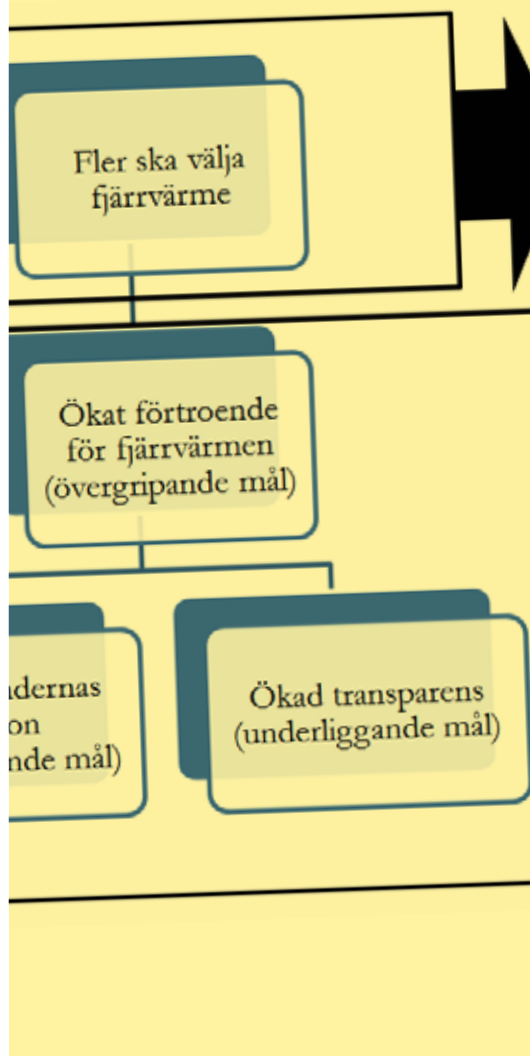


omans framträder följande bild:

l att stärka kundernas position och att öka
ll att uppnå fjärrvärmelagens övergripande
ga kunders förtroende för fjärrvärmen vilke
rme som uppvärmningsform. De
lamålen ryms inom själva fjärrvärmelagen
är fjärrvärmelagen endast en av flera
tt välja fjärrvärme som uppvärmningsform
ande vis:



Det reglerade fjärrvärmeavtalet

ETAPP TVÅ

DANIEL HULT

ISBN 978-91-7381-111-8

© 2013 Svensk Fjärrvärme AB

FÖRORD

Efter att fjärrvärmelagen trädde i kraft 2008 stod det snart klart att lagen är ett nytt och i många avseenden främmande element i de institutionella sammanhang som fjärrvärmeföretagen tidigare verkat i och förhållit sig till. Många i branschen undrade över hur lagen förhåller sig till etablerade institutioner och hur den påverkar den institutionella miljön. Svensk Fjärrvärmes Marknadsråd beslutade därför att initiera ett projekt som problematiserar och så långt det är möjligt tydliggör lagens juridiska status.

Projektet har genomförts i två etapper i avsikt att mynna ut i en juridisk avhandling. Här presenteras den andra etappen. Den har syftat till att utveckla det teoretiska ramverket för avhandlingen genom att anknyta arbetet till två forskningsområden: dels det som behandlar förtroende, dels det som behandlar relationsorienterad kontraktsteori.

Studien har genomförts av Daniel Hult, doktorand vid Internationella Handels-högskolan i Jönköping. En referensgrupp har följt arbetet och lämnat synpunkter. Gruppen har bestått av Lena Englund, Mjölby-Svartådalen Energi och Henrik Rosengren, Rindi Energi.

Projektet ingår i forskningsprogrammet Fjärresyn som finansieras av Energimyndigheten och fjärrvärmebranschen. Fjärresyn ska stärka möjligheterna för fjärrvärme och fjärrkyla genom ökad kunskap om fjärrvärmens roll i klimatarbetet och för det hållbara samhället till exempel genom att bana väg för affärsmässiga lösningar och framtidens teknik.

Jeanette Dackland
Ordförande i Svensk Fjärrvärmes marknadsråd

Rapporten redovisar projektets resultat och slutsatser. Publicering innebär inte att Fjärresyns styrelse eller Svensk Fjärrvärme har tagit ställning till innehållet.

SAMMANFATTNING

Frågan om kundernas förtroende för fjärrvärmen har varit aktuell i många år. Lagstiftaren uppfattar att förtroendet för fjärrvärmen är i farozonen till följd av den förmenta monopolliknande positionen fjärrvärmeföretagen intar gentemot fjärrvärmekunderna efter att fjärrvärmekunderna har anslutit sig till ett fjärrvärmenät. Lagstiftaren anser att uppvärmningsformen fjärrvärme är positiv ur framför allt miljöperspektiv och menar därför att ett potentiellt sviktande förtroende är ett problem eftersom det kan leda till att potentiella fjärrvärmekunder inte ser fjärrvärme som ett intressant alternativ och till att befintliga kunder byter uppvärmningsform till en ur miljöperspektiv mindre positiv sådan. För att stärka kundernas position gentemot fjärrvärmeföretagen och öka fjärrvärmeföretagens transparens, och på så sätt öka kundernas förtroende för fjärrvärmen, infördes fjärrvärmelagen år 2008. Fjärrvärmelagens övergripande ändamål är därför att skapa förtroende för fjärrvärmen.

Min forskning är uppdelad i tre etapper vilka tillsammans ska resultera i en juridisk doktorsavhandling. Avhandlingens övergripande syfte är att undersöka om fjärrvärmelagen leder till det ändamål med vilken den motiverades, det vill säga om fjärrvärmelagen leder till ökat förtroende för fjärrvärmen. I den här resultatrapporten redogör jag för de tentativa resultaten från etapp två.

I etapp två har jag undersökt och beskrivit begreppet *förtroende*. Undersökningen och beskrivningen har strukturerats utifrån följande tre perspektiv:

1. Förtroendets ontologi
2. Förtroendets tillblivelse
3. Förtroendets funktion

Denna beskrivning av förtroendebegreppet ska ligga till grund för den analys av fjärrvärmelagen som ska utföras under den tredje etappen av forskningsprojektet.

I etapp två har jag också undersökt och försökt fastställa hur lagstiftaren sett på förtroende inom ramen för fjärrvärmelagen. Denna undersökning utgick från följande tre fundamentala frågor:

1. Vem eller vad är förtroendegivare enligt fjärrvärmelagen?
2. Vem eller vad är förtroendemottagare enligt fjärrvärmelagen?
3. Vilka är handlingarna som förtroendet avser enligt fjärrvärmelagen?

Med *förtroendegivare* avses vem eller vad som ska ha förtroende för något. Med *förtroendemottagare* avses föremålet för förtroendegivarens förtroende, dvs. vem eller vad som förtroendegivaren har förtroende för. Med *handlingarna som förtroendet avser* menas de handlingar som förtroendegivaren ska ha förtroende för hos förtroendemottagaren.

Min analys visar, så här långt, att fjärrvärmelagen utgår från att förtroendegivarna är de potentiella och befintliga fjärrvärmekunderna. Den visar också att det är oklart

vem eller vad som är förtroendemottagaren. Fjärrvärmelagens förarbeten är nämligen tvetydiga i frågan om de potentiella och befintliga kundernas förtroende avser fjärrvärmeföretagen som sådana eller om den avser den abstrakta företeelsen fjärrvärme som uppvärmningsform. Till sist visar min analys också att handlingarna som förtroendet avser är att fjärrvärmeföretagens ska leverera fjärrvärme till kunderna på skäliga avtalsvillkor, särskilt med avseende på de villkor som rör prissättningen.

Sammanfattningsvis kan därför sägas att fjärrvärmelagen ska få potentiella och befintliga kunder att få ökat förtroende för antingen fjärrvärmeföretagen som sådana eller för fjärrvärmen som uppvärmningsform vad gäller adekvat leverans av fjärrvärme i enlighet med skäliga avtalsvillkor och i synnerhet skäliga prisvillkor.

Till sist ska sägas några ord om den fortsatta forskningsuppgiften i etapp tre. Alla detaljer är inte helt bestämda men i stora drag kommer jag under den tredje och avslutande etappen av forskningsprojektet att analysera fjärrvärmelagen mot bakgrund av hur förtroendets ontologi, tillblivelse och funktion har beskrivits. Sannolikt kommer analysen att avgränsas till de bestämmelser som är avsedd att påverka potentiella och befintliga avtalsrelationer, det vill säga de bestämmelser som tar sikte på förhållandet mellan fjärrvärmeföretaget och dess potentiella och befintliga kunder. Kärnan i dessa bestämmelsers systematik är den i fjärrvärmelagen använda regleringstekniken vilken bygger på att en tillsynsmyndighet ska kontrollera att både offentlig-rättsliga och civilrättsliga bestämmelser efterlevs av fjärrvärmeföretagen. Tanken är att jag ska analysera bestämmelsernas materiella innehåll tillsammans med tillsynsmyndighetens tillsynsfunktion i syfte att kunna dra slutsatser i frågan om fjärrvärmelagen uppfyller sitt ändamål att skapa förtroende.

SUMMARY

The question of trust and district heating has been topical for many years. The legislator has taken the position that the trust in the district heating industry is at risk due to the supposedly close to monopolistic position which the district heating companies have in relation to the district heating customers when they are connected to a district heating distribution net. The legislator deems district heating positive from an environmental perspective and therefore reckon the potentially declining trust as a problem since a decline in trust might make potential customers disinterested in district heating and might make current customers inclined to change heating method to a less environmentally positive one. In order to strengthen the position of the customers vis-à-vis the district heating companies and to increase the transparency of the district heating companies, and thereby increase the customers trust in district heating, the Swedish District Heating Act was enforced in 2008.

My research is divided into three stages which together shall form my dissertation in law. The overarching purpose of the dissertation is to investigate if the Swedish District Heating Act will have the intended effect with which it was motivated, i.e. if the Swedish District Heating Act will increase trust in district heating. In this report I will present the tentative results from stage two.

During stage two I have investigated and described the concept of *trust*. The investigation and description has been structured in accordance with three perspectives:

1. The ontology of trust
2. The emergence of trust
3. The function of trust

The description of the concept of trust is supposed to form the basis for the analysis of the Swedish District Heating Act which will be conducted during the third stage of the research project.

During stage two I have also investigated and tried to establish what view the legislator has taken on trust within the context of the Swedish District Heating Act. This investigation took as its starting point three fundamental question:

1. Who or what is the trustor according to the Swedish District Heating Act?
2. Who or what is the trustee according to the Swedish District Heating Act?
3. Which are the actions the trust is concerned with according to the Swedish District Heating Act?

The *trustor* is defined as whom or what that shall have trust is someone or something whereas the *trustee* is defined as who or what the trustor shall trust. The *action with*

which the trust is concerned is defined as the actions the trustor shall trust the trustee to perform.

This far, my analysis shows that the trustor according to the Swedish District Heating Act is the potential and current district heating customers. The analysis also shows that it is uncertain who or what is the trustee according to the Swedish District Heating Act. The reason is that the preparatory work of the act are ambiguous on the question whether the trust of the potential and current customers is related to the district heating companies as such or if it is related to the abstract institution of district heating as a form of heating. Furthermore, my analysis shows that the actions with which the trust is concerned are as follows: the district heating companies shall deliver district heating to the customers in accordance with reasonable contractual terms, especially regarding pricing terms. Taken all together, one can conclude that the Swedish District Heating Act should increase the trust of the potential and current customers in either the district heating companies themselves or in district heating as a way of heating regarding the delivery of district heating in accordance with reasonable contractual terms and especially regarding the pricing terms.

Finally, some words concerning the upcoming research in stage three. All the details are not yet set but the general idea is that I, during stage three, will analyze the Swedish District Heating Act using the description of the ontology, emergence and function of trust which has been presented in stage two. It is probable that I will limit my analysis to those provisions which are intended to affect the potential and current customers' contractual relations, i.e. the provisions which are directed at the relationship between the district heating companies and their potential and current customers. The systematic core of these provisions is the regulatory technique used in the Swedish District Heating Act which is based on a supervisory authority monitoring the compliance of both public law and private law provisions. The idea is that I will analyze the substantive content of the provisions together with the monitoring function of the supervisory authority in order to conclude on the question whether the Swedish District Heating Act fulfills its purpose of creating trust.

INNEHÅLL

1.1	BAKGRUND TILL FORSKNINGSPROJEKTET	10
1.2	SYFTET MED FORSKNINGSPROJEKTET	10
2.1	INLEDANDE ANMÄRKNINGAR	11
2.2	FJÄRRVÄRMELAGENS ÄNDAMÅL	11
2.3	FÖRTROENDE ANALYSERAT	13
2.3.1	Inledning	13
2.3.2	Terminologiska anmärkningar	13
2.3.3	Förtroendets ontologi	13
2.3.4	Förtroendets tillblivelse	14
2.3.5	Förtroendets funktion	15
2.3.6	Personligt förtroende och systemförtroende	16
2.4	FÖRTROENDE ENLIGT FJÄRRVÄRMELAGEN	17
2.4.1	Inledning	17
2.4.2	Förtroendegivaren enligt fjärrvärmelagen	18
2.4.3	Förtroendemottagaren enligt fjärrvärmelagen	18
2.4.4	Handlingarna som förtroendet avser enligt fjärrvärmelagen	19
2.5	FASTSTÄLLD FORSKNINGSUPPGIFT INFÖR ETAPP TRE	20
2.6	SAMMANFATTANDE KOMMENTARER	20
3.1	TPA-FORUM	22
3.1.1	Inledning	22
3.1.2	Inlägg ett: Beställningsjobbs i lagstiftningsprocessen?	22
3.1.3	Inlägg två: Tillsynsmyndigheten som grindvakt	23
3.1.4	Inlägg tre: Begreppsförvirring i lagstiftningsprocessen – upprepa inte felen från fjärrvärmelagen!	23
3.1.5	Inlägg fyra: Författningskommentar avseende TPA-utredningens lagförslag	24
3.2	KONFERENS I LEEDS	24
3.3	FJÄRRVÄRMEDAGARNA I SKÖVDE	25
3.4	TVÅÅRSSEMINARIUM	25
3.5	FÖREDRAG FÖR FJÄRRSYNS MARKNADSRÅD	25
4.1	LEEDS – TILFÄLLET SOM FÖRSVANN	27
4.2	SHEFFIELD – NYA INTRESSANTA MÖJLIGHETER	27

1 INLEDNING

1.1 Bakgrund till forskningsprojektet

Eftersom fjärrvärmelag (2008:263) (härefter endast fjärrvärmelagen) fortfarande är relativt ny och den regleringsteknik som används torde vara unik för svensk rätt är det juridiska kunskapsläget magert avseende regleringen av fjärrvärmeavtalet. De arbeten som jag själv hunnit företa med hjälp av medel från Fjärrsyn är mig veterligen de ända som skrivits om fjärrvärmebranschens juridiska villkor. Fjärrvärmebranschen är inte desto mindre i allra högsta grad juridiskt aktuell.

Sedan fjärrvärmelagen infördes som svensk lag i Sverige 2008 har reglering av fjärrvärme diskuterats och utretts ytterligare. Bland annat har regler om mätning införts i fjärrvärmelagen och frågan om tredjepartstillträde har utretts. Bakgrunden till det turbulenta juridiska läget är att fjärrvärmeföretagen av lagstiftaren uppfattas inta en monopolliknande ställning gentemot sina kunder. Den monopolliknande ställningen anses vidare på olika sätt leda till minskat förtroende för fjärrvärmen. Att förtroendet antas minska för fjärrvärmen ses som något negativt av lagstiftaren eftersom fjärrvärme som uppvärmningsform anses vara en miljömässigt fördelaktig uppvärmningsform. Fjärrvärmelagen har därför införts för att påverka den av lagstiftaren uppfattade menliga situationen.

1.2 Syftet med forskningsprojektet

Det övergripande syftet med forskningsprojektet är att undersöka huruvida de i fjärrvärmelagen använda regleringsteknikerna utgör adekvata instrument för att uppnå de ändamål med vilka fjärrvärmelagen motiverades av lagstiftaren. Detta forskningsprojekt är uppdelat i tre etapper. I denna resultatrapport redogör jag för den andra etappen. För etapp två var syftet att kartlägga de av lagstiftaren valda regleringsteknikerna och att skapa en analysmodell med vilken reglerna kan analyseras i etapp tre.¹

¹ Se ansökan *Det reglerade fjärrvärmeavtalet*, projektansökan nr. 260, under rubriken Projektets bakgrund och kunskapsläge och rubriken Projektets syfte.

2 RESULTAT

2.1 Inledande anmärkningar

Det här forskningsprojektet löper över tre etapper. Den förevarande resultatrapporten avser etapp nummer två. Resultaten som presenteras i den här rapporten är därför med nödvändighet tentativa.

Att resultaten är tentativa innebär dock inte att de är innehållslösa eller oväsentliga. Tvärt om är resultaten av stor betydelse, i synnerhet för det kommande arbetet i etapp tre. De resultat som presenteras i den här resultatrapporten kan därför betraktas som den grund på vilken de slutgiltiga resultaten vilar – även om mindre förändringar av de här presenterade resultaten kan bli nödvändiga.

2.2 Fjärrvärmelagens ändamål

Från ett regleringsteoretiskt perspektiv betraktas lagstiftningen som ett styrmedel, det vill säga ett av lagstiftaren begagnat medel för styrning av samhället och därmed i förlängningen de människor som utgör samhället. I detta betraktelsesätt ligger att lagstiftning används av en anledning, nämligen att åstadkomma någon form av förändring i samhället. De förändringar som lagstiftningen avser att uppnå kallas för lagstiftningens ändamål.

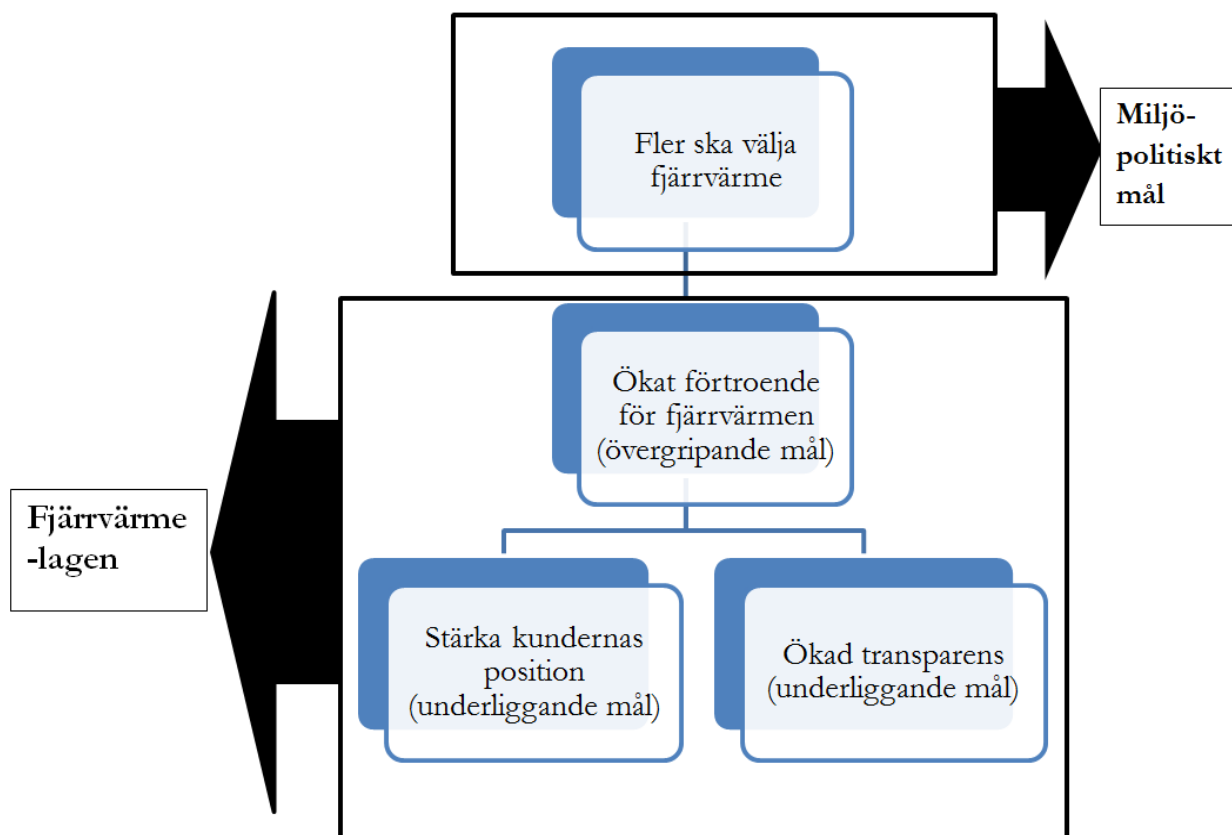
Genom att studera fjärrvärmelagen tillsammans med lagens förarbeten kan fjärrvärmelagens ändamål identifieras.² Av en sådan analys framgår att fjärrvärmelagen rymmer två nivåer av ändamål: dels underliggande ändamål, dels övergripande ändamål. De underliggande ändamålen är *stärkt kundställning* gentemot fjärrvärmebolagen respektive *ökad transparens* av fjärrvärmebolagens verksamhet. Det övergripande ändamålet är att *öka potentiella och befintliga kunders förtroende för fjärrvärmerna*. De underliggande ändamålen ska tillsammans göra så att det övergripande ändamålet uppnås.³

Fjärrvärmelagens underliggande och övergripande ändamål kan dock inte förstås fullt ut utan hänsyn tagen till det miljöpolitiska sammanhang i vilket fjärrvärmelagen ingår. Fjärrvärmelagen är nämligen en pusselbit i den miljöpolitiska agendan att *flera ska välja fjärrvärme som uppvärmningsform*.

² De förarbeten som låg till grund för fjärrvärmelag och ur vilka fjärrvärmelagens ändamål framgår är följande officiella dokument: prop. 2007/08:60 *Fjärrvärmelag m.m.*, SOU 2003:115 *Tryggare fjärrvärmekunder – ökad transparens och åtskillnad mellan el- och fjärrvärmeverksamhet*, SOU 2004:136 *Skäligt pris på fjärrvärme*, SOU 2005:33 *Fjärrvärme och kraftvärme i framtiden*.

³ Det ska här noteras att dessa resultat är en utvecklingen av de resultat avseende fjärrvärmelagens ändamål vilka presenterades av mig i resultatrapporten *Fjärrvärmelagens dispositivitet i förhållande till näringsidkare*, 2009:23, se särskilt s. 17-18. Resultaten i den rapporten står sig dock även i ljuset av den nya, utvecklade tolkningen av fjärrvärmelagens ändamål.

Betraktar man alla dessa delar tillsammans framträder följande bild: fjärrvärmelagens underliggande ändamål att stärka kundernas position och att öka fjärrvärmebolagens transparens syftar till att uppnå fjärrvärmelagens övergripande ändamål att öka potentiella och befintliga kunders förtroende för fjärrvärmen vilket i sin tur syftar till att fler ska välja fjärrvärme som uppvärmningsform. De underliggande och det övergripande ändamålen ryms inom själva fjärrvärmelagen men i det miljöpolitiska sammanhanget är fjärrvärmelagen endast en av flera styrmedel vilka används för att få fler att välja fjärrvärme som uppvärmningsform. Schematiskt kan detta illustreras på följande vis:



2.3 Förtroende analyserat

2.3.1 Inledning

När det nu är fastställt att fjärrvärmelagens övergripande ändamål är att skapa förtroende aktualiseras fråga *vad är förtroende för något?* Efter att ha studerat fjärrvärmelagens förarbeten står det klart att lagstiftaren inte preciserat förtroendebegreppets innehåll i någon större utsträckning. För att fylla förtroendebegreppet med innehåll har jag därför vänt mig till den vetenskapliga litteraturen i syfte att undersöka olika uppfattningar om förtroende.

Förtroendebegreppet har undersökts och analyserats utifrån tre perspektiv. Det första perspektivet har kallats förtroendets *ontologi* och har fokuserat på att beskriva vad förtroende är för något – eller i vart fall som helst vad det anses vara. Det andra perspektivet har kallats förtroendets *tillblivelse* och har fokuserat på hur förtroende uppstår och hur förtroende kan skapas. Det tredje perspektivet har kallats förtroendets *funktion* och har fokuserat på vilken funktion förtroende fyller i samhället.

2.3.2 Terminologiska anmärkningar

Innan jag redogör för mina resultat avseende min undersökning av förtroendebegreppet ska jag göra några terminologiska anmärkningar. Den part som ger sitt förtroende till någon eller något kallas för *förtroendegivare*. Den part som får någons förtroende kallas *förtroendemottagare*. Termen förtroendegivare används för att markera att förtroende är något som ges till någon eller något annat. Termen förtroendemottagare används för att markera att förtroende är något som mottas och som inte kan tas från förtroendegivaren om inte förtroendegivaren vill det.

2.3.3 Förtroendets ontologi

Vad gäller förtroendets ontologi har denna undersökning utgått från förhållandet mellan *förtroende och risk*. Förtroende anses nämligen förutsätta någon form av risk för förtroendegivaren. Vidare anses förtroende vara ett *psykologiskt tillstånd* hos förtroendegivaren. Att förtroende är ett psykologiskt tillstånd hos förtroendegivaren innebär att det är förtroendegivarens uppfattningar om förtroendemottagaren som avgör om förtroendegivaren kan ha förtroende för förtroendemottagaren. Dessa uppfattningar behöver dock inte stämma med de faktiska sakförhållandena – det viktiga för förtroendet är hur förtroendegivaren uppfattar sakernas tillstånd. De uppfattningar hos förtroendegivaren vilka potentiellt innebär att förtroendegivaren har förtroende för förtroendemottagaren är förtroendegivarens uppfattningar om förtroendegivarens *förmåga respektive välvilja* att utföra de handlingar som förtroendet avser. Frågan om förtroende måste därför alltid knytas till någon form av *handlingar* som förtroendemottagaren ska utföra alternativt inte utföra. För ett fjärrvärmeföretag skulle sådana handlingar kunna vara att leverera fjärrvärme utan avbrott till ett skäligt pris. Frågan om förtroende för fjärrvärmeföretaget skulle i sådant fall innebära att

förtroendegivarens förtroende för fjärrvärmeföretaget är avhängigt förtroendegivarens uppfattningar om fjärrvärmeföretagets förmåga och välvilja att leverera fjärrvärme utan avbrott till ett skäligt pris. Om förtroendegivaren uppfattar det som att fjärrvärmeföretaget inte har förmåga (det vill säga inte är kapabelt) eller inte har välvilja (det vill säga inte vill) leverera fjärrvärme utan avbrott till ett skäligt pris så kommer förtroendegivaren inte kunna hysa något förtroende för fjärrvärmeföretaget. Huruvida fjärrvärmeföretaget faktiskt kan och vill leverera fjärrvärme utan avbrott till ett skäligt pris är ovidkommande – det avgörande är hur förtroendegivaren uppfattar situationen. Det är också i detta moment av potentiell diskrepans mellan å ena sidan förtroendegivarens uppfattningar om förtroendemottagarens förmåga respektive välvilja och å andra sidan förtroendemottagarens faktiska förmåga och välvilja som risken för förtroendegivaren ligger. Det finns nämligen alltid en risk att förtroendegivarens uppfattningar om förtroendemottagarens förmåga respektive välvilja inte stämmer med förtroendemottagarens faktiska förmåga respektive välvilja. I exemplet med fjärrvärmeföretaget ligger således risken för förtroendegivaren i att förtroendegivaren tror att fjärrvärmeföretaget har både förmåga och välvilja att leverera fjärrvärme till ett skäligt pris när fjärrvärmeföretaget eventuellt saknar antingen förmåga eller välvilja att göra detta. Risken ligger med andra ord i att förtroendegivarens uppfattningar inte stämmer.

2.3.4 Förtroendets tillblivelse

Vad gäller förtroendets tillblivelse är *tid* av stor betydelse. Förtroende byggs upp i etapper över tid genom att förtroendegivaren interagerar med förtroendemottagaren och får positiv feedback avseende interaktionen. Visserligen kan förtroende uppstå utan ett direkt behov av tid, till exempel genom att förtroendegivaren bygger sitt förtroende på andras uttalanden om förtroendemottagaren. Att förtroende baseras på andras uttalanden om förtroendemottagaren innebär dock endast att förtroendegivaren baserar sitt förtroende för förtroendemottagaren på andras erfarenheter av samma förtroendemottagare och dessa erfarenheter har i sig behövt tid för att kunna bygga förtroende. Tid är därför indirekt nödvändigt även när förtroendemottagaren baserar sitt förtroende för förtroendemottagaren på andras uttalanden om förtroendemottagaren.

För att en interaktion mellan förtroendegivaren och förtroendemottagaren ska kunna generera positiv feedback räcker det inte med att de handlingar vilka förtroendet avsåg faktiskt ha utförts av förtroendemottagaren. Förtroendegivaren måste också uppfatta det som att förtroendemottagaren utförde handlingarna med välvilja gentemot förtroendegivaren som *handlingsmotiv*. Om handlingsmotivet uppfattas vara något annat, till exempel yttre påtryckningar eller någon form av tvång, uteblir den positiva feedbacken och därmed förtroendebyggandet.

Vidare har också förtroendegivarens *förväntningar* betydelse för förtroendeskapandet. Förtroendelitteraturen är inte helt entydig men det synes vara så att rimliga förväntningar har bäst effekt på förtroendeskapandet. För höga förväntningar riskerar leda till minskat förtroende om handlingarna som förtroendet avser inte utförs av

förtroendemottagaren och för låga förväntningar kan leda till misstänksamhet avseende förtroendemottagarens motiv.

2.3.5 Förtroendets funktion

På abstrakt nivå kan förtroendets funktion sägas vara att *reducera komplexitet*. Tanken bakom detta påstående är att världen är oändligt komplex i så mening att antalet möjliga framtider som kan bli nutid är oändliga – ingen kan någonsin med 100 procent säkerhet veta exakt vad som kommer att hända i framtiden. Detta iakttagande hindrar dock inte att vissa tänkbara framtider framstår som mer troliga än andra framtider. Förtroendets roll är just att få vissa framtider att framstå som mer troliga än andra. Den som hyser förtroende för en förtroendemottagare vågar interagera med förtroendemottagare i fråga om de handlingar som förtroendet avser trots att förtroendegivaren inte kan veta att förtroendemottagaren kommer att utföra de handlingar som förtroendet avser. Förtroende handlar därför om att lita på att andra agerar som man förväntar sig trots att man aldrig kan veta exakt hur de kommer att agera.

Mot denna abstrakta beskrivning av förtroendets funktion är det möjligt att analysera mer konkreta förhållanden från ett funktionellt perspektiv. Eftersom det i fjärrvärmelagen och dess förarbeten i många hänseenden framgår att ökad information (till exempel krav på verksamhetstransparens och avtalsinnehåll) och ökad kontroll av fjärrvärmeföretagen (till exempel införandet av en tillsynsmyndighet) är viktigt för att öka förtroendet hos kunderna så framstår det som relevant att närmare undersöka det funktionella förhållandet mellan just förtroende och information respektive förtroende och kontroll.

Vad gäller *förtroende och information* kan följande sägas. Utan någon som helst information om förtroendemottagaren kan förtroendegivaren inte ha något förtroende för förtroendemottagaren. Information är därför en nödvändig förutsättning för förtroende. När förtroendegivaren har någon information att grunda förtroendet på fungerar information och förtroende som varandras substitut och komplement. Har förtroendegivaren lite information om förtroendemottagaren krävs ett större mått av förtroende för att förtroendegivaren ska våga interagera med förtroendemottagaren än om förtroendegivaren hade haft mycket information om förtroendemottagaren. Oavsett hur mycket information som förtroendegivaren har kan information dock aldrig fullt ut ersätta förtroende eftersom information aldrig kan garantera vilken framtid som kommer att bli nutid. Ett visst mått av förtroende – även om det är minimalt – kommer alltid behövas för att överbrygga glappet mellan erfarenhetsbaserad information och en hanterbar komplexitet.

Vad anbelangar relationen mellan *förtroende och kontroll* synes den vanligaste uppfattningen inom förtroendelitteraturen vara att kontroll utgör ett substitut till förtroende. Vad detta innebär är att om förtroendegivaren inte har förtroende för förtroendemottagaren och därför inte vågar interagera med förtroendemottagaren så kan förtroendegivaren ersätta det bristande förtroendet med olika typer av kontrollåtgärder för att våga interagera med förtroendemottagaren. Förtroende och kontroll är

således funktionellt ekvivalenta i så mening att båda leder till att förtroendemottagaren vågar interagera med förtroendemottagaren. Vid en närmare analys framgår att denna syn på förhållandet mellan förtroende och kontroll utgår från att kontroll är något som påverka förtroendemottagaren att agera på ett visst sätt oavsett om förtroendemottagaren vill det eller inte. Kontrollåtgärder kan därför ersätta bristande välviljan hos förtroendemottagaren men inte bristande förmåga. Ett avtal om fjärrvärme kan till exempel fungera som en kontrollåtgärd eftersom parterna till avtalet kan tvinga motparten att prestera enligt avtalet även om motparten inte vill. Fjärrvärmelagen kan också ses som en kontrollåtgärd eftersom kunden eller tillsynsmyndigheten kan använda lagen för att få fjärrvärmeföretagen att agera i enlighet med lagen vare sig fjärrvärmeföretagen vill det eller inte.

Det finns dock exempel i förtroendelitteraturen som definierar ”kontroll” annorlunda och menar att åtgärder som förändrar förtroendemottagarens faktiska vilja att agera på ett visst sätt också är en form av kontroll, alltså inte tvingar fram ett beteende utan ändrar förtroendemottagarens faktiska vilja att agera. Med en sådan utgångspunkt kan kontroll ses som ett komplement till förtroende. Denna beskrivning av kontroll är enligt mitt förmenande dock inte tillfredställande: kontrollbegreppet bör reserveras för åtgärder som påverkar förtroendemottagaren att agera på ett visst sätt vare sig förtroendemottagaren vill det eller inte. Oavsett den exakta definitionen av ”kontroll” blir förtroendeanalysen mer komplex när kontrollåtgärder tillförs till resonemanget eftersom kontrollåtgärderna öppnar upp för andra perspektiv på vem eller vad som är förtroendemottagare. Antingen kan kontrollåtgärderna betraktas som något till förtroendemottagaren externt eller så kan kontrollåtgärderna betraktas som en del av ett större arrangemang i vilket både den ursprungliga förtroendemottagaren och kontrollåtgärderna utgör delkomponenter. Anläggs det perspektiv vilket inkluderar kontrollåtgärderna i fastställandet av förtroendemottagaren så kan förtroendeanalysen bli oändligt komplex eftersom inget hindrar att förtroendegivaren tillämpar kontrollåtgärder på kontrollåtgärderna. När denna komplexitet blir så stor att de enskilda förtroenderelationerna blir ohanterligt svåra att urskilja från varandra och från helheten har man för handen så kallat systemförtroende.

2.3.6 Personligt förtroende och systemförtroende

Med personligt förtroende avses förtroende mellan två subjekt, till exempel mellan två människor eller mellan två företag. Med systemförtroende avses i stället att förtroendegivaren har förtroende för det system i vilket förtroendemottagaren ingår. Skillnaden kan illustreras med ett kort exempel:

Låt säga att du har fått recept på medicin och ska gå till apoteket för att köpa ut medicinen. På apoteket blir du expedierad av en apotekare. Anta att du aldrig tidigare träffat apotekaren och inte heller känner någon som har någon erfarenhet av apotekaren. Du vet helt enkelt ingenting om personen i fråga. Eftersom du inte har någon som helst information om apotekaren kan du inte heller ha något förtroende för just den person som står framför dig. Trots detta är jag tämligen säker på att du kommer att ta emot den

medicin som apotekaren ger dig, betala för den och sedermera inmundiga den. Varför?
Hur kommer det sig att du vågar interagera med apotekaren på det här sättet trots att du omöjligt kan ha något förtroende för just den person med vilken du interagerar? Svaret är att du har förtroende för det system av regler och kontroller inom vilket apotekaren verkar – du har systemförtroende.

Mot bakgrund av detta exempel kan konkluderas att det är viktigt att inför en förtroendeanalys ha klart för sig vem eller vad som är förtroendemottagare, eller närmare bestämt: vem eller vad som tillåts vara förtroendemottagare i förtroendeanalysen. Saknar förtroendegivaren förtroende för förtroendemottagaren uteblir med logisk nödvändighet interaktion baserat på förtroende. Interaktion kan dock åstadkommas även utan förtroende om kontrollåtgärder – till exempel rättsregler – kan ersätta det bristande förtroendet. För att kontrollåtgärderna ska kunna ersätta förtroende som katalysator för interaktion måste emellertid förtroendegivaren ha förtroende för kontrollåtgärderna. När kontrollåtgärderna utgörs av rättsregler som formar ett rättssystem i vilken den ursprunglige, enskilde förtroendemottagaren ingår, måste således förtroendegivaren ha förtroende för detta system för att våga interagera med den ursprunglige, enskilde förtroendemottagaren. Förtroendeanalysen har härvid riktats om: bort från relationen mellan förtroendegivaren och den ursprunglige, enskilde förtroendemottagaren för att i stället riktas mot systemet. Huruvida rätten kan samexistera med eller rent av kan skapa förtroende, blir därför avhängigt om förtroendemottagaren som den enskilde motparten med vilken förtroendegivaren potentiellt kommer att interagera eller som det system bestående av den enskilde motparten tillsammans med kontrollåtgärderna i form av rättsregler vilka påverkar den enskilde motpartens agerande. Eftersom resultatet funktionellt sätt är detsamma, nämligen att interaktion sker, oavsett i vilken av relationerna förtroende föreligger, kan personligt förtroende och systemförtroende sägas vara funktionellt ekvivalenta, men det är olika mekanismer som ligger bakom det funktionellt ekvivalenta resultatet.

2.4 Förtroende enligt fjärrvärmelagen

2.4.1 Inledning

Mot bakgrund av den bild av förtroendes ontologi, tillblivelse och funktion vilken presenterats ovan⁴ är det viktigt att fastställa vem eller vad som enligt fjärrvärmelagen är (1) förtroendegivare och (2) förtroendemottagare samt (3) vilka handlingar förtroendet avser, för att kunna analysera om fjärrvärmelagen skapar förtroende. Att definiera vem eller vad som är förtroendegivare är viktigt för att veta vem eller vad fjärrvärmelagen är avsedd att påverka. Att definiera förtroendemottagaren är viktigt för att förstå för vem eller vad förtroendegivarens förtroende är avsett att öka. Slutligen, att definiera vilka handlingar som förtroendet avser är viktigt för att kunna

⁴ Avsnitt 2.3 Förtroende analyserat.

analysera om fjärrvärmelagen påverkar förtroendegivarens uppfattningar om förtroendemottagaren i just dessa avseenden.

2.4.2 Förtroendegivaren enligt fjärrvärmelagen

Vid studier av fjärrvärmelagen och dess förarbeten framgår att förtroendegivaren är alla *potentiella och befintliga fjärrvärmekunder*, det vill säga alla de fysiska och juridiska personer vilka har reell möjlighet att ansluta sig till ett fjärrvärmenät eller redan har anslutit sig till ett fjärrvärmenät. Vad gäller de kunder som definieras som fysiska personer – alltså människor – utgör detta inga problem: fjärrvärmelagen ska öka förtroendet hos dessa människor. För alla de kunder som är juridiska personer – såsom aktiebolag och bostadsrättsföreningar – är det dock mer problematiskt. Frågan som uppstår är om en juridisk person kan ha förtroende; kan till exempel ett aktiebolag eller en bostadsrättsförening ha förtroende? Kan en juridisk person *i sig* hysa uppfattningar över huvud taget? Det enkla svaret på frågan är naturligtvis nej. En juridisk person existerar inte materiellt utan är endast en av människor skapad fiktion som immateriellt existerar för att de juridiska reglerna tillåter existensen. Detta till trots är det dock möjligt att betrakta juridiska personer som ett eget väsen med en egen vilja och med sina egna uppfattningar. Detta synsätt kallas inom bolagsrättslig teoribildning för *organteori*.

Enligt ett organteoretiskt synsätt kommer juridiska personers vilja till uttryck genom de beslut vilka de juridiska personernas beslutfattande organ fattar. Om till exempel ett aktiebolags eller bostadsrättsförenings styrelse fattar ett formellt beslut ses det beslutet som ett av aktiebolaget eller bostadsrättsföreningen fattat beslut. Det är så att säga inte styrelsen som fattat ett beslut åt den juridiska personen utan det är den juridiska personen *i sig* som fattat beslutet. Eftersom beslutet är ett uttryck för den juridiska personens uppfattningar är det således uppfattningarna hos de personer som utgör de beslutande organen som motsvarar den juridiska personens uppfattningar. Den bolagsrättsliga teoribildningen är inte enig i sin syn på organteori och många har menat att den är allt för orealistisk men detta till trots är det min mening att det är ett organteoretiskt synsätt som präglat tillkomsten av fjärrvärmelagen. Lagstiftaren synes utan särskild diskussion ha anammat ett organteoretiskt perspektiv: både fjärrvärmelagen i sig och dess förarbeten beskriver fjärrvärmekunden som det tänkande och handlande subjektet.

2.4.3 Förtroendemottagaren enligt fjärrvärmelagen

Vad gäller fastställandet av vem eller vad som är förtroendemottagare enligt fjärrvärmelagen är varken fjärrvärmelagen eller dess förarbeten helt tydliga. I huvudsak kan sägas att det finns två alternativa perspektiv vilka båda har stöd i tolkning av fjärrvärmelagen och förarbetena. Antingen tolkar man det som att fjärrvärmelagen ska skapa förtroende hos potentiella och befintliga kunder *för fjärrvärmeföretagen* eller så tolkar man det som att fjärrvärmelagen ska skapa förtroende hos potentiella och befintliga kunder *för fjärrvärmen som uppvärmningsform*.

Skillnaden i dessa båda tolkningar ligger i hur man ser på relationen mellan förtroendegivare och förtroendemottagare. Tolkningen som säger att förtroendet är riktat mot fjärrvärmeföretagen i sig ligger närmast det som kallats för personligt förtroende, det vill säga att förtroendegivaren har förtroende för ett specifikt fjärrvärmeföretag. Det ska alltså finnas ett förtroende för fjärrvärmeföretaget som sådant. Den andra tolkningen, som säger att förtroendet är riktat mot fjärrvärmen som uppvärmningsform, tar i stället sikte på förtroendet för fjärrvärmen som institution, som system. Förtroendet enligt denna tolkning är inte riktat mot det enskilda fjärrvärmeföretaget utan mot uppvärmningsformen fjärrvärme. Förtroendet är då riktat mot fjärrvärmeföretagen i samspel med de kontrollåtgärder vilka utövas mot fjärrvärmeföretagen, till exempel fjärrvärmelagen. Eftersom det råder tveksamhet kring vem eller vad som är förtroendemottagare enligt fjärrvärmelagen kommer jag i analysen – vilken utförs i etapp tre av projektet⁵ – av fjärrvärmelagens potentiellt förtroendeskapande effekter förmodligen att behandla båda tolkningarna.

2.4.4 Handlingarna som förtroendet avser enligt fjärrvärmelagen

Att fastställa de handlingar som förtroendet avser kan i allmänhet göras med varierad precisionsgrad. Man kan tänka sig en skala från mycket konkret definierade handlingar vilka speglar exakt kundens förväntningar på fjärrvärmeföretaget till mycket abstrakt definierade handlingar vilka ger uttryck för mer generella förväntningar. Eftersom lagstiftning är ett generellt styrmedel för att åstadkomma förändringar i samhället torde det vara lämpligt att försöka definiera handlingarna som förtroendet avser på en tämligen generell nivå när frågeställningen gäller fjärrvärmelagens potentiellt förtroendeskapande effekter.

En mer eller mindre självklar del av de handlingar som förtroendet avser är att fjärrvärmeföretagen ska leverera fjärrvärme på ett adekvat sätt som täcker kundens uppvärmningsbehov. Denna självklarhet kommer också direkt till uttryck i fjärrvärmelagen: av 1-2§§ fjärrvärmelagen framgår att distribution av värme är fjärrvärmeföretagets huvudsakliga åtagande gentemot sina kunder. Av fjärrvärmelagspropositionen framgår det också att leverans av värme är det huvudsakliga åtagandet även om detta åtagande kan vara preciserat på olika sätt, till exempel genom att fjärrvärmeföretaget ska se till att kunden får ett visst inomhusklimat.⁶

Att kunder anslutna till ett fjärrvärmenät förväntar sig att få värme levererat på ett adekvat sätt är dock endast en del av de handlingar som förtroendet avser. För att en potentiell kund på allvar ska överväga att välja fjärrvärme som uppvärmningsform och om en befintlig kund inte ska överväga att byta uppvärmningsform så måste både potentiella och befintliga kunder hysa uppfattningen att de inom ramen för avtalsrelationen inte ska bli utnyttjade av fjärrvärmeföretagen. De potentiella och befintliga kunderna måste därför ha förtroende för fjärrvärmeföretagen att fjärrvärmeföretagen begagnar sig av skäliga avtalsvillkor, i synnerhet vad gäller de avtalsvillkor vilka rör

⁵ Se avsnitt 1.2 *Syftet med forskningsprojektet*.

⁶ Prop. 2007/08:60 *Fjärrvärmelag m.m.* s. 32.

priset på fjärrvärmen. Detta framgår av alla de bestämmelser i fjärrvärmelagen vilka avser just fjärrvärmeavtalets innehåll och kundernas möjligheter att påverka avtalsinnehållet. Som exempel kan nämnas 7-8 §§ fjärrvärmelagen som bland annat ger kunden rätt att förhandla med fjärrvärmeföretaget avseende avtalsinnehållet, ålägger fjärrvärmeföretaget att ange skälen bakom avtalsvillkoren och ålägger fjärrvärmeföretaget att ge kunden tillräcklig information för att kunden själv ska kunna bilda sig en uppfattning om avtalsvillkorens skälighet. Detta förhållande framgår även av fjärrvärmelagspropositionen.⁷

Sammanfattningsvis kan sägas att handlingarna som förtroendet avser är att fjärrvärmeföretaget ska leverera fjärrvärme på ett adekvat sätt enligt avtalsvillkor – i synnerhet priser – vilka kunden uppfattar som skäliga. Härvid ska särskilt noteras att vad gäller skälighetsbegreppet är det inte skälighet enligt den allmänna avtalsrättens måttstock som avses utan i stället kundens uppfattning om vad som är skäligt. Ett avtalsvillkor vilket enligt den allmänna avtalsrätten är att anses som skäligt behöver inte uppfattas som skäligt av kunden. Fjärrvärmelagens primära uppgift är därför inte att åstadkomma rättsligt skäliga avtalsvillkor utan att åstadkomma avtalsvillkor vilka kunden uppfattar som skäliga.

2.5 Fastställd forskningsuppgift inför etapp tre

Under den tredje och avslutande etappen av forskningsprojektet kommer jag att analysera fjärrvärmelagen mot bakgrund av hur förtroendets ontologi, tillblivelse och funktion har beskrivits. Sannolikt kommer analysen att avgränsas till de bestämmelser som är avsedd att påverka potentiella och befintliga avtalsrelationer, det vill säga de bestämmelser som tar sikte på förhållandet mellan fjärrvärmeföretaget och dess potentiella och befintliga kunder. Kärnan i dessa bestämmelsers systematik är den i fjärrvärmelagen använda regleringstekniken vilken bygger på att en tillsynsmyndighet ska kontrollera att både offentligrättsliga och civilrättsliga bestämmelser efterlevs av fjärrvärmeföretagen. Tanken är att jag ska analysera bestämmelsernas materiella innehåll tillsammans med tillsynsfunktionen i syfte att kunna dra slutsatser i frågan om fjärrvärmelagen uppfyller sitt ändamål att skapa förtroende.

Den här beskrivna forskningsuppgiften utgör ramen för den fortsatta forskningen men den exakta utformningen av analysen ännu inte helt fastlagd. Den 24 september håller jag mitt treårsseminarium vid vilket förtroendebegreppet och metodfrågor för analysen kommer stå i centrum och tanken är att jag seminariet ska kunna påbörja analysarbetet.

2.6 Sammanfattande kommentarer

Sammanfattningsvis kan sägas att förtroende är ett komplext begrepp och att det knappast kan fastställas ett objektivt verifierbart innehåll i begreppet. Att fastställa förtroendets ontologi, tillblivelse och funktion är inte som att fastställa detsamma för fysiskt existerande föremål. Som med så mycket annat inom de samhällsvetenskap-

⁷ Prop. 2007/08:60 Fjärrvärmelag m.m. s. 32.

liga disciplinerna finns det därför ett inte obetydligt mått av subjektivitet med i bilden även när förtroende behandlas vetenskapligt. Detta betyder dock inte att man behöver hemfalla åt total relativism – det finns fortfarande sådant som kan betraktas som fasta punkter vid vilka man kan hålla sig fast och på vilka kunskap kan byggas.

Hade det för fjärrvärmelagen centrala begreppet ”förtroende” definierats i fjärrvärmelagens förarbeten hade förarbetena kunnat utgöra sådana fasta punkter. Efter som en sådan definition och begreppet i övrigt inte diskuteras särskilt, har jag av nödvändighet behövt fastställa förtroendebegreppets innehåll på annat sätt. I syfte att förstå vad förtroende är för något – eller snarare *anses* var – så har jag studerat hur olika vetenskapliga discipliner behandlar begreppet. Dessa studier har lett fram till en djupare förståelse för förtroendebegreppet som sådant men också för förtroendets roll i fjärrvärmelagens specifika kontext. Det är denna djupare förståelse som ska ligga till grund för den kommande, analyserande forskningsuppgiften vilken genomförs under etapp tre av projektet.

3 KOMMUNIKATION

3.1 TPA-forum

3.1.1 Inledning

Under etapp två har jag varit aktiv inom ramen för den av Mattias Ganslandt drivna hemsidan TPA-forum.⁸ TPA-forum har till syfte att diskutera och analysera frågan om tredjepartstillträde till fjärrvärmenäten i Sverige.⁹ Min aktivitet består främst av tre inlägg på TPA-forums hemsida i form av kortare artiklar och av en kommentar på det lagförslag vilket presenterades av TPA-utredningen¹⁰ den 29 april 2011. Nedan presenteras huvuddragen i de totalt fyra inläggen. Inläggen i sin helhet finns bifogade som bilagor och finns också tillgängliga på TPA-forums hemsida.

3.1.2 Inlägg ett: Beställningsjobb i lagstiftningsprocessen?

I inlägget *Beställningsjobb i lagstiftningsprocessen?*¹¹ diskuterar och ifrågasätter jag det direktiv från regeringen som låg till grund för TPA-utredningens utredningsuppdrag. I direktivet vilket låg till grund för Fjärrvärmeutredningen (som resulterade i Fjärrvärmelagen) sades att utredningen skulle analysera möjligheterna att införa ett lagstadgat tredjepartstillträde och föreslå reglering om det ansågs vara en bra lösning på de förmenta problemen.¹² Eftersom Fjärrvärmeutredningen kom fram till att det inte vara en bra lösning på de förmenta problemen föreslogs inte heller något lagstadgat tredjepartstillträde.¹³ När sedermera fjärrvärmelagen infördes flaggades det för att TPA-frågan borde utredas vidare.¹⁴ Den stora skillnaden mellan Fjärrvärmeutredningens direktiv och TPA-utredningens direktiv var att TPA-utredningen inte bara skulle utreda TPA – utredningen var dessutom tvungen att presentera ett lagsförslag oavsett om ett lagstadgat tredjepartstillträde ansågs vara en bra lösning på det förmenta problemet eller inte.¹⁵

Det problematiska i sammanhanget är att regeringen tycks ha bestämt sig på förhand att lagstiftningen är det riktiga sättet att lösa det förmenta problemet och därför avkräver utredningen ett lagförslag oavsett vad utredningen kommer fram till i sakfrågan. När TPA-utredningen sedan presenterades framstod det i

⁸ <http://tpaforum.net/>, måndag den 15 april 2013.

⁹ http://tpaforum.net/?page_id=82, måndag den 15 april 2013.

¹⁰ SOU 2011: 44 *Fjärrvärme i konkurrens*.

¹¹ Bilaga 1 och <http://tpaforum.net/?p=170>, måndag den 15 april 2013.

¹² Dir. 2002:160.

¹³ SOU 2005:33 *Fjärrvärme och kraftvärme i framtiden*, särskilt avsnitt 4.6-4.7.

¹⁴ Prop. 2007/08:60 *Fjärrvärmelag m.m.*, avsnitt 5.7.

¹⁵ Dir. 2009:5.

pressmeddelanden och i media som att lagstadgat tredjepartstillträde var ett av utredningen på egen hand föreslaget förslag.

3.1.3 Inlägg två: Tillsynsmyndigheten som grindvakt

I inlägget *Tillsynsmyndigheten som grindvakt*¹⁶ diskuterar jag det av TPA-utredningen lagda förslaget att en tillsynsmyndighet skulle få ansvar och befogenhet att avgöra vem som skulle få utnyttja den föreslagna rätten om legalt tredjepartstillträde mot nätägarens vilja. Huvudpoängen med inlägget var att uppmärksamma att frågan om kontraheringstvång – vilket lagstadgat tredjepartstillträde i grunden handlar om – inte är färdigdiskuterad bara för att man kommer fram till att det vore principiellt juridiskt möjligt. Det är i stället så att de svåra frågorna snarast uppdragas efter ett sådant konstaterande, nämligen frågorna som rör den exakta utformningen av kontraheringstvånget. TPA-utredningens förslag är enligt mig alltför allmänt hållet vilket enligt mitt förmenande inte duger när det är fråga om ingripande legala åtgärder i avtalsfriheten och äganderätten som lagstadgat tredjepartstillträde aktualiserar. I synnerhet var det TPA-utredningens vaga formuleringar som av förutsebarhetsskäl framstod som olämpliga för att ligga grund för lagstiftning i ärendet.

3.1.4 Inlägg tre: Begreppsförvirring i lagstiftningsprocessen – upprepa inte felen från fjärrvärmelagen!

I inlägget *Begreppsförvirring i lagstiftningsprocessen – upprepa inte felen från fjärrvärmelagen!*¹⁷ visar jag på den begreppsförvirring som återfinns i både fjärrvärmelagen och den promemoria som Näringsdepartementet författat avseende ytterligare förslag på reglering av fjärrvärmebranschen.¹⁸ Begreppsförvirringen avser de juridiska begreppen ”kund” respektive ”konsument”. I förarbetena till fjärrvärmelagen användes orden kund och konsument som varandras synonymer trots att de begreppsliga innehållen inte är desamma. Detta har lett till att fjärrvärmelagen dragits med tolkningsproblem till exempel i fråga om lagens tvingande eller dispositiva verkan. När sedan Näringsdepartementets promemoria innehåller samma felaktigheter riskerar således nästa lagstiftningsprodukt att drabbas av nya tolkningsproblem om inte begreppsförvirringen åtgärdas. Att i juridiska sammanhang hålla isär begreppen kund och konsument är därför mycket viktigt, i synnerhet i lagstiftningsprocessen.

¹⁶ Bilaga 2 och <http://tpaforum.net/?p=892>, måndag den 15 april 2013.

¹⁷ Bilaga 3 och <http://tpaforum.net/?p=8744>, måndag den 15 april 2013.

¹⁸ Näringsdepartementets promemoria N2012/1676/E *Förslag på åtgärder för utvecklade fjärrvärmemarknader till nytta för kunder och restvärmeleverantörer*.

3.1.5 Inlägg fyra: Författningskommentar avseende TPA-utredningens lagförslag

I inlägget *Kommentar till TPA-utredningen*¹⁹ analyserade jag TPA-utredningens lagförslag från ett regleringsteoretiskt perspektiv. Jag utvärderade med andra ord inte frågan om lagstadgat tredjepartstillträde var en adekvat lösning på det förmenta problemet, i stället var analysen inriktad på själva lagtextförslaget.

Det övergripande budskapet i kommentaren var att lagstiftningsförslaget var otydligt på flera punkter, särskilt vad gäller frågan om den föreslagna lagens tvingande respektive dispositiva karaktär och frågan om tillsynsmyndighetens befogenheter. Vidare anmärkte jag på att det inte framgick hur de olika bestämmelserna skulle övervakas och vilka sanktioner som var knutna till överträdelse av bestämmelserna. I övrigt var kritiken inriktad på de lagtekniska detaljerna vilka är för ingående och för disparata för att redogöras för här.

3.2 Konferens i Leeds

Den 29-30 mars 2012 besökte jag den akademiska konferensen *The Future of Relational Contract: A Symposium in Honour of Ian Macneil* i Leeds, England. Syftet med besöket var tudelat.

Det första syftet var att skaffa mig en bättre bild av så kallade *Relational Contract Theory*²⁰ (RCT). RCT är ett till det traditionella, mikroekonomiskt influerade perspektivet ett alternativt sätt att se på avtal och avtalsrätt. Det traditionella perspektivet bygger på antagandet om rationella val och perfekt information vilket, enligt RCT, leder till ett överdrivet juridiskt fokus på avtalsslutet och glömmer bort att de allra flesta avtal har relationella komponenter som är viktigare än det skrivna avtalsdokumentet. Grunden i RCT kan därför sägas vara att ta större hänsyn till relationen bakom det skrivna avtalet än vad det traditionella, och i stor utsträckning förhärskande, perspektivet gör. Eftersom fjärrvärmeavtalet är ett typiskt långsiktigt avtal var det min och min handledares uppfattning att RCT torde utgöra ett adekvat analysverktyg för att analysera fjärrvärmelagens potentiellt förtroendeskapande inverkan på fjärrvärmeavtalets parter.

Det andra syftet med resan var att nätverka, att helt enkelt försöka komma i kontakt med de professorer vilka ägnat sig åt att både utveckla och kritisera RCT. I den nätverkande uppgiften låg också att försöka få professorerna i fråga intresserade av mitt avhandlingsprojekt, det vill säga lagens potentiellt förtroendeskapande effekter i allmänhet och fjärrvärmelagens potentiellt förtroendeskapande effekter i synnerhet. Samtliga professorer som jag hann inleda mer ingående samtal med syntes intresserade. Den mest intensiva diskussionen rörde frågan hur omreglering från statlig eller kommunal förvaltning till marknadsmässiga förutsättningar och företagsverksamhet påverkar människors uppfattningar avseende de marknader som omregleringen gäller. Fjärrvärmeverksamhet i Sverige är ett lysande exempel på en

¹⁹ Bilaga 4 och <http://tpaforum.net/?p=3268>, måndag den 15 april 2013.

²⁰ Bilaga 5.

sådan omreglering varför den svenska fjärrvärmebranschens förutsättningar diskuterades livligt. Till följd av det visade intresset var det ett naturligt steg att diskutera möjligheten att jag skulle kunna tillbringa en del av min doktorandtid vid Leeds University i syfte att verkligen fördjupa mina kunskaper om RCT. Se mer om detta i avsnittet 4.1 *Leeds – tillfället som försvann*.

3.3 Fjärrvärmedagarna i Skövde

År 2012 besökte jag fjärrvärmedagarna i Skövde och den efterföljande forskarträffen. Vid forskarträffen höll jag en kort presentation med rubriken *Creating Trust by Regulation – The Legal Experiment On District Heating in Sweden*. Forskarträffarna brukar i mitt tycke vara mycket intressanta eftersom de ger möjlighet att diskutera fjärrvärmeforskning över ämnesgränserna. Tyvärr var forskarträffen i Skövde alltför tidskomprimerad och dessutom förlagd till eftermiddagstid efter avtaslutade fjärrvärmedagar vilket medförde att hela tillställningen präglades av trötthet och stress.

3.4 Tvåårsseminarium

Den 27:e april 2012 höll jag mitt så kallade tvåårsseminarium. Under doktorandtiden ska doktoranden hålla fyra seminarier med ungefär ett års mellanrum. Till dessa årsseminarier bjuds en opponent in som har i uppgift att diskuteras doktorandens forskning; dels vad doktoranden presterat dittills, dels hur den fortsatta forskningen ska bedrivas. Utöver opponenten deltar också doktorandens handledare och andra intresserade.

Vid mitt tvåårsseminarium var docent Torbjörn Ingvarsson från Uppsala Universitet inbjuden som opponent. Diskussionerna rörde i första hand fjärrvärmebranschens juridiska förutsättningar och möjligheten att använda RCT som analysverktyg för att analysera fjärrvärmelagens potentiellt förtroendeskapande effekter. Diskussionsunderlaget för RCT finns återfinns i bilaga 5.

Resultatet av tvåårsseminariet kan sammanfattas i två övergripande punkter:

- RCT framstår som ett möjligt analysverktyg för att analysera fjärrvärmelagens potentiellt förtroendeskapande effekter.
- För att kunna analysera fjärrvärmelagens potentiellt förtroendeskapande effekter måste jag dels få klart för mig vad förtroende anses vara, dels försöka förstå vad som avses med förtroende i fjärrvärmelagens mening.

3.5 Föredrag för Svensk Fjärrvärmes marknadsråd

Den 7 juni höll jag ett föredrag för Fjärrens marknadsråd i Svensk Fjärrvärmes lokaler i Stockholm. I föredraget presenterade jag min forskning dittills; dels mina tentativa resultat, dels hur jag tänkt gå vidare.

Utöver detta berättade jag i korta ordalag vad juridisk forskning i allmänhet är för något och hur den går till. Den juridiska forskningsuppgiften beskrevs grovhugget bestå av å ena sidan juridisk forskning i snäv mening och å andra sidan juridisk forskning i vid mening. Juridisk forskning i snäv mening innebär att forsknings-

uppgiften inriktas på att fastställa gällande rätt, det vill säga att fastställa hur man lagenligt får respektive inte får agera i olika situationer. Juridisk forskning i vid mening försöker i stället sätta rätten i perspektiv, det vill säga försöker förstå juridiken i ett större samhälleligt sammanhang.

Jag försökte också konkretisera varför juridisk forskning är av nytta för fjärrvärmebranschens aktörer. Härvid underströks vikten av rättslig självförståelse och juridikens trots allt begränsade möjligheter som styrmedel för att påverka samhällsutvecklingen.

4 ÖVRIGT

4.1 Leeds – tillfället som försvann

Som diskuterats ovan under 3.2. *Konferens i Leeds* inledde jag diskussioner med professorer vid Leeds University om att tillbringa en del av min doktorandtid i Leeds för att fördjupa mina kunskaper om RCT. Diskussionerna fördes främst med professor Campbell och professor Vincent-Jones. Strax efter min hemkomst från Leeds fick jag reda på att professor Vincent-Jones tagit ny anställning vid The University of Sheffield, i Sheffield, England. Professor Vincent-Jones meddelade emellertid att han var fortsatt intresserad av mitt avhandlingsprojekt och att det eventuellt var möjligt att orda en vistelseperiod i Sheffield om jag var intresserad. Eftersom Leeds vid tidpunkten framstod som mer lockande än Sheffield valde jag dock att fortsätta diskussionerna med professor Campbell.

Den 30 augusti 2012 skickade jag in min ansökan avseende *Leeds Visiting Scholar Programme*. Den 23 september 2012 fick jag det tråkiga beskedet att min ansökan inte kunnat behandlas av administrationen eftersom professor Campbell av personliga skäl inte var i tjänst. Exakt vad ”personliga skäl” avsåg vet jag ännu idag inte. I slutet av november fick jag besked att det var oklart när och om professor Campbell skulle komma tillbaka. Ansökan lämnades därför vilande.

Att den utdragna processen med att försöka ordna en vistelse i Leeds inte ledde någon vart var naturligtvis tråkigt. Samtidigt kunde jag inte göra mer än vad jag gjorde varför jag valde att gå vidare med att undersöka andra alternativ.

4.2 Sheffield – nya intressanta möjligheter

Efter de tråkiga nyheterna från Leeds²¹ tog det ett tag innan frågan om utlandsvistelse aktualiserades igen. När Leeds var som mest aktuellt var det kunskap kring RCT som lockade men under de nära nio månader som passerade från konferensen i Leeds till dess att jag fick slutgiltigt besked om att resan inte kunde bli av hade mitt avhandlingsprojekt hunnit ta en delvis annan riktning: RCT hade tonats ner och förståelse för förtroendebegreppet hade tonats upp. I dagsläget (april 2013) har därför möjligheterna att ta mig till Sheffield i forskningssyfte blivit aktuella igen. Anledningen är dels min kontakt med professor Vincent-Jones, dels det rättsocio-logiskt inriktade forskningscentret *The Centre for the Study of Law in Society* (CLIS) vid vilket professor Vincent-Jones är verksam. Kontakterna med Sheffield och professor Vincent-Jones har därför återupptagits i april 2013. Någon vistelse i Sheffield kommer inte vara möjlig innan halvårsskiftet 2013 men förhoppningen är att det ska vara möjligt under andra halvan av 2013 eller under första halvan av 2014.

²¹ Se avsnitt 4.2. *Leeds – tillfället som försvann*.

5 REFERENSER

Offentliga tryck

Lagar

Fjärrvärmelag (2008:263)

Propositioner

Proposition 2007/08:60 *Fjärrvärmelag m.m.*

Statens offentliga utredningar

SOU 2003:115 *Tryggare fjärrvärmekunder – ökad transparens och åtskillnad mellan el- och fjärrvärmeverksamhet*

SOU 2004:136 *Skäligt pris på fjärrvärme*

SOU 2005:33 *Fjärrvärme och kraftvärme i framtiden*

SOU 2011:44 *Fjärrvärme i konkurrens*

Kommittédirektiv

Kommittédirektiv 2002:160 *Fjärrvärme på värmemarknaden*

Kommittédirektiv 2009:5 *Utredning om tredjepartstillträde till fjärrvärmenäten*

Promemorior

Näringsdepartementets promemoria N2012/1676/E *Förslag på åtgärder för utvecklade fjärrvärmemarknader till nytta för kunder och restvärmeleverantörer*

Fjärrsyns dokumentation

Ansökningar om forskningsanslag

Det reglerade fjärrvärmeavtalet, etapp två, projektansökan nr. 260

Resultatrapporter

Fjärrvärmelagens disposivitet i förhållande till näringsidkare, 2009:23

Internetlänkar

TPA-forums startsida: <http://tpaforum.net/>, måndag den 15 april 2013

TPA-forums avsiktsförklaring: http://tpaforum.net/?page_id=82, måndag den 15 april 2013

Beställningsjobb i lagstiftningsprocessen?: <http://tpaforum.net/?p=170>, måndag den 15 april 2013

Tillsynsmyndigheten som grindvakt: <http://tpaforum.net/?p=892>, måndag den 15 april 2013

Begreppsförvirring i lagstiftningsprocessen – upprepa inte felen från fjärrvärmelagen!: <http://tpaforum.net/?p=8744>, måndag den 15 april 2013

Kommentar till TPA-utredningen: <http://tpaforum.net/?p=3268>, måndag den 15 april 2013

Bilaga 1 – Beställningsjobb i lagstiftningsprocessen?

Beställningsjobb i lagstiftningsprocessen?

Att stifta lag är en komplicerad sak. Det finns inte ett korrekt sätt att reglera en viss fråga och många gånger kan det vara nog så svårt att avgöra om lagstiftning över huvud taget ska införas: är lagstiftning verkligen rätt verktyg för att åtgärda problemet? För att vända och vrida på lagstiftningsproblematiken tillsätts diverse utredningar för att analysera olika frågor och problem. För att utredarna ska veta vad det är för fråga de ska analysera ger regeringen direktiv med instruktioner: vilka frågor som är föremål för utredningen och vad utredningen särskilt ska ta hänsyn till när frågorna analyseras. Direktivet fyller således en dirigerande funktion avseende utredningsarbetet. Frågan är dock hur ingående och preciserat ett direktiv ska, alternativt bör, vara: kan regeringen kräva vad som helst av en utredning? Finns det en gräns för hur snävt direktivet kan utformas utan att gränsa till ett beställningsjobb med visst förutbestämt innehåll? Nedan ger jag en kort redogörelse för ett fall i lagstiftningsprocessen som jag tycker balanserar på gränsen till ett sådant beställningsjobb.

Nyligen presenterades en ny SOU avseende konkurrenssituationen inom fjärrvärmebranschen (SOU 2011:44). Fjärrvärmeförsäljning har – precis som elförsäljning – varit en aktuell fråga den senaste tiden, främst på grund av att kunderna anses inta en svag position i förhållande till leverantören. Försäljning av fjärrvärme har visserligen många likheter med försäljning av el men det finns också en stor skillnad: el säljs på en marknad i vilken kunden kan välja med vem kunden vill ingå avtal medan fjärrvärmekunden inte kan välja mellan olika avtalsparter. Anledningen till att elkunden kan välja avtalspart är att el distribueras i ett (inter)nationellt infrastrukturellt nät (elnätet) att fjärrvärme distribueras i lokala infrastrukturella nät (rörledningar nedgrävda i marken). I elnätet finns många distributörer av el men i varje enskilt lokalt fjärrvärmenät finns endast en distributör. Dessutom är det inte möjligt att byta fjärrvärmenät eftersom fjärrvärmeleveransen är fysiskt knuten till en viss fastighet och byggnaderna på den fastigheten. Således, eftersom kunden genom fastighetens belägenhet är knuten till ett visst fjärrvärmenät och det endast finns en distributör per fjärrvärmenät så följer att kunden måste avtala med denna leverantör om kunden vill ha fjärrvärme levererad. Visserligen kan man argumentera att kunden för all del kan byta uppvärmningsform helt och hållet: man måste ju inte ha just fjärrvärme. Problemet är dock att det är mycket kostsamt att byta uppvärmningsform; så kostsamt att bytet inte anses utgöra en reell möjlighet. Av förståeliga skäl har denna situation ansetts problematisk och för (bland annat) att stärka kundernas position gentemot fjärrvärmedistributörerna infördes år 2008 en särskild lag för att reglera fjärrvärmebranschen: fjärrvärmelag (2008:263) (fjärrvärmelagen).

I utredningsarbetet till fjärrvärmelagen ingick bland annat uppgiften att utreda möjligheten till ett lagstadgat "tredjepartstillträde" (TPA) (Dir. 2002:160). Lagstadgat TPA innebär att det inte står ägaren av fjärrvärmenätet fritt att avgöra vem som ska få använda nätet; nätägaren tvingas alltså att acceptera andra användare av nätet än sig själv. Kontraheringsplikt avseende användandet av ägarens egendom, om man så vill. Tanken bakom ett sådant lagstadgat TPA är att försöka bryta monopolet genom att tvinga fram möjligheten för fler än nätägaren att distribuera fjärrvärme i det enskilda nätet och på så vis ge kunderna möjligheten att välja mellan flera olika distributörer inom samma nät. Vad som här särskilt ska noteras är att det i direktivet för utredningen sägs att utredaren ska "...analysera om det är lämpligt att införa tredjepartstillträde på fjärrvärmemarknaden och, *om det bedöms lämpligt*, föreslå regler för detta." (Dir. 2002:160)(min kursivering). Utredaren kom sedermera fram till att lagstadgat TPA inte skulle leda till bättre konkurrens och inte skulle vara bättre för miljön och således inte heller skulle införas i lagstiftningen (se SOU 2005:33, särskilt avsnitt 4.7). När fjärrvärmelagspropositionen ett par år senare röstades genom i riksdagen infördes i enlighet med utredningsarbetet inte något lagstadgat TPA. Regeringen meddelade dock att frågan skulle utredas närmare (se prop. 2007/08:60, avsnitt 5.7). Och nu börjar vi närma oss den i rubriken ställda frågan!

Bara ett halvår efter fjärrvärmelagens ikraftträdande sjösatte regeringen en ny utredning, denna gång med huvudsakligt fokus på frågan om lagstadgat TPA (Dir. 2009:5). Inget konstigt med det kan tyckas: det låg ju helt i linje med vad som aviserats i fjärrvärmelagspropositionen. MEN, vid en noggrann läsning av instruktionerna i direktivet ser man att uppgiften inte längre endast var att utreda och analysera förutsättningarna för lagstadgat TPA och presentera ett lagförslag om det ansågs lämpligt. Utredningen var i stället *bunden att presentera ett lagförslag!* Och detta alldeles oavsett vad utredningen kom fram till i sin analys. Utredningen var alltså tvungen att snickra ihop ett lagförslag som innebar lagstadgat TPA.

Som kuriosas kan jag härvid flika in att jag under en branschträff för fjärrvärmebranschen i februari i år fick ta del av dels den nationalekonomiska delutredningen, dels huvudsekreterarens egna synpunkter i frågan i allmänhet. Båda gav intrycket av hopplöshet. Ansvarig för den nationalekonomiska utredningen menade på att det var mycket osäkert om lagstadgat TPA skulle vara bra för konkurrensen och huvudsekreteraren påpekade flitigt det faktum att utredningen var tvungen att presentera ett lagförslag, även om det vore så att utredningen egentligen skulle vilja avråda från sådan lagstiftning. Mot bakgrund av de formella källorna avseende utredningens lagförslag och den mer informella informationen avseende hur delar av utredningsgruppen såg på själva uppdraget kan jag inte annat än att uppfatta processen som besynnerlig. Är det verkligen rimligt att direktiv om utredning utformas på ett sätt så att utredningen är mer eller minder bunden vid vissa resultat i förväg? Är det rimligt att regeringen kräver att utredningen presenterar ett lagförslag även om utredarna kommer fram till att det inte är lämpligt med lagstiftning? Hur långt kan regeringen i så fall gå när man preciserar direktivinstruktionerna?

Dubbelt konstigt blir det när utredningen presenteras i ett pressmeddelande, i vilket det sägs:

”I betänkandet ges förslag till ett nytt regelverk för fjärrvärmeverksamhet vilket innebär att det ges förutsättningar för konkurrens på fjärrvärmemarknaderna.” (se <http://www.regeringen.se/sb/d/14679/a/167387>).

Mitt intryck, om jag bara läste detta pressmeddelande och inte visste om bakgrunden, vore sannolikt att utredarna förutsättningslöst kommit fram till att lagstadgad TPA är en bra lösning. När informationen sedan kommer ut i media hade till exempel DN följande rubrik: ”Fjärrvärmen konkurrensutsätts” (<http://www.dn.se/ekonomi/fjarrvarmemarknaden-avregleras>). En sak som slog mig (och kanske skrämde mig en aning) är att den rubriken kunde DN haft alldeles oavsett vem som skött utredningen och vad utredningen kommit fram till: ett lagförslag innebärandes lagstadgat TPA var ju tvunget att presenteras!

Bilaga 2 – Tillsynsmyndigheten som grindvakt

Tillsynsmyndigheten som grindvakt

Enligt det lagförslag som TPA-utredningen presenterade i SOU 2011:44 så ska en principiell anslutningsskyldighet införas på den svenska fjärrvärmemarknaden. Innebörden av detta förslag är att ägaren av ett fjärrvärmenät enligt lag är skyldig att ansluta fjärrvärmeproducenter som vill använda nätägarens nät. I princip har vi alltså att göra med ett kontraheringstvång (tvång att ingå avtal, eventuellt mot sin vilja) för nätägaren. Det fundamentala problemet med alla typer av kontraheringstvång är just tvånget. Vanligtvis utgår nämligen avtalsrätten från den så kallade principen om avtalsfrihet, vilken förenklat innebär rätten att själv välja om och med vem man vill ingå avtal. Ett lagstadgat kontraheringstvång går således på tvären med principen om avtalsfrihet.

Bakom principen om avtalsfrihet finns en annan fundamental rättslig princip: äganderätten. Äganderätten kan sägas innebära att den som enligt gällande juridiska regler äger någonting har ensamrätt att bestämma över egendomen. Ägaren har således rätt att själv bestämma hur egendomen ska nyttjas; om den till exempel ska säljas eller om rätten att använda egendomen ska överlåtas på någon annan än ägaren själv. Äganderätten ligger alltså till grund för principen om avtalsfrihet och eftersom ett lagstadgat kontraheringstvång går på tvären med principen om avtalsfrihet går kontraheringstvånget också på tvären med äganderätten.

Som synes, således, innebär TPA-utredningens lagförslag om anslutningsskyldighet för nätägaren att man går i kliché med för det moderna rättssamhället fundamentala principer om ägande och avtalsfrihet. Detta problem behandlar TPA-utredningen i korthet i del 8.1. i utredningen. Utredaren kommer fram till att det är möjligt att göra ingrepp i äganderätten och principen om avtalsfrihet förutsatt att ingreppet tjänar ett angeläget allmänt intresse. Slutligen slås det fast att det föreslagna kontraheringstvånget också tjänar ett sådant angeläget allmänt intresse (se s. 342 i utredningen).

Gott så. Men i det här läget är det av yttersta vikt att inte förhastas sig. Även om man tar som utgångspunkt TPA-utredningens inställning att ett kontraheringstvång för nätägaren är motiverat av ett angeläget allmänintresse så är inte frågan om kontraheringstvånget avklarad. Snarare är det så att den viktiga diskussionen börjar härefter, nämligen *hur kontraheringstvånget ska utformas*.

I det förslag som TPA-utredningen presenterar föreslår utredningen att en tillsynsmyndighet (= Energimarknadsinspektionen, se s. 325 i utredningen) ska avgöra huruvida nätägaren ska tvingas ansluta den fjärrvärmeproducent som vill nyttja nätägarens nät. Tillsynsmyndigheten får med andra ord rollen av en grindvakt; den avgör vem som har rätt att nyttja nätägarens egendom. I och med denna för tillsynsmyndigheten nya roll växer tillsynsmyndighetens ansvar jämfört med hur det ser ut enligt gällande fjärrvärmelag. Hur denna grindvaktsuppgift ska utföras bör vara föremål för en ingående kritisk diskussion.

Enligt TPA-utredningens lagförslag ges tillsynsmyndigheten ett oerhört stort ansvar eftersom det ytterst handlar om att tillsynsmyndigheten ges rätten att bestämma över en enskilds egendom. En bestämmanderätt som får stora konsekvenser för nätägaren. Det är därför något oroväckande att TPA-utredningen inte har lagt större vikt vid att utreda hur denna tillsynsmyndighetens maktposition ska utövas. Att hänvisa till skälighetsbedömningar (se t. ex. s. 325-326 i utredningen) och räkna med att tillsynsmyndigheten utbildar en praxis som kan bli vägledande för framtiden duger inte. När det gäller så omfattande ingripanden i äganderätten och principen om avtalsfrihet som

kontraheringstvånget innebär, är det inte rimligt att en skälighetsbedömning är den gällande regeln. Det är en alldeles för generell regel med alldeles för stort tolkningsutrymme. När staten (genom t. ex. en tillsynsmyndighet) ska göra ingripande i för rättssamhället grundläggande principer måste förutsättningarna för ett sådant ingripande vara tämligen exakt angivna. I annat fall riskerar man att hamna i en situation i vilken staten mer eller mindre godtyckligt bestämmer över enskilda. Skulle TPA-utredningens lagförslag bli verklighet måste det därför kompletteras med mer exakta regler för hur tillsynsmyndigheten ska kunna utöva sin maktposition gentemot nätägarna i fjärrvärmebranschen. Regelverket i detta avseende måste flyttas bort från generella regler baserade på skälighetsbedömningar i riktning mot ett mer preciserat och därmed förutsebart regelverk.

Måne beror avsaknandet av en ordentlig genomlysning av tillsynsmyndighetens uppgift på att TPA-utredningen helt enkelt inte hade tid att vända och vrida på varje fråga som uppstår. Inte desto mindre viktigt då, att så här i efterdyningarna till TPA-utredningens förslag, verkligen kritiskt förhålla sig till frågan innan SOU:n förvandlas till en proposition och makten över fjärrvärmenäten på allvar närmar sig en förflyttning från nätägarna till tillsynsmyndigheten.

Daniel Hult
Accounting & Law Department
Internationella Handelshögskolan i Jönköping (IHH)

Bilaga 3 – Begreppsförvirring i lagstiftningsprocessen – upprepa inte felen från fjärrvärmelagen!

Begreppsförvirring i lagstiftningsprocessen – upprepa inte felen från fjärrvärmelagen!

Inledning: Näringsdepartementet har nyligen lagt fram en promemoria avseende nya förslag att reglera fjärrvärmebranschen.¹ Promemorian innehåller fyra olika regleringsförslag varav två avser avtalsförhållandet mellan fjärrvärmeleverantör och fjärrvärmekund. De två förslagen som syftar till att reglera avtalsförhållandet är dels den så kallade prisförändringsprövningen, dels införandet av en likabehandlingsprincip. I den här texten ska jag inte diskutera regleringsförslagen som sådana. Jag ska i stället uppmärksamma den begreppsförvirring i promemorian som kan orsaka stora problem för en eventuell lagstiftningsprodukt. Begreppsförvirringen avser relationen mellan de två juridiska begreppen ”kund” respektive ”konsument” och synes leva kvar från tiden då fjärrvärmelag (2008:263) (fjärrvärmelagen) tillskapades. De potentiella problem som ligger i begreppsförvirringen ska därför illustreras genom en kort jämförelse med fjärrvärmelagen varefter jag ska visa på vari promemorian brister och vilka konsekvenser det kan få.

Fjärrvärmelagen: När fjärrvärmelagen hade trätt i kraft sommaren 2008 dröjde det inte länge innan många tolkningsproblem uppdagades. Bland annat var det inte möjligt att på enkelt och tydligt sätt avgöra huruvida lagstiftningen var avtalsrättsligt tvingande eller dispositiv i förhållande till kunderna. Att en lag är avtalsrättsligt *tvingande* innebär att lagens bestämmelser har företräde framför det som avtalsparterna avtalat. Att en lag är *dispositiv* innebär att lagens bestämmelser endast tillämpas om avtalsparterna inte själva reglerat frågan i avtalet; dispositivitet innebär således att avtalsparterna så att säga kan ”avtala bort” lagens bestämmelser. När fjärrvärmelagen trädde i kraft var det alltså inte klart om fjärrvärmeleverantör och fjärrvärmekund hade möjlighet att avtala bort fjärrvärmelagens bestämmelser.

Den som läst fjärrvärmelagen känner sig nu kanske manad att påpeka att det faktiskt står i fjärrvärmelagens 4 § att:

Avtalsvillkor som i jämförelse med bestämmelserna i denna lag är till nackdel för en konsument är utan verkan mot denne.

Enligt detta lagrum är det uppenbart att fjärrvärmelagen är tvingande. Problemet är att det som sägs i paragrafen är att fjärrvärmelagen är tvingande till förmån för *konsument*. Begreppet ”konsument” definieras i fjärrvärmelagens 2 § på följande sätt:

konsument: fjärrvärmekund som är en fysisk person och som använder fjärrvärme i huvudsak utanför näringsverksamhet.

Av definitionen ser vi att en ”konsument” i juridisk bemärkelse inte är vilken fjärrvärmekund som helst: det måste röra sig om en fjärrvärmekund som 1) är en fysisk person och som 2) använder fjärrvärme i huvudsak utanför näringsverksamhet. Vad detta innebär är att alla juridiska personer – bolag, föreningar, bostadsrättsföreningar, samfälligheter och så vidare – automatiskt är exkluderade från att kunna klassificeras som konsument i lagens mening. Kvar står den fysiska privatpersonen – förutsatt att privatpersonen i fråga inte handlar med fjärrvärme i kommersiellt syfte. Denna snäva definition av vad en konsument är kan jämföras med den bredare definitionen av vad en ”kund” är, 2 § fjärrvärmelagen:

¹ Näringsdepartementets promemoria N2012/1676/E *Förslag på åtgärder för utvecklade fjärrvärmemarknader till nytta för kunder och restvärmeleverantörer.*

fjärrvärmekund: den som ingått ett avtal om fjärrvärme med ett fjärrvärmeföretag.

Jämför vi de två definitionerna ser vi att en den som ingår ett avtal med ett fjärrvärmeföretag alltid är en ”kund” men endast privatpersoner som själva är direkt avtalspart med fjärrvärmeleverantören är en ”konsument”. Den viktiga poängen är med andra ord att i juridisk terminologi är ”kund” inte synonymt med ”konsument”. ”Kund” är det allmänna begreppet för de som köper fjärrvärme och ”konsument” är en begränsad delmängd av kunderna, en subkategori om man så vill.

Detta begreppsspar är ingalunda unikt för fjärrvärmelagen, tvärtom: konsumentbegreppet är ett etablerat begrepp som används i lagstiftning på många områden.² Att i juridiska sammanhang använda konsumentbegreppet innebär därför att man låser sig till en ett visst innehåll om det inte explicit talas om att något annat än det inarbetade begreppet avses.

Om vi nu minns 4 § fjärrvärmelagen så stadgar den att fjärrvärmelagen är tvingande till konsumenters fördel – den säger inget om vad som gäller för kunder i allmänhet. Det naturliga kan då tyckas vara att tolka bestämmelsen *e contrario*, alltså motsatsvis: om lagstiftaren uttryckligen skrivit i lagen att den är tvingande till fördel för konsumenter men inte nämner något om kunder i allmänhet borde det betyda att lagen är dispositiv för kunder i allmänhet.

För att undersöka om en sådan tolkning är rimlig och i linje med vad lagstiftaren avsåg när lagen skapades kan man vända sig till lagens förarbeten, alltså de utredningar och propositioner som låg till grund för lagstiftningen. Vad gäller fjärrvärmelagen ger en sådan undersökning dock föga resultat. Anledningen är att det på ett högst förvirrande sätt i förarbetena har använts begreppen ”kund” respektive ”konsument” som varandras synonymer.³ Eftersom begreppen används som varandras synonymer är det omöjligt att på ett någorlunda övertygande sätt fastställa om lagstiftaren haft för avsikt att ge alla kunder samma behandling, om kunder och konsumenter konsekvent ska behandlas olika eller om kunder och konsumenter i vissa fall ska behandlas lika men i andra fall olika.

Begreppsförvirringen i fjärrvärmelagens förarbeten är med andra ord en källa till förvirring i lagtolkningsprocessen. Ytterst har vi därför att göra med ett rättssäkerhetsproblem eftersom varken fjärrvärmeleverantörer, fjärrvärmekunder eller berörda myndigheter förstår hur fjärrvärmelagen ska tolkas och tillämpas. Det osäkra rättsläget medför i sin tur problem för de inblandade aktörerna: parterna vet inte hur de ska eller får utforma sina avtal och myndigheterna vet inte när reglerna bryts mot.

Promemorian: Fjärrvärmelagen och dess förarbeten har fått ge perspektiv på vad som kan bli följderna av att den juridiska terminologin inte uppmärksammas under lagstiftningsprocessen och det är i ljuset av detta som jag blev både förvånad och en aning bekymrad när jag tog del av Näringsdepartementets promemoria N2012/1676/E *Förslag på åtgärder för utvecklade fjärrvärmemarknader till nytta för kunder och restvärmeleverantörer*. I promemorian – vilken alltså föreslår att ny reglering på fjärrvärmeområdet införs – råder det nämligen exakt samma begreppsförvirring som när fjärrvärmelagen förbereddes: begreppen ”kund” och ”konsument” används som varandras synonymer. Att så är fallet ser vem som helst som läser promemorian men låt mig i vart fall som helst ta ett par exempel.

² Se t.ex. 1 § konsumentköplag (1990:932), 1a § konsumenttjänstlag (1985:716) eller 2 § konsumentkreditlag (2010:1846).

³ För en utförlig utredning och diskussion om begreppsförvirringens betydelse för tolkning av fjärrvärmelagen, se forskningsrapporten Hult, Daniel, *Fjärrvärmelagens dispositivet i förhållande till näringsidkare*, rapport 2009:23 vilken gavs ut av forskningsprogrammet Fjärrsyn och finns tillgänglig på: <http://www.svenskfjarrvarme.se/Fjarrsyn/Ny-kunskapsresultat/Marknad/>, 2012-05-07.

Exempel ett: prisförändringsprövning. I sammanfattningsrutan direkt under rubriken 2.1 står det att *[e]n prisförändringsprövning bör införas som skyddar konsumenter från oskäligen prishöjningar*. Enligt den här informationen är det bara konsumenter som ska skyddas av prisförändringsprövningen: alla typer av bolag, bostadsrättsföreningar, samfälligheter och så vidare ska med andra ord inte skyddas. I den mer detaljerade beskrivningen som följer i vilken regleringsförslaget motiveras sägs dock första att kunderna är begränsade i teknisk och ekonomisk hänseende samt att kundernas position behöver stärkas. I det tredje stycket pratar man sen återigen om konsumenter. Eftersom ingen som helst åtskillnad görs i hur begreppen används kan jag inte konkludera annat än att Näringsdepartementet använder begreppen som synonymer. Frågan blir således: vad menar Näringsdepartementet egentligen; är det kunder i allmänhet eller bara konsumenter som ska skyddas av prisförändringsprövningen?

EXEMPEL två: likabehandlingsprincipen. När Näringsdepartementet under rubriken 2.4 beskriver vad en likabehandlingsprincip ska innebära och varför det är motiverat att en sådan införs är man konsekvent: begreppet ”kund” används rakt genom. Gott så kan man tycka vid första anblick: det måste ju innebära att Näringsdepartementet anser att alla kunder ska lyda under likabehandlingsprincipen. Men om Näringsdepartementet är så konsekvent i detta sammanhang, vad betyder det för inkonsekvensen avseende prisförändringsprövningen ovan? Vidare kan noteras att det i inledning till promemorian (första sidan) i tredje stycket står att *[k]onsumenternas position bör därtill förstärkas genom en lagstadgad likabehandlingsprincip[...]*. Vad betyder det här uttalandet i sammanhanget? Om inte annat så spår det på förvirringen och tolkningssvårigheterna.

Avslutande kommentarer: Av exemplen framgår att Näringsdepartementet i sin promemoria använder de juridiska begreppen ”kund” och ”konsument” som varandras synonymer. I en promemoria kan det tyckas vara ett litet problem eftersom promemorior sällan används för att tolka rätten. Problemet växer dock så snart lagstiftningsprocessen kommer i rullning. Om begreppsförvirringen lever vidare in i kommittédirektiv, statliga utredningar, propositioner och slutligen lagtexten så har problemet förändrats från ett begreppsproblem för petig och systempedantiska jurister till ett reellt problem för fjärrvärmebranschens samtliga aktörer. Det osäkra rättsläget som gäller för fjärrvärmelagen är ett tydligt exempel på samma problem.

Mitt syfte med den här texten är endast att varna för hur till synes små begreppsproblem kan orsaka stora tolknings- och rättstillämpningsproblem. Min åsikt är därför – alldeles oavsett vad man tycker om promemorians förslag som sådana – att det är av yttersta vikt att de ansvariga för lagstiftningsprocessen är konsekventa i sin användning av etablerade juridiska begrepp, till exempel begreppen ”kund” och ”konsument”. Att skapa lagstiftning som ingen riktigt förstår hur den ska tolkas och tillämpas kan många gånger vara värre än att inte lagstifta alls. Ska regleringsförslagen vilka Näringsdepartementet presenterar i den aktuella promemorian föras vidare genom lagstiftningsprocessen är det således oerhört viktigt att begreppsförvirringen åtgärdas.

Bilaga 4 – Författningskommentar avseende TPA-utredningens lagförslag

Författningskommentar avseende TPA-utredningens lagförslag

Paragraferna kommenteras i löpande ordning. Paragrafernas numer anges som kapitel och paragraf i kapitlet. Kapitelnummer avskiljs från paragrafnummer med kolon; kapitel före kolon och paragraf efter.

Allmänna kommentarer

Inledningsvis ska jag ta upp ett strukturellt problem med lagförslaget, ett problem som synes ha ärvts från gällande fjärrvärmelag. Problemet är att flera bestämmelser – främst de som gäller regleringen av olika avtal, men inte endast dessa – är otydliga avseende deras tvingande karaktär. Flera av bestämmelserna är formulerade, både i själva lagtexten och i kommentarerna till bestämmelserna, som om de vore civilrättsligt tvingande. Bestämmelserna utgör emellertid inte några formkrav enligt utredningen och inte heller finns det några civilrättsliga sanktioner kopplade till bestämmelserna. I praktiken är de därför knappast tvingande. Däremot har tillsynsmyndigheten i uppgift att tillse att bestämmelserna följs vilket gör att bestämmelserna får en offentlighetsrättsligt tvingande karaktär.

Denna dubbelbottnade regleringsteknik medför en rad problem varav otydligheten må hända är det största. Utan att uttala mig om innehållet som sådant i bestämmelserna, anser jag därför att hela lagförslaget måste förtydligas med avseende på de olika bestämmelsernas tvingande eller dispositiva karaktär. Därtill kan sägas att de bestämmelser lagstiftaren vill ska vara tvingande dels måste vara enkla att övervaka, dels kopplas till någon typ av sanktioner. I annat fall föreligger *lex imperfecta* med innebörden att de avsett tvingande reglerna förvandlas till inget annat än i lag formulerade råd och rekommendationer.

Sammanfattningsvis kan sägas att lagen – om den införs – måste bli mycket tydligare avseende möjligheten att avtal bort lagens bestämmelser. Den juridisk förvirring som uppstod när gällande fjärrvärmelag infördes riskerar annars att inte bara kvarstå utan också förvärras. Några av bestämmelserna i lagförslaget kommenteras mer i detalj nedan.

1:1

Allmänt kan sägas att konsumentbegreppet hanteras på ett bättre sätt i TPA-utredningens lagförslag än vad som var fallet i arbetet till 2008 års fjärrvärmelag. Denna tydlighet är positiv.

Det är dock viktigt att påtala att denna portalparagraf i sin ordalydelse otvetydigt säger att alla bestämmelser i förslaget ska vara tvingande till konsumentens fördel; konsumenten kan med andra ord hävda lagens bestämmelser på alla punkter för vilka lagen ger bättre villkor än avtalet. Härvid måste dock uppmärksammas att, för att ge portalparagrafen reell innebörd, det måste i lagen finnas explicit angivna regler så att kunden kan jämföra avtalet med lagen.

Vidare är det inte klart vad som gäller för de kunder som inte är konsumenter. Vad gäller konsumenter stadgas explicit att lagen går före avtal, men vad gäller för näringsidkande kunder? Går avtalet alltid före lag i näringsidkarrelationer? I

allmänhet är det min uppfattning att det råder otydlighet i hela lagförslaget avseende i vad mån lagens bestämmelser är tvingande inte bara i konsumentavtalsrelationer utan också i näringsidkaravtalsrelationer.

1:2

Min uppfattning är att det är positivt att lagens syfte preciseras i lagtexten. Vidare är det synnerligen viktigt att de offentligrättsliga grundprinciperna om rimlighet och proportionalitet belyses med tanke på de tämligen långtgående ingripandena i den privata äganderätten som föreslås. Dessa allmänna och för vid tolkning öppna reglerna måste emellertid preciseras för att inte riskera att bli ihåliga.

1:3

Avseende begreppet ”konsument”. Det juridiska begreppet ”konsument” är tämligen statiskt; begreppet kan inte anpassas för olika problemområden. Vanligtvis används konsumentbegreppet när lagstiftaren vill ha särskilda skyddsregler för privatpersoner som inte ingår avtal av kommersiella skäl. Så torde fallet vara även när konsumentbegreppet används i fjärrvärmelagstiftningen. Det kan därför uppfattas som ett problem att en majoritet av alla privatpersoner som använder fjärrvärme för uppvärmning av sin bostad inte omfattas av konsumentbegreppet. Anledningen är att konsumentbegreppet per definition utesluter alla juridiska personer och att de flesta privatpersoner betalar för sin uppvärmning genom en juridisk person, till exempel en bostadsrättsförening eller en samfällighet. Som exempel kan nämnas de bestämmelser som avser att skydda privatpersoner från att bli avstänga från sin värmeförsörjning. Dessa bestämmelser blir inte applicerbara till följd av att det är en juridisk person som står som avtalspart till fjärrvärmeföretaget. Skyddsbehovet för privatpersoner kan dock anses kvarstå, särskilt om kunden är en liten bostadsrättsförening eller en samfällighet av villor. Frågan är därför om konsumentbegreppet är adekvat för fjärrvärmebranschen eller om nya kundkategorier (vilka vore speciella för fjärrvärmebranschen) bör införas.

1:4

Paragrafen är central i författningsförslaget eftersom det är här som anslutningsskyldigheten för nätägaren stadgas. Den som vill anslutna sig till ett befintligt nät har rätt (alltså även om nätägaren motsätter sig anslutningen) att göra så enligt ”skäliga och icke-diskriminerande villkor”. Eftersom överenskommelsen om anslutningen är tänkt att göras genom ett avtal framstår det som problematiskt att i lagtexten använda sig av sådana generella formuleringar. Regeln utgör i sitt användande ett tvång mot nätägaren till fördel för den som vill ansluta sig och i ett sådant läge bör de i lagen angivna villkoren var av en mer exakt karaktär. Regelns tvingande karaktär spelar nämligen roll endast när parterna inte kan komma överens, men vad hjälper då att lagen säger att villkoren ska vara skäliga och icke-diskriminerande? Dessa ord må vara vackra men lider hög risk att också vara innehållslösa.

I paragrafens sista stycke utpekas tillsynsmyndigheten som ansvarig för att meddela villkor för anslutningen. Denna uppgift bör preciseras avseende befogenheter och förutsättningar. Är tillsynsmyndigheten fri att avgöra vad som är skäligt i det enskilda fallet? Eller ska tillsynsmyndigheten utfärda föreskrifter som preciserar lagrummets

innebörd? Sammanfattningsvis kan sägas att den stora frågan som måste besvaras är vad som händer om nätägaren inte vill ingå avtal om anslutning med den som enligt lagförslaget har rätt att ansluta sig till nätägarens nät. Vad som är nästa steg i processen i en sådan situation bör preciseras i fråga om nätägarens rättigheter, den potentiella anslutarens rättigheter samt tillsynsmyndighetens uppgifter och befogenheter att lösa tvisten.

1:5-7

XXX

1:8

Att på ett tidigt stadium precisera vad som avses med ”årlig energimängd som inte är betydande” synes viktigt för att undvika subjektiv myndighetsstyrning. Tillsynsmyndigheten som offentligt organ har här att beakta likabehandlingsprincipen.

1:9-10

XXX

1:11

Formuleringen riskerar att bli innehållslös. I lagförslagskommentarerna anges inga riktlinjer alls för närmare precisering av lagrummets innehåll, vilket synes problematiskt.

1:12-21

XXX

1:22

Bestämmelsen i paragrafen synes syfta till att precisera beräkningen av begreppet ”skäligen kostnad”. Min bedömning är emellertid att begreppet är lika oklart innan som efter denna paragraf.

1:23-36

XXX

2:1

Möjligheten till information framstår som betydelsefullt i fjärrvärmebranschen. En viktig uppgift som bör åvila tillsynsmyndigheten i detta avseende är att ta fram standarder för hur informationen ska anges så att den potentiella kunden kan jämföra olika alternativ, dels fjärrvärmeföretag emellan, dels olika värmealternativ emellan.

2:2

Bestämmelsen finns med redan i gällande fjärrvärmelag och är besynnerlig. I paragrafen anges vilken *typ av villkor* som ska finnas med i ett fjärrvärmeavtal, men ingenting anges i fråga om vilket innehåll villkoren ska ha. Det besynnerliga framgår om man tänker sig en situation i vilken ett avtal om fjärrvärme någon av de angivna punkterna, vad händer då? Lagen ger inget bra svar på det. Enligt förarbetena till gällande fjärrvärmelag vet vi att avtalet i vart fall som helst är giltigt trots att bestämmelsen inte följs: något formkrav är det inte fråga om. Låt säga att kunden vill

driva genom sin lagstadgade rätt att få ett avtal med det i paragrafen angivna innehållet, vem avgör då hur avtalet ska kompletteras i de materiella frågorna om detta inte finns överenskommet sedan tidigare?

2:3-5

Förhandlingsskyldighet utan krav på resultat är ytterligare en besynnerlig kvarleva från gällande fjärrvärmelag. Bestämmelserna är i bästa fall en tandlös tiger och i värsta fall en illusion för kunderna som tror sig ha bättre rättsliga förutsättningar än vad som i själva verket är fallet. Besynnerligheten når sin kulmen i 4 § 3 p. enligt vilken fjärrvärmeföretaget åläggs att ”försöka komma överens med kunden”. Vad gäller tillsynsmyndighetens möjligheter att tillse bestämmelsernas efterlevnad kan förmodas att dessa är begränsade till att kontrollera att parterna faktiskt möts. Om förhandlingsparterna har verkliga intentioner att komma överens eller om de möts endast av formella skäl, torde inte kunna kontrolleras över huvud taget.

2:6

Bestämmelsen säger att om parterna har avtalat att fjärrvärmeföretaget ensidigt får ändra villkoren i parternas avtal, så vägs denna ensidiga rätt upp av ett antal för kunden förmånliga bestämmelser i lagen. I ljuset av paragraf 1:1 uppstår frågan om dessa bestämmelser kan avtalas bort i näringsidkarrelationer.

2:7-9

XXX

2:10

Bestämmelsen kopplar kundens rätt att säga upp avtalet till underrättelsen enligt 7 §. Enligt mig torde det vara bättre att koppla rätten att säga upp avtalet till själva ändringen av avtalsvillkoren. Enligt paragrafens föreslagna lydelse skulle ett fjärrvärmeföretag kunna ändra avtalsvillkoren till kundens nackdel utan att kundens rätt att säga upp avtalet infaller om fjärrvärmeföretaget underlåter att informera kunden om villkorsändringen enligt 7 §.

2:11-12

XXX

2:13

Bestämmelsens utformning ger kunden god möjlighet att nyttja sin rätt enligt bestämmelsen. Säger kunden upp avtalet enligt bestämmelsen har fjärrvärmeföretaget små – eller inga – möjligheter att kräva extra betalning eller förpliktelser av kunden.

2:14-23

Bestämmelserna gäller endast konsumentavtalsrelationer. Utgångspunkten är således att särskilda skyddsaspekter gör sig gällande vad gäller avbrytande av distribution till konsumenter och fjärrvärmeföretagens ersättningsansvar gentemot konsumenter. Se här om kommentaren till 1:3.

I lagförslaget anges att bestämmelserna är desamma som i den gällande fjärrvärmelagen så när som på kundens rätt att förhandla om priset och möjligheten

till medling hos Fjärrvärmenämnden. Borttagandet av förhandlings- respektive medlingsmöjligheterna motiveras med att distributionsledet regleras och att det avseende energidelen införs möjlighet till konkurrens. Reglerna i 2.14-23 ingår emellertid i den del av lagförslaget som gäller för de fjärrvärmeföretag som fortsätter vara integrerade (se rubriken för 12.2 i utredningen), alltså där konkurrenssituationen inte uppstår. Man kan då fråga sig om förhandlings- respektive medlingsmöjligheterna bör ersättas med andra skyddsmekanismer.

2:24-36 **XXX**

3:1

Till definitionen av ”nätanslutningsavtal” har utredningen skrivit att detta avtal ska innehålla vissa villkor (t.ex. temperatur och tryck). Definitionen knyter an till 1:4. Frågan är dock vad som gäller om två parter sluter ett anslutningsavtal utan att inkludera de i författningsförslaget angivna villkoren. Är det då inget nätanslutningsavtal? Är det utredningens mening att villkoren ska utgöra formkrav för avtalets giltighet? Rimligtvis är det inte så. Kravet på avtalets innehåll (och därmed dess definition i 3:1) har i så fall ingen reell verkan civilrättsligt. Dock synes tillsynsmyndigheten ha till uppgift att tillse att nätanslutningsavtalen möter lagförslagets krav på innehåll. Följden är att tillsynsmyndigheten kan – eller rent av ska – utdöma vite om avtalet inte följer lagförslaget. De civilrättsligt dispositiva reglerna blir på så sätt offentligrättsligt tvingande. Regleringstekniken känns igen från gällande fjärrvärmelag avseende själva fjärrvärmeavtalet och min mening är att den utgör ett osäkert kort. Problemet ligger främst i genomdrivandet av regelns innehåll och dess otydliga innebörd.

3:2

Varje överenskommelse om anslutning kommer att se annorlunda ut till följd av de olika förutsättningar som råder. Vad som avses med ”likvärdiga villkor” kan därför vara svårt att fastställa utan klara riktlinjer. Med den föreslagna formuleringen måste antingen tillsynsmyndigheten få befogenheter (och resurser) att skapa dessa riktlinjer eller så måste branschen vänta på att praxis kring begreppet växer fram. Att vänta på praxis tar tid, i synnerhet vad gäller svävande formuleringar så som ”likvärdiga villkor”, och är därför inte ett bra alternativ. Att helt ge tillsynsmyndigheten fria händer att utforma riktlinjerna kan å andra sidan vara problematiskt ur ett legitimitetsperspektiv. Det kan därför ifrågasättas om det inte vore rimligt att bestämmelsen kompletterades med åtminstone några punkter eller exempel på vad lagstiftaren avser med ”likvärdiga villkor”.

3:3-8 **XXX**

3:9

Bestämmelsen är tydlig i det att den uttryckligen är tvingande (jfr formuleringen ”oavsett vad som avtalats”). Sådan tydlighet är berömvärd. Tydligheten i just denna bestämmelse skapar dock tolkningsproblem avseende andra bestämmelser som saknar samma eller liknande formuleringar. Betyder avsaknaden av samma eller liknande

formuleringar att en bestämmelse i lagförslaget inte är tvingande? Inkonsekvens leder till tolkningsproblem.

3:10-14

XXX

3:15-18

Se tidigare kommentarer under 3:1 och 1:4. Här kan vidare sägas att utredningen använder ett språk som antyder att bestämmelserna är civilrättsligt tvingande, till exempel att avtalet ”ska innehålla” i lagförslagstexten och att innehållet utgör en ”miniminivå” i kommentaren till bestämmelserna. Lagskrivningstekniken är den samma som användes vid författandet av gällande fjärrvärmelag avseende krav på avtalsinnehåll i fjärrvärmeavtalet. Bestämmelsen i gällande fjärrvärmelag är emellertid inte civilrättsligt tvingande: vid närmare undersökning står det klart att bestämmelsen varken utgör ett formkrav eller har civilrättsliga sanktioner kopplade till sig (se närmare om frågan i dels Red. Madell, Bekkedal, Neergaard, *Den nordiska välfärden och marknaden*, Iustus, 2011, kap. 7, *Mötet mellan civilrättslig avtalsfrihet och offentligrättslig tillsyn över avtalets innehåll på fjärrvärmemarknaden* av Hult, Daniel, dels forskningsrapporten Hult, Daniel *Fjärrvärmelagens disposivitet i förhållande till näringsidkare*, rapport 2009:23, <http://www.svenskfjarrvarme.se/Fjarrsyn/Ny-kunskapresultat/Marknad/200923-Fjarrvarmelagens-disposivitet-i-forhallande-till-naringsidkare/>, 2011-08-24.

Till synes har TPA-utredningens lagförslag samma regleringstekniska utformning som bestämmelserna i gällande fjärrvärmelag vilket föranleder misstanke om att inte heller lagförslaget innebär formkrav eller medför möjlighet till civilrättsliga sanktioner. Civilrättsligt utgör bestämmelserna därför endast rekommendationer från lagstiftaren avseende vad lagstiftaren anser är ett rimligt minimiinnehåll i de olika avtalstyperna. Min mening är att denna otydlighet är negativ: den riskerar ge intryck av att lagstiftningen är mer kraftfull än vad den egentligen är.

Det ska tilläggas att bestämmelserna kan få viss – oklart exakt hur stor – tvingande verkan på ett offentligrättsligt plan genom tillsynsmyndighetens uppgift att säkerställa att lagen följs av fjärrvärmebranschens aktörer, se 4:1. Bestämmelserna är således civilrättsligt dispositiva men offentligrättsligt tvingande. Av detta följer flera tolknings- och befogenhetsproblem, se litteraturreferenserna ovan samt forskningsrapporten Hult, Daniel, *Det reglerade fjärrvärmeavtalet, etapp ett*, publiceras hösten 2011 på <http://www.svenskfjarrvarme.se/Fjarrsyn/Ny-kunskapresultat/>, 2011-08-24. Bland annat kan nämnas de förvaltningsrättsliga problemen för tillsynsmyndigheten att genomdriva förändringar i civilrättsligt giltiga avtal och problemen med att utforma förvaltningsrättsligt acceptabla vitesförelägganden.

3:19-3:28

Se kommentarerna till 1:3.

4:1

Steget från gällande fjärrvärmelag till det av TPA-utredningen presenterade lagförslaget är stort och därmed utvidgas också tillsynsmyndighetens arbetsuppgifter. Min uppfattning är att tillsynsmyndigheten inte haft tillräckliga resurser för att

fullgöra sin uppgift så som den framgår av gällande fjärrvärmelag och dess förarbeten. Det är därför viktigt att påpeka att tillsynsmyndigheten kommer att behöva ordentligt utökad budget för att klara av att fullgöra sina uppgifter enligt lagförslaget.

Vidare kan ifrågasättas om vitet som enda sanktion är tillräckligt. Regleringsteoretiskt sett blir en tillsynsmyndigheten som mest effektiv om det finns en ”pyramid” av sanktionsnivåer så att det i varje läge finns möjlighet för tillsynsmyndigheten att hota med strängare sanktioner om inte tillsynsmyndighetens uppmaningar åtlyds. Därmed inte sagt att alla sanktioner måste användas: det är det direkta eller indirekta hotet om ytterligare, strängare sanktioner som har verkan. Det är i sammanhanget också viktigt att påpeka att införandet av ytterligare sanktionsmöjligheter för tillsynsmyndigheten inte på något sätt motsäger den konsensus som i dagsläget synes råda mellan fjärrvärmebranschen och tillsynsmyndigheten. Tillsynsmyndigheten kan fortfarande basera sitt arbete på samtal och överenskommelser. Skillnaden vore endast att tillsynsmyndighetens auktoritet – eller förhandlingsposition om man så vill – stärks om det finns en pyramid av sanktionsmöjligheter.

4:2

I kommentaren till bestämmelsen betonar utredningen vikten av att tillsynsmyndigheten strävar efter att standardisera branschen ifråga om regeltillämpningen. Denna uppgift torde – precis som utredningen säger – vara av yttersta vikt från ett legitimitetsperspektiv. Återigen görs sig resursfrågan påmind: tillsynsmyndigheten måste få tillräckligt med resurser för att klara av alla de uppgifter med vilka den belastas enligt lagförslaget; i synnerhet från ett legitimitetsperspektiv.

4:3-4

XXX

Bilaga 5 – Relationsorienterad kontraktsteori – Relational Contract Theory

I. RCT i min avhandling

I.1. Inledning

Den här texten handlar om *Relational Contract Theory* (RCT) och vilken roll jag har tänkt att RCT ska spela i min avhandling. Texten är skriven på ett friare sätt än vad en text vilken ska inrymmas i en avhandling bör vara skriven. Min tanke är att jag i den här texten ska ”skriva av mig” mina tankar och idéer för att under seminariet få feedback. Efter seminariet skriver jag sedan en ny text i vilken jag beaktar den feedback jag fått och skriver då enligt de formella kraven på vetenskaplighet inom juridiken. Skulle jag skriva enligt de formella kraven redan nu skulle jag inte hinna med att presentera alla de tankar jag har om RCT vilket skulle betyda att diskussionsunderlaget vore ofullständigt. Jag ser alltså *diskussionen* om RCT:s plats i avhandlingen som den primära vinsten med att skriva den föreliggande texten.

Texten är strukturerad efter tre grundläggande frågor, nämligen 1) Vad är RCT, 2) Varför har jag tänkt att använda RCT och 3) Hur har jag tänkt att använda RCT?. Dessa tre frågor utgör för enkelhetens skull texten rubriker.

Den första frågan ska besvaras för att läsaren ska förstå hur jag *tolkat* det som skrivits om RCT. Jag gör alltså inga anspråk på att kunna redogöra för vad RCT *är* i ontologisk mening utan endast för vad jag uppfattar det att vara. Både den ontologiska och den epistemologiska frågan avseende RCT är något som jag kan tänka mig att diskutera i avhandlingens metodavsnitt alternativt i samband med att RCT presenteras i avhandlingen. Nödvändigheten och omfattningen av en sådan metodologisk - eller nästan filosofisk - diskussion tar jag förövrigt tacksamt emot feedback på.

Den andra frågan – varför jag har tänkt använda RCT i avhandlingen – syftar till att förklara varför jag anser att just RCT är en teori som har värde för mitt arbete. För att fullt ut förstå mina tankar i detta avseende bör läsaren ha läst den andra texten som ska diskuteras under seminariet. Jag kommer i den föreliggande texten att diskutera avtalsrelationen mellan fjärrvärmeleverantör och fjärrvärmeavtalsmottagare i ljuset av RCT och för att förstå den diskussionen behöver läsaren ha förstått fjärrvärmeavtalets grundläggande problem på så sätt som det presenteras i den andra texten.

Den tredje frågan som ska besvaras är hur jag har tänkt använda RCT. Min tanke är att läsaren mot bakgrund av att ha fått de två tidigare frågorna besvarade ska kunna förstå och kritiskt förhålla sig till min idé om hur RCT ska användas. Den här delen är mest osäker i dagsläget och det är därför min förhoppning att en konstruktiv diskussion under seminariet ska hjälpa mig att använda RCT på ett så ändamålsenligt sätt som möjligt.

Som jag påpekade inledningsvis kommer den här texten vara skriven på ett relativt fritt sätt. Bland annat kommer jag inte vara notorisk med stöd för mina påståenden. För den som är intresserad har jag dock antecknat det material vilket ligger till grund för min tolkning av RCT. Referenslistan över de artiklar och böcker med anknytning till RCT vilka jag hittills läst finns som sig bör sist i dokumentet.

I.2. Vad är RCT?

I.2.1. Kort historisk överblick

Startskottet för RCT var den amerikanska professorn Ian Macneils artikel *Whither Contracts?* som publicerades i slutet av 1960-talet. Artikeln ställer frågan om det över huvud taget finns en gemensam grund för alla avtal; frågan besvaras senare i artikeln jakande. Under 70-talet utvecklade Macneil sin teori om avtal i flera artiklar, varav de två viktigaste torde vara *The Many Futures of Contracts* (1973) och *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law* (1977-1978). De idéer som Macneil presenterade stötte på kritik från olika håll. I vissa delar bemötte Macneil kritiken

men i andra delar menade han att hans teori hade blivit missförstådd. Att Macneil upplevde att han i många stycken blivit missförstådd föranledde honom att 1980 publicera boken i *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations* i vilken han försökte sammanfatta och klargöra teorin. Kritiken mot RCT fortsatte dock också efter det att boken publicerats och Macneil fortsatte att i artikelform bemöta kritiken under hela sin livstid (Macneil gick bort 2010). I de artiklar som Macneil skrev om RCT efter 1980 så utvecklar Macneil inte sin teori i någon större utsträckning. Fokus låg i stället på att förklara teorin och att sätta in den i olika sammanhang för att visa på dess värde både deskriptivt och normativt.

1.2.2. Teorins övergripande innehåll

RCT har sin grund i Macneils kritik av den klassiska avtalsrätten. Med ”klassisk avtalsrätt” avses här avtalsrätten så som den vuxit fram och utformats under 17- och 18-hundratalet och som fortfarande utgör utgångspunkten i dagens avtalsrätt.¹ Macneil menade att den klassiska avtalsrätten bygger på den mikroekonomiska teoribildning som växte sig stark under samma tidsperiod. Kritiken bygger bland annat på det mikroekonomiska antagandet om det rationella valet vilket förutsätter perfekt information om både nuvarande och framtida förhållanden. Kritiken av detta i Macneils ögon högst orealistiska antagande leder honom till att kritisera den klassiska avtalsrättens fixering vid uttryckt samtycke som grund för bindande avtal. Macneil är av samma anledning kritisk till att parternas avtalsförhållande – alltså parternas relation efter det att avtalet ingåtts – bedöms med så stort vikt lagd vid ögonblicket för avtalsslutandet. En sådan modell, menar Macneil, passar möjligen för momentana avtal med tydligt specificerade avtalsförpliktelser men knappast för den uppsjö av andra typer av avtal vilka existerar. Att reducera en komplex avtalsrelation till vad som av parterna kunde förutses vid ögonblicket för avtalsslutandet är enligt Macneil att göra det för enkelt för sig. På samma sätt är Macneil kritisk till att den klassiska avtalsrätten tenderar att behandla avtalstvister i svartvitt: ena parten vinner och den andra förlorar. Eftersom det sällan är ens fel att två träter menar Macneil att också denna del av den klassiska avtalsrätten är orealistisk.

Som alternativ till denna enligt Macneil orealistiska modell för att behandla avtal presenterar Macneil en egen teori, RCT, vilken syftar till att bättre spegla den komplexitet som ligger bakom många – eller rent av de flesta – moderna avtalsrelationer. RCT innebär bland annat att juridiken bör fokusera på parternas gemensamheter i stället för på deras tvistefrågor. I praktiken betyder det att avtalsrätten bör utformas för att understödja avtalsrelationen i stävan efter att bevara relationen i stället för att fokusera på hur vem som har rätt och vem som har fel enligt vissa i förväg bestämda regler. Macneil erkänner explicit rättens roll som yttersta tvistelösare för de fall en konsensuslösning parterna mellan är omöjlig men menar samtidigt att rätten inte ska inskränkas till endast denna funktion. Medling och jämkning är därför några av de praktiska inslagen vid vilka Macneil lägger stor vikt. Ett annat konkret alternativ till den klassiska avtalsrätten ligger i att rätten vid fastställande av parternas rättigheter och skyldigheter bör fokusera mindre på ögonblicket för avtalsslutandet och mer på parternas faktiska agerande gentemot varandra såväl före som efter avtalsslutet. Detta gäller i synnerhet komplexa, icke-momentana avtalsförhållanden. Det finns enligt Macneil inget tillräckligt övertygande realistiskt skäl för att fastställa parternas rättigheter och skyldigheter gentemot varandra med utgångspunkt i vad som avtalades vid det avtalsslutande ögonblicket om tvistefrågan rör omständigheter vilka sannolikt inte förutsågs och inte heller rimligen kunde förutses när avtal slöts.

För att förstå de normativa påståenden som RCT innefattar måste man förstå hur Macneil deskriptivt ser på avtal som samhällsfenomen. I nästa stycke kommer jag därför gå genom de omfattande deskriptiva påståenden som bygger RCT. Argumenten hämtar Macneil från flera olika discipliner; främst sociologin, ekonomin och rättsfilosofin.

¹ Det har således inget med det antika Grekland att göra vilket ordet ”klassisk” annars brukar förknippas med.

1.2.3. Teorins tre grundbultar

Inledning

Som jag ser det har RCT tre grundbultar. Den första är de påstående Macneil gör om vad som är de fyra nödvändiga förutsättningar för att vi över huvud ska kunna prata om avtal i den diffusa mening som det ändå råder någon form av konsensus kring. Macneil kallar dessa fyra nödvändiga förutsättningar för ”primal roots of contract”. I min svenska text har jag (tentativt) valt att benämna dessa för ”avtalets grundläggande förutsättningar”.

Den andra grundbulten är Macneils påstående att alla avtal kan inrymmas på en glidande skala vilken Macneil kallar ”the discrete-relational axis”. Skalans närmare innebörd presenteras nedan och för tillfället nöjer jag mig med att säga att jag (tentativt) valt att på svenska kalla denna skala för ”skalan från transaktionella till relationella avtal”.

Det sista påståendet vilket utgör RCT:s deskriptiva bas är påståendet att det finns ett antal normer för alla avtal vilka antingen förstärks eller försvagas beroende vart på skalan från åtskilda till relationella avtal man förflyttar sig. Vissa av normerna är gemensamma och finns alltid närvarande, andra är som starkast i åtskilda avtal och ytterligare andra är som starkast i relationella avtal.

Nedan kommer jag att redogöra för dessa tre deskriptiva grundbultar i RCT. Jag vill här återigen påpeka att det jag framför är min tolkning av hur Macneil tänkte sig RCT; jag gör inga anspråk på att veta hur han tänkte.

Avttalets nödvändiga förutsättningar

Enligt RCT finns det fyra nödvändiga förutsättningar² vilka alla måste vara uppfyllda för att avtal ska kunna existera. För det första måste det finnas ett *samhälle*³. Utan andra människor kan det inte finnas avtal, det behövs minst två personer; utan gemensamma kommunikationsmöjligheter blir avtal omöjligt; utan sociala strukturer och stabilitet går det inte att rationellt föreställa sig avtal; och så vidare.⁴ I sammanfattande form har Macneil uttryckt sig således:

Contract without the common needs and tastes created only by society is inconceivable; contract between totally isolated, utility-maximizing individuals is not contract, but war; contract without language is impossible; and contract without social structure and stability is – quite literally – rationally unthinkable, just as man outside society is rationally unthinkable.⁵

Den andra nödvändiga förutsättningen är *specialisering av arbetsuppgifter* i samhället i samband med *utbyte av varor och tjänster* mellan människorna i samhället.⁶ Anledningen till att människor lever i grupp är för att det är effektivare att specialisera sig på vissa uppgifter, bli väldigt effektiv i utförandet av dessa och under tiden låta andra människor göra andra uppgifter på vilka de är specialiserade. Ju mer specialiserade arbetsuppgifterna blir, desto större blir behovet av att byta det man har mot det man inte har.⁷ Macneil förklarar saken enligt följande:

Indeed, in extensive specialization where individuals do not produce for themselves everything needed to continue living and producing, each *must* receive the product of others to continue specializing. *How* such exchange occurs is irrelevant to this foundation

² Macneil kallar dem för *the primal roots of contract*.

³ Macneil använder begreppen *society* alternativt *the social matrix*.

⁴ Samhällets betydelse för avtal redogörs för i Macneil, *The Many Futures of Contracts*, s. 710-712.

⁵ Macneil, *The New Social Contract*, s. 1.

⁶ Macneil kallar det för *specialization of labor and exchange*.

⁷ Macneil diskuterar detta utförligt i *The Many Futures of Contracts*, s. 696-701.

notion of the concept and to understanding it as a basic root of contract. [...] Without [exchange] the system of specialization of labor will come to a grinding halt. Everyone will then become unspecialized subsistence farmers, or, more likely, small group hunters and gatherers.⁸

Den tredje grundläggande förutsättningen för avtal klingar möjligen mer bekant för diskussionen om vad ett avtal är, nämligen en *känsla av valfrihet*. Här är viktigt att notera att det inte handlar om ett val de facto, utan om att människan uppfattar sakernas tillstånd som om hon har ett val. Det viktiga är inte huruvida vi faktiskt har en fri vilja vilken kan ligga till grund för ett val; det viktiga är att vi beter oss som om vi tror att vi har ett val. RCT kan på denna grund värja sig mot filosofiskt deterministiska argument som motsätter sig tanken på en faktisk fri vilja.¹⁰ Satt i en avtalsrättslig kontext betyder det att en grundförutsättning för avtal är att människor agerar som om de hade ett fritt val och därtill utnyttjar sitt upplevda fria val för att välja med vem och under vilka förutsättningar avtal ska ingås. För avtalets definition är det således viktigt att utbytet av varor och tjänster människor emellan sker på grundval av ett hos människorna upplevt val. Det ska här noteras att Macneils definition av vad som är en "fri vilja" är tämligen bred: han inkluderar alla handlingar eller medvetna val att inte handla så länge de inte är ett direkt resultat av krafter vi inte kan påverka, till exempel naturlagar och genetiskt programmerade handlingsmönster. Att lämna över pengarna till rånaren som hotar att skjuta dig är alltså enligt Macneil ett fritt val att lämna över pengarna: det alternativa valet att vägra lämna över pengarna och därmed ta risken att bli skjuten existerar trots allt. En av Macneils summeringar lyder som följer:

The social insects, particularly ants, rather than humans, clearly are the world's leading contractors if choice is omitted from the concept of contract. Without freedom of will – real, imagined, or postulated – contract becomes conceptually indistinguishable from their genetically programmed specialization of labor and exchange of product.¹¹

Den fjärde och sista nödvändiga förutsättningen för avtal är enligt RCT *tidsmedvetenhet*¹². Hade människan inte varit medveten om tid i termer av dåtid, nutid och framtid hade heller inget behov av att planera för framtiden funnits. Ett avtals huvudsyfte kan sägas vara att fastlägga vissa saker nu så som de ska ske i framtiden: avtalets funktion är att påverka framtida handlingar. Det är detta behov av att kontrollera framtida händelser som motiverar människor att ingå avtal med varandra.¹³

För att sammanfatta de fyra grundförutsättningarna och deras betydelse för avtal skriver Macneil:

Now, specialization of labor and exchange, a sense of choice, and a consciousness of the future, all completely embedded and intertwined in a society, make contract possible.¹⁴

Avtal – uppskjutande av utbyte till framtiden

Någon form av samhälle, specialisering av arbetsuppgifter och det därmed sammanhängande utbytet av varor och tjänster, en känsla av valfrihet och tidsmedvetenhet är alltså enligt RCT de fyra nödvändiga förutsättningarna för avtals existens. För att det ska vara möjligt att förhålla sig till detta påstående måste

⁸ Macneil, *The New Social Contract*, s. 2. Kursivering i originalet.

⁹ Macneil kallar det för *a sense of choice* eller ibland förkortat bara *choice*.

¹⁰ En känsla av val som nödvändig förutsättning för avtal och vikten av distinktionen mellan en känsla av val och val de facto diskuteras i Macneil, *The Many Futures of Contracts*, s. 701-706.

¹¹ Macneil, *The New Social Contract*, s. 2.

¹² Macneil kallar det *conscious awareness of past, present and future* eller i bland bara *awareness of future*.

¹³ Att människan har tidsmedvetenhet diskuteras i Macneil, *The Many Futures of Contracts*, s. 706-710.

¹⁴ Macneil, *The New Social Contract*, s. 4.

man dock veta vad som avses med ett avtal. Frågan är vad ett avtal är; vilken är definitionen av avtal enligt RCT?

Macneil ägnar mycket tid och möda åt att förklara vad han menar är ett avtal. Härvidlag skiljer Macneil på avtal i allmänhet och juridiskt definierade avtal: RCT utgår från en bredare definition än den juridisk-traditionella, löftesbaserade definitionen.¹⁵ Avtalsdefinitionen enligt RCT är att skjuta upp ett utbyte av varor eller tjänster till framtiden. Detta kallar Macneil för *faktiska avtal*¹⁶. Definitionen enligt RCT kan jämföras med den traditionella vilken tar fasta på rätten som en del av avtalets definition; löften vilka enligt rätten betraktas som en skyldighet för löftesgivaren. Detta kallar Macneil för *juridiska avtal*¹⁷. Det kan alltså sägas att RCT frikopplar avtalsbegreppet från juridiken för att i stället koppla det till en särskild typ av mänskligt beteende, nämligen utbyte av varor och tjänster. Macneil själv skriver:

By contract I mean no more and no less than the relations among parties to the process of projecting exchange into the future. This projection emanates from combining in a society the other three contract roots. A sense of choice and an awareness of future regularly causes people to do things and to make plans for the future. When these actions and plans relate to exchange, it is projected forward in time. That is, some of the elements of exchange, instead of occurring immediately, will occur in the future. This, or rather the relations between people when thus occur, is what I mean by contract.¹⁸

Det är i sammanhanget viktigt att påpeka att de juridiska avtalen är en del av de faktiska avtalen: också de juridiska avtalen går ut på att skjuta upp utbytet av varor eller tjänster till framtiden. Det ska också påpekas att RCT:s bredare definition av avtal inte betyder att alla faktiska avtal bör accepteras av rättsordningen. Det är endast fråga om att anlägga ett alternativt perspektiv. I stället för att definiera avtal utifrån juridiska regler så definieras avtal utifrån ett mänskligt beteende var på konstateras att vissa avtal kan genomdrivas med hjälp av staten.

Att RCT utgår från en bredare definition av avtal än den traditionella löftesbaserade modellen har sin grund i Macneils kritiska inställning till den klassiska avtalsrättens fixering vid avtalsslutet och *förnuandet*¹⁹ av framtida relationer. "Förnuande" betyder att någon försöker att bestämma idag vad som ska hända i morgon; ett försök att göra om framtiden till nutid. Det är fixeringen vid förnuandet som Macneil menar är grunden till det verklighetsfrämmande synsättet att avtalsrelationer – parternas skyldigheter och rättigheter – ska slås fast baserat på det avtalsslutande ögonblicket. Eftersom ingen människa – inte ens en grupp av människor – kan förutse framtiden i någon större utsträckning menar Macneil att det är fel att behandla en avtalsrelation som om parterna bestämt allting vid det avtalsslutande ögonblicket. Vissa avtalsrelationer kan visserligen uppnå en hög nivå av förnuande men långt ifrån alla kan det. Att på väg hem från jobbet gå förbi närbutikerna och köpa en liter mjölk är ett exempel på en avtalsrelation vilken kan uppnå en förhållandevis hög grad av förnuande. Utbytet är så simpelt – en väl specificerad vara i utbyte mot en väl specificerad mängd pengar av en specificerad valuta – och avtalsrelationens tidsperspektiv är kort – ett typiskt zug-um-zug-utbyte – att parternas rättigheter och skyldigheter är överblickbara innan utbytet äger rum. Att samma förutsättningar inte gäller för ett flerårigt entreprenadavtal eller ett internationellt samarbetsavtal säger sig självt. Komplexiteten i rättigheternas och skyldigheternas detaljer tillsammans med tidsutdräkten omöjliggör ett totalt förnuande och kräver i stället flexibilitet i avtalsrelationen. Att behandla alla avtal utifrån principen att det som ursprungligen avtalades eller kan

¹⁵ I artikeln Macneil, *Restatement (Second) of Contracts and Presentation*, diskuterar Macneil kritiskt den dåvarande avtalsdefinitionen i amerikansk rätt.

¹⁶ Eng: contract-in-fact.

¹⁷ Eng: contract-in-law.

¹⁸ Macneil, *The New Social Contract*, s. 4.

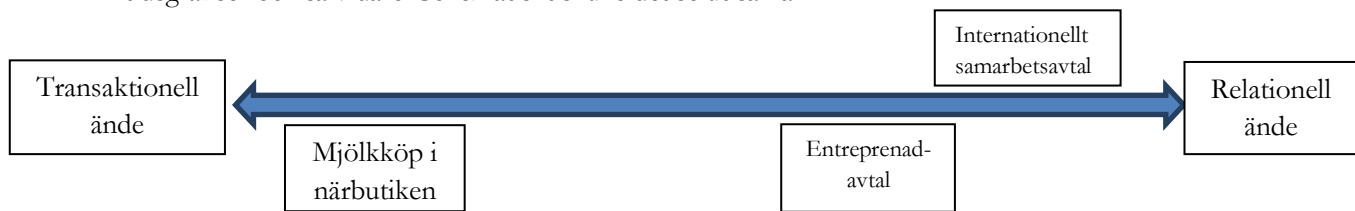
¹⁹ Macneil använder begreppet *presentation*.

antas skulle ha avtalats är därför enligt Macneil verklighetsfrämmande. Verkligheten anpassas till juridiken i stället för att juridiken anpassas till verkligheten. Macneil menar i stället att större vikt bör läggas vid andra faktorer, så som parternas gemensamma mål, deras agerande under avtalstiden, rimliga förväntningar, ändrade förutsättningar och så vidare.

Enligt RCT är såväl mjölkköpet som entreprenaden och det internationella samarbetet faktiska avtal. De utgör alla uppskjutande av utbyte till framtiden. Accepteras de av rättsordningen är de dessutom juridiska avtal. Deras högst olika karaktärer föranleder dock RCT att betrakta dem på olika sätt. De klassificeras i olika ändar av en skala, nämligen på en skala från *transaktionella avtal* till *relationella avtal*.

Skalan från transaktionella till relationella avtal

Enligt RCT kan alla avtal teoretiskt placeras på en skala från transaktionella avtal till relationell avtal. Ett 100 % transaktionellt avtal existerar inte och det gör inte heller ett 100 % relationellt avtal. Dessa extremer är i stället skalans teoretiska ändar varemellan ett enskilt avtal placeras. Exemplet med mjölkköpet befinner sig långt åt den transaktionella extremen medan entreprenadavtalet och det internationella samarbetsavtalet befinner sig långt åt den relationella extremen. Inget av exemplen befinner sig dock längst ut på skalan: mjölkköpet har inslag av relationella moment medan entreprenadavtalet och samarbetsavtalet har inslag av transaktionella moment. Mjölkköpet relationella element är till exempel det den gemensamma kommunikationen, förståelsen för den accepterade valutans värde i förhållande till mjölken, köparens förtroende för butiken att mjölken inte är härsken, eventuell bytesrätt om mjölken visar sig härsken och så vidare. För entreprenadavtalet och samarbetsavtalet gäller transaktionella element i form av att vissa inslag av förnuande gör sig gällande, specificering av åtaganden, specificering av tidsgränser och så vidare. Schematiskt skulle det se ut så här:



För att veta var på skalan ett specifikt avtal befinner sig har Macneil tagit fram ett tolv viktningsmått. Viktningsmåttan används för att avgöra var på skalan det specifika avtalet befinner sig.²⁰ De tolv viktningsmåttan är:

1. Personliga relationer²¹
2. Antal inblandade personer²²
3. Tidsutdräkt²³
4. Framtida samarbete²⁴
5. Mätbarhet och specificering²⁵
6. Kontraktuell moral²⁶
7. Planering²⁷

²⁰ Macneil jobbar med olika mått beroende på om man diskuterar primitiva samhällen eller moderna samhällen. Se Macneil, *The New Social Contract*, s. 8-35. Eftersom det för min del endast är aktuellt med moderna samhällen – mer precist, det svenska, nutida samhället – behandlar jag endast de viktningsmått vilka används för moderna samhällen.

²¹ Macneil kallar det *personal relations*.

²² Macneil kallar det *numbers*.

²³ Macneil kallar det *commencement, duration and termination*.

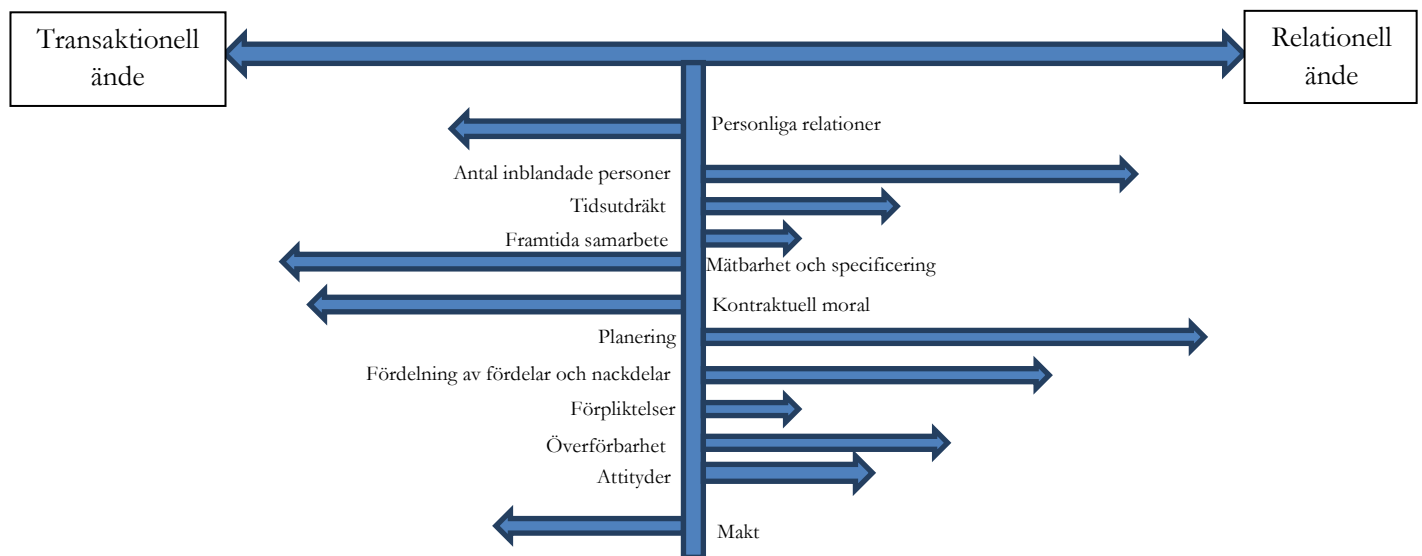
²⁴ Macneil kallar det *future cooperation*.

²⁵ Macneil kallar det *measurement and specificity*.

²⁶ Macneil kallar det *sources of contractual solidarity*.

8. Fördelning av fördelar och nackdelar²⁸
9. Förpliktelser²⁹
10. Överförbarhet³⁰
11. Attityder³¹
12. Makt³²

De tolv viktningsmått kan ses som skalor i sig från transaktionell till relationell. Det ena måttet kan vara starkt transaktionellt medan ett annat mått är mitt emellan och ett tredje är starkt relationellt. Vad som gäller för varje mått måste avgöras mot bakgrund av den enskilda avtalsrelationen. Den helhetsbild som viktningsmått förmedlar tillsammans avgör var på skalan som det enskilda avtalet befinner sig. Schematiskt kan ett hypotetiskt avtal illustreras så här:



Av exemplet ovan framgår att det hypotetiska avtalet till övervägande delen har transaktionell karaktär avseende viktningsmått (1) personliga relationer, (5) mätbarhet och specificering, (6) kontraktuell moral och (12) makt. Avtalet har samtidigt till övervägande del relationell karaktär avseende viktningsmått (2) antalet inblandade personer, (3) tidsutdräkt, (4) framtida samarbete, (7) planering, (8) fördelning av fördelar och nackdelar, (9) förpliktelser, (10) överförbarhet och (11) attityder. Exemplet visar också att det hypotetiska avtalet är starkt relationellt avseende framför allt (2) antal inblandade personer och (7) planering medan (5) mätbarhet och specificering samt (6) kontraktuell moral är starka transaktionella inslag. Den övergripande bedömningen synes vara att avtalet totalt sett är mer relationellt än transaktionellt.

Det ska här framhållas att ett diagram som det ovan inte får tolkas som vore det en matematisk sanning. Hur mått ska viktas är naturligtvis alltid en bedömningsfråga och 100 % fastställd sanning är inte vad som eftersträvas. Viktningsmått ska istället ses som guidande perspektiv vilkas tillsammans ger en helhetsbild.

Hittills har jag endast redogjort för skalan och dess viktningsmått på övergripande nivå; jag har inte sagt något om vad de olika viktningsmått egentligen innebär. Att i detalj gå genom samtliga mått skulle ta för

²⁷ Macneil kallar det *planning*.

²⁸ Macneil kallar det *sharing and dividing benefits and burdens*.

²⁹ Macneil kallar det *obligations*.

³⁰ Macneil kallar det *transferability*.

³¹ Macneil kallar det *attitudes*.

³² Macneil kallar det *power, hierarchy, and command*.

mycket plats i anspråk varför jag nöjer mig med att i korthet säga ett par ord om varje viktningsmått. För den som vill läsa detaljerna hänvisar jag främst till Macniels *The New Social Contract* och *The Many Futures of Contract*, se referenslistan.

- 1) Personliga relationer. Detta viktningsmått är tämligen enkelt. Graden av personlig relation mellan avtalsparternas avgör avtalet var på skalan avtalet befinner sig i detta avseende: ju högre grad av personlig relation, desto mer relationellt inslag i avtalet. Ett mjölkköp i närbutiken kan i detta avseende vara både transaktionellt och relationellt beroende på vilken relation köparen har till såväl butiken som till personalen.
- 2) Antal inblandade personer. Ju färre personer inblandade – direkt och indirekt – ju mer transaktionellt är avtalet.
- 3) Tidsutdräkt. Det momentana zug-um-zug-avtalet är sinnebilden för det transaktionella elementet i det här viktningsmättet. En avtalsrelation vilken pågått under långtid och inte har något bestämt uppsägningsdatum representerar den andra extremen.
- 4) Framtida samarbete. Ett ömsesidigt behov av framtida samarbete tyder på att avtalet är relationellt medan en avtalsrelation enligt vilken parterna inte tänker sig att fortsätta avtala med varandra eller på annat sätt samarbeta är transaktionell.
- 5) Mätbarhet och specificering. Ju tydligare avtalsparternas förpliktelser är mätbara och specificerade, desto mer transaktionellt är avtalet. Att leverera en exakt bestämd mängd av en exakt bestämd vara på en exakt bestämd dag i utbyte mot en exakt bestämd summa pengar är ett transaktionellt avtal i detta viktningsmått. Motsatsen – vaga förpliktelser vilka inte kan beräknas eller mätas matematiskt – utgör relationella element.
- 6) Kontraktuell moral. Det här viktningsmättet är i mina ögon ganska svårförklarad. Macneil kallar det för *sources of contractual solidarity* och försöker med denna terminologi fånga de faktorer som påverkar avtalsparternas agerande gentemot varandra. Det handlar alltså inte om hur parterna *ska* agera enligt avtalet utan *hur de faktiskt agerar* – eller ännu mer precist *varför de agerar som de gör*. Ett transaktionellt avtal kännetecknas i detta avseende av den enda anledningen att ett genomfört avtal är nyttomaximerande för vardera part. Ta bort nyttomaximeringen för ena avtalsparten och denne har ingen anledning att bidra till att avtalet genomförs. Det relationella avtalet kännetecknas i sin tur av att det finns oräkneliga faktorer förutom nyttomaximeringen som bidrar till att avtalsparterna fullföljer avtalet. Vilka dessa faktorer är varierar men vanligt förekommande är lagar och sociala normer.
- 7) Planering. Det sjunde viktningsmättet tar sikte på hur avtalsparterna planerar sin avtalsrelation. Ett ensidigt upprättat standardavtal har starka inslag transaktionella inslag medan en öppen planering i vilken avtalsparten tillsammans planerar framtiden inte bara vid avtalsslutet utan under hela avtalsrelationen har starka relationella inslag.
- 8) Fördelning av fördelar och nackdelar. Detta mått avser hur parterna handskas med för- respektive nackdelar som uppstår inom avtalsrelationen. Hur fördelas till exempel en oförutsedd vinst eller förlust? I ett transaktionellt avtal är fördelningen dikotomatiskt fördelad i förväg, till exempel: säljaren ansvarar för ensam för försenad leverans. Ett relationellt avtal sprider ut vinster och förluster på avtalsparternas, exempelvis som i ett handelsbolag.
- 9) Förpliktelser. I den transaktionella avtalsrelationen bestäms avtalsparternas förpliktelser gentemot varandra genom det löfte som manifesteras i avtalet. Andra faktorer saknar betydelse. För det relationella avtal gäller att förpliktelserna till viss del fastställs genom avtalet men att dessa modifieras och specificeras genom den relation parterna redan har alternativt utvecklar. Ett exempel är att partsbruk utvecklas mellan avtalsparterna vilket blir vägledande tillsammans med avtalet vid fastställande av förpliktelserna.
- 10) Överförbarhet. Frågan man för att ställa sig är om det spelar någon roll *vem* som är medkontrahent. Ett köp av en liter standardmjölk av ett visst märke spelar det inte någon roll i vilken butik jag

handlar. Ett sådant avtal är i överförbarhetshänseende transaktionellt. Att be en viss konstnär att måla mitt porträtt är å andra sidan starkt relationellt: jag vill att just denna konstnär ska måla mitt porträtt, ingen annan.

- 11) **Attityder.** Det elfte viktningsmåttet är tämligen abstrakt. Det tar sikte på i vilken utsträckning avtalsparterna ser sina egna intressen som samstämmiga med avtalsparternas gemensamma intresse. För ett momentant köpavtal är det transaktionen som står i centrum: det är bytet av en vara mot pengar som är de viktiga. Ett sådant avtal är transaktionellt. Ett ”joint-venture”-avtal avseende byggandet av en byggnad som parterna ska nyttja gemensamt är i stället att klassificera som relationellt.
- 12) **Makt.** Den intressanta frågan i detta avseende är inte hur maktförhållandet ser ut mellan avtalsparterna. Det viktiga är i stället hur maktförhållandet förändras. Transaktionella avtal utmärks genom att maktförhållandet är konstant genom hela avtalsrelationen. Relationella avtal utmärks genom att maktförhållandet skiftar under avtalsrelationen, eller i vart fall som helst har potential att skifta.

Innan jag gör vidare ska jag återigen påpeka att de tolv viktningsmått inte utgör några exakta mått i matematisk eller naturvetenskaplig mening. Det är fullt möjligt att använda sig av andra bedömningsgrunder, att utesluta något eller några av bedömningsgrunderna för ett visst avtal eller att slå samman bedömningsgrunder som man tycker överlappar varandra. De här presenterade bedömningsgrunderna är dock de som Macneil använder sig av och som därmed utgör en viktig del av RCT.

Normer: gemensamma, transaktionella och relationella

Enligt RCT framträder vissa normer för alla avtal: gemensamma normer³³. Av dessa gemensamma normer framträder några av dem extra starkt i transaktionella avtalsrelationer – transaktionella normer³⁴ – och andra normer som framträder extra starkt i relationell avtalsrelationer – relationella normer³⁵. Nedan ska jag redogöra för dessa normer och vilken betydelse de har för RCT. Först ska jag emellertid precisera vad som i sammanhanget avses med *normer*.

När man pratar om RCT har begreppet ”norm” fått en preciserad betydelse. En norm inbegriper härvid både en deskriptiv och en normativ sida. Dels avses vad människor agerar, dels avses hur de borde agera. Macneil menar att den deskriptiva sidan och den normativa sidan lever i symbios med varandra; de påverkar varandra och kan inte diktomatiskt skiljas åt. Så som de flesta personer i en grupp (till exempel ett samhälle) agerar – den deskriptiva sidan – skapar en uppfattning om hur personerna i gruppen bör agera – den normativa sidan. Macneil skriver:

[...]The term [norm] is used here, except where indicated, to connote both actual behavior and principles of right action.³⁶

Som definitionen indikerar är rättsregler endast en (mindre) del av normerna för RCT. Sedvana, kulturella faktorer, moraluppfattningar, sociala påtryckningar och strukturer med mera utgör alla delar av vad som formar normerna. Definitionen av normer inom ramen för RCT förstås enligt mig bäst mot bakgrund av definitionen av avtal (uppskjutande av utbyte av varor och tjänster till framtiden). Hur parterna till ett avtal – oavsett om det är ett faktiskt avtal eller ett juridiskt avtal – agerar gentemotvarandra beror av många faktorer varav rättsreglerna är en faktor.

³³ Macneil kallar det *common norms*.

³⁴ Macneil kallar det *discrete norms*.

³⁵ Macneil kallar det *relational norms*.

³⁶ Macneil, *The New Social Contract*, s. 38.

Enligt RCT finns det tio gemensamma normer. Som jag sagt tidigare är de gemensamma normerna gemensamma för alla typer av avtal: faktiska eller juridiska avtal, transaktionella eller relationella avtal spelar ingen roll. De tio gemensamma normerna är:

1. Partsrollen integritet³⁷
2. Ömsesidighet³⁸
3. Genomförande av planering³⁹
4. Verkställande av samtycke⁴⁰
5. Anpasslighet⁴¹
6. Kooperativt byte⁴²
7. Utjämningsintresset⁴³
8. Skapande och begränsning av makt⁴⁴
9. Lämplighet i val av medel⁴⁵
10. Harmonisering med det omgivande samhället⁴⁶

Nedan ska jag kort redogöra för huvuddragen i de olika gemensamma normerna. Den som är intresserad av detaljerna hänvisar jag till Macneil, *The New Social Contract* och artikeln Macneil, *Values in Contract: Internal and External*.⁴⁷

1. Partrollernas integritet. Varje avtalspart har en roll. Det kan röra sig om allmänna roller som köpare och säljare men också om specifika roller som bilmekaniker, taxichaufför, rådgivare, myndighetspersonal och så vidare. Rollen ger i sin tur upphov till förväntningar hos medkontrahenten. Normen partrollernas integritet avser rollernas betydelse för avtalsrelationen.
2. Ömsesidighet. För att ett avtal ska komma till stånd måste samtliga parter vara av uppfattningen att deras egen situation förbättras genom att ingå avtalet än att låta bli att ingå avtalet. Normen säger inget om att varje part ska få det bra, endast att situationen förbättras jämfört med innan. Den som blir hotad till livet för att genomföra en viss transaktion uppfattar det som bättre att genomföra transaktionen än att bli skjuten. Anser den hotade att hon hellre blir skjuten en genomför transaktionen kommer inget avtal till stånd. Således: oavsett hur extrem situationen är måste samtliga avtalsparter anse sig få det bättre med avtalet än utan för att avtalet ska komma till stånd. Under mer normala omständigheter framträder normen som den faktor som avgör hur långt avtalsparterna kan pressa varandra i förhandlingar utan att någon part hoppar av.
3. Genomförande av planering. Om avtal definieras som uppskjutande av utbyte av varor och tjänster till framtiden blir planering för det framtida utbytet väsentligt. Att sedan genomföra det planerade är därför en väsentlig del av vad avtalsparterna förväntar sig av varandra.
4. Verkställande av samtycke. Samtyckets betydelse för avtal kan aldrig underskattas – inte heller inom ramen för RCT. Samtycke är den utlösande faktorn för avtal eftersom den är direkt länkad

³⁷ Macneil kallar det *role integrity*.

³⁸ Macneil kallar det *mutuality*.

³⁹ Macneil kallar det *implementation of planning*.

⁴⁰ Macneil kallar det *effectuation of consent*.

⁴¹ Macneil kallar det *flexibility*.

⁴² Macneil kallar det *contractual solidarity*.

⁴³ Macneil kallar det *restitution, reliance, and expectation interest*.

⁴⁴ Macneil kallar det *creation and restraint of power*.

⁴⁵ Macneil kallar det *propriety of means*.

⁴⁶ Macneil kallar det *harmonization with the social matrix*.

⁴⁷ Den nionde gemensamma normen (lämplighet i val av medel) finns inte uttryckligen med i *The New Social Contract* från 1980 utan är en effekt av ytterligare reflektion och analys från Macneils. I denna text framgår den endast indirekt genom de andra normerna men i artikeln *Values in Contract: Internal and External* har Macneil kommit till slutsatsen att denna norm rättmätigt förtjänar att behandlas som en egen norm. Se not 20 i *Values in Contract: Internal and External*.

till den nödvändiga förutsättningen för alla avtal att vi har en känsla av valfrihet. Att verkställa det som avtalsparterna samtyckt till är därför en viktig norm för alla avtal.

5. Anpasslighet. Alla avtalsrelationer som omfattar minsta möjlighet till att omständigheterna omkring avtalsrelationen förändras måste innehålla anpasslighet i någon utsträckning. Den avtalsrelation vilken inte har något tålamod för avvikelser för det initialt planerade och samtyckta lider hög risk att krackelera. Denna norm står därför i kontrast till både (3) genomförande av planering och (4) verkställande av samtycke. Motsättningen är inte på något sätt ny för juridiken, förutsebarhet kontra flexibilitet är en ständigt återkommande balansakt inom all juridik.
6. Kooperativt byte. Denna norm pekar på att människor hade kunnat strunta i avtal och helt enkelt ta det man själv vill ha utan att ge något som kompensation. Men det gör vi inte och det är därför vi skiljer på avtal och stöld. Varför vi ingår avtal i stället för att stjäla från varandra beror på både interna (till exempel sociala) och externa (till exempel lagstiftning) faktorer.
7. Utjämningsintresset. Utjämningsintresset tar sikte på situationer i vilken ena parten har fått mer än vad denna part har rätt till enligt motpartens uppfattning. Förkommer det diskrepans mellan den faktiska fördelningen av en vinst jämfört med den fördelning som någon av parterna uppfattar som den korrekta förväntas diskrepansen jämnas ut. Annars riskerar avtalsrelationen att falla samman. På sätt och vis är denna norm en sammansmältning av de tidigare normerna: Macneil kallar den för "den sammanlänkande normen".
8. Skapande och begränsning av makt. En avtalsrelation medför att avtalsparternas skapar och begränsar makt över varandra. Det i avtalet samtyckte är en faktor: att någon är bunden till ett avtal innebär att ena parten har makt att kräva något av sin medkontrahent. Rättssystemet runt avtalsrelationen medför ofta ytterligare maktskapande och maktbegränsande för avtalsparternas. Utöver de legala faktorerna innebär också sociala, ekonomiska och politiska faktorer att makt skapas och begränsas.
9. Lämplighet i val av medel. Inom ramen för en avtalsrelation förväntar parterna av varandra att medkontrahenten försöker uppnå sina egna mål med avtalsrelationen. Medkontrahenten förväntas dock inte använda vilka medel som helst för att uppnå sina mål. Säljaren förväntas vilja sälja till ett så högt pris som möjligt men förväntas inte att ljuga för köparen. Att göra en god affär är förväntat men inte på vilket sätt som helst.
10. Harmonisering med det omgivande samhället. Varje avtalsrelation existerar i ett omgivande samhälle: ett samhälle är en nödvändig förutsättning för alla avtal enligt RCT. En given samhällskontext verkar också normerande för de avtal som existerar inom det givna samhället. Samhällets normer blir oundvikligen en del av avtalsrelationens norm.

Dessa normer är alla gemensamma för alla avtal, de återfinns i alla avtalsrelationer. De framträder dock lika starkt beroende av det specifika avtalet. För avtal som drar åt det transaktionella hållet blir enligt Macneil 3) genomförande av planering och 4) verkställande av samtycke särskilt viktiga medan de andra normerna träder i bakgrunden. För avtal som drar åt det relationella hållet blir enligt Macneil 1) partsrollernas integritet, 6) kooperativt byte och 10) harmonisering med det omgivande samhället särskilt viktiga. Macneil påpekar att också de andra gemensamma normerna - 2) ömsesidighet, 5) anpasslighet, 7) utjämningsintresset, 8) skapande och begränsning av makt samt 9) lämplighet i val av medel - förändras när man förflyttar sig från transaktionella till relationella avtal men inte lika mycket som de tre andra. Personligen tror jag inte att det tjänar något särskilt syfte att göra denna sista åtskillnad, det blir bara snårigt. Man bör se det som att 3) genomförande av planering och 4) verkställande av samtycke är särskilt viktiga för transaktionella avtal medan de övriga i olika utsträckning accentueras för relationella avtal.

Att 3) genomförande av planering och 4) verkställande av samtycke träder i förgrunden för transaktionella avtal föranleder Macneil att prata om en *transaktionell norm* som alltså är effekten av dessa två gemensamma normer:

The discrete norm is the product of great magnification of two of the common contract norms: implementation of planning and effectuation of consent.⁴⁸

Den transaktionella normen är *ökat fokus på transaktionen och förnuandet*⁴⁹. För transaktionella avtal är det med andra ord dels själva transaktionsmomentet i avtalsrelationen som är normerande för parternas förväntningar och beteende, dels är normen att sträva efter så mycket förnuande som möjligt.

Att de andra gemensamma normerna accentueras vad gäller relationella avtal leder Macneil till att tala om *relationella normer*⁵⁰. Det finns fem relationella normer: partröllernas integritet⁵¹, bevarande av relationen⁵², harmonisering av relationella konflikter⁵³, lämplighet i val av medel⁵⁴ och den överkontraktuella normen^{55,56}. Att de relationella normerna delvis kallas samma sak som några av de gemensamma normerna är i mina ögon förvirrande. Jag ser det inte heller som nödvändigt att använda mig av alla fem relationella normer. Bland annat torde bevarande av relationen och harmonisering av relationella konflikter kunna rymmas i samma begrepp (vilket Macneil själv delvis tycker). I dagsläget är jag inte klar över hur jag ska förhålla mig till uppdelningen men det är något som jag ska ta ställning till efter seminariet.

Avslutningsvis ska jag förtydliga att den transaktionella normen och de relationella normerna inte ersätter de gemensamma normerna. De är endast effekten av de gemensamma normernas styrkeförhållande beroende av var på skalan från transaktionella till relationella avtal ett specifikt avtal befinner sig. Två citat av Macneil preciserar förhållandet:

A significant difference between the discrete and relational norms and the common contract norms should now be stressed. I have claimed that contractual behavior cannot exist without the common contract norms. Relative dearth of the discrete or the relational norms does not destroy contractual relations. Rather, dearth of the discrete or relational norms causes, respectively, the relation to become less discrete (more relational) or less relational (more discrete).⁵⁷

och:

Although the discrete norm reflects the great intensification of the two common contract norms – implementation of planning and effectuation of consent – the other eight do not – indeed, cannot – disappear if the contract is to be viable. Thus, everything that has been said about the values of the discrete norms must be read against a backdrop of the other common contract norms, but a backdrop itself vitally affected by the presence of the discrete norm.⁵⁸

1.2.4. Sammanfattning av RCT

Sammanfattningsvis innebär RCT ett komplext system vilket förklarar vad ett avtal är och vilka normer som styr avtalsparternas agerande gentemot varandra. Komplexiteten kan kännas överväldigande men är

⁴⁸ Macneil, *The new Social Contract*, s. 59-60.

⁴⁹ Macneil kallar det *enhancing discreteness and presentation*.

⁵⁰ Macneil kallar det *relational norms*.

⁵¹ Macneil kallar det *role integrity*.

⁵² Macneil kallar det *preservation of the relation*.

⁵³ Macneil kallar det *harmonization of relational conflict*.

⁵⁴ Macneil kallar det *propriety of means*.

⁵⁵ Macneil kallar det *supracontract norm*.

⁵⁶ Från början var det bara fyra relationella normer men i *Values in Contract: Internal and External* lade Macneil till en femte (lämplighet i val av medel).

⁵⁷ Macneil, *Values in Contract: Internal and External*, s. 355. Fotnoter utelämnade i citatet.

⁵⁸ Macneil, *Values in Contract: Internal and External*, s. 360. Citatet avser relationen mellan den transaktionella normen och de gemensamma normerna men har samma betydelse för relationen mellan de relationella normerna och de gemensamma normerna.

en nödvändighet om man som Macneil vill ta sig an avtalets grundläggande frågor på mer realistiskt sätt än vad den mikroekonomiska modellen och den klassiska avtalsrätten tillåter.

För att förstå RCT – en teori bland annat om avtals ontologi – måste man förstå vilka är de nödvändiga förutsättningarna för att avtal över huvud taget ska kunna existera. Dessa nödvändiga förutsättningar är ett samhälle, specialisering av arbetsuppgifter och det därmed sammanhängande behovet av att byta varor och tjänster med varandra, en känsla av valfrihet och tidsmedvetenhet.

Mot denna bakgrund definieras avtal utifrån mänskligt beteende i stället för att ta utgångspunkt i juridiska regler. Ett avtal är enligt RCT att skjuta upp ett utbyte av varor eller tjänster till framtiden. De avtal som också accepteras av ett givet rättssystem är juridiska avtal inom det rättssystemet.

Alla avtal befinner sig på en skala från transaktionella avtal till relationella avtal. För att avgöra var på skalan ett specifikt avtal befinner sig kan erbjuda RCT tolv viktningsmått vilka kan användas för att underlätta bedömningen. Viktningsmåttarna är inte ”antingen-eller-mått” utan utgör i sig själva en skala från transaktionell till relationell.

Vidare säger RCT oss att det finns normer som talar om för oss vad som är ett förväntat beteende inom en avtalsrelation. Normerna inkluderar utsagor av både deskriptiv och normativ karaktär: det finns enligt RCT en växelverkan mellan hur människor faktiskt beter sig (deskriptivt) och hur de förväntas bete sig (normativt). Enligt RCT finns det tio normer som är giltiga för alla avtal oavsett om de är transaktionella eller relationella. Dessa kallas gemensamma normer. Alla normerna är emellertid inte lika viktiga i alla avtalsrelationer. För transaktionella avtal träder vissa normer i förgrunden och för relationella avtal träder andra normer i förgrunden. Det är därför enligt RCT påkallat att tala om särskilda transaktionella normer och särskilda relationella normer. De transaktionella och relationella normerna är inga nya normer jämfört med de gemensamma normerna; de är endast de gemensamma normernas nya skepnad beroende på om avtalet i fråga dra åt det transaktionella eller det relationella hållet.

1.2.5. Kritik

Macneils teori RCT har många gånger stött på kritik. Ibland för att meningsmotståndaren har en annan syn på vad avtal är, vad juridik är – ja rent av vad samhället är och bör vara. Sådan kritik är förstås ofrånkomlig när man skriver om frågor som i vart fall som helst gränsar till rättsfilosofi. Annan kritik som riktats mot RCT har närmast berott på missförstånd i kommunikationen mellan Macneil och kritikern. Komplexiteten i den av Macneil företagna uppgiften ger naturligtvis upphov till många risker för missförstånd och tolkningar som inte stämmer med det Macneil själv menade. Macneil har under nästan 30 år efter det att *The New Social Contract* gavs ut 1980 kämpat med att bemöta kritiken, oavsett vilken sorts kritik det rört sig om.

Ett exempel på ideologiskt grundad kritik är artikeln *Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract* av Randy E. Barnett. I artikeln kritiserar Barnett den av Ian Macneil framlagda teorin från tre perspektiv: (1) Barnett anser att Macneils syn på samtycke (=consent) är för snäv, (2) Barnett anser att Macneil inte tar tillräcklig hänsyn till äganderätten som grundläggande rättighet i en rättsstat och (3) Barnett anser att Macneil missar att ta hänsyn till att principen om avtalsfrihet inte bara innefattar rätten att ingå avtal utan också rätten att inte ingå avtal.

Vad gäller den första punkten kritiserar Barnett Macneil för att i för stor utsträckning begränsa konceptet ”samtycke”. Barnett menar att eftersom Macneil anser att avtalsparternas relation (i stället för deras samstämmiga vilja) ska utgöra grunden för avtalets innehåll så kan en presumtiv avtalspart inte i förväg få klart för sig vilka åtaganden avtalet innebär eftersom avtalets innehåll bestäms av hur relationen mellan parterna utvecklas. Barnett vidhåller att det då är bättre att försöka utröna parternas samstämmiga vilja vid

avtalsslutet och låta den analysen ligga till grund för avtalets innehåll – även om det innebär att den samstämmiga viljan blir fastställd i efterhand.

Den andra och tredje kritikpunkten Barnett för fram bygger på att Macneils teori inte tar hänsyn den liberala rättigheten om att slippa ingå avtal. Barnett kopplar denna rättighet till äganderätten genom att säga att äganderätten ligger till grund för avtalsrätten: utan ägande hade vi inte genom avtal bytt saker med varandra.

Avslutningsvis försöker Barnett härleda Macneils syn på avtalet som juridiskt och ekonomiskt instrument till Macneils kommunitaristiska livsåskådning vilken går tvärt mot Barnetts liberala livsåskådning. Barnetts konkluderar att bristerna i Macneils teori beror på Macneils försök att väva ihop liberala idéer med kommunitariska idéer.

Ett exempel på kritik som jag menar beror på tolkningsproblem och missförstånd är den kritik som Hugh Collins lägger fram i boken *Regulating Contracts*. Collins vänder sig emot Macneils skala från transaktionella till relationella avtal. Collins menar att ett avtal inte kan passas in i en sådan linjär skala; i stället menar Collins att alla avtal har tre nivåer – affärsrelationen, den specifika affären och den juridiska relationen – vilka har olika stark betydelse i det specifika avtalet:

This comparison between discrete and relational contracts does throw some light on differences in contractual behaviour. Yet it is implicit in my earlier analysis that the contrast between relational and discrete contracts tends unfortunately to obscure the most important distinction in the analysis of contractual behaviour. The comparison elides the three frameworks of reference, and, by doing so, obstructs a complete explanation of the rationality of contractual behaviour, which in turn may lead to unsatisfactory regulatory conclusions. The contrast between discrete and relational contracts proves inadequate as a tool of analysis, because of its implication that these dimensions presents oppositions.

My contention is rather that all three dimensions are always present in contractual relations, though contractual behaviour may attribute a dominant position to one or the other in any particular case.⁵⁹

Min uppfattning är att Collins inte tar hela RCT i beaktande utan stirrar sig blind på skalan från transaktionella till relationella avtal och utgår från att ett avtal enligt RCT antingen är transaktionellt eller relationellt. Ett sådant betraktelsesätt menar jag är för snävt och tar inte hänsyn till den komplexitet som Macneil försöker fånga i RCT. Tvärt om är hela poängen med RCT som jag ser det att förklara att det finns många olika samverkande faktorer som avgör om ett avtal är mer eller mindre – inte antingen eller – transaktionellt eller relationellt. Som jag ser det menar Collins och Macneil samma sak men uttrycker det något olika: Collins säger att alla tre nivåerna alltid är närvarande men betonas olika mycket medan Macneil hänvisar till de tio gemensamma normerna som alla alltid är närvarande men betonas olika mycket. De säger i princip samma sak men använder olika sätt att illustrera sina poänger och skiljer sig åt i ambitionen att precisera de styrande faktorerna.

För mina vidare studier av RCT har jag planerat att läsa in mig ytterligare på den kritik som framförts. Min förhoppning är att sådana studier ska hjälpa mig att avgöra i vilken utsträckning och på vilket sätt RCT kan användas i min avhandling på det sätt jag tänkt mig. Jag planerar också att läsa in mig på hur dels Macneil själv, dels andra, har använt RCT i olika rättsvetenskapliga arbeten. Varför *jag* tänkt använda RCT och hur *jag* tänkt att använda RCT ska jag förklara i de två kommande avsnitten.

⁵⁹ Collins, *Regulation Contracts*, s. 141.

1.3. Varför har jag tänkt att använda RCT?

I fokus för min avhandling står regleringen av fjärrvärmeavtalet i svensk rätt. Tanken är att jag ska utvärdera delar av regleringen mot bakgrund av regleringens ändamål. Det överliggande ändamålet med regleringen är att skapa förtroende för fjärrvärmebranschen vilket i sin tur förutsätts leda till att fler väljer fjärrvärme som uppvärmningsform. För att kunna diskutera regleringen i förhållande till regleringens ändamål behöver jag någon typ av referensmått; en måttstock om man så vill. Tanken är att RCT ska vara måttstock eller i vart fall som helst att RCT ska utgöra grunden för diskussionen om regleringens ändamålsenlighet. Anledning till att jag valt RCT som måttstock är att teorin i mina ögon synes fånga många av de faktorer som gör sig gällande avseende fjärrvärmeavtalet som sådant men också regleringen av fjärrvärmeavtalet. Nedan ger jag några exempel som jag redan nu identifierat.

- Fjärrvärmeavtalet är ett avtal som ingås över lång tid. Både för fjärrvärmebolaget och fjärrvärmeavtalsavvärdaren är det viktigt med långsiktighet för att investeringarna på respektive sida ska bli lönsamma. Samtidigt strävar regleringen av avtalsrelationen delvis åt samma håll: ett ökat förtroende för fjärrvärmebranschen är menat att verka preserveerande på avtalsrelationen mellan fjärrvärmebolag och avvärdare. Att rätten i första hand ska verka bevarande för avtalsrelationen i stället för att bryta den är en grundtes inom RCT.
- En hög grad av förnuande är av flera skäl svårt att uppnå avseende fjärrvärmeavtal. Detta beror på fjärrvärmeavtalets långvariga karaktär och därmed sammanhängande orsaker, till exempel svårigheten att överblicka efterfråga (som varierar med vädret), teknisk utveckling, stora investeringskostnader, förändrade rättsliga förutsättningar med mera. Anpasslighet blir desto viktigare. Samtidigt är det så att en av grunderna för regleringen är att avvärdarsidan gett uttryck för att det sker överraskande och kraftiga prisökningar. I prisfrågan synes förnuande vara viktigt för avvärdarna. Lagstiftarens val av medel för att balansera behovet av förnuande och anpasslighet på ett sätt som gynnar förtroende för fjärrvärmebranschen torde kunna diskuteras på ett belysande sätt med hjälp av RCT.
- Även partröllerarnas integritet torde utgöra en viktig faktor för förtroende för fjärrvärmebranschen. Min tes är att försäljning av fjärrvärme har ett *offentligrättslig arv* vilket påverkar synen på fjärrvärmebranschen. Trots att lagstiftaren tagit ställning för en marknadslösning utgör försäljning av fjärrvärme en så speciell tjänst att varken fjärrvärmebolag, fjärrvärmeavvärdare eller lagstiftaren betraktar fjärrvärme som något vilket kan säljas enligt helt marknadsmässiga modeller. Förväntningarna som ligger inbakade i fjärrvärmebolagets roll som distributör av en nära nog livsnödvändig tjänst påverkar samtliga parter på marknaden och är därför en nyckel till att förstå hur förtroende för fjärrvärmebranschen skapas. Denna diskussion hänger också samman med kravet på harmonisering med det omgivande samhället.
- Skapande respektive begränsande av makt tillsammans med lämplighet i val av medel torde vara ytterligare intressanta infallsvinklar på hur lagstiftning som externt kraft kan påverka avtalsrelationen mellan fjärrvärmebolag och fjärrvärmeavvärdare. Fjärrvärmebolagen anses av lagstiftaren ha en stark position i förhållande till den enskilda avvärdarna till följd av den monopoliserande ställningen. Samtidigt gör fjärrvärmemetodens inbördes behov av skaleffekter att avvärdarna som kollektiv torde kunna sätta tämligen stor press på fjärrvärmebolagen. Härvid torde en intressant diskussion kunna äga rum avseende lagstiftarens regleringsteknik som i dagsläget i stor utsträckning tar sikte på att stärka den enskilda avvärdarens position.
- En sista intressant aspekt är hur ömsesidigheten i avtalsrelationen kan belysas i ljuset av RCT. Gränserna för att inte ansluta sig till ett fjärrvärmenät respektive att byta från fjärrvärme till en annan uppvärmningsform är från perspektivet ömsesidighet totalt olika beroende på inläsnings-effekten. Bidrar dagens reglering till att ömsesidigheten ökar? Om inte, kan regleringen ändras så att den gör det?

Det är för mig tydligt att fjärrvärmeavtalet drar åt det relationella hållet. Främst på grund av tidsutdräkten och båda parter beroende av en långsiktig och ömsesidigt lönsam affär för att motivera de stora initiala investeringarna. Eftersom RCT presenterar normer som är grunden för att sådana avtal blir hållbara torde RCT utgöra en bra utgångspunkt för en diskussion om regleringen av fjärrvärmeavtalet leder till ökat förtroende för fjärrvärmebranschen.

1.4. Hur har jag tänkt att använda RCT?

RCT ger ledning när jag diskuterar huruvida de av lagstiftaren valda regleringsåtgärderna leder till ökat förtroende för fjärrvärmebranschen. Jag ska inte använda RCT rakt av i varje detalj.

2. Referenslista

2.1. Böcker

Campbell, David & Macneil, Ian, *The Relational Theory of Contract – Selected Works of Ian MacNeil*, Sweet and Maxwell, 2001

Collins, Hugh, *Regulating Contracts*, Oxford University Press, 1999

Macneil, Ian, *The New Social Contract*, Yale University Press, 1980

2.2. Artiklar

Barnett, Randy E., *Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract*, Virginia Law Review, Vol. 78, Issue 5, 1992, s. 1175-1206

Macneil, Ian, *Whither Contracts?*, Journal of Legal Education, Vol. 21, Issue 4, 1968-69, s. 403-418

Macneil, Ian, *The Many Futures of Contracts*, California Law Review Vol. 47 Issue 3, 1973, s. 691-816

Macneil, Ian, *Restatement (Second) of Contracts and Presentation*, Virginia Law Review, Vol. 60, 1974, s. 589-610

Macneil, Ian, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, Northwestern University Law Review, 1977-78, Volume 72, Number 6, s. 854-905.

Macneil, Ian, *Values in Contract: Internal and External*, Northwestern University Law Review, 1983-84, Volume 78, Number 2, s. 340-418.

DET REGLERADE FJÄRRVÄRME- AVTALET

Här undersöks och beskrivs begreppet förtroende i en studie vars övergripande syfte är att analysera vad fjärrvärmelagen innebär för förtroendet för fjärrvärmen. Rapporten diskuterar vad förtroende är, hur det uppstår och hur det fungerar. Här beskrivs också hur lagstiftarens syn på förtroende kommer till uttryck i fjärrvärmelagen: vem eller vad som ska ha förtroende, vem eller vad som ska få förtroende och vilka handlingar som förtroendet ska omfatta enligt lagen.

Resultaten visar att fjärrvärmelagen utgår från att det är dagens och morgondagens möjliga fjärrvärmekunder som ska ha förtroende för någon eller något, men att den är oklar vem denna någon eller vad detta något är. Undersökningen visar vidare att denna oklarhet bottnar i förarbetena till lagen. Redan där är det oklart om föremålet för kundernas förtroende är fjärrvärmeföretagen eller fjärrvärme som uppvärmningsform.

Forskningen visar sammanfattningsvis att fjärrvärmelagen syftar till att befintliga och potentiella kunder ska få ett ökat förtroende antingen för fjärrvärmeföretagen som sådana eller för fjärrvärmen som uppvärmningsform. Studien tydliggör också att förtroendet gäller själva handlingen att leverera fjärrvärme efter rimliga avtalsvillkor, och i synnerhet när det gäller prisvillkoren.