltså trots uppsägning ånyo är bunden till det ursprungliga avtalet vilket är en regel som står nära en sådan förpliktelse som en kontraheringsplikt utgör – kreditgivaren har en skyldighet att fortsättningsvis stå i avtalsförhållande till följd av ett ensidigt agerande från konsumentens sida. Skillnaden till en ren kontraheringspliktsregel ligger däri att dessa regler gäller en situation där det redan har förekommit ett avtalsförhållande.

I Finland har man motiverat införandet av denna återupplivningsmöjlighet med att den tidigare möjligheten att säga upp hela krediten som borgenärerna vanligtvis intagit i sina avtalsvillkor kunde leda till oskäligen situationer. Man ville ge konsumenterna tid att vidta arrangemang för att kunna undvika de grövre påföljderna.²⁵⁵

Utöver regleringen av denna specialsituation finns det inte uttryckliga regler om rätt till kredit. Det är inte lätt att få fram uppgifter om hurdana tvister det uppstår kring frågor om rätt till kredit av samma orsak som frågor om rätt till de övriga banktjänsterna. De som blir vägrade kredit saknar ofta vilja och faktiska möjligheter att ifrågasätta negativa kreditbeslut. Det förekommer dock meningsskiljaktigheter vilket syns i verksamheten hos Bankbranschens Kundrådgivning. De frågor som gäller huvudskulden och varit föremål för behandling i olika ärenden har bl.a. varit huruvida ett lånelöfte binder, hur låntagarens

²⁵⁴ Se *Prop. 1991/92:83* s. 133 f. och *Olsen 1995* s. 131 f. där hon karakteriserar regeln som att konsumenten kan "rädda lånet, men bara en gång." Se även *a.a.* s. 167 där hon använder uttrycket "återvinna avtalet genom betalning".

²⁵⁵ Se *RP 13/1994* s. 12. I principiellt hänseende var införandet av denna regel i denna form inte helt och hållet en nyhet. I 2 § lagen om avbetalningsköp (91/1966) ingår nämligen en regel om väntetid på 14 dagar och kvantitativa begränsningar. Inom denna tid har säljaren inte ännu rätt att utkräva en "post, som eljest ej vore förfallen". Köparen har alltså efter att han råkat i dröjsmål med betalningen av en rat rätt att under denna tid betala den förfallna raten och sålunda återuppliva kreditavtalet enligt de ursprungliga villkoren. Lagen begränsar på detta sätt en alltför hård påföljd av en förfalloklausul. Se *Hakulinen – Raninen 1968* s. 34 ff. och 68.

återbetalningsförmåga skall bedömas och hur betalningsstörningar inverkar på möjligheten att få lån.²⁵⁶ I rättspraxis finns det inte heller fall om vägran att överhuvudtaget ingå avtal om kredit. Man har också i doktrinen förhållit sig avvisande till att kontraheringsplikt skulle gälla vid kreditgivning.²⁵⁷

Rudanko begagnar sig dock av en syn på avtalsrätten som ett öppet system enligt vilket man kan beakta intressen även utanför avtalsförhållandet. Bankerna har med stöd av sin koncession en särskild ställning i nationalekonomin på grund av att de är centrala aktörer på marknaden för de finansiella tjänsterna. De har en ”halvofficiell” roll i kreditgivningsverksamheten och vid förmedlingen av betalningar. Rudanko konstaterar också att varken privatpersoner eller företag utan svårighet kan klara av den dagliga omsättningen utan ett bankförhållande. Han jämför bankernas ställning med konkurrensrättens dominerande ställning på marknaden. I konkurrensrätten anser man att missbruk av dominerande ställning på marknaden är ett sådant agerande som skulle vara tillåtet om inte aktören var i en dominerande ställning. Rudanko kastar snarare fram en diskussionsöppning än kommer med en slutsats då han säger att på motsvarande sätt kunde inom avtals- och skadeståndsrätten en konstellation av dominerande ställning på marknaden kunna ge upphov till en modifikation av den rättsliga bedömningen.²⁵⁸ Han sade detta innan KreditIL 50 a § stiftades men då paragrafen inte på ett uttömmande sätt reglerar rätten till grundläggande banktjänster kan hans spelöppning ses som ett led i argumenteringen för de oreglerade situationerna till vilka även en rätt till kredit hör.

En situation som kommer nära rätten att erhålla kredit förekom i fallet *HD 1991:42* där kreditgivaren inte ville uppfylla avtalet. Trots detta kan fallet ge vägledning om kreditgivarens rättsliga situation även i övrigt. Rubriken för fallet lyder:

²⁵⁶ Se *Bankbranschens Kunderådgivning, Verksamhetsberättelse 2001* s. 8 f. där man redogör för att det fanns sammanlagt 778 kreditärenden under året av vilka 30 % gällde huvudskulden, 2,1 % statsstöd för bolån och 2,2 % studielån. Organet har grundats av konsumentverket, Finansinspektionen, och Bankföreningen i Finland r.f. och fungerar fristående från grundarna sedan hösten 1998.

²⁵⁷ Se *Huhtamäki 1993* s. 88 och *Rudanko 1995* s.123. Rudankos undersökning gäller i allmänhet rättsskyddet för bankkunderna och bankerna och hans negativa ställningstagande till kontraheringsplikten är inte kategoriskt, kanske för att det inte bygger på en självständig utförlig analys av sådant rättsligt material som utnyttjats t.ex. i *Nybergh 1997* och utvecklats vidare här utan blott på några tidigare uttalanden i litteraturen. Se även *Hemmo 2001* s. 51 som uttrycker sig kategoriskt för kreditgivningens del dock utan desto vidare motiveringar än att prövningfriheten är särskilt nödvändig i en avtalstyp såsom kreditgivning där borgenären bär på risker som hänför sig till gäldenärens person. Han hänvisar blott till *Kleineman JT 1992–93* s. 292 f. som i sin tur enbart säger att någon ”skyldighet att sluta kreditavtal finns självklart inte...”.

²⁵⁸ Se *Rudanko 1995* s. 253 där han nämner *Wilhelmsson 1987* s. 155 som ett diskussionsinlägg om kontraheringsplikt inom den sociala avtalsrätten. Detta är dock en onödig begränsning på grund av att tillämpningen av normerna om kontraheringsplikt inte begränsar sig till blott sådana situationer som är typiska inom social civilrätt, om man med den avser ett rättsligt tänkande där välfärdsstatliga värden operationaliseras på den rättsdogmatiska nivån.

”A och B hade med en bank ingått ett kreditavtal, enligt vilket banken hade förbundit sig att för ett köp av bostadsaktier bevilja ett lån som till beloppet motsvarade hela köpesumman. Sedan A och B köpt aktierna och flyttat in i bostaden hade banken grundlöst underlåtit att uppfylla avtalet. Oförmögna att betala köpesumman hade A och B varit tvungna att samtycka till att aktieköpet hävdes.

Till följd av bankens avtalsbrott hade A och B lidit skada i form av dröjsmålsräntor på den obetalda köpesumman, annonskostnader för anskaffning av en ny bostad, flyttningskostnader samt rättegångskostnader för dem själva och motparten i en rättegång med anledning av hävningen av aktieköpet. De för A och B så uppkomna skadorna ansågs ha varit förutsebara för banken. Därför ålades banken att ersätta dem.”

Situationen gäller följande steg vid avtalslutet efter att parterna slutit avtalet men innan prestationerna utbytts och gäller således tillämpning av regeln *pacta sunt servanda*. Aurejärvi konstaterar att fallet inte till denna del har fört med sig något nytt som kritik till Huhtamäkis uppfattning om att fallet har bidragit till uppfattningen om att kreditavtalet har separerats från skuldförhållandet.²⁵⁹ Ur underrättens och hovrättens avgöranden kommer det fram att banken efter löftet om att bevilja kredit erhållit uppgifter om att det inte skulle ha varit fördelaktigt att uppfylla avtalet om kredit.²⁶⁰

Det framkommer redan ur rubriken att HD uppfattat det väsentliga i fallet vara vilka kostnader som kommer i fråga som skador och huruvida den part som gett upphov till skadan borde ha kunnat förutse skadorna.²⁶¹ Det speciella i fallet med tanke på frågeställningen i denna undersökning är att det är fråga om att privatpersoner (konsumenter) stått i ett avtalsförhållande till en bank (näringsidkare) utan att det funnits några uttryckliga lagregler som kunde tillämpas på bankens avtalsbrott. Varken de dåvarande stadgandena i 7 kap. KSL som inte då var tillämpliga på bankkrediter eller de nuvarande reglerna reglerar frågan. När HD prövade hurdana skador som är förutsebara har det sannolikt inverkat på bedömningen att det är fråga om en bank som har goda förutsättningar att förutse vad som händer i en dylik situation, dvs. hurdana skador det kan uppstå. När banken, med HD:s ordval, grundlöst hade underlåtit att uppfylla avtalet hade den ställt låntagarna i en mycket svår situation. Här tog HD formuleringen i hovrättens dom som grund. Hovrätten konstaterade att banken kände till att låntagarna redan hade flyttat in i bostaden och att banken ändå ensidigt hade

²⁵⁹ Se Aurejärvi LM 1993 s. 1100 jämfört med Huhtamäki 1993 s. 16 f. Jfr även Wilhelmsson 2001 s. 240 not 664 där han konstaterar att trots att fallet grundades på traditionellt kontraktsrättsliga motiveringar kommer slutresultatet nära ett slags socialt ansvar för kreditgivare.

²⁶⁰ Se Huhtamäki LM 1992 s. 553 som sluter sig till att underrätten uppfattat kreditavtalet såsom ett föravtal och att banken kunde häva avtalet efter att den fått uppgifterna.

²⁶¹ Se även Hemmo 1994 s. 154 f. där han behandlar fallet främst ur den synvinkeln huruvida skadorna gick att förutse.

hävt kreditavtalet utan att banken kunde bevisa att det förelåg sådana omständigheter att den skulle ha haft rätt att häva avtalet.

För att en bank skall kunna dra sig ur en sådan situation måste den gå till väga på ett annat sätt. Alternativt måste det vara fråga om att kreditgivaren får kännedom om någon grund som kan leda till att avtalet blir ogiltigt eller att avtalet kan hävas.²⁶² Banken har en undersökningsskyldighet att ta fram all sådan relevant information med stöd av vilken den kan vägra bevilja kredit. Banken måste följa sådana rutiner att det inte kan uppstå en avtalsbindning innan man har inhämtat den relevanta informationen och analyserat den. När bankens representant står i kontakt med den presumtiva lånekunden måste han ha klart för sig vilken typ av svar leder till en avtalsbindning. Det vanliga är ändå att ett kreditavtal uppstår gradvis genom muntliga förhandlingar parterna emellan där amorteringskalkyler och säkerhetsarrangemang utreds. Det går sällan att individualisera en rättshandling som motsvarar ett anbud.²⁶³

I detta sammanhang är det av intresse att konstatera att om banken i detta fall hade vägrat bevilja kredit hade man för klarhetens skull även varit skyldig att ange orsaken. Här finns också ett krav på att följa god banksed. När bankkunder står i beråd att t.ex. göra sitt livs största affär förefaller det som nödvändigt att banken följer ett förfarande som tål en eventuell efterhandsgranskning i en domstol. Den goda bankseden får delvis sitt innehåll av de allmänna avtalsrättsliga lärorna. När man svarar på ett anbud uppstår ett avtal om svaret inte innehållit en modifikation. Om banken avser att det inte ännu skall uppstå ett avtal eller om man definitivt vill vägra ingå avtal blir situationen klarast om saken formuleras skriftligt på ett sådant sätt att mottagaren av meddelandet inte förblir osäker på vad som gäller.

6.3.2.2 Kreditprövningsförfarandet

I lagberedningssammanhang har man redan för en tid sedan föreslagit lagstiftningsåtgärder mot diskriminering vid kreditgivning. Som motiv anförde man att det i rättsordningen i övrigt förekommer både begränsningar i rätten att besluta om avtal och begränsningar i friheten att bestämma avtalsinnehållet. De personer som förtjänar minst har vanligtvis inga andra möjligheter att skaffa sig dyra konsumtionsnyttigheter för långvarigt bruk än genom att köpa på kredit. Man betonar dessutom att kreditköp redan i sig är ett dyrare sätt att anskaffa nyttigheter varför man försöker förhindra att mindre bemedlade inte utan grund utsätts för en ekonomisk belastning genom betydligt ofördelaktigare villkor.

²⁶² Se *Halila – Hemmo 1996* s. 39 där man lyfter fram detta alternativ på grund av att banken hade invänt att den ena kredittagaren hade undanhållit uppgifter om sin förmögenhetsställning. Invändningen hade inte framgång.

²⁶³ Se *Halila – Hemmo 1996* s. 40

Man föreslog därför ett stadgande om att kreditgivaren på begäran av konsumenten skulle vara tvungen att ange de skäl som man stött sig på vid ett negativt beslut på en kreditansökan eller då man endast erbjuder kredit på synnerligen ofördelaktiga villkor.²⁶⁴ Om en sådan regel skulle införas är det en mycket liten skillnad mellan denna och KreditIL 50 a.1 §. Systemet skulle få en betoning på ett krav om gott förfarande.

I Bankföreningens regler om god banksed sägs mycket litet om de förutsättningar banken ställer för att bevilja kredit. Där bestäms bl.a. att kunden får upplysningar av banken om de olika kreditalternativ banken erbjuder samt om kostnaderna och de viktigaste villkoren för krediten. Då banken beviljar kredit, utreder banken kundens betalningsförmåga på basis av de uppgifter banken har fått till sitt förfogande. Ifråga om kreditförhållandet iakttar banken ansvarsfullhet och strävar efter att beakta kundens ekonomiska trygghet och möjligheterna för att den verksamhet som finansierats med kredit skall vara framgångsrik.²⁶⁵

Kredit är en typ av avtal som gäller en längre tid och förutsätter att parterna överväger avtalsinnehållet – på kreditgivarens sida förutsätts att det företas en kreditprövning. Härvid utreder kreditgivaren kredittagarens förmåga att klara av sin förbindelse. I denna bedömning har information om kredittagarens förhållanden en avgörande betydelse för kreditgivningsbeslutet. Å ena sidan inverkar uppgifter om kredittagarens tidigare förmåga och vilja att sköta krediter på bedömningen. Det är alltså fråga om hur historiska fakta inverkar på framtiden. Å andra sidan inverkar även uppgifter om kredittagarens ekonomiska situation vid tidpunkten för krediten på bedömningen liksom även uppgifter som möjliggör en prognos om den ekonomiska situationen i framtiden. När all denna information behandlats kan kreditgivaren fatta ett beslut om att antingen bevilja kredit eller inte. Det viktiga i detta sammanhang är att kredittagaren får veta vilka uppgifter kreditgivaren stöder sig på vid en vägran på grund av att det alltid finns möjlighet till något missförstånd. Här kommer man in på frågor som regleras i personregisterlagstiftningen. Man har sedan 1970-talet övervägt att reglera kredituppgifter särskilt men än så länge ingår regleringen av dessa i personuppgiftslagen (523/1999).²⁶⁶

I 3 § personuppgiftslagen definieras lagens begrepp. Enligt 8 punkten avses med personkreditupplysningar personuppgifter som är avsedda att användas vid bedömning av en enskild fysisk persons ekonomiska ställning, förmåga att svara för sina förbindelser eller pålitlighet, dvs. det är fråga om konsumenters

²⁶⁴ Se *KM 1993:7* s. 19 f., 42, 62 f. Se även s. 75 f. där saken berörs i det svenskspråkiga sammandraget. Kommissionens förslag ledde dock inte till denna del till reformförslag i propositionsskedet, se *RP 13/1994* s. 13 f. och 20 f.

²⁶⁵ Se *Bankföreningen i Finland: God banksed, 11.1.2001*.

²⁶⁶ Se *OM 2003:3* s. 41.

kredituppgifter²⁶⁷. Dessa uppgifter samlas i kreditupplysningsregister som enligt 9 punkten är ett register som innehåller personkreditupplysningar. Personkreditupplysningar är inte känsliga uppgifter enligt 11 § men behandlingen av dem regleras i 20 och 21 §.

Uppgifter om betalningsstörningar regleras i 20 §. De delas in i uppgifter som konstaterats i samband med myndighetsförfarande, betalningsstörning som gäldenären har erkänt och betalningsstörning som borgenären har anmält.²⁶⁸ Enligt 20.1 § får den som bedriver kreditupplysningsverksamhet i ett kreditupplysningsregister utöver en persons namn och kontaktinformation registrera information om en försummelse att betala eller prestera något, dvs. negativa uppgifter. I punkterna 1–4 nämns de händelser som får registreras. Det är information om händelser som regleras särskilt såsom lagakraftvunnen dom, tredskodom även om den inte vunnit lagakraft, att en registrerad vid utskönningsförfarande har konstaterats vara medellös eller att en konkursansökan har lämnats in. Det kan också vara information som den registrerade har erkänt genom ett skriftligt meddelande till borgenären eller som medför att säljaren vid avbetalningsköp enligt lagen om avbetalningsköp (91/1966) har rätt att återta det sålda föremålet eller att en kreditgivare enligt konsumentskyddslagen (38/1978) har rätt att häva något annat konsumtionskreditavtal.

I 20.3 § stadgas ytterligare att i ett kreditupplysningsregister får registreras uppgift om anteckningar i skuldsaneringsregister som avses i 87 § lagen om skuldsanering för privatpersoner (57/1993). Också civilrättsligt relevanta förändringar registreras enligt momentet, dvs. uppgift om omyndigförklaring och förordnande av god man för skötseln av den omyndigförklarades ekonomiska angelägenheter. En nyhet var den regel i momentet enligt vilken på den registrerades begäran kan registreras uppgift om att en sådan betalning som avses i 1 mom. har erlagts. Detta gäller också för regeln om att uppgift om kreditförbud som den registrerade själv gett upplysning om kan registreras.²⁶⁹

I 20.4 § stadgas att personkredituppgifter endast får lämnas ut till en registeransvarig som bedriver kreditupplysningsverksamhet samt till den som behöver information för beviljande eller övervakning av kredit eller annat därmed jämförbart syfte.

I 21 § regleras utplåning av uppgifter ur kreditupplysningsregister. De uppgifter som anges i 20.1 § utplånas ur kreditupplysningsregister efter fem–två år.

Det mest relevanta stadgandet i detta sammanhang är 25.2 § där det stadgas att den som förvärvat personkreditupplysningar om den registrerade för att användas vid sådant beslutsfattande som gäller den registrerade, skall underrätta denne om användningen av personkreditupplysningarna vid beslutsfattandet.

²⁶⁷ Se *RP 96/1998* s. 38.

²⁶⁸ Se *OM 2003:3* s. 44 f.

²⁶⁹ Se *RP 96/1998* s. 59.

I underrättelsen skall enligt momentet ingå uppgift om i vilket register kreditupplysningarna ingår och när de har förvärvats ifall vägran att bevilja kredit eller något annat beslut till den registrerades nackdel beror på de erhållna personkreditupplysningarna.

Regleringen av bankbranschen i Sverige är även intressant med tanke på kreditprövningen vid kreditgivning. Man har en reglering som närmar sig en situation där en presumtiv kreditkund har en rätt till kredit. Regleringen av avtalsverksamheten begränsas såsom i Finland i huvudsak till kreditgivning, genom den ovan nämnda konsumentkreditlagen (1992:830). Denna lag ersatte den tidigare konsumentkreditlagen (1977:981) som byggde på en modernisering av reglerna om avbetalningsköp och liksom motsvarande reform i Danmark och Finland införlivade man EG-direktivet om konsumentkrediter (87/102/EEG) genom den.²⁷⁰ Själva bankbranschregleringen finns i den nya lagen (2004/297) om bank- och finansieringsrörelse.

Kreditgivningen begränsas också av 8:1 av lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse som ersatt 2:13 bankrörelselagen (BRL).²⁷¹ I BRL 2:13 stadgades att kredit får beviljas endast om låntagaren på goda grunder kan förväntas fullgöra låneförbindelsen. I 8:1 den nya lagen stadgas att innan beslut om kredit fattas skall kreditinstitutet pröva risken för att de förpliktelser som följer av kreditavtalet inte kan fullgöras. Med tanke på den bankkris som de nordiska länderna gick igenom på 1990-talet verkar det verkliga problemet då ha varit omvänt genom att kreditprövningen varit alltför bristfällig.²⁷² Kreditprövningen var indirekt reglerad tidigare genom stadgandet i 5 § konsumentkreditlagen enligt vilket näringsidkaren i sitt förhållande till konsumenten skall iaktta ”god kreditgivningssed och därvid ta till vara konsumentens intressen med tillbörlig omsorg”. Regeln var en nyhet och man avsåg bland annat att den skulle utgöra en utfyllande norm när det gäller kraven på näringsidkarens handlande i situationer som inte närmare har reglerats i lagen eller i avtalet.²⁷³

I samband med den ovan beskrivna omfattande reformen av lagstiftningen om bank- och finansieringsrörelse har en ny 5 a §, som trätt i kraft 1.7.2004, införts i konsumentkreditlagen. Där stadgas att näringsidkaren, innan kredit beviljas, skall pröva om konsumenten har ekonomiska förutsättningar att fullgöra vad han eller hon åtar sig enligt kreditavtalet (kreditprövning).

²⁷⁰ Se *Prop. 1991/92:83* s. 29 ff. En följd av införlivandet var att man även i Sverige gick in för att utsträcka regleringen att gälla alla konsumentkrediter, dvs. också fristående krediter. På många punkter ville man dock bibehålla den högre konsumentskyddsnivån som fanns i den tidigare lagen.

²⁷¹ *Prop. 2002/03:139* s. 535.

²⁷² Jfr *Prop. 1991/92:83* s. 24 där man övervägde att införa regler om förhindrande av överskuld-sättning i konsumentkreditlagen. Man valde att inte införa regler om kreditprövning på grund av att kreditprövningen till följd av självsanering på kreditgivarsidan hade förbättrats. Därigenom blir frågan om kontraheringsplikt ånyo aktuell om kreditprövningen ”förbättras” alltför väl.

²⁷³ Se *Prop. 1991/92:83* s. 106.

Därutöver gäller även vad som tidigare följde av god kreditgivningssed som kan likställas med god banksed med stöd av 5 §. Kreditgivaren skall i samband med prövningen av kredit upplysa konsumenten om vad prövningen innebär. Vid avslag av en konsuments anbud om kredit får det anses följa av kravet på god kreditgivningssed att kreditgivaren underrättar sökanden om orsaken till avslaget.²⁷⁴ God kreditgivningssed motsvarar även det allmänna krav som banker under Finansinspektionens tillsyn i allmänhet måste uppfylla. Genom att inta en särskild regel i konsumentkreditlagen har den svenska lagstiftaren velat markera betydelsen av gott handlande inom branschen fastän man inte infört någon särskild sanktion.²⁷⁵ Denna reglering kommer således nära en regel om rätt till kredit. Egentligen är det just avsaknaden av sanktion som skiljer regleringen från en uttrycklig regel om rätt till kredit som reglerats i lag.

Med en rätt till kredit avses inte här att alla som vill ha kredit ändå skall få det.²⁷⁶ Det är endast fråga om att ta som en utgångspunkt att envar som vänder sig till en kreditinstitution skall få kredit förutsatt att inte några godtagbara skäl till vägran föreligger.²⁷⁷

Kredit är en nytthet som förutsätter ett långsiktigt engagemang från kredittagarens sida och därför finns det flera tänkbara grunder för vägran än för mindre omfattande avtalstyper. Det oaktat kan man väl tänka sig att tillämpa den allmänna rättsgrundsatsen om kontraheringsplikt på kreditgivning.²⁷⁸ Det är nämligen möjligt att ett kreditinstitut bedömer den till buds stående informationen på ett överförsiktigt sätt. Särskilt gäller detta uppgifter om kredittagarens närhistoria om problem med tidigare krediter. Personer med en sådan historisk belastning finns det gott om och kommer att under en längre tid finnas på grund av den depression som präglade 1990-talet.²⁷⁹ Man kan som stöd för en bedöm-

²⁷⁴ Se *Prop. 1991/92:83* s. 107.

²⁷⁵ Se *Prop. 1991/92:83* s. 33.

²⁷⁶ Ända tills följderna av 1990-talets depression började synas var problemet inte aktuellt, se *Tala 1993* s. 312 f. som då han granskar utvecklingen av regleringen av krediter konstaterar att tillgängligheten inte nuförtiden kan anses vara ett centralt problem ur konsumenternas synvinkel. På sin höjd är det fråga om till vilket pris och vilka villkor krediten ges. Så länge följderna av den ekonomiska depressionen hålls i minnet förefaller det som om Talas bedömning främst gällde den situation som uppstod när kapitalmarknaden nyligen hade liberaliserats på 1980-talet.

²⁷⁷ Se däremot *Huhtamäki 1993* s. 87 f. som anser att man inte kan ålägga bankerna en skyldighet att ge kredit. Han anser att det endast är klart att bankerna inte får vägra ge kredit till allmänheten på osakliga grunder såsom att hänvisa till ras, etnisk härkomst, religion eller dylikt, dvs. straffbar diskriminering. Problemet med detta synsätt för den som förvägrats kredit är att efter diskrimineringen erhålla kredit. Även om någon blir dömd för ett diskrimineringsbrott har målsägaren ännu inget kreditavtal – i civilrättsligt hänseende har hans situation inte förbättrats.

²⁷⁸ Se dock *NOU 1994:19* s. 48 där man säger att jämlik behandling av kunder vid ansökan om kredit ger upphov till problem jämfört med depositioner och betalningsuppdrag varför man inte föreslår regler om kontraheringsplikt för låneavtals del.

²⁷⁹ Se angående bankernas ansvar vid kreditgivningen, *RP 38/1996* s. 18 om införande av en ny 94 a § (lag 570/1996) i kreditinstitutslagen genom vilket det i större utsträckning än för närvarande blir möjligt att överlämna upplysningar till kreditupplysningsregister. Kreditgivaren måste

ning granska om den presumtiva kredittagaren tidigare fått en skuldsaneringsansökan förkastad på grund av lättsinnig kredittagning. I 10 § lagen om skuldsanering för privatpersoner (57/1993) regleras de allmänna hindren för skuldsanering. Enligt 7 punkten kan skuldsanering inte beviljas ”om det med beaktande av grunden för skulderna och omständigheterna vid deras uppkomst, gäldenärens sätt att sköta sin ekonomi eller andra omständigheter kan dras slutsatsen att det är sannolikt att gäldenärens skuldsättning är avsiktlig med inriktning på en skuldsanering eller uppenbart lättsinnig med beaktande av hurdan omsorg det skäligen kan förutsättas av en person i hans ställning under sådana omständigheter”.

Det finns således skäl som talar för att granska problemfall individuellt. Om kreditprövningen vid beviljande av konsumentkrediterna börjar standardiseras finns det nämligen en risk att möjligheten att få kredit försvåras för sådana som inte fyller kraven i de standardiserade förfarandena som tas i bruk. Det kan uppstå liknande problem som vid försäkringsbolagens klassificering av sin kunder. Det uppstår med andra ord en schematisk diskriminering som inte nödvändigtvis fyller kraven på ett gott förfarande, dvs. god banksed.

6.3.2.3 *Reglering av vissa typer av krediter*

Utöver den allmänna regleringen av kreditförhållandet finns det en mängd regleringar som gäller krediter för särskilda ändamål. I dessa har lagstiftaren emellertid företagit vissa konkreta ansvarsförskjutningar från det allmänna till bankerna. Dessa specialregleringar innehåller intressanta element som kan tänkas påverka bedömningen om hur det förhåller sig med rätten till kredit även i allmänhet. I konsumentförhållanden är studielån och bolån samt den nya regleringen av social kredit exempel på sådana former av kredit vilka är särskilt intressanta med tanke på frågan om huruvida det finns en rätt till kredit.

För studie- och bolånens del är det fråga om verksamhet där det allmänna har ansvar för att genomföra utbildnings- och bostadspolitik. Därför har man sett sig tvungen att införa särregleringar som jag behandlar närmare nedan. De är medel för att ge alla den rätt till social trygghet som 19 § grundlagen skall trygga medan den sociala kreditgivningen fungerar som en kompletterande form av social trygghet utöver 19 §.²⁸⁰ Ett centralt element är då att möjliggöra jämlika utbildningsmöjligheter oberoende av ekonomiska möjligheter och ett skäligt boende för alla personer som är bosatta i Finland. Främst på grund av

förebygga överskuldsättning hos kreditsökanden genom att på förhand utreda beloppet av sökandens ansvarsförbindelser samt hans förmåga och möjligheter att sköta den kredit som ansökan gäller. Kreditgivaren måste således avhålla sig från att bevilja kredit om krediten skulle innebära ekonomiska svårigheter för sökanden. Denna skyldighet uppväger den skyldighet som en tillämpning av den allmänna principen om kontraheringsplikt skulle innebära.

²⁸⁰ Se *GrUU 43/2002 rd – RP 142/2002 s. 2.*

brist på tillräckligt med allmänna medel måste det allmänna avstå från att svara för alla kostnader. Behovet på dessa områden är sgs. oändligt stort. Det uppstår då ett behov att blanda offentligrättsliga lösningar med privaträttsliga lösningar, dvs. bidrag från den sociala sektorn och lån på den fria marknaden.

Det finns också andra lån såsom gårdsbrukslån där innehållet i låneavtalet förutom att det bestäms i skuldebrevet även bestäms i speciallagstiftningen om låneformen.²⁸¹ Man kan tänka sig att det vid avtalsslutet om krediten kan uppstå liknande konstellationer som för studie- och bolånen samt de sociala krediterna. Här koncentrerar jag mig dock på blott studie- och bolånen samt de sociala krediterna då de går till konsumenter medan krediter för gårdsbruk för in i en vidare problematik om jordbrukspolitik som faller långt från huvudtemat för undersökningen.

I sig är de bostadskrediter som har ett socialt motiv inte direkt relevanta med tanke på e-handeln. Bostadskrediterna utgör emellertid den största delen av privatpersonernas krediter enligt vad som ovan redogjorts för.²⁸² Bostadskrediterna spelar en så stor roll i samhällsekonomin att man vid en granskning av en rätt för privatpersoner att erhålla kredit inte kan negligera dem. Det som kommer fram om bostadskrediter kan inte nödvändigtvis direkt anses gälla andra typer av krediter även fastän det skulle bli vanligt att företa även större anskaffningar genom e-handel. Studielånen tas emellertid för att finansiera konsumtionen under studietiden och den inbegriper såväl dagligvaror som t.ex. böcker. De nyttigheter som studeranden köper kan mycket väl ske genom e-handel och därför går studielånen att jämföra med andra konsumtionskrediter. Regleringen av de sociala krediterna är ett färskt exempel där lagstiftaren prövat en ny lösning inom den sociala sektorn. Det är därför intressant att se på specialregleringar inom både den privata och offentliga sektorn för att kunna finna särdrag som kan tillämpas på allmänna krediter till enskilda personer. Uppgiften i denna undersökning är inte heller enbart begränsad till att granska rätten till infrastrukturjänster inom e-handeln, eftersom denna handel ännu inte vuxit till en sådan omfattning att en märkbar andel av omsättningen skulle ske genom den.

6.3.3 Rätt till social kredit

Den nya lagen om social kreditgivning (1133/2002) stiftades i syfte att förebygga ekonomisk utslagning och överskuldssättning bland låginkomsttagare och mindre bemedlade samt att göra det möjligt för dessa personer att klara sig

²⁸¹ Se *HD 1994:55* där man gav banken rätt att höja på räntan med stöd av 59 a § (lag 979/1991) landsbygdsnäringslagen (1295/1990) som då gällde men som sedermera har ersatts av lagen om finansiering av landsbygdsnäringslag (329/1999).

²⁸² Se ovan avsnitt 6.3.1 vid not 229.

på egen hand.²⁸³ I 1 § lagen stadgas utöver detta att verksamheten hör till socialvården. Propositionen lämnades till riksdagen såsom förslag till budgetlag i september 2002 och trädde i kraft redan 1.1.2003. Ur 2 § lagen framkommer att social kreditgivning är en lagstadgad frivillig uppgift för kommunerna. Kommunen har enligt lagen möjlighet att ordna social kreditgivning som en del av socialvården i kommunen och i den omfattning som de lokala behoven förutsätter.²⁸⁴

Den sociala kreditgivningsverksamheten lyder i stort sett under samma lagbundenheter som kommersiell kreditgivning även om avsikten inte är att verksamheten skall vara vinstbringande för kommunen.²⁸⁵ Bankföreningen i Finland meddelade vid beredningen av propositionen att verksamheten inte bör konkurrera med den kommersiella kreditgivningsverksamheten. Därför bör social kredit reserveras endast för sådana personer som inte har möjlighet att få normal kredit.²⁸⁶ I 5 § lagen regleras bedömningen av sökandens återbetalningsförmåga på ett sätt som inte skiljer sig från den typ av prövning som de kommersiella aktörerna tyr sig till. Vid bedömningen beaktas 1) sökandens disponibla inkomster och medel samt förtjänstmöjligheter med hänsyn till ålder, arbetsförmåga och andra omständigheter, 2) sökandens faktiska utgifter, 3) sökandens skulder, samt 4) andra faktorer som påverkar sökandens ekonomiska ställning. Härvid är det klart att den inte finns en subjektiv rätt till social kredit.²⁸⁷ Ovan har redan konstaterats angående den kommersiella kreditverksamheten att rätten till kredit inte kan betyda en lika stark rätt som rätt till grundläggande banktjänster. Här uppstår dock frågan huruvida rätten till sociala krediter är starkare än rätten till kommersiella krediter.

Det förefaller som om lagstiftaren tänkt sig att den sociala kreditgivningsverksamheten inte faller under samma premisser som den kommersiella. I 2.1 § lagen stadgas att om kommunen beslutar att ordna social kreditgivning, skall den fastställa grunderna för beviljandet av sociala krediter med beaktande av vad som föreskrivs i lagen. I detaljmotiven framförs att när kommunen fattar beslut om dessa grunder skall den vid sin prövning iakttä förutom den förslagna

²⁸³ Se *RP 142/2002* s. 12.

²⁸⁴ Se *RP 142/2002* s. 12.

²⁸⁵ Se *RP 142/2002* s. 20 där det preciseras att ränteinkomsten delvis kan ersätta kommunen för de utgifter som kommunen får stå för genom att bedriva verksamheten.

²⁸⁶ Se *RP 142/2002* s. 17. Man kan förstås fråga sig vad som avses med normal kredit. Det är allmänt känt och har framkommit ovan att det är lätt att få sådan kredit som löper med exceptionellt hög ränta. Det kan väl knappast vara meningen att den sociala krediten inte skulle få konkurrera med denna typ av kreditgivning. Under den försöksverksamhet som föregick beredningen av lagen beviljades social kredit som indirekt förbättrade förutsättningarna för en kontroll över ekonomin. Man avsåg situationer när personen främst tack vare den sociala krediten kunde undvika att använda sig av de avsevärt mycket dyrare konsumtionskrediterna som bjuds ut av finansiella bolag. Se *RP 142/2002* s. 6.

²⁸⁷ Se *RP 142/2002* s. 17.

lagen även de allmänna förvaltningsrättsliga principerna, dvs. principer om jämlikhet, objektivitet, ändamålsbundenhet och proportionalitet. Kommunen skall dessutom även iakttä förfarandebestämmelserna i kommunallagen och lagen om förvaltningsförfarande. Man framför dessutom att kommunen borde definiera för vem och för vilka ändamål sociala krediter beviljas i kommunen, en allmän nedre och övre gräns för sociala krediter som beviljas, en allmän ränta på den sociala krediten i kommunen och på vilka grunder räntan kan sänkas eller höjas eller inte alls tas ut samt lånetidens maximilängd. Dessutom bör det redas ut hur man ansöker om social kredit i kommunen, hur den ekonomiska rådgivningen och handledningen i anslutning till kreditgivningsverksamheten ordnas och enligt vilken praxis sociala krediter drivs in.²⁸⁸

Enligt 4.1 § lagen kan social kredit av grundad anledning beviljas en person som på grund av små inkomster och tillgångar inte på något annat sätt kan få kredit på rimliga villkor. Såsom en ytterligare förutsättning ställs i paragrafen att den som beviljas krediten skall ha förmåga att klara av återbetalningen av krediten. Förhållandet mellan krediten och utkomststödet regleras närmare i lagen. Enligt 10 § skall, innan social kredit beviljas, sökandens rätt till utkomststöd enligt lagen om utkomststöd (1412/1997) redas ut. Ytterligare sägs uttryckligen att en persons rätt att få utkomststöd inte kan begränsas eller stödbeloppet sänkas med hänvisning till att han eller hon skulle ha möjlighet att få social kredit.²⁸⁹

Enligt detaljmotiven kan t.ex. grundade anledningar för beviljandet av kredit vara att få kontroll över ekonomin, förebyggande av skuldsättning eller brytande av skuldspiral, anskaffningar till hemmet, främjande av rehabilitering eller sysselsättning, tryggande av boendet, att övervinna en social kris eller någon annan omständighet som har verkningar för hur sökanden klarar sig på egen hand, t.ex. bristande säkerheter eller anteckning om betalningsstörningar. Syftet är att krediten skall kunna beviljas även i situationer där sökandens instabila ekonomiska situation, t.ex. arbetslöshet, har varat under en kort tid eller sökandens betalningsförmåga blir bättre, om hans förutsättningar att sköta sina ekonomiska förpliktelser blir skäliga tack vare den sociala krediten. Omständigheter som talar för att social kredit skall beviljas är sökandens långa arbetshistoria, en i eurobelopp räknat ringa användning av utkomststödet och små skulder.²⁹⁰

²⁸⁸ Se *RP 142/2002* s. 18.

²⁸⁹ Se detaljmotiveringen till den ändrade 10 §, *ShUB 36/2002 rd – RP 142/2002* s. 3. där social- och hälsovårdsutskottet med hänvisning till grundlagsutskottet anser att det för klarhetens skull bör sägas ut i 10 § att social kredit inte ersätter vars och ens rätt enligt 19 § 1 mom. i grundlagen att få sin oundgängliga försörjning tryggad. Propositionens formulering blev sålunda kompletterad från att först endast ha förpliktat kommunen att reda ut sökandandens rätt att få utkomststöd.

²⁹⁰ Se *RP 142/2002* s. 18 f.

Enligt 4.1 § lagen om social kreditgivning beslutar på ansökan organet i den kommun som är personens hemkommun enligt lagen om hemkommun (201/1994) om beviljande av social kredit. Detta motsvarar huvudregeln i socialvårdslagen enligt vilken kommunen sörjer för att ordna socialvård för sina invånare. Enligt 12 § socialvårdslagen (710/1982) kan organets lagstadgade behörighet i en instruktion delegeras till myndigheter som är underställda organet. Förfarandet regleras av lagen om klientens ställning och rättigheter inom socialvården (812/2000, klientlagen) och förvaltningslagen (434/2003). Enligt 6 § klientlagen skall ordnande av socialvård bygga på ett beslut. Sålunda skall kommunen fatta beslut om beviljande av social kredit eller förkastande av ansökan. I ett beslut om beviljande av kredit skall nämnas kreditens storlek och den ränta som skall drivas in. I ett beslut enligt vilket social kredit inte beviljas, skall enligt förvaltningslagen anges motiveringarna till förkastandet. I kommunens beslut om beviljande av social kredit kan sökas ändring i enlighet med 49 § socialvårdslagen.²⁹¹

Enligt 6.1 § lagen om social kredit skall om social kredit ingås ett skriftligt avtal, varav ett exemplar skall ges kredittagaren. I avtalet skall anges 1) kreditens användningsändamål, 2) kreditens belopp, 3) räntan, samt 4) storleken på återbetalningsraterna, förfallodagarna och andra återbetalningsvillkor. Ur detaljmotiven kommer det fram att avtalsparterna är kommunen och kredittagaren.²⁹² Situationen är speciell jämfört med ordinär kommersiell kreditgivning. Först fattar kreditgivaren ett förvaltningsbeslut och därefter ingår myndigheten ett avtal med samhällsmedlemmen. Den enskilda individen är samtidigt i en ställning av konsument och socialvårdsklient.

Konstellationens hybridkaraktär framhävs i 11 § om ändringssökande. Där stadgas att i ett beslut om social kredit som kommunen fattat med stöd av denna lag får ändring sökas hos förvaltningsdomstolen. Detta är naturligt med tanke på att det är fråga om ordinär myndighetsverksamhet. Därefter följer ett stadgande om att tvister som gäller ett avtal om social kredit behandlas i förvaltningsdomstolen enligt vad som föreskrivs i 7 kap. socialvårdslagen.

Grundlagsutskottet konstaterade att enligt propositionens motivering (troligen specialmotiven under 8 §) kommer eventuella tvister om avtalet mellan kommunen och kredittagaren förmodligen att behandlas i allmänna domstolar. En kommunal myndighets beslut om att bevilja kredit grundar dock ett offentligrättsligt rättsförhållande. Tvister om kredit eller avtal som ingåtts för att genomföra kreditbeslut skall således enligt 51 § socialvårdslagen avgöras av förvaltningsdomstolen. Utskottet avslutar resonemanget med att det för tydlighetens skull bör intas ett stadgande om detta i lagen.²⁹³

²⁹¹ Se *RP 142/2002* s. 19.

²⁹² Se *RP 142/2002* s. 19.

²⁹³ Se *GrUU 43/2002 rd – RP 142/2002* s. 2.

Lagen om social kreditgivning föregicks av ett treårigt försök i åtta kommuner. Redan tidigare hade som en följd av de svåra situationer som påfallande många råkade i under 1990-talets ekonomiska depression inletts olika försök med s.k. sociala krediter i vissa kommuner. I det senaste försöket beviljade man över 1 100 sociala krediter på sammanlagt över 18 miljoner mark. Utöver dessa beviljade också Garanti-Stiftelsen under försöket krediter så att det sammanlagt blev över 1 600 krediter till ett sammanlagt belopp på 27 miljoner mark.²⁹⁴

I en undersökning om försöket framkommer att de som ansökte om kredit ville få familjens ekonomi under kontroll. Av krediterna beviljades 65 procent för skötsel av skulder och 35 procent för olika slags anskaffningar. I enlighet med försökets mål beviljades krediter till låginkomsttagare och mindre bemedlade personer, även till hushåll som under ett år varit beroende av utkomststöd och som fick utkomststöd som bäst. Med social kreditgivning ersattes dock inte sökandens rätt till sådant utkomststöd som beviljas i sista hand.²⁹⁵

Vid tiden för uppgörande av rapporten kunde man inte ge ett slutligt svar på hur återbetalningen av den sociala krediten kommer att lyckas. Detta beror på att av de som fått kredit höll många ännu på och amorterade sin skuld enligt amorteringsplanen. Man bedömde att kreditförlust kan uppstå vid cirka fem procent av fallen.²⁹⁶

Försöket med social kreditgivning gav klart mera positiva än negativa resultat varför försöket kan anses lyckat. Den sociala kreditgivningens möjligheter att hjälpa låginkomsttagare och mindre bemedlade hushåll, som har stora skulder och som fallit utanför skuldsaneringen, är dock begränsade. Cirka hälften av de som ansökt om social kredit hade blivit utan.²⁹⁷

I och med den nya lagen verkar således dessa krediter att bli ett permanent inslag i samhället utöver den egentliga kreditmarknaden. I och för sig avlastar de trycket på kreditinstituten att bevilja kredit i tveksamma fall. De sociala krediterna berör dock i regel en mycket marginaliserad grupp av presumtiva bankkreditkunder. Innan lagen trätt i kraft har den sociala borgens- och kreditgivningsverksamheten täckt en försumbar del av hemhushållens hela kreditstock. Det har dock visat sig att dessa slag av krediter är lämpliga för de som drabbats av ekonomiska svårigheter. Muttilainen fäster i sin socialpolitiska doktorsavhandling uppmärksamhet på problemet med att förvandla vederlags-

²⁹⁴ Se *Ivari m.fl. 2002 s. 5* (svenskspråkig sammanfattning).

²⁹⁵ Se *Ivari m.fl. 2002 s. 5* (svenskspråkig sammanfattning) och s. 35 ff.

²⁹⁶ Se *Ivari m.fl. 2002 s. 5* (svenskspråkig sammanfattning) och s. 66 ff.

²⁹⁷ Se *Ivari m.fl. 2002 s. 5* (svenskspråkig sammanfattning) och s. 33 ff. De kommuner som deltagit i försöket hade i allmänhet haft goda erfarenheter av kreditgivningen och var i regel positivt inställda till en fortsatt verksamhet. Man avser att med hjälp av ett verkställighetsprojekt starta en riksomfattande social kreditgivning. Denna verksamhet kommer att basera sig på den nya lagen om social kreditgivning, se *ShUB 36/2002 rd – RP 142/2002 s. 3*.

fria förmåner till vederlagsbundna med ränta. Detta minskar möjligheterna att använda sig av utkomststödet för personer med skuldproblem. Det uppstår en förskjutning av risktagningen från de ursprungliga borgenärerna till nya ansvarsbärare för de gäldenärens del som håller på och bli realiserade kreditrisiker.²⁹⁸ De sociala krediterna kan ändå inte avlägsna problemet med alltför schematiska nekanden av kreditökande personer hos bankerna på grund av att det till en stor del är fråga om en annan grupp av presumtiva kunder.

6.3.4 Rätt till särreglerat studielån

Studielånet utgör ett komplement till det övriga statliga studiestödet på grund av att stödets övriga former inte nödvändigtvis i tillräcklig mån täcker behoven. Det speciella med krediten är att den tas för att klara uppehållet, dvs. de löpande dagliga utgifterna. Normalt förknippas man inte med god hushållning ett sådant förfarande att man tar en långvarig kredit för att klara av löpande kostnader. I vanliga fall är detta ett tecken på att ekonomin håller på att störta i en allt djupare skuldspiral. Studielånet kan dock ses som en investering i en förhöjd yrkeskunskap som ger avkastning i form av bättre framtida arbetsförhållanden och förhöjda inkomster.²⁹⁹

Efter reformen av studiestödssystemet i början på 1990-talet har studielånets roll inom systemet minskat och studerandena har ytterligare genom sitt val att låta bli att ta lån marginaliserat dess roll. Under våren 2003 har det i offentligheten kastats fram att studiestödssystemet ånyo borde reformeras så att lånets roll igen skulle bli större. Funktionen av studielånet i sin nuvarande form ger ändå stöd för att bankernas frihet vid tillhandahållandet av dylika specialreglerade krediter skall vara mindre än annars. Om lånets roll igen blir större förstärker detta behovet att begränsa bankernas frihet vid tillhandahållandet.

Studielånet med statsborgen är en del av studiestödssystemet tillsammans med en studiepenning som regleras i lagen om studiestöd (65/1994). Lånet kan beviljas till ett visst högsta belopp och borgen beviljas för högst ett läsår i sänder. Vid bedömningen av rätten till utkomststöd med stöd av socialvårdslagen (710/1982) åt studerande har praxis åtminstone sedan 1980-talet varit

²⁹⁸ Se *Muttillainen 2002* s. 233.

²⁹⁹ Se *Havansi 1984* s. 37 ff. där han behandlar krediter med avseende på produktion (tuotannollinen luotto) och konsumtion (kulutusluotto). Härvid särskiljer han krediter med avseende på konsumtion från konsumtionskrediter (kulutusluotto). En konsumtionskredit används för att skaffa kapitalvaror. Alla krediter med avseende på konsumtion är inte enligt honom konsumtionskrediter utan t.ex. studielån som i sig är avsedda att användas för konsumtion är i det långa loppet en form av kapitalinvestering, dvs. en investering i yrkeskunskap som kan användas för produktivitet.

sådan att man har förutsatt att studiestödet inklusive studielån utnyttjas i första hand.³⁰⁰

Enligt 2 § lagen om studiestöd gäller lagen beviljande av studiepenning, bostadstillägg och statsborgen för studielån. Den som beviljas studiepenning har också rätt till statsborgen enligt 15 §. Rätten till statsborgen har emellertid nyligen genom en ändring av 15.5 § (lag 1427/2001) begränsats så att statsborgen enligt 3 punkten inte beviljas en studerande med en betalningsstörning som registrerats i ett sådant kreditupplysningsregister som avses i 20 § personuppgiftslagen (523/1999). I lagrummet ges däremot en möjlighet att i undantagsfall ändå bevilja borgen om betalningsstörningen gäller ett enda fall och ett litet belopp samt om en skäligt lång tid har förflutit från registreringen eller skulden som föranlett anteckningen har betalats eller om det i övrigt finns särskilda skäl för att bevilja statsborgen. Däremot stadgas ingenting om rätten att få lån förutom att det i 15 § stadgas att om rätten att lyfta lån, som beviljas på grundval av statsborgen, stadgas genom förordning. I 23 § förordningen om studiestöd (260/1994) stadgas att studielån ges mot skuldebrev som folkpensionsanstalten har fastställt formuläret för och att det skall lyftas under det läsår för vilket statsborgen har beviljats. Inte heller dessa regler säger något uttryckligen om rätten att få kredit.

Angående förslaget om lagen om social kreditgivning framfördes som ett alternativ att studerande som på grund av betalningsstörning förlorat statsborgen för sitt studielån kan beviljas social kredit. Detta skulle i första hand gälla i en situation där studerandens möjlighet att få statsborgen för sitt studielån skulle tryggas om den skuld som orsakat den studerandes betalningsstörning betalades med den sociala krediten. Kommunen kan överväga att bevilja en studerande kredit även i situationer där den studerandes förutsättningar för att sköta sina penningangelägenheter förbättras väsentligt så att studeranden kan slutföra sina halvfärdiga studier. Återbetalningsvillkoren för social kredit som beviljats en studerande måste definieras på motsvarande sätt som för statsgaranterade studielån.³⁰¹

Systemet är uppbyggt utan att lagstiftaren reflekterat över vad det innebär att man uppdrar åt bankerna att delta i studiestödssystemet.³⁰² Man kan också fråga sig vad ändringen av 15.5 § lagen om studiestöd innebär. Som det primära

³⁰⁰ Se *Huhtanen 1994* s. 143–151 där hon redogör för praxis under tiden före den nuvarande lagen om studiestöd. Se även *a.a.* s. 181 f. där hon ifrågasätter om det är berättigat att man vid bedömningen av behovet av utkomststöd räknar med krediter eller möjlighet till kredit som inkomst.

³⁰¹ Se *RP 142/2002* s. 19 spalt 1.

³⁰² Se *RP 226/1993* s. 8 f. där det sägs att reformen av studiesystemet innebär att man slopar det räntestöd som då fanns. Reformen innebar således att bankerna mot att de beviljar lån till marknadsränta inte behöver bära någon som helst kreditrisk tack vare statsborgen och att studerandena får bära ränterisken i sin helhet om de ser sig tvungna att ta studielån.

målet anges att man vill minska mängden studielån som staten i egenskap av borgensman får betala. Man konstaterar att studielånen lämnas obetalda till en stor del på grund av att studerandena strax efter studierna drabbas av utkomstsvårigheter (arbetslöshet, ändringar i familjeförhållanden och stora anskaffningar).³⁰³ Som lösning har man sedan förflyttat prövningen av kreditvärdigheten från bankerna till folkpensionsanstalten i egenskap av den myndighet som beviljar statsborgen. Detta kan i sig vara till hjälp vid lösningen av problemet på grund av att bankerna inte nödvändigtvis har det största intresset att pröva kreditvärdigheten. De har ju i alla fall rätt att vid en betalningsstörning vända sig till borgensmannen.

Om man däremot vidgar perspektivet kan man fråga sig vad som sker i ett fall där en studerande blir nekad borgen. Den som är i en sådan situation att han i huvudsak måste försörja sig själv måste få alternativa medel för sitt uppehälle. Om han inte vill eller lyckas försörja sig med arbete under terminerna återstår utkomststödet, dvs. understöd av det allmänna. Kostnadsbelastningen tidigare läggs jämfört med statsborgen som förfaller till betalning. Belastningen överförs dessutom på kommunerna i stället för folkpensionsanstalten. Kostnaden uppstår i form av ökade socialutgifter och inte i form av eventuellt missköta studielån. Om man prioriterade lånealternativet skulle det ändå finnas en möjlighet att genom regresskrav minska på det allmännas slutliga ansvar för de kostnader som studierna föranleder. Nu uppstår det lättare en tid av osäkerhet för studerande efter att borgen nekats. För en del kan det bli en ytterligare tröskel som i värsta fall kan leda till att studierna inte inleds eller att de avbryts.

Lånet utgör således för den som lyckas få ett sådant av en privat aktör en form av marknadsorienterat socialskydd för studerandena. Detta måste påverka bedömningen av om bankerna kan anses ha en skyldighet att bevilja kredit. Osökt kommer tanken att lagstiftaren räknat med att bankerna i detta fall har kontraheringsplikt. Om så ändå inte skulle vara fallet kan man ifrågasätta meningen med att införa ett sådant system där man ger något till bankerna (riskfri kreditomsättning till gängse pris, med ett färdigt utgallrat klientel) utan att kräva något i stället (skyldighet att bevilja lån).

JO har tagit ställning till förhållandet mellan utkomststödet och studiestödets olika former och kommit till att en klagande borde ha beviljats utkomststöd till dess att klaganden de facto kunnat förfoga över studielån. I detta sammanhang uppstår frågan om studerande har en rätt till kredit. Till denna fråga har dock JO inte tagit ställning.³⁰⁴

³⁰³ Se *RP 166/2001* s. 8

³⁰⁴ Se ställningstagandet av justitieombudsmannen, *JO:s verksamhetsberättelse 1995* s. 128 f. där beslutet *11.12.1995, dnr 340/4/95* över en klagan refereras. En studerande, som gick på gymnasiets sista klass, hade inte beviljats utkomststöd med stöd av socialvårdslagen på grund av att han inte hade tagit sådant studielån som han beviljats statsborgen för. Biträdande JO konstaterade att studiestödet är det primära utkomstsystemet för studerande och att statsborgen för

Det uppstår således två frågor när man granskar studiestödssystemet: 1) den offentlighetsrättsliga frågan om man som förutsättning för utkomststöd för studeranden kan förutsätta att hela studiestödet inklusive lån först utnyttjas och om svaret på denna är ja följer den privaträttsliga frågan 2) om lagstiftaren genom att arrangera studiestödssystemet så att där ingår lån som på grund av statsborgen för kreditgivaren är riskfria, förutsatt en kontraheringsplikt för kreditgivaren. I sig kan man ifrågasätta det meningsfulla med ett system där även mycket unga personers studier stöds med hjälp av statsborgen för studielån.³⁰⁵

För personer som idkar yrkesinriktade studier kan emellertid studielånet vara nödvändigt för att på heltid kunna idka studierna. Det är inte heller sagt att det inom den närmaste framtiden kommer att ske en reform av studiestödet som skulle göra studielånen överflödiga. Såsom ovan konstaterats torde det vara mera sannolikt att studiestödssystemet ånyo får en lånebetoning. Det är därför svårt att se varför det inte skulle gå att tillämpa den allmänna rättsgrundsatsen om kontraheringsplikt för dessa låns del. Härmed kommer man in på frågan om vilka vägande skäl som kommer ifråga för den presumtive borgenären att vägra ingå avtal om studielån eller numera egentligen staten att vägra bevilja borgen.

I sig är en anteckning om betalningsstörningar i kreditupplysningsregistret en omständighet som kreditgivarna (i detta sammanhang folkpensionsanstalten) måste beakta vid kreditprövningen. Man kan dock inte tänka sig att prövningen skulle vara summarisk så att den minsta lilla anteckning som förekommer skulle utgöra ett vägande skäl. För dessa lån gäller ju att de är riskfria för banken efter att statsborgen beviljats sökanden. För att kravet på vägande skälet skall uppfyllas måste det vara fråga om särskilt graverande uppgifter som visar att personen i fråga saknar en vilja att sköta sina åtaganden.

studielån utgör en del av studiestödssystemet. Därefter betonade JO att prövning av rätten till utkomststöd alltid skall fastställas på grundval av individuell prövning och ifrågasatte om det kan finnas skäl att ålägga en ung gymnasist eller någon annan som bedriver icke-yrkesinriktade studier att ta studielån. JO påpekade att ett statsborgensbeslut inte är liktydigt med en bankkredit och att tjänsteinnehavaren i ärendet borde ha förvissat sig om att banken beviljat studielånet. Det verkar som om JO inte egentligen övervägt hur det går om studerande förvägras lån på grund av att han använder uttrycket "att ta studielån".

³⁰⁵ Se borgensarbetsgruppens vid miljöministeriets betänkande *OPM 10:2001* s. 32 f. där det sägs att ett barn som åtnjuter barnbidrag kan få statsborgen för studielån med stöd av lagen om studiestöd endast om barnet inte bor hos sina föräldrar och om barnets eller föräldrarnas inkomster inte heller ställer hinder för det. Ett barn som fyllt 17 år och därmed inte längre åtnjuter barnbidrag har rätt till studiepenning, bostadsbidrag och statsborgen för studielån. Därtill finns begränsningar för andra än högskolestuderanden.

6.3.5 Rätt till särreglerat bostadslån

Ett led i bostadspolitiken har åtminstone sedan början av 1900-talet varit att uppmuntra invånarna i landet att själva sörja för sin bostad. Under den tid samhället hade en övervägande agrar karaktär gällde det att utöver bostad även ordna möjligheter att få sin utkomst inom lantbruket. I takt med den tilltagande industrialiseringen övergick det största behovet till att trygga möjligheterna att skaffa bostad åt all den befolkning som strömmade till industrierna. Detta behov blev ytterligare mera påfallande efter andra världskriget. Härmed grundade man en delegation för bostadsbyggande (fi. asuntorakennusvaltuuskunta, förkortning: Arava) som var tänkt såsom en tillfällig lösning.³⁰⁶

Först i samband med lagstiftningen om utvecklande av bostadsfinansieringen genomförde man ett system som ledde till att man från och med början av 1997 frångick de s.k. aravalånen för ägobostäder.³⁰⁷ Denna ändring tillsammans med andra åtgärder, som avsåg att flytta tyngdpunkten från aravalån till räntestödslån under åren 1993 och 1994, vidtog för att minska på den samhälleliga finansieringen av bostäder. Man ville minska på statens skuldsättning.³⁰⁸ På detta sätt konkretiseras en form av marknadsorientering. Det allmänna överlåter långivningsverksamheten på kommersiella kreditinstitut och det allmännas roll blir att idka bostadspolitik på marknaden för ägobostäder med hjälp av bl.a. räntestöd och skatteavdrag. Det allmännas roll minskar då rollen som borgenär och aktör på en kraftigt reglerad marknad upphör.

Jag har inte för avsikt att uttömmande redogöra för lagstiftningen om bostadslån. Framställningen begränsas till regler som är relevanta med tanke på frågan om huruvida det föreligger en rätt till kredit eller element av rätt till kredit till enskilda personer då de står i beråd att skaffa kredit till s.k. aktielägenheter eller egnahemshus.³⁰⁹

Den allmänna regleringen av stöd till låntagarna utgörs av lagen om ränte-

³⁰⁶ Se *Junkkari EIF III 1996* spalt 40–43 där han även förklarar förkortningen Aravas härledning och säger att det var fråga om en temporär kommission (toimikunta) som grundades 1949. Se även *RP 177/1993* under avsnitt 1.2 Aravalånesystemen där man redogör för de äldsta lagarna i systemet. Den första lagen var lagen om främjande av bostadsbyggnadsproduktionen i tätorter (225/1949).

³⁰⁷ Se *RP 8/1996* s. 7 och 22. Man föreslog att hänvisningen till 8 § aravalagen (1189/1993) i 3.1 § 3 punkten lagen om räntestöd för ägarbostadslån (1204/1993) slopas vilket skedde genom lag (207/1996).

³⁰⁸ Se *RP 209/1993* i avsnitt 2 Propositionens mål och de viktigaste förslagen och *RP 8/1996* s. 6.

³⁰⁹ I övrigt finns det följande lagar som kan räknas till den sociala lagstiftningen om bostadsfinansiering: aravalagen (1189/1993), lagen om ändring av lånevillkoren för hyreshuslån (1186/1990), lagen om räntestödslån för anskaffande av ägarbostad (639/1982), lagen om räntestöd för ägarbostadslån (1204/1993), lagen om statsborgen för ägarbostadslån (204/1996), lagen om räntestöd för bostadsrättslån (1205/1993) och lagen om bostadssparpremier (1634/1992). Se *RP 96/2000* s. 1.

stöd för ägarbostadslån (1204/1993) och lagen om statsborgen för ägarbostadslån (204/1996). Regleringen gäller myndighetsverksamheten i samband med långivningen. Det är fråga om ett system som när det bildades avsågs att vara parallellt med aravasystemet men som sedermera kommit att träda i aravasystemets ställe.³¹⁰ Stadgandena avser att säkerställa att räntestödslån enbart används för avsett ändamål och därmed regleras inte förhållandet mellan låntagaren och lånebeviljaren.

För unga personer (under 31 år) som skall köpa sin första bostad finns ett separat stödsystem, som bygger på bostadssparpremier (BSP). Detta system regleras i lagen om räntestödslån för anskaffande av ägarbostad (639/1982), lagen om bostadssparpremier (1634/1992) och lagen om statsborgen för ägarbostadslån (204/1996). Systemet går ut på att den kommande bostadsköparen ingår ett avtal med en penninginrättning om ett särskilt BSP-konto. På detta konto skall han spara minst 15 % av bostadens anskaffningspris. Penninginrättningen förbinder sig att ge ett reciprocitetslån när sparmålet uppnått. För detta lån betalar staten räntestöd för högst de sex första låneåren.³¹¹ Enligt 1 § lagen om bostadssparpremier kan bostadssparavtal ingås med stöd av lagen. Avtalet ingås mellan en bostadsspardeponent och en penninginrättning (4 §).

Det sägs inte direkt ut i lagen att en penninginrättning har en skyldighet att ingå sparavtal. Tanken har antagligen varit att bankerna normalt är villiga att idka inlåningsverksamhet och med den anknuten kreditgivning. Man har dock inte i tillräcklig mån beaktat ekonomiska krissituationer då presumtiva kunder inte ens tillåts sluta avtal om depositionskonton för sparändamål. Därför uppstår frågan om den nya 50 a.1 § KreditIL som ger en rätt att öppna konto även ger en betydligt förstärkt rätt till ett reciprocitetslån. Det allmänna har dessutom bidragit med skattelättnader. Man fortsatte med detta genom att man i samband med reformen av beskattningen av ränteinkomsterna för bankdepositioner bibehöll undantaget om skattefrihet för de ränteinkomster som inflyter på bostadssparpremiekonton.³¹²

I Danmark har man i rättspraxis gett en särskild ställning åt bostadssparkonton vid uppsägningssituationer. Argumenten i *UfR 1997 s. 28* talar för en utvidgad rätt till dels konton för sparandet men även för en rätt till lån som en del av arrangemanget. En bank hade i juli 1993 hävt ett bostadssparkontrakt och använt medlen på kontot till betalning av ett lån för en bil som kunden hade i banken. I februari 1991 hade kunden ingått ett avtal om bostadssparande med

³¹⁰ Se *RP 209/1993* avsnitt 2.2 Räntestöd för ägarbostadslån och *RP 8/1996* s. 7 och 22.

³¹¹ Se *RP 176/2000* s. 1.

³¹² Se *RP 128/1999* s. 1 f. Vid reformen upphävde man 33.2 § inkomstskattelagen (1535/1992) där den allmänna skattefriheten för ränteinkomster reglerades och ändrade i 7.1 § lagen om bostadssparpremier (räntebestämningsregel) samt beslöt att regeln om skattefrihet i 10 § lagen om bostadssparpremier bibehålls oförändrad. Med detta specialarrangemang ville man förhindra att framtiden för bostadssparsystemet äventyras.

banken. Sedermera hade lagen om bostadssparande ändrats utan att banken och kunden hade omförhandlat avtalet. Vestre landsret ansåg att lagändringen endast innebar att det inte gick att ingå nya bostadssparavtal. Genom att följa sparavtalet kunde kunden bli berättigad till en statspremie att användas för bostadsändamål. Kunden hade bl.a. därför en rätt att förvänta sig att få medlen på kontot till sin disposition. Domstolen slöt sig till att banken inte hade haft rätt att kvitta medlen på kontot mot den skuld som kunden hade till banken.

I USA har man också närmast sig en kontraheringsplikt vid kreditgivning när det gäller bostadskrediter. På grund av att man räknar boende som ett tillfredsställande av ett basbehov har statsmakten ursprungligen som en följd av den stora depressionen på 1920- och 1930-talen arrangerat särskilda masskuldebrevsmarknader för att trygga fördelaktig finansiering. Vid bostadskreditgivning används ett förfarande som kallas ”värdepapperisering” (securitization). Detta innebär att bostadskrediterna överförs från bankernas balanser till masskuldebrevsmarknaderna. Bankerna har på grund av detta då de beviljar bostadskrediter liksom fått en roll av offentliga maktutövare. Härmed uppstår det för dem en skyldighet att behandla kreditansökan noggrant, dvs. i förfarandet ingår element av rätt till kredit utan att det direkt är fråga om kontraheringsplikt.³¹³

Detta förfarande har emellertid inte varit tillräckligt inom sådana områden som på 1970-talet började förfalla till följd av bl.a. ökad brottslighet som i sin tur ledde till att bankerna började avskärma dessa områden från sin kreditgivning (neighbourhood redlining) såsom alltför riskfyllda.³¹⁴ Till följd av invånaraktivitet grundades National Training and Information Center som deltog i lagstiftningsarbetet för Home Mortgage Disclosure Act 1975 (HMDA) och Community Reinvestment Act 1977 (CRA) vilka är federala lagar. Enligt HMDA måste kreditinstitutioner årligen offentliggöra uppgifter om vart deras långivning är riktad och efter en ändring år 1990 uppgifter om dem som ansöker om lån. Denna lag fungerar som stöd vid tillämpandet av CRA genom vilken lokala organisationer ges en möjlighet att säkerställa långivning till privatpersoner för anskaffning av hem. Lagen stadgar att banker har en särskild skyldighet

³¹³ Se *Huhtamäki 1993* s. 86 f. och *Walker – Korpinen DL 1992* s. 684 ff. Jfr *Rudanko 1995* s. 123 som säger att man i denna situation kan motivera en viss grad av kontraheringsplikt för bankerna. Han hänvisar till Huhtamäkis framställning till denna del fastän i *Huhtamäki 1993* s. 87 framkommer att i det anförda rättsfallet *Jaques v. First National Bank of Maryland* endast var underrätten som konstaterade att bankerna har en skyldighet att bevilja bostadskrediter om den som ansöker uppfyller vissa krav. Den högsta instansen begränsade skyldigheten till att endast behandla ansökan på ett noggrant sätt – med Huhtamäkis ord ”kohdisti sopimuspakon toisin” (riktade kontraheringsplikten annorledes, FN:s översättning). På det sätt som kontraheringsplikt nyttjats här är det inte längre fråga om kontraheringsplikt utan endast om element av rätt till avtal (rätt till att få en noggrann behandling av ansökan) utan att däri ingår en rätt till ett avtal.

³¹⁴ Se ovan i avsnitt 6.2.2.5 där ändamålsstadgandet i CRA 12 U.S.C. § 2901 beskrivs och *Cassity CLR 2000* s. 347 ff.

att tillfredsställa behov av kredit i de samhällen den är avsedd för. I lagen ingår också effektiva medel för övervakningsmyndigheterna att ta till om en bank i sin verksamhet inte uppfyller lagens krav.³¹⁵

Detta är en annan typ av lagstiftning än den nordiska som presenterats i denna undersökning. Det förefaller som om dessa lagar som bygger på att använda publicitet och kollektivt agerande är ett fungerande alternativ i USA. Man kan fråga sig om orsaken till att man infört denna lagstiftning är den starka samhällseliga polarisering som har ägt rum där jämfört med de nordiska länderna. Det förefaller åtminstone än så länge svårt att tänka sig att bankerna i Finland skulle gå in för att avskärma hela områden och kategoriskt anse att invånarna skulle vara kreditvärda.

Det allmännas regleringsinsatser är rätt så omfattande för de olika formerna av bostadskrediter. Ändå har man inte säkerställt systemets funktion med uttryckliga regler om rätt till avtal och regler om vägande skäl för att kunna vägra ingå avtal om kredit. Man kommer även här in på frågan om inte systemet skulle vinna på en närmare reglering av rätten till kredit.

6.3.6 Sammanfattande synpunkter

I en marknadsekonomi blir man tvungen att från det allmännas sida ställa krav på en viss miniminivå på tillvägagångssätten hos aktörerna på de olika delarna av marknaden. Det är klart att hur vidlyftiga krav som helst inte kan uppfyllas med risk för att marknadsekonomins styrka – den ekonomiska effektiviteten – går förlorad. Till den ekonomiska effektiviteten kan emellertid också räknas att marknaden hålls öppen, dvs. att man inte tillåter att någon av slumpmässiga och irrationella skäl utesluts från en marknad. Marknaden som helhet blir ineffektiv om det t.ex. inte går att nå alla som är villiga att delta i omsättningen genom allmänt nyttjade betalningsmedel såsom kontoöverföringar. På motsvarande sätt lider marknaden om tillhandahållandet av alla betalningsinstrument som kan föranleda kreditförluster (bankkort och kreditkort) och övriga krediter på grund av en överdriven rädsla för kreditförluster inte distribueras till alla som har ett behov av dem och enligt en skälig bedömning torde kunna klara av att stå för sina förbindelser. Dessutom är det ett misshushållande med bankens medel att inte ge kredit åt sådana kunder som klarar av att betala den enligt avtalet.

Av det här presenterade materialet kan man inte sluta sig till att det finns en allmän regel om rätt att erhålla kredit i Finland. Det framkommer dock att det finns särreglerade sociala krediter, studielån och bolån. Det gemensamma för dem är att man genom dem finansierar nödvändig konsumtion. De allmänna konsumtionskrediterna ger även konsumenterna en möjlighet att anskaffa nöd-

³¹⁵ Se *Cincotta 1996* s. 26 ff.

vändiga nyttigheter. För många konsumenters del går det inte att rangordna vad som är viktigare, vatten, el och dylika infrastrukturtjänster eller möjligheten att få kredit. Dessa omständigheter talar för att man kunde införa en rätt att erhålla kredit.

Analysen av den reglering som gäller krediterna för ett visst ändamål ger vid handen att förfarandet vid beviljandet är närmare bestämt. Det kommer fram vad som krävs för att krediten skall kunna beviljas. Det är emellertid skäl att upprepa det som sagts ovan att detta inte betyder att alla som vill ha kredit skall få det. Det är endast fråga om att ta som en utgångspunkt att envar som vänder sig till en kreditinstitution skall få kredit förutsatt att inte några godtagbara eller vägande skäl till vägran föreligger. Den presumtiva kreditkunden har alltså en rätt till att få sitt ärende behandlat i ett sakligt förfarande, dvs. att banken iakttar god banksed. Förfarandet är sakligt då kreditprövningen genomförs tillräckligt noggrant så att det kommer fram om det föreligger godtagbara skäl till vägran. Om sådana skäl föreligger vinner både creditsökanden och kreditgivaren på att skälen identifierats och hindrar att ett kreditavtal uppstår. Marknaden fungerar också bäst för alla om skälen meddelas den creditsökande som förvägrats på det sätt som bankerna numera förpliktas i KreditIL 50 a.1 § då det är fråga om de grundläggande banktjänsterna. Detta utgör slutleden på ett sakligt förfarande. På detta sätt kan man i de enskilda fallen ytterligare utreda saken och lättare få eventuella missförstånd ur världen.

7 Sammanfattning

7.1 FORSKNINGSUPPGIFTEN

Denna undersökning utgår från en *hypotes* att samhällsutvecklingen, vari ingår utvecklingen mot marknadsorientering och den teknologiska utvecklingen, har lett till ett ökat beroende av de nödvändiga finansiella tjänsterna. Därmed har det även uppstått ett större behov för så gott som var och en att ha tillgång till dessa tjänster. Framställningen i den egentliga undersökningen till den del den berör förändringar i samhället pekar på hur stora förändringar det varit fråga om. Det kommer också fram att lagstiftaren ofta varit senkommen med att reagera på sådana förändringar som skulle ha tarvat revideringar av olika regleringar. Ett viktigt exempel på detta är att man först i december 2002 uttryckligen genom lag infört regler om tillgängligheten av s.k. grundläggande banktjänster.

För att genomföra forskningsuppgiften frågade jag (1) om förändringar på marknaden för post- och teletjänsterna samt banktjänsterna tillsammans med marknadsorienteringen och den informationsteknologiska utvecklingen har medfört ett behov att formulera regler om rätt till avtal inom dessa branscher. För att besvara frågan måste jag identifiera sådana förändringar i de faktiska förhållandena i samhället som fungerar som ett motiv för att vidta omformuleringar av de rättsliga reglerna om tillgängligheten av de ifrågavarande branschernas tjänster. Det är fråga om att förklara varför man övergått från att betona privatautonomi till att införa en övergripande styrning av tryggheten av utbudet av tjänsterna.

Därefter följde (2) frågan hur tillgängligheten av de tjänster som behövs för e-handeln tryggas genom regleringsåtgärder. Frågan gällde de rättsliga förutsättningarna för e-handeln över lag, dvs. det är fråga om att undersöka hur regleringen av tillgängligheten av tele- och posttjänster samt banktjänster genomförts. Dessa två frågor var av en inledande natur.

Den första huvudfrågan som förutsatte en detaljerad analys av rättsläget var (3) vilka banktjänster som omfattas av regeln om rätt till avtal. I konkretiserad form uppdelade jag frågan i följande: Har enskilda fysiska personer rätt att erhålla konto med därtill hörande betalningsmedel, att använda kontot till betalningsöverföringsuppdrag och rätt att erhålla kredit? Den andra huvudfrågan (4) gällde vad reglerna om rätt till avtal om banktjänster innebär för de olika banktjänsternas del. Fråga (4) förutsatte i sin tur att jag undersökte vad man skall ta sig till om en bank vägrar att överhuvudtaget tillhandahålla en viss tjänst eller tillhandahåller endast en del av de önskade tjänsterna.

7.2 SAMMANFATTNING AV RESULTATET AV GRANSKNINGEN I DE OLIKA KAPITLEN

7.2.1 Bakgrundskapitlen

I det *andra kapitlet* beskrev jag i korthet hur samhällsutvecklingen under efterkrigstiden har ändrat förhållandena på marknaden överlag. Härvid konstaterade jag i avsnitt 2.4 att man kan skönja två stora samhälleliga förändringar som inverkar på bedömningarna i avhandlingen. Dessa förändringar är marknadsorienteringen å ena sidan och å andra sidan uppkomsten av e-handeln som delvis ersättare av men ännu mest som ett komplement till den traditionella handeln. Förändringarna är stora i den bemärkelsen att de berör alla individer i samhället både fysiska personer och organisationer. Förändringarna skiljer sig från varandra så att marknadsorienteringen är ett regleringsprojekt som intierats av lagstiftaren, dvs. det är ett uttryck för top-down styrning, medan uppkomsten av e-handeln är en följdverkan av den s.k. Internetrevolutionen som är en utveckling som utgått från gräsrotterna (bottom-up).

Marknadsorienteringen initieras också av faktiska förändringar i beteendet i samhället som lagstiftaren reagerar på. Motiven för reformerna är att effektivisera skötseln av de gemensamma angelägenheterna vilket är ett eftersträvanvärt mål i sig. Jag kom till att det uppstår problem när man skall lägga en konkret innebörd i ordet effektivitet.

I det långa loppet kan reformer som förefaller effektiva på kort sikt visa sig vara kostsamma i ett vidare samhälleligt perspektiv. Här tog jag som ett illustrerande exempel de grundläggande posttjänsterna. Kontentan av resonemanget kan komprimeras i om samhällsmedlemmarna (kunderna) finns till för att skapa mervärde för ägaren eller om postverksamheten finns till för att öka alla samhällsmedlemmars välbefinnande. När det är fråga om grundläggande tjänster av den typ som undersöks i detta arbete finner jag det naturligt att söka svaret i en vidare samhällsnytta. Balansgången är svår och exemplen visade att det finns plats för korrigeringar.

Undersökningen bygger inte på ekonomisk-vetenskapliga analyser utan på en rättsdogmatisk analys. Analysen präglas också av att det numera finns normer på en högre eller allmännare nivå än de vanliga lagarna. Det är fråga om stadganden i grundlagen eller normer som kan härledas ur allmänna principer eller rättsgrundsatsar. Jag konstaterade att marknadsorienteringens olika former inte kan vara ett självändamål. När reformer genomförs måste man analysera hur regleringen tryggar grundläggande fri- och rättigheter inom respektive bransch. Det ultimata målet skulle inte vara den mest framgångsrika ekonomin utan ett rättvist samhälle. Jag kom till att det blir fråga om en avvägning av inkommensurabla storheter och att man lätt kommer in på rent politiska linjdragningar.

För *den virtuella marknadens del* tyckte jag mig kunna iaktta att den verkar lida av juridisk undernärning. På grund av att aktörerna på denna marknad inte behöver förflytta sig i fysisk bemärkelse spelar statliga gränser en undanskymd roll i Internet-världen. Det går därför inte att tillämpa alla de traditionella anslutningsreglerna inom den internationella privaträtten på vanligt sätt.

Jag konstaterade också att det inom e-handeln går att till negligierbara kostnader framställa och förflytta digitaliserbara nyttigheter. Detta provocerar fram ett avvikande beteende jämfört med annan handel. Om en verksamhet skall regleras och övervakas uppstår svåra och helt nya problem. Undersökningen gäller ändå inte den rättsliga kontrollen av verksamheten på nätet liksom inte heller de rättsliga frågorna som kan uppstå i e-handeln. Föremålet för undersökningen är det som jag kallar infrastrukturen för handeln. Det faller sig naturligt att se de traditionella infrastrukturbranscherna (här posttjänster och teletjänster) som en del av denna infrastruktur. Framställningen i kapitlet visar att det går att idka handel på ett delvis annat sätt än tidigare och att e-handeln i framtiden kan bli dominerande för att det inte längre finns gångbara alternativ. Det finns skäl som talar för att man kan utföra en omprövning av vilka alla tjänster skall räknas som infrastruktur. Jag frågade vad det är för skillnad mellan rätten till tillgång till nätet från rätt till möjligheter att betala för nyttigheter på nätet. Ett ändamål med det andra kapitlet var att visa varför jag i 5 och 6 kap. söker ett svar på frågan om hur tillgången till de tjänster som behövs för e-handeln tryggas genom rättsregler.

I *tredje kapitlet* granskade jag översiktligt utvecklingen av regleringen av näringsfriheten och avtalsfriheten i ett längre historiskt perspektiv. Jag jämförde särskilt ingreppen i den negativa avtalsfriheten i konkurrensrätten och civilrätten när det gäller att begränsa friheten att välja avtalspart.

Det är lätt att komma fram till att den konkurrensrättsliga interventionen griper djupare in i avtalsfriheten än den civilrättsliga kontraheringsplikten. Det ställs nämligen endast ett krav på att den som vägrar skall ha en dominerande ställning på marknaden. Tanken bygger på att då det inte finns en näringsidkare som dominerar kan den som blir utsatt för vägran vända sig till en annan. Grunden för den civilrättsliga kontraheringsplikten för nödvändighetsnyttigheterna var ursprungligen densamma. De tillhandahölls då ofta av det allmänna eller av monopol.

Den nya regleringen bygger på att införa en konkurrensutsatt marknad inom en bransch där det inte funnits en marknad i egentlig mening. Jag frågade därför vilken betydelse t.ex. KreditIL 50 a § kommer att få i framtiden och vilken signal den ger till rättssystemet. Den genomför ett civilrättsligt förpliktande av kreditinstitut att tillhandahålla grundläggande banktjänster. Man kan förklara avsikten med införandet av den med att det är fråga om s.k. ny infrastruktur. En annan förklaring kan vara att det är fråga om ett första konkret resultat av en ny syn på hur man med reglering vill öka den faktiska avtalsfriheten på bekostnad

av den negativa normativa avtalsfriheten. Genom att begränsa rätten att välja avtalspart tryggas tillgängligheten av nyttigheter för individerna i samhället mera än tidigare.

Både de civilrättsliga reglerna om kontraheringsplikt och det konkurrensrättsliga förbudet mot säljvägran begränsas av kravet på att det skall finnas godtagbara skäl för vägran. Ett dylikt krav gör att näringsidkaren tvingas formulera skälen för sin vägran och delge den presumtiva kunden dem. En fördel med detta jämfört med en situation där man förklarar att den negativa avtalsfriheten att välja avtalspart gäller är att konsumenten genast får veta om det egentligen är fråga om till exempel ett diskrimineringsbrott och om det är värt att söka hjälp i saken.

I det *fjärde kapitlet* genomförde jag utgående från perspektivet om arbetsfördelningen i samhället en granskning av regleringen av en del av det ekonomiska livet med tanke på tillgängligheten av nyttigheter i allmänhet. Det är fråga om regleringsåtgärder som påverkar den geografiska tillgängligheten av nyttigheter. Därför granskade jag regleringen för vissa nyttigheters del utgående från hur den kan trygga den faktiska tillgängligheten.

I detta kapitel framförde jag såsom en utvecklad hypotes att de finansiella tjänsterna i allt högre grad har antagit karaktären av infrastrukturtjänster och att detta måste avspeglas i hur reglerna om en rätt till dem ser ut. Denna egenskap kommer inte heller att bli mindre påtaglig i framtiden. Det allmänna har delvis skött t.ex. betalningsöverföringar genom postgiro med varierande innehåll i olika länder. I de nordiska länderna har det funnits statsägda banker som haft samarbete med postverken genom att upprätthålla ett gemensamt kontorsnät. Själva bankverksamheten har dock fungerat på den dåvarande kraftigt reglerade marknaden där man konkurrerade med andra faktorer än med priset på tjänsterna.

När det är fråga om att undersöka normer om tillgänglighet av nödvändighetsnyttigheter ligger det emellertid nära till hands att gå igenom regleringen inom ett stort antal sektorer. Med stöd av en sådan genomgång går det att analysera fram sådana drag som är gemensamma och som kan nyttjas vid en formulering av allmänna regler om tillgänglighet. En sådan analys fordrar också att man tar ställning till vad som avses med nödvändighetsnyttigheter. Jag har tidigare genomfört en sådan analys med tanke på förekomsten av normer om kontraheringsplikt, dvs. rätt till avtal för privatpersoner.¹

Nu var det inte min avsikt att upprepa och därmed uppdatera den tidigare kartläggningen och analysen utan jag koncentrerade mig denna gång på att följa upp utvecklingen av regleringen inom tre sektorer. Det är fråga om sektorer som såsom framkommit strax ovan har anknytningspunkter till varandra i samband med bl.a. den elektroniska handeln. Den fördjupade analysen av dessa

¹ Se Nybergh 1997 3 och 4 kap.

sektorer belyser också utvecklingen mot marknadsorienteringen. Det är fråga om affärsbranscher av vilka post- och telebranschen tidigare har varit samhällsservicesektorer.

Granskningen begränsades till tjänsterna i dessa branscher på grund av att de tillsammans med tjänsterna i bankbranschen har relevans med tanke på e-handel även om implikationerna av granskningen inte kan begränsas till denna handel. Den elektroniska handelns betydelse är ännu rätt liten men kommer sannolikt att öka.

Man kan tala om kategorierna affärsbransch eller samhällssektor i detta sammanhang. Oberoende av vilkendera kategori det är fråga om och om det är fråga om privaträttsliga förhållanden eller offentligrättsliga förhållanden kan man särskilja reglering av två olika slag. Det finns den allmänna näringsrättsliga bransch- eller sektorregleringen och den reglering som gäller det förhållande som uppstår mellan den som idkar en viss verksamhet och den som är kund. Förhållanden som tidigare varit förvaltningsförhållanden är intressanta i detta sammanhang på grund av att det till följd av marknadsorienteringen har gått så att förhållandet blivit avtalsrättsligt. Om det inte finns ett uttryckligt stadgande om kontraheringsplikt kan man fråga huruvida det går att tillämpa rättsgrundsatsen om kontraheringsplikt på förhållandet. Förhållanden som tidigare varit avtalsförhållanden kan också behöva omprövas efter att en utveckling i form av en tilltagande marknadsorientering ägt rum.

Det har i de västerländska länderna uppstått en tradition enligt vilken nödvändiga tjänster tillhandahållits av det allmänna eller genom olika former av begränsad konkurrens. En verksamhet som ansetts vara ren affärsverksamhet har man oftast tillåtit att idkas i konkurrens medan samhällelig infrastruktur reglerats särskilt och undantagits marknadsmekanismerna. Genom marknadsorienteringen har en mängd samhällელი funktioner återigen satts under marknadsmekanismernas påverkan.

Det är emellertid en svår definitionsfråga att säga vad som är affärsverksamhet och vad som är en samhällelig verksamhet som inte idkas utgående från affärsmässiga principer. Inom EU håller man på att utveckla en gemenskapsrättslig begreppsapparat att användas vid den rättsliga regleringen av tjänster för vilka något ytterligare skall gälla än deras fria rörlighet. Jag begränsade mig emellertid till att nämna de gemenskapsrättsliga begreppen med vilka man avser att konstruera undantag till rätten till tjänsternas fria rörlighet, dvs. tjänster i allmänhetens intresse, tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och samhällsomfattande tjänster. För denna typ av tjänster skall det finnas fastställda minimikrav för vad som måste erbjudas till ett överkomligt pris.

Gemenskapsrättens förhållningssätt till de här behandlade tjänsterna analyserade jag i respektive avsnitt i de följande kapitlen. En övergripande utgångspunkt var att det ligger nära till hands att förutsätta symmetri vid beviljande av friheter och rättigheter. Om man ger idkarna av en näring rätt att tillhandahålla

tjänster inom den inre marknaden måste denna rätt balanseras upp av en rätt för de fritt rörliga personerna inom den inre marknaden att tillgodogöra sig det att tjänsterna får röra sig. Det är dessutom en minimiförutsättning för personernas fria rörlighet att de har rätt till nödvändiga nyttigheter då de rör sig inom den inre marknaden.

Utöver dessa aspekter fann jag att skillnaden mellan de traditionella infrastrukturtjänsterna och de finansiella tjänsterna blivit allt mindre på grund av att det numera är privaträttsliga aktörer som fungerar på en (åtminstone formellt) konkurrensutsatt marknad inom de flesta branscher. Post- och teletjänsterna representerar i detta sammanhang den traditionella infrastrukturen medan banktjänsterna traditionellt har hänförts till affärsverksamhet som i huvudsak idkats av privata aktörer på en marknad. Nu bildar dessa tjänster tillsammans den viktigaste infrastrukturen för den e-handeln som uppfattats som en viktig del vid utvecklandet av informationssamhället.

7.2.2 Rätten till avtal

På grund av att all handel på distans förutsätter kommunikations- och transporttjänster granskade jag i *femte kapitlet* hur regleringen av post- och telebranschen ter sig i ett tillgänglighetsperspektiv. Regleringsåtgärderna har emellertid traditionellt varit omfattande och är det fortfarande trots marknadsorienteringen. Det är fråga om branscher som har hört till den traditionella infrastrukturen och för vilka det varit självklart att tillgängligheten har tryggats av det allmänna. Jag besvarade den *första frågan* i frågeställningen om förändringar på marknaden för post- och teletjänsterna tillsammans med marknadsorienteringen och den informationsteknologiska utvecklingen har medfört ett behov att formulera regler om rätt till avtal. Dessutom besvarade jag den *andra frågan* för post- och teletjänsternas del om hur tillgängligheten av de tjänster som behövs för e-handeln tryggas genom regleringsåtgärder.

Ur framställningen i kapitlet kom det tydligt fram att utvecklingen i samhället kommit till ett begynnelsestadium när ny teknologi tas i bruk. Det håller också på att uppstå nya förfaranden som utformar en ny typ av infrastruktur. Jag slöt mig till att det därför är på sin plats att även utforma rättsliga normer om rätt till avtal.

Jag konstaterade att *postverksamheten* har varit en verksamhet för vilken gällt att det allmänna haft skyldigheter gentemot dem som bor i landet. Därutöver har även posten inom förvaltningen skötts. Verksamheten hade innan det blev affärsverksamhet skötts i form av en samhällelig tjänst, dvs. det var faktiskt förvaltningsverksamhet. Trots att postverksamheten nu är reglerad såsom en affärsbransch sker den egentliga postverksamheten inte på en fungerande marknad. I regleringen finns stadganden om rätt till avtal. Tillgängligheten är därmed inte helt tryggad på grund av att det istället uppstått problem att

tillgodose den geografiska tillgången på tjänster. Framställningen gav vid handen att det redan utan empiriska efterforskningar förefaller oklart hurvida den nya ordning som marknadsorienteringen medfört som helhet sett har lett till en förbättring.

I förhållande till utvecklingen inom postverksamheten är utvecklingen i *televerksamheten* revolutionerande. Förvisso var uppkomsten av teletjänster för över hundra år sedan redan revolutionerande liksom även uppkomsten av ljudradio- och bildradioverksamheten litet senare. Det som möjliggör den största förändringen är möjligheten att behandla information i digital form. Det är fråga om att samhället övergår till ett informationssamhälle som gör att frågan om tillgänglighet till teletjänster får en helt ny innebörd. Tidigare har det varit fråga om tillgång till traditionella teletjänster och användarnas minimirättigheter vid avtalsbrott. Utöver fasta teleförbindelser finns det nu mobiltelefon-tjänster och dataöverföringstjänster. Tillgången till Internet är en väsentlig del av livet i informationssamhället oberoende av om den sker via fasta förbindelser eller genom mobila terminaler. Trots detta har lagstiftaren uttryckligen tagit ställning till tillgång till enbart fasta förbindelser.

Utvecklingen av de olika näten, tjänsterna, apparaterna och marknaden inom telesektorn har lett till att de olika delarna av sektorn närmat sig varandra på dessa plan (konvergensutveckling). En slutsats var att tillgången till kommunikationsmarknaden i relation till övriga samhällssektorer blivit viktigare. När utvecklingen går vidare uppstår det ökade förväntningar på att ha tillgång till kommunikationstjänster. Det blir fråga om att en allt större del av tjänsterna räknas till grundläggande tjänster. Granskningen av regleringen utvisade att den färska regleringen inte heller i tillräcklig utsträckning fyller ett berättigat krav på noggrannhet.

Den nya regleringen för post- och telebranschen inför EG-regleringens krav på samhälleligt ansvar. Förutom att det finns plats för finjustering av regleringen här i landet hänger det också på tillsynsmyndigheterna att i sin verksamhet se till att regleringens högt ställda målsättningar i praktiken uppfylls.

I det *sjätte kapitlet* analyserade jag vad en rätt till avtal inom bankbranschen kan stödas på. Jag besvarade den *första frågan* om förändringar på marknaden för banktjänsterna tillsammans med utvecklingen mot marknadsorienteringen och den informationsteknologiska utvecklingen har medfört ett behov att formulera regler om rätt till avtal. Jag kom i avsnitt 6.1.1 till att bankerna har en speciell roll som även lagstiftaren har noterat och dragit konsekvenserna av genom att stifta KreditIL 50 a §. Jag fann även i avsnitt 6.1.2 och 6.2.1.1 att den informationsteknologiska utvecklingen uppenbart har fungerat som motiv för att införa 50 a §. Redan en översiktlig granskning av de grundläggande banktjänsternas roll i samhället gav vid handen att det är fråga om handelns liksom e-handelns metatjänster. De är en absolut förutsättning lika väl som post- och teletjänsterna för att handeln skall fungera.

Dessutom besvarade jag den *andra frågan* till den del det gäller banktjänster om hur tillgängligheten av de banktjänster som behövs för e-handeln tryggas genom regleringsåtgärder. Det är även för banktjänsternas del fråga om dels näringsrättslig reglering och dels privaträttslig reglering som är relevant med tanke på tillgängligheten av tjänster. Min slutsats i avsnitt 6.2.2 var att tillgängligheten av banktjänster tryggas i och med genomförandet av KreditIL 50 a §. Här efter gick jag in på den *tredje frågan* om vilka banktjänster som omfattas av regeln om rätt till avtal. Jag kunde konstatera att enligt stadgandet i 50 a § räknas depositionskonto, betalningsförmedling och betalningsmedel samt andra hjälpmedel i samband med depositionskonto till de grundläggande banktjänsterna. I sig kunde man väl anse att även krediter hör till de grundläggande banktjänsterna. Jag kom dock till att förutsättningarna för att bevilja kredit avviker så mycket från förutsättningarna att tillhandahålla de övriga tjänsterna att det är bättre att se dem som ett särskilt slag av grundläggande tjänster i samhället.

Trots att det förefaller som om krediter inte skulle kunna vara lika nödvändiga som de grundläggande banktjänsterna för e-handeln eller handeln över lag undersökte jag även tillgång till krediter. Orsaken står att finna i att våra samhällen blivit vad man kallar kreditsamhällen. Det är därför ofta slumpen som avgör om betalningar görs så att köparens konto debiteras genast eller om det uppstår ett kreditförhållande. Den som inte har tillgång till kredit har en betydligt mindre ekonomisk rörelsefrihet samtidigt som tillgängligheten till kredit blir allt mera en integrerad del av tillgängligheten till betalningssystemen.

I avsnitt 6.3 kunde jag inte sluta mig till att det finns en allmän regel om rätt att erhålla kredit i Finland. Nedan i nästa avsnitt 7.2.3 sammanfattar jag emellertid hur tankegången om rätt till avtal med godtagbara grunder för vägran kan tillämpas på kreditgivning.

På grund av att jag kom till att införandet av KreditIL 50 a § var en kodifiering av det som varit rättsligt möjligt utan de uttryckliga lagreglerna var det inte i praktiken under normala förhållanden fråga om en dramatisk reform. Mer dramatik kommer in i bilden om man vill tillämpa sådana allmänna rättsgrundsatser som man kan anse att ligger bakom paragrafen. Den gäller nämligen inte juridiska personers rätt och denna fråga har jag avgränsat från framställningen. En del av analysen i denna framställning torde ändå gå att använda då man överväger juridiska personers rätt till grundläggande banktjänster.

7.2.3 De godtagbara grunderna för vägran

I undersökningens huvudkapitel 5 och 6 analyserade jag också hurdana grunder för vägran en näringsidkare kan anföra inom post- och telebranschen samt inom

bankbranschen. I den nya regleringen inom dessa branscher har lagstiftaren skridit till verket på ett utförligare sätt än tidigare. Det går därför att finna vissa gemensamma drag för vad som kan vara godtagbara skäl. Den allmänna strukturering av de godtagbara grunder för vägran som jag presenterade ovan i avsnitt 3.3.4 fungerar som bas.

Den indelning som Hemmo formulerat nämnde jag i detta avsnitt.² I den finns fyra kategorier. En näringsidkare skulle kunna vägra sluta avtal i situationer för vilka en norm kontraheringsplikt annars gäller då

1. kunden inte godkänner de normala villkor som erbjuds,
2. kundförhållandet medför särskild fara för företaget eller dess arbetstagare,
3. kunden har tidigare betalningsunderlåtelser och
4. företaget har begränsad kapacitet (åtminstone i vissa fall).

Hemmo nämner också att om det är fråga om nödvändighetsnyttigheter är en snäv tolkning av grunderna för vägran bättre motiverad än annars. Han tar därefter upp skyddet av individernas rätt till nödvändighetsnyttigheter med stöd av kontraheringsplikt och sluter sig till att det är fråga om grundläggande frågor i anslutning till den sociala civilrätten. I anslutning till dessa frågor betonar han att logiken inom den ekonomiska verksamheten förutsätter en rätt till vägran när det är oklart huruvida motparten kommer att uppfylla sina förpliktelser. Han förhåller sig avvisande till ett svar på den rättspolitiska frågan huruvida näringsidkarna skall belastas med enskilda svaga kunders förluster. Han för fram att man skall använda offentliga medel för att trygga dessa personers bastrygghet. Han för också fram tanken om att ju mera konkurrensutsatt en marknad är desto svårare är det att kräva ett upprätthållande av förlustbringande verksamhet.³

Hemmos preferenser överensstämmer inte nödvändigtvis helt med lagstiftarens. Det kom nämligen fram i 5 och 6 kap. att lagstiftaren på både de nyligen konkurrensutsatta branscherna (post- och telebranschen) och inom den sedan tidigare konkurrensutsatta bankbranschen infört stadganden om kontraheringsplikt. Man kan förklara dessa val som lagstiftaren gjort endast med att aktörerna i branschen skall pulverisera eventuella kreditförluster som uppstår till följd av att de varit tvungna att sluta avtal med sådan kunder som de annars skulle ha undvikit.

Hemmo nämner däremot inte i samband med framställningen om om kontraheringsplikten det krav som ställs i 80 § grundlagen om att regleringen av

² Se *Hemmo I 2003* s. 86.

³ Se *Hemmo I 2003* s. 22 och 87. Som stöd för det sistnämnda påståendet hänvisar han till *Airaksinen 1993* s. 285 (skall vara 295). Airaksinen tog ställning till frågor om eldistribution och teletjänster såsom nödvändighetsnyttigheter under tidigare skeden av marknadsorienteringen. Han kunde inte då beakta den reglering som sedermera följde där man uttryckligen ålagt näringsidkarna skyldigheter att tillhandahålla dessa nödvändighetsnyttigheter.

tillgången till tjänster som hör till de grundläggande rättigheterna måste formuleras tillräckligt exakt.⁴

Kategori 3 av de ovan nämnda grunderna för vägran utgörs av kundens tidigare betalningsunderlåtelser som grund för näringsidkarens rätt att vägra. Hemmo tar inte upp hur socialt prestationshinder inverkar på grunden. Jag har tidigare framfört att rätten att vägra då inte borde kunna aktualiseras.⁵ Om man inte undantar de betalningsunderlåtelser som beror på ett socialt prestationshinder skulle idén med normerna om socialt prestationshinder så gott som omintetgöras. Därför måste det anses följa av normernas ratio att näringsidkaren inte kan åberopa en betalningsunderlåtelse när den berott på ett socialt prestationshinder.

I avsnitt 3.3.4 visade det sig också att tillämpandet av grunden för vägran kan hävas av ytterligare omständigheter som gör att en annan norm skall tillämpas. Ett exempel på detta är straffrättsliga krav på näringsidkares tillvägagångssätt. En vägran får inte leda till att den presumtiva kunden försätts i livsfara och om så är fallet måste näringsidkaren låta bli att vägra eller skrida till alternativa åtgärder som förhindrar att det sker ett brott.⁶

I avsnitt 5.2.2 granskade jag de godtagbara grunderna för vägran för posttjänsternas del. Ett postföretag kan vägra ta emot eller förmedla en brev försändelse i vissa fall för att posttjänsterna inte då utan problem kan utföras. Dessa grunder inverkar emellertid inte på frågan om tillgängligheten av tjänsterna. Utöver dessa grunder utgör obetalda fordringar även ett godtagbart skäl för vägran. Detta skäl konstaterade jag att inte i vanliga fall berör konsumenter. Jag nämnde det dock med tanke på jämförelsen med de godtagbara grunderna för de andra tjänsternas del.

I avsnitt 5.3.3.3 granskade jag också de godtagbara grunderna för vägran för teletjänsternas del. Den första grunden utgörs av brottet störande av post- och teletrafik i sina olika former. Där särskiljs två situationer. Det första alternativet är att redan väckande av åtal för störande av post- och teletrafik kan utgöra en godtagbar grund. Det andra alternativet är en fällande dom, dvs. om en person under det senaste året dömts för störande av post- och teletrafik har teleföretaget en rätt att vägra. Den andra grunden är att ett teleföretag har rätt att vägra ingå avtal om användaren har obetalda, förfallna och ostridiga skulder för användningen av ett teleföretags anslutning.

⁴ Se däremot *Hemmo I 2003* s. 60 ff. där han på ett allmänt plan lyfter fram de grundläggande fri- och rättigheternas inverkan på privaträttsliga förhållanden. Han åberopar det faktum att det i rättspraxis inte just finns tecken på en direkt tillämpning av dem. Han nämner däremot inte den inverkan de grundläggande fri- och rättigheterna har då lagstiftningen utformas.

⁵ Se *Nybergh 1997* s. 266 f.

⁶ I avsnitt 3.3.4 nämnde jag att rätten för en taxi att vägra transportera en alltför berusad person hävs om rekvisitet för brottet utsättande enligt SL 21:14 (lag 578/1995) skulle uppfyllas.

Ur granskningen kommer det fram att den godtagbara grunden att vägra inte begränsats till ett avtalsbrott mot samma företag där individen redan har varit kund utan rätten skulle gälla även andra företag. Detta är en problematisk lösning särskilt med tanke på att tillgång till teletjänster direkt kan rädda liv förutom att de förenklar vardagen.

Utöver dessa uttryckliga grunder för vägran finns mellanformer. Ett teleföretag har rätt att avkräva konsumenterna en skälig förhandsbetalning eller säkerhet för avgifterna i avtal om anslutning till telefonnät i vissa fall. Det väsentliga i denna rätt är att teleföretaget inte som förutsättning för ett anslutningsavtal får kräva säkerhet eller förhandsbetalning utan att de förutsättningar som anges i lagen är för handen. Jag kom till att de lagrum som reglerar saken är problematiska på grund av sin vaga utformning. Samma gäller de regler om förhandsbetalning eller säkerhet där det stadgas om verkan av förutsägbar ovilja att betala hos konsumenten eller något annat sådant skäl på grund av vilket teleföretaget har grundad anledning att misstänka att de avtalsenliga avgifterna inte kommer att bli betalda.

I 6 kapitlet granskade jag slutligen de godtagbara grunderna för vägran att tillhandahålla grundläggande banktjänster och de godtagbara grunderna för vägran att tillhandahålla kredit. Av de grundläggande banktjänsterna sammanfattar jag här för enkelhetens skull endast rätten till konto.

I avsnitt 6.2.3.2 konstaterade jag att det går att särskilja tre kategorier av vägande skäl för vägran att öppna ett konto. De är 1) att den person som avser att ingå ett avtal om depositionskonto tidigare har gjort sig skyldig till ett väsentligt brott mot avtal som gäller konton och dylikt, 2) att det föreligger en misstanke om att den person som avser att ingå avtalet kommer att begå ett straffrättsligt sanktionerat brott gentemot banken och 3) att det är uppenbart att det inte finns ett behov av ett kundförhållande.

Angående grunden väsentligt brott mot avtal konstaterade jag i avsnitt 6.2.3.2.1 att det inte betyder att det också är fråga om ett brott i straffrättslig mening. För att få fram vad som är väsentligt jämförde jag med hävningsgrunder för redan gällande avtalsförhållanden och behandlade övertrasseringar som leder till kreditförluster. Härvid kan avtalsbrottet ha resulterat i en anteckning om betalningsstörning. Jag kom till att betalningsstörning som vägande skäl samtidigt skall utgöra ett tidigare avtalsbrott i förhållande till just den bank som står i beråd att sluta ett nytt avtal med den presumtiva kunden. Jag förespråkade också ett väsentlighetskrav i detta sammanhang genom att betalningsstörningen inte får vara obetydlig eller ligga långt tillbaka i tiden för att banken skall kunna åberopa den. Den godtagbara grunden uppstår således inte endast av anteckningen om betalningsstörningen utan man måste bedöma om det förelegat ett väsentligt brott mot ett avtal som gäller konton eller kontobetalningsinstrument.

Om det väsentliga brottet mot avtalet skett till följd av ett socialt prestations-

hinder fann jag att den allmänna regeln om socialt prestationshinder förhindrar att prestationshindret leder till negativa påföljder för den drabbade. Tankegången med läran om socialt prestationshinder är att det inte behövs ett uttryckligt stadgande som reglerar en viss situation. Om ett prestationshinder föreläggat kan inte en rättslig påföljd följa så länge hindret föreligger och därmed uppstår det inte heller ett väsentligt avtalsbrott som kan tillräknas konsumenten varför banken inte kan åberopa händelsen om en presumtiv kund vill öppna ett konto.

Det andra vägande skälet för vägran att öppna ett konto är att det föreligger en misstanke om att den person som avser att ingå avtalet kommer att begå ett straffrättsligt sanktionerat brott gentemot banken. I avsnitt 6.2.3.2.2 konstaterade jag att det brott som kan komma ifråga är betalningsmedelsbedrägeri. Avtal om depositionskonto ingår då som ett nödvändigt förberedande skede av brottet. Jag fann att det är sannolikt att brottet begås med existerande faciliteter och att risken då att bli fast är stor och om så sker kan banken stänga kontot. Bedrägerier med andra personers konton och betalningsmedel utgör ett större hot mot både banken men också mot den rätta kontohavaren. Dessa kan dock inte utgöra framtida grunder för vägran för kontohavaren utan blott för den som utfört bedrägeriet. Jag fann också att det måste finnas gränser för hur länge ett brottsligt förflutet kan fungera som väsentlig grund. Om den tidigare brottslingen genom sitt beteende har visat att den brottsliga verksamheten upphört och avser att reglera eventuella skadeståndsskulder förfaller det vägande skälet.

Det tredje vägande skälet för vägran att öppna ett konto är att det är uppenbart att det inte finns ett behov av ett kundförhållande. Skälet är vagt och jag fann att det verkar som om det är fråga om det som leder till att rätten till grundläggande tjänster förfaller med stöd av stadgandet i KreditIL 50 a.2 §. Samma omständigheter skulle då vara både en grund för vägran och ett förhinder för en rätt till bl.a. konto. Jag tänkte mig som lösning att det är fråga om att utlänningar som inte har vistats någon längre tid i landet utförligt måste motivera varför de behöver ett konto i en finländsk bank.

Rätt till kredit är med tanke på frågan om rätt till avtal och godtagbara grunder ett specialfall jämfört med alla de andra tjänster som behandlats i denna undersökning. Jag hävdade emellertid att tankegången om rätt till avtal förutsatt att det inte föreligger godtagbara skäl för vägran på ett fruktbart sätt kan projiceras även på kreditgivning.

Såsom jag redan nämnt i föregående avsnitt 7.2.2 finns det inte en allmän regel om rätt att erhålla kredit. Jag framförde i avsnitt 6.3.6 att det inte går att rangordna vad som är viktigare, vatten, el och dylika infrastrukturtjänster eller möjligheten att få kredit och att denna omständighet talar för att man kunde införa en rätt att erhålla kredit.

Denna rätt framhävdade jag att inte betyder detsamma som att alla som vill

ha kredit skall få det. Det är fråga om föra in en aning mera faktisk avtalsfrihet för de presumtiva kredittagarna. Detta sker genom att ta som en utgångspunkt – men blott och bart som utgångspunkt – att envar som vänder sig till en kreditinstitution skall få kredit. Rätten upphävs så fort det uppdragas godtagbara eller vägande skäl till vägran. I praktiken leder detta synsätt inte nödvändigtvis till något nytt i innehållslig mening. Jag betonade att det främst är fråga om att en presumtiv kreditkund har en rätt till att få sitt ärende behandlat i ett sakligt förfarande, dvs. att banken iakttar god banksed. Genom att utveckla denna sida av kreditgivningsverksamheten får man marknaden att fungera bättre genom att få fram enskilda problemfall för noggrannare behandling.

7.3 KONKLUSION

I dagens läge finns det ett ökat behov av regler om kontraheringsplikt på grund av flera orsaker. Den ekonomiska depressionen under 1990-talet ledde till att det blev vanligare än tidigare att privathushåll råkade i betalningssvårigheter. Behovet av livsnödvändigheter är emellertid förhållandevis konstant oberoende av konjunkturer. Nedskärningarna på den sociala sektorn ökar trycket på åtminstone tillfällig flexibilitet hos näringsidkare. Om näringsidkarna inte är flexibla till följd av rädsla för stigande kreditförluster uppkommer det ett tilltagande behov för regler om kontraheringsplikt varvid tillämpningsområdet för en allmän rättsgrundsats söker sina gränser.

En utvidgning av kontraheringsplikten – i form av en utvidgning av tillämpningsområdet för den allmänna rättsgrundsatsen då lagstiftaren inte reagerat – blir nödvändig som en lindring av följderna av den ekonomiska depressionen. De senaste årens vacklande ekonomiska uppsving har inte kommit alla grupper i samhället till godo på samma sätt. Mycket tyder på att landet ytterligare har blivit skarpare indelat i regioner med ekonomisk tillväxt och sådana som har stagnerat vilket delvis framkommer i framställningen om geografisk tillgänglighet i avsnitt 4.3.

Inom tillväxtregionerna finns det också grupper som inte längre har framgång på arbetsmarknaden och sådana som inte lyckas bevaka sina intressen (långtidssjuka, pensionärer med låg inkomst, äldre industriarbetare vars arbetsplatser till följd av den internationella konkurrensen sgs. helt har försvunnit etc.) Dessa omständigheter tillsammans med allmänna rättvisesynpunkter talar för att en näringsidkarborgenär, som tillhandahåller basnyttigheter som traditionellt tillhandahållits i offentlig regi, inte längre kan ha samma frihet som under tidigare utvecklingsskeden av samhället. I samband med de åtgärder av marknadsorientering som närmare beskrivs i 2 kap. förekommer det branscher där det tidigare förelegat kontraheringsplikt på basis av monopolställning. Det gäller främst sådana monopol som beviljats offentlig näringsverksamhet som

hör till den samhälleliga infrastrukturen. Den nya infrastrukturen i form av de grundläggande banktjänsterna skiljer sig inte numera på ett avgörande sätt från dessa branscher. Därför är det dags att dra konsekvenserna av detta på det sätt som denna undersökning för fram.

Tiivistelmä

Frey Nybergh

OIKEUS PALVELUIHIN INFORMAATIO- JA LUOTTOYHTEISKUNNASSA

Lainopillinen tutkimus kaupan infrastruktuurin saatavuudesta, erityisesti silmällä pitäen pankkipalveluita

Teollistuneessa maailmassa ja erityisesti monessa Euroopan maassa on tapahtunut yleinen markkinaistumisen kehitys. Se ilmenee mm. sääntelyn purkamisena, julkisen toiminnan uudistamisena ja julkisen omaisuuden myyntinä. Toinen merkittävä kehityssuunta on tietokoneiden verkkokäytön yleistyminen 1990-luvun lopulta lukien. Lähitulevaisuudessa onkin odotettavissa, että tietokoneiden, kännyköiden ja televisioiden erot tulevat kaventumaan. Merkittävä osa kaupankäynnistä ja muusta inhimillisestä kanssakäymisestä alkaa tapahtua Internetin välityksellä. Yksilöiden päivittäiset talousasioiden rutiinit siirtynevät enenevässä määrin verkkoon.

Näiden muutosten tapahtuessa voidaan kysyä, miten onnistutaan turvaamaan tavaroiden ja palveluiden, siis hyödykkeiden saatavuus. Monet liike- tai palvelualat katsotaan niin tärkeiksi ja monimuotoisiksi, että harjoitettava toiminta on pakko alistaa yhteiskunnalliselle ohjailulle. Hyödykkeiden saatavuus voidaan turvata erimuotoisilla oikeudellisilla sääntelyillä. Tähän voidaan tähdätä ensinnäkin elinkeino-oikeudellisen sääntelyn sekä kaavoitus- ja rakentamissääntelyn avulla. Viime kädessä hyödykkeitä hankitaan sopimuksia solmimalla. Hyödykkeiden saatavuus turvataan siinä tapauksessa elinkeinonharjoittajan sopimuspakon normilla, joka kuluttajalle tarkoittaa oikeutta sopimukseen. On kyse rinnakkaisesta kehityksestä sekä siviili- että kilpailuoikeudessa. Voimakkailta sääntelytoimenpiteillä hillitään kielteisiä implikaatiota, joita seuraa markkinoiden vahvojen toimijoiden liiallisesta voimasta.

Sopimuspakon sääntö tarkoittaa, että se, johon pakko kohdistuu, on velvollinen solmimaan sopimuksen tavaran myymisestä tai palvelun tarjoamisesta yleisesti soveltamallaan ehdoillaan, jos joku sitä vaatii. Hahmoteltaessa sääntöä perinteisin sopimusoikeudellisin käsittein, kysymys on seuraavasta: Sen, johon sopimuspakko kohdistuu, katsotaan ikään kuin antaneen pysyvän tarjouksen, jonka toinen osapuoli voi puolestaan hyväksyä esittämällä hyödykettä koskevan vaatimuksen. Vaikka pääsy sopimukseen sopimuspakon säännöillä on turvattu muodollisesti, voivat tosiasialliset olosuhteet muuttua sellaisiksi, että osa toimijoista suljetaan ulkopuolelle, esimerkiksi hintasyrjinnällä. Kyseinen toiminta

on hillittävässä vaatimalla kyseessä olevan alan hyvän tavan noudattamista.

Tutkimuksessa tarkastellaan nyky-yhteiskunnassa toteutuvan vaihdannan vaatimien palvelujen saatavuutta. Erityistä huomiota kiinnitetään sähköisen kaupankäynnin kannalta tärkeisiin palveluihin. Rahoituspalvelut voidaan tässä yhteydessä nähdä alkuperäisen hyödykevaihdamman yksinkertaisten maksutapojen korvaajina. Pankkipalvelut ovat kaiken kaupankäynnin edellytys – niin perinteisen kuin sähköisen, mistä syystä tutkimuksen päähuomio on suunnattu pankkipalveluihin. Tarkemmin sanottuna kysytään mihin pankkipalveluihin luonnollisella henkilöllä on oikeus. Myös posti- ja telepalveluiden saatavuutta tarkastellaan.

Pankkipalveluiden osalta kysymys kuuluu tarkennettuna: onko luonnollisilla henkilöllä oikeus tiliin siihen kuuluvine maksuvälineineen, käyttää tiliä maksujen välityksiin ja luottoon? Lisäksi pohditaan millä perusteilla pankki voi kieltäytyä tarjoamasta tiettyä palvelua.

Ero perinteisten posti- ja telepalveluiden muodossa tarjottavien infrastruktuuripalveluiden sekä rahoituspalveluiden välillä on vähentynyt. Tämä johtuu siitä, että yksityisoikeudelliset toimijat, nyttemmin markkinaistumisen johdosta, toimivat (ainakin muodollisesti) kilpailuilla markkinoilla useimmilla aloilla. Posti- ja telepalvelut edustavat tässä yhteydessä perinteistä infrastruktuuria, kun taas pankkipalvelut perinteisesti ovat kuuluneet liiketoimintaan, jota yksityiset toimijat ovat harjoittaneet markkinoilla.

Vanhastaan posti- ja teletoimintaa harjoittaneet toimijat ovat olleet velvollisia tarjoamaan palveluitaan jokaiselle. Tämä velvollisuus on vuonna 2003 tehdyllä lainmuutoksella ulotettu myös ns. peruspankkipalveluihin. Luottolaitostoiminnasta annetun lain (1607/1993) 50 a §:ssä (69/2003) säädetään Euroopan talousalueeseen kuuluvassa valtiossa laillisesti oleskelevan luonnollisen henkilön oikeudesta pääasiallisesti tavanomaiseen talletustiliin ja tilin käyttöön tarkoitetun välineeseen sekä maksujenvälitystä koskevaan toimeksianto. Pankki saa kieltäytyä edellä mainituista palveluista vain esittämällä painavan perusteen.

Pankkien tarjoamat luotot muistuttavat monessa suhteessa peruspankkipalveluja. Tämä johtuu siitä, että yhteiskuntamme on muuttunut ns. luottoyhteiskunnaksi. Sillä, joka ei saa luottoa, on huomattavasti rajoitetumpi taloudellinen liikkumisvapaus. Luottojen saatavuus on myös tullut maksujärjestelmien saatavuuden elimelliseksi osaksi. Tämä puoltaa peruspankkipalveluiden osalta omaksutun ajattelutavan soveltamista myös luotonantoon. Pankki voisi tosin sanoen kieltäytyä antamasta luottoa vain hyväksyttävien syin, jotka tosin usein täytyvät huomattavasti helpommin kuin peruspankkipalveluissa.

Tilin tarjoaminen on keskeisin pankkipalvelu. Tärkeimmät perusteet, joiden nojalla pankki voi kieltäytyä avaamasta tiliä ovat: 1) henkilö, joka on aikeissa solmia talletustiliä koskevan sopimuksen, on syyllistynyt olennaiseen sopimusrikkomukseen, joka koskee tilejä tai vastaavaa; ja 2) on olemassa vaara, että

henkilö, joka on aikeissa solmia talletustiliä koskevan sopimuksen, tulee syylistymään rikosoikeudellisesti sanktioituun rikokseen pankkia kohtaan.

Maksuhäiriö on usein olennainen sopimusrikkomus ja voi olla painava kieltäytymisperuste. Jotta pankilla olisi oikeus vedota siihen, maksuhäiriön on tullut tapahtua juuri suhteessa siihen pankkiin, joka on aikeissa solmia uuden sopimuksen tulevan asiakkaan kanssa. Maksuhäiriö ei myöskään saa olla vähäpätöinen eikä kyseessä saa olla kauan sitten sattunut maksuhäiriö. Jos olennainen sopimusrikkomus on sattunut sosiaalisen suoritusesteen seurauksena, yleinen sosiaalisen suoritusesteen sääntö estää pankkia vetoamasta sopimusrikkomukseen.

Toinen hyväksyttävä peruste kieltäytyä tilin avaamisesta on, että on olemassa epäily, että henkilö, joka on aikeissa solmia talletustiliä koskevan sopimuksen, tulee tekemään pankkiin kohdistuvan rikoksen. Tällä tarkoitetaan lähinnä maksuvälinepetosta. Jos aikaisempi rikollinen muuttaa käyttäytymistään, painava peruste raukeaa.

Yleisempi tutkimuksesta tehtävä johtopäätös on, että käsite sopimusvapaus on muuttunut olennaisesti sisällöltään. Perinteisesti sen on ajateltu merkitsevän lähtökohtaisesti rajoittamatonta oikeutta mm. kieltäytyä solmimasta sopimusta. Nykyisin on tullut yhä enenevässä määrin oikeusnormeja, jotka rajoittavat tätä muodollista ja negatiiviseksi nimitettyä sopimusvapautta. Kyse on normeista, jotka edistävät tosiasiallisen sopimusvapauden toteutumista. Tämä kehitys on luonnollinen seuraus markkinatalouden kehitysvaiheesta, jossa haetaan tehokkuutta mm. lisäämällä kilpailua ja vähentämällä perusteettomia markkinoilta ulossulkemisia.

Abstract

Frey Nybergh

THE RIGHT TO SERVICES IN THE INFORMATION- AND CREDIT SOCIETY

A study in legal dogmatics on the access to the infrastructure of commerce, particularly banking services

In the industrialised world and especially in many European countries, there has been a general development towards marketisation. This development is taking place amongst others as deregulation, reform of the public sector and as privatisation, i.e. the selling of publicly owned companies. Another significant trend is that since the end of the 1990's, the use of computers in networks has intensified and in the not very distant future, the difference between computers, mobile phones and television sets will diminish. As a result a substantial part of commerce and other kinds of human interaction will take place through the Internet. Hence, daily economic chores will be handled on line.

When these changes take place, one may pose the question as to how the access of services and goods may be ensured. Many lines of business or service sectors of the society are considered to be so important and complicated that the operation of them has to be controlled by the society through regulation. Several options of legal regulation are available by which the access of services and goods can be ensured. On a general level, one may secure access by industry regulation and by planning regulation. The last resort in securing access is through contracting. To ensure that, norms of compulsory contracting for business are required. From the consumer point of view, the said duty corresponds to a right to contract. There is a parallel development in both the private law and competition law. Through the intense use of legal regulation, the negative implications is bridled of the excessive market power of the powerful actors on the market.

A rule of compulsory contracting means that the one to whom a duty is directed is obliged to conclude a contract of selling goods or providing services on those general terms that the business normally uses if somebody so demands. The demand is understood according to the mechanism of contract formation, as requiring an acceptance of an offer that the one who is under the duty is seen as having offered to the public (as in common callings). The agreement is completed as the sequences of this course of events are fulfilled. Even though the availability is formally secured through norms of compulsory

contracting, the actual circumstances may lead to a situation where some of the actors are excluded because of discriminating pricing. The obligation to act in accordance with good morals in the industry in question may, however, contain such conduct.

This study examines the services that mostly are required for electronic commerce, even though they also are a prerequisite for traditional commerce. The financial services may be seen as a substitute of the original and simple means of payment in the exchange of goods and services. Banking services are a prerequisite for all commerce – both traditional and electronic. For this reason, the main focus in the present study is on the banking services which are grasped by the rule of right to contract. Nevertheless, this study will also examine the regulation of the availability of postal and telecommunication services.

Concerning banking services, I ask in more detail if natural persons have the right to acquire an account with the instruments for payments (e.g. debit cards), services of money transmission (electronic payments between accounts) and credit. In addition, I examine the grounds on which a bank may deny to provide such a service.

The difference has continually diminished between the services of traditional infrastructure as in postal and telecommunications services and the financial services. That occurs because, owing to the marketisation, there are actors of a private-law nature that conduct business in a market where there is newly introduced competition (at least in the formal sense) in most of the industry sectors. In this circumstance, the postal and telecommunications services represent the traditional infrastructure. Compared to them, the banking services have traditionally been referred to as a business sector in which the actors mostly have been privately owned and where they have been operating in a market.

Both before and after the marketisation changes, the operators of postal and telecommunications services have been obliged to provide everyone with their services. The Credit Institute Act of 1993 (kreditinstitutslagen 1607/1993 in Swedish, laki luottolaitostoiminnasta in Finnish) has recently been amended with a new § 50 a (69/2003). Here it is prescribed that a natural person who legally resides in an EEA-state has a right to an account including the instruments for payments and money transmissions services, provided there are no significant grounds for refusal.

It might be possible to consider credit as being basic banking services. The reason for this is that our societies have transformed into what can be called 'credit societies'. In other words a person who does not have access to credit has considerably less economic freedom of action because access to credit is becoming an integral part of the access to the payment systems. Although there is no general rule of a right to acquire credit, it is possible to consider applying

the train of thought of the right to contract with the legitimate grounds for refusal to granting of credit.

Access to an account is the most important banking service. The main categories of significant grounds for refusing to open an account are 1) that the person who intends to conclude a contract of a current account previously has committed a serious breach of contract concerning accounts or the like and 2) that there is suspicion that the person intending to conclude the contract will commit a crime against the bank that is sanctioned in the penal law.

Delay in payment is often a severe breach of contract and may pose a significant ground for refusal. This has to be a previous breach of contract in relation to the same bank that is about to conclude a new contract with the potential customer. The delay may not be insignificant or be at a much earlier date for the bank to refer to it. If the severe breach of contract is a consequence of social force majeure, the general principle of social force majeure prevents the bank from referring to the breach of contract.

The other significant ground for refusing to open an account is that there is a suspicion of that the person intending to conclude the contract will commit a crime against the bank. The crime that foremost comes into question is fraud with means of payment. If a previously criminally active person changes his or her behaviour the, significant ground for refusal expires.

A more general conclusion that may be drawn on the basis of the study is that the negatively formulated traditional freedom of contract has been restricted in order to introduce a higher extent of actual freedom of contract. This development is a natural consequence of the stage of development in a market economy where there is an aspiration towards efficiency through, among other things, increased competition and less unwarranted exclusions from the market.

Finnish Lawyers' Association
ISBN 951-855-231-2

Rättspraxis

EG

EG-domstolen

- Commercial Solvents mot Kommissionen, Förenade målen 6/73 och 7/73* 72 f
EG-domstolens dom 6.3.1974, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. och Commercial Solvents Corporation mot Europeiska gemenskapernas kommission. Förenade målen 6/73 och 7/73. Rättsfallssamling 1974 s. 00223, Svensk specialutgåva II s. 00229
<http://curia.eu.int/common/recdoc/indexaz/en/c1.htm>, 26.11.2002

Kommissionen

- Kommissionens beslut 9.8.2001 (Ärende Comp/29.373 – Visa International)* 183, 189
Kommissionens beslut 9.8.2001 om ett förfarande enligt art. 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet. (Ärende Comp/29.373 – Visa International). EGT L 293, 10.11.2001, s. 24.
- Kommissionens beslut 24.7.2002 (Ärende Comp/29.373 – Visa International – Multilateral förmedlingsavgift)* 194
Kommissionens beslut 24.7.2002 (Ärende Comp/29.373 – Visa International – Multilateral förmedlingsavgift) om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (Ärende Comp/29.373 – Visa International – Multilateral förmedlingsavgift). EGT L 318, 22.11.2002 s. 17.

DANMARK

Vestre Landsret

- UfR 1995.595 V 188
UfR 1997 s. 28 280

FINLAND

Finansinspektionen

- Dnr 119/264/93 239

Högsta domstolen

HD 1981 II 33	100
HD 1986 II 135	260
HD 1991:42	262
HD 1992:3	189, 190, 235
HD 1994:55	270
HD 1994:80	189, 190, 235
HD 1994:140	58
HD 1996:41	249
HD 1998:45	191, 192

Högsta förvaltningsdomstolen

HFD 27.11.2000, liggare 3113	43
HFD 10.12.2001, liggare 3081	118

Konkurrensrådets beslut

Konkurrensrådets beslut Dnr 117/690/99, 17.12.1999	43
--	----

Konkurrensverkets beslut

<i>Konkurrensverkets beslut 18.12.1997, kombinerade fallen dnr 359/61/93, 524/61/97 och 584/61/97</i>	76, 225, 226
---	--------------

Epäilty määräävän markkina-aseman väärinkäyttö postiennakkovarojen maksuliikenteessä ja tilinavauksista kieltäytyminen [Misstänkt missbruk av dominerande ställning på marknaden i betalningstrafiken för postförskott och vägran att öppna konta] (Program Center Oy, Oy Walter Felixsen Ltd, Kuitulinja Oy, Kustavin Puu Oy)

<i>Konkurrensverkets beslut dnro 146/81/03, 22.8.2003</i>	138
Yrityskaupan hyväksyminen ehdollisena; Suomen Posti Oyj / osa Leijonajakelu Oy:n varhaisjakeluliiketoimintaa [Villkorligt godkännande av företagsköp; Posten Finland Abp / en del av Leijonajakelu Ab:s tidiga utdelningsaffärsverksamhet]	

Konsumentklagonämnden

Kkn 92/38/488	133
Kkn 92/38/563	133
Kkn 96/39/401	205
Kkn 99/39/2077	205
Kkn 99/39/2092	205
Kkn 99/39/2133	205
Kkn 99/39/2384	205
Kkn 99/39/2385	205

Konsumentombudsmannen

KO Dnr 92/71/634	134
KO Dnr 2001/40/6075	259

Marknadsdomstolen

MD 1984:12	260
------------	-----

Riksdagens justitieombudsman

Avgörande 20.1.1993, dnr 126/2/93	133
Avgörande 11.12.1995, dnr 340/4/95	277
Avgörande 31.12.1998, dnr 2251/4/96	160 f.

NORGE*Prisrådet*

Pt. 1964 s. 400 (Prisrådets avgöranden i Pristidende)	67
---	----

SVERIGE*Högsta domstolen*

NJA 1946 s. 695	90
NJA 1948 s. 513	90
NJA 1970 s. 394	90
NJA 1976 s. 489	102
NJA 1979 s. 657	102, 103
NJA 1985 s. 226	103
NJA 1994 s. 511	103

TYSKLAND*Reichsgericht*

Sächsisches Holzstoffkartell, Reichsgericht 4.12.1897, 38 RGZ 155	56
---	----

USA*Maryland*

Jaques v. First National Bank of Maryland, 307 Md. 527, 515 A.2d 756 (1986)	122	281
---	-----	-----

Sakregister

Sakregistret är avsett att utgöra ett komplement till innehållsförteckningen.

- Accept 3, 16, 73, 86, 91, 251
- Affärsverk 21, 32, 33, 35–37, 132 f.
- Anbud 3, 15, 49, 73, 86, 91, 205, 250, 264, 268
- Asymmetrisk information 255
- Avreglering 27 f., 30, 35, 44
 - bankbranschen 175, 215, 252
 - postbranschen 133, 141
 - telebranschen 148
- Avtal
 - engångs 17 f., 134
 - fortlöpande 17 f., 24, 164 f., 222, 226
 - varaktigt 17, 164
 - uppkomst 86, 161, 259 f.
- Avtalsbrott
 - teletjänstavtal 159, 165–169, 291
 - banktjänster 189, 225–229, 243, 263, 295
- Avtalsfrihet 15, 19 f., 55 f., 179, 242, 248, 250–252
 - faktiskt 56, 93, 97, 105, 287, 297
 - förminskad 61
 - kvalificerad 96
 - negativ 85, 96, 105
 - normativ (rättslig) 56, 287
 - positiv 96
 - rudimentär 61 f.
- Avtalsmodeller 57, 59
 - modell för rättvis social praxis 57 f.
 - modell för skyddandet av den svagare 59
 - tillitsmodell 57 f.
 - viljemodell 57 f.
- Automatkort se kontokort
- Bankbranschens Kundrådgivning 227, 261 f.
- Bankföreningen i Finland 18, 190, 195, 204, 219, 224, 227, 238, 240, 265, 271
- Bankgiro 191 f., 234
- Bankkort se kontokort
- Bankkris 175 ff., 197, 207
- Bankstödskläm 176 ff.
- Bedrägeri, SL 36; 229
- Betalning 50 f., 183, 185–193, 194, 234 f., 236
- Betalningsförmedling 186, 188–193, 234–236
- Betalningsmedelsbedrägeri, SL 37:8; 229 f., 249, 258, 296
- Betalningsstörning 159, 211, 219, 225–229, 240 f., 266 f., 276, 278
- Betalningssystem 176, 185, 188, 191–193, 210 f.
- Bolagisering 36 f.
 - Post- och televerket 147
- Bostadssparpremier 280
- Bredband 150 ff., 155 f.
- Brukscheck 186 ff., 193, 211 f., 216
- Depositionsgaranti 176, 191
- Depositionskonto 185, 196
 - tillgång till 186, 197, 222–236
- Diskriminering 99–105, 182, 268, 288
 - nationalitet 231
- Dispositiv rätt 81 f.
- Dominerande marknadsställning 70, 74, 76, 78 f., 86
 - missbruk av 71, 72–73, 75
 - Posten Finland Ab 138, 182, 225
 - bankbranschen 262
- Dröjsmål 226, 228 f., 260 f.
- Ekonomisk depression 6, 28, 197, 253, 255, 274, 281
- Ekonomisk effektivitet 26 f., 51, 65, 82, 84 f. 282
- Elektronisk handel 8, 47–51, 125–128, 131, 141 f., 182–183, 197 f.
- Elektroniska tjänster 120 f., 141 f., 183, 150 f., 205 f.
- Finansieringsmarknaden 176
- Finansinspektionen
 - Finland 199–204, 226, 239, 242

- Sverige 211–213
- Finanstilsynet (Danmark) 209 f.
- Förfalloklausul i kreditavtal KSL 7:16; 260 f.
- Förordningskompetens
 - begränsning av 157, 163, 223, 293 f.
- Försäkringsavtal 249–252
- Förvaltningsrättsliga principer 9, 203, 272

- Garanti-Stiftelsen 274
- God sed 9, 56, 79 f., 85, 88,
 - bank 200, 204 f., 208–210, 217, 265
 - försäkring 250 f.
 - kreditgivningssed 268
- Grundläggande fri- och rättigheter 2, 44, 96, 99, 160 f., 163

- Hypermarket 113, 115, 118, 123
- Hävning
 - teleanslutningsavtal 165, 168
 - avtal om depositionskonto 226

- Indispositiv rätt 8 f., 14 f., 60–62 f., 81–83, 96, 189, 214
- Indrivning 166 f.
- Informationsområde 10, 20, 49, 124, 127, 129, 150 ff. 175
- Inlåning 210 f., 217
- Insättningsgaranti 176 f., 199, 211
- Internetförbindelse 155 f.

- Koder för Internetbank 219, 237 f., 240, 242 f.
- Kommunikationsmarknad 143, 150
- Koncession 4, 35, 74, 88
 - försäkringsverksamhet 251
 - kreditinstitut 199 f., 207, 215, 254, 262
 - postoperatör 135–138
 - telefonoperatör 145 ff.
- Konkurrensbegränsning 37, 64, 68 ff. 74, 77–80
- Konkurrensfrihet 55 f., 92 f., 97
- Kontantbetalning 50, 186 f., 193, 236
- Kontantsamhälle 175, 248, 258
- Kontokort 194, 212
 - automatkort 194
 - bankkort 194 f.
 - vägran 239–242
 - betalkort 193
 - chipkort 238
 - debetkort 217
- kort med betalningstid 236, 257
- kreditkort 194, 236, 257
- onlinekort 194
- Kontraheringsplikt
 - definition 14–20
 - stadgande 87
 - bank 209, 211 f., 213, 215 f., 221
 - försäkring 250 f.
 - post 136
 - tele 155–157
- Kontorsnät 124
 - bank 205 f.
 - post 120, 139
- Konvergens
 - apparatkonvergens 142, 144
 - marknadskonvergens 142 f., 144
 - nätkonvergen 142, 144
 - tjänstekonvergens 142, 144
- Korssubvention 11, 36, 138, 149 f., 157, 254
- Kredit
 - aravalån 279
 - bostadskredit 253, 262 f.
 - för studier 253, 275–278
 - högräntekredit 259
 - konsumtionskredit 253, 258
 - räntestödslån 279 f.
 - snabbkredit 258
 - social kredit 270–275, 276
- Kreditförlust 254–256
- Kredithaj 259
- Kreditinstitutsverksamhet 199
 - begränsad 198 f.
- Kreditprövning 257, 264–269, 271, 283
- Kreditkort se kontokort
- Kreditrisk 255 f.
- Kreditsamhälle 247, 252–254
- Kreditvärdighet 236
- Kredituppgift se personkreditupplysning (-uppgift)
- Kreditupplysningsregister 159 f., 278
- Kundskydd 200

- Leveransplikt 17
- Leveransvägran 20, 63
- Lönebetalning
 - på konto 186–188

- Marknadsekonomi 11 f., 16, 64, 81 f., 84, 92 f., 97, 105, 119, 207, 215, 282

- Marknadsorientering 286, 289
 Monopol 22 f., 91 f., 121 , 132, 157, 287, 297
 – naturligt 28
 – rättsligt 4, 35, 103 f., 121

 Non-governmental organisation 26
 Näringsfrihet 55 f., 74, 93, 250
 Nätverkseffekt 188
 Nödvändighetsnyttighet 85, 105 f., 121,
 124 f., 157, 164

 Oligopol 22, 35, 76, 92

 Pengar
 – legala betalningsmedel 191 f., 195
 – kontopengar 188 f.
 Penningtvätt 231–236
 Personkredituppgifter (-upplysningar) 159 f.,
 265–267
 Prisdiskriminering 78
 Privatautonomi 58, 74, 96, 109
 Privatisering 2, 7, 21, 29 ff., 38 ff., 44

 Rättsstat 82 f.

 Saldobegränsning 164, 168
 Samhällsomfattande tjänst 127
 – banktjänst 180
 – posttjänst 137, 181
 – teletjänst 181
 Samhällsservice 1, 21, 90

 Servicetvång 157
 Skadestånd 67, 75, 78–81, 89, 99, 101, 104 f.,
 202, 262
 Skuldsanering 163, 253, 256, 269, 274
 Social trygghet, 19 § grundlagen 269
 Socialt prestationshinder 17, 62, 164 f., 227–
 229., 294
 Solidaritet 11, 83, 110, 121 f.
 Sparande 222
 Standardiserat förfarande 257
 Statsbolag 39–42, 45
 Stor detaljhandelsenhet 113, 115–117, 122 f.
 Studielån se kredit för studier
 Störande av post- och teletrafik, SL 38:5 159
 Säljvägran 74, 76, 78, 80 f., 85 f., 104

 Tillsyn 201–204
 Tredje sektorn 26, 34, 43
 Tvingande rätt se indispositiv rätt

 Uppsägning 165, 226, 240 ff., 260 f., 280 f.
 Utkomsstöd 272, 275, 277
 Utlänning 245, 296

 Välfärdssamhälle, -stat, -statlig 5 ff., 27–29,
 45, 58, 60 f., 82 f., 95 f., 109 f., 262
 Väntetid (banktjänst) 120, 205
 Värdepapperisering (securization) 281

 Återupplivning av kredit, KSL 7:16; 260 f.

En betydelsefull trend sedan slutet av 1990-talet inom den industrialiserade världen är att användningen av datorer i nätverk tilltagit. Inom den närmaste framtiden kommer också skillnaderna mellan datorer, mobiltelefoner och televisioner att minska. En betydande del av handeln och annat mänskligt samröre börjar äga rum genom Internet.

Banktjänsterna hör till de viktigaste tjänsterna i samband med handeln. I 50 a § kreditinstitutslagen (lag 69/2003) stadgas om rätt främst till depositionskonto, betalningsförmedling och betalningsmedel om det inte finns vägande skäl till vägran. I sig kunde man även anse att krediter hör till de grundläggande banktjänsterna. Det finns emellertid inte en allmän regel om rätt att erhålla kredit. Man kunde ändå tänka sig att tillämpa tankegången om rätt till avtal med godtagbara grunder för vägran på kreditgivning.

Tillhandahållande av konto är den mest centrala banktjänsten. De två viktigaste vägande skälen till vägran att öppna konto är att den person som avser att ingå ett avtal om depositionskonto tidigare har gjort sig skyldig till ett väsentligt brott mot avtal som gäller konton och dylikt samt att det föreligger en misstanke om att personen kommer att begå ett straffrättsligt sanktionerat brott gentemot banken.

Betalningsstörning är ofta ett väsentligt brott mot avtal och kan utgöra ett vägande skäl för vägran. Det skall vara fråga om ett tidigare avtalsbrott i förhållande till just den bank som står i beråd att sluta ett nytt avtal med den presumtiva kunden. Betalningsstörningen får inte vara obetydlig eller ligga långt tillbaka i tiden för att banken skall kunna återropa den. Om det väsentliga brottet mot avtalet skett till följd av ett socialt prestationshinder förhindrar den allmänna regeln om socialt prestationshinder att banken kan återropa avtalsbrottet.

Det andra vägande skälet för vägran att öppna ett konto är att det föreligger en misstanke om att den person som avser att ingå avtalet kommer att begå ett brott gentemot banken. Det brott som främst kan komma ifråga är betalningsmedelsbedrägeri. Om den tidigare brottslingen ändrar sitt beteende förfaller det vägande skälet.

De grundläggande banktjänsterna skiljer sig inte numera på ett avgörande sätt från de övriga infrastruktur tjänsterna för handeln. Vid tolkningen av kreditinstitutslagen skall denna omständighet därför beaktas.

