INSTITUTET
FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING
[CXXXI]

PER HENRIK LINDBLOM

GRUPPTALAN

DET ANGLO-AMERIKANSKA CLASS ACTIONINSTITUTET UR SVENSKT PERSPEKTIV

NORSTEDTS

JURIDISKA BIBLIOTEKET
VID UPPSALA UNIVERSITET

347 SWE

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f4352

GRUPPTALAN

INSTITUTET
FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING
[CXXXI]

PER HENRIK LINDBLOM

GRUPPTALAN

DET ANGLO-AMERIKANSKA CLASS ACTIONINSTITUTET UR SVENSKT PERSPEKTIV

JURIDISKA INST. BIBL.
1989-06-15
UPPSALA

NORSTEDTS

Abstract
Lindblom, Per Henrik
Grupptalan. Det anglo-amerikanska class actioninstitutet ur svenskt perspektiv. Group actions. The Anglo-American class action suit from a Swedish perspective. With a summary in English.
Faculty of law, Uppsala university
Stockholm 1989, 783 pp, monograph, ISBN 91-1-867682-0

This study concentrates on the American federal (Rule 23) class action. The old English class action, as well as existing and proposed forms of group actions in England, Australia and Canada (and to a limited extent France, Germany and Sweden) are also examined. Empirical studies with a statistical orientation, the prerequisites for a class action to be allowed, notice, opt-out, res judicata, the proceedings, the calculation and distribution of damages and the rules on legal costs and attorney fees are discussed. The functions and the "pros" and "cons" of the class action are examined and the class suit is compared with various forms of alternatives such as public actions, parens patriae, actions by organizations, test cases, alternative dispute resolution, criminalization, insurance etc. The book concludes with a general evaluation, a discussion of the possibilities for an introduction of the class suit into Swedish law and a summary in English.

Per Henrik Lindblom, Juridicum, Postbox 512, S-751 20 Uppsala, Sweden

Mångfaldigandet av innehållet i denna bok, helt eller delvis, är enligt Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk förbjudet utan medgivande av Norstedts Förlag AB, Stockholm. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande genom tryckning, stencilering, bandinspelning etc.

ISBN 91-1-867682-0

© 1989 Per Henrik Lindblom/Norstedts Förlag, Stockholm
Norstedts Förlag AB ingår i Esselte Förlag AB och utger böcker även under förlagsnamnen Almqvist & Wiksell och AWE/Gebers.
Omslag: Rolf Hernegran
Sättning: Maj-Britt Pamp
Tryck: Graphic Systems, Göteborg 1989

"Entre le fort et le faible,
c'est la liberté qui opprime
et la lois qui libère."

Charles Forbes de Tryon de Montalembert

Förord

Jag kan inte tacka dem alla. . .

Men låt mig ge några exempel. Professorerna Per Olof Ekelöf (naturligtvis), William Bogart, Toronto, Bryant Garth, Bloomington, samt Dr Bert Voskuil, Amsterdam är nog de fyra personer som i författarskap, brev och samtal varit de yrkesmässigt främsta inspiratörerna under de sex år det tagit att genomföra den forskningsuppgift som här redovisas. Men även professorerna Abram Chayes och Arthur Miller, Harvard Law School, samt Mauro Cappelletti, Florens och Stanford, har bidragit på flera sätt, bl a genom att tillhandahålla opublicerat material. Professor Neil Williams, Melbourne, samt John Basten och Peter Cashman, The Australian Law Reform Commission, skall också nämnas i det sammanhanget. Och många kolleger vid den juridiska fakulteten i Uppsala har – som alltid – bidragit med uppmuntran, stimulans och synpunkter.

Uppsala är bäst i många hänseenden. Att studera det anglo-amerikanska class actioninstitutet utan att lämna staden visade sig dock vara så gott som omöjligt och detta trots stora arbetsinsatser av biblioteksper sonalen vid Juridicums bibliotek och Carolina Rediviva. Fyra månaders vistelse vid Harvard Law School och några kortare uppehåll vid välförsedda bibliotek i San Diego, Honolulu och Sydney bidrog starkt till att undanröja en rad misstag, men säkert återstår många.

Jag har försökt beakta relevant material fram till slutet av 1987 (i undantagsfall något längre). Detta, i kombination med min ambivalenta läggning, har medfört ett oändligt antal ändringar och omskrivningar av texten. Det är svårt att förstå hur institutionssekreterarna Ulla Svedestig och Ruth Tärnström klarat av att renskriva alla manusutkast; jag har utnyttjat deras skicklighet och tålamod i alltför hög grad. Det gäller även Maj-Britt Pamp, sättare och kvalificerad ordbehandlare på korrekturstadiet. Jag har vidare parasiterat på ett antal tidigare elevers lojalitet. Anders Björk och Hugo Hedén-Fridén har svarat för huvuddelen av korrekturläsningen; Ann-Sofie och Peter Henriksson samt Anna-Karin Lindblom har självständigt

upprättat sak- och rättsfallsregistren; David Curle har översatt sammanfattningen till engelska.

Att min hustru Kerstin orkat hjälpa och uppmuntra mig även under de här åren är beundransvärt. Arbetsuppgiften har förvisso satt sina spår i form av ökad frånvaro – och närvaro, om någon förstår vad jag menar.

Det finns också en ekonomisk sida. Institutet för rättsvetenskaplig forskning har tålmodigt bidragit med personligt ekonomiskt stöd och dessutom gått in med ett saftigt tryckningsbidrag på sluttampen. Även Humanistisk-samhällsvetenskapliga forskningsrådet, Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning och (till en början via professor Robert Bomans generösa förmedling) Gösta Huselius donationsfond har lämnat avsevärda bidrag till finansieringen. Detsamma gäller alla de skattebetalare som bekostat min ordinarie tjänst vid universitetet.

Tack skall ni ha!

Till sist ett tips till läsaren: det finns en genväg genom djungeln! Varje kapitel avslutas med en sammanfattning på några sidor. Följ den stigen hellre än att genast lägga tegelstenen på hyllan för gott. Då kan man alltid hoppas att åtminstone någon skall frestas att tränga närmare in i den snårskog som det anglo-amerikanska class actioninstitutet och alla dess alternativ bildar – även efter den här boken.

Trysunda i september 1988
Per Henrik Lindblom

Innehåll

Förord VII

Kap. 1 Access to justice och class actions – bokens bakgrund, syfte och disposition 1

1. Inledning 1
2. Access to justice 3
   2.1 Allmänt om access to justice, vågmetaforen 3
   2.2 Närmare om "den andra vågen": skydd för kollektiva, diffusa och fragmentariska intressen 11
3. Grupptalan, förbudstalan, skadeståndstalan 19
4. Class actions. Exempel, särdrag och funktioner 25
5. Bokens bakgrund, källmaterial, syfte, disposition m m 29
6. Sammanfattning och avslutande synpunkter 41

Kap. 2 Class actioninstitutets tillkomst och utveckling i England 44

1. Inledning: Processen och samhällsutvecklingen 45
   1.1 Är processrätten politiskt färgad? 45
   1.2 Representativ grupptalan 46
2. Civilprocessens utveckling i England och USA – en snabbskiss 49
   2.1 Inledning 49
   2.2 Writprocessen och common law 49
   2.3 Equity 57
   2.4 Ett enhetligt system 61
3. När och var föddes class actioninstitutet – och varför? 64
4. Class actioninstitutets tre epoker – en översikt och en introduktion till de dominerande representationsteorierna 73
5. Närmare om grupptalan under den första epoken 76
6. Den andra epoken 86
   6.1 Class actioninstitutet och industrialismen 86
   6.2 Politisk och processuell representationsteori under den andra epoken 94
7. Stagnation och tillbakagång: utvecklingen i England under senare hälften av 1800-talet 101
8. Sammanfattning och avslutande synpunkter 103

Kap. 3 Class actioninstitutets utveckling i USA 109

1. Inledning 109
2. 1843 års regel (Equity Rule 48) 113
3. 1912 års regel (Equity Rule 38) 118
4. 1938 års regel (Federal Rule 23) 120
5. 1966 års regel (Federal Rule 23 reviderad) 125
   5.1 Inledning 125
   5.2 (b)(1) class actions 125
   5.3 (b)(2) class actions 126
   5.4 (b)(3) class actions 127
   5.5 Rättskraft m m 128
6. Den amerikanska utvecklingen och representationsteorierna 129
7. Sammanfattning och avslutande synpunkter 136

Kap. 4 Förekomst, processutfall, processekonomi m m 138

1. Inledning 138
2. Tillgängliga undersökningar 139
3. Hur ofta förekommer class actions? Ökar eller minskar antalet? 141
4. Vilka rättsområden dominerar, hur ofta yrkas skadestånd? 145
5. Hur stora är klasserna? 150
6. Vilken utgång fick class actionmålen? 151
   6.1 Gav svaranden upp? 151
   6.2 Vem vann? Och när? 154
7. Blev det mycket pengar? Lockade class actioninstitutet fram nya målgrupper? 156
8. Är class actions processekonomiskt motiverade? Tidsåtgång per mål och per dollar 159
9. Hur mycket går åt till ombud och andra kostnader? 163
10. Missbruk 166
11. Sammanfattning och avslutande synpunkter 169

Kap. 5 Förutsättningar för en federal class action – forumspärren och de sju prövostenarna 173

1. Inledning 173
2. Federal domstol skall vara behörig 174
3. De sju prövostenarna 179
   3.1 Det måste finnas en avgränsbar klass 180
   3.2 Käranden måste vara medlem i klassen 182

3.3 Numerosity 183
3.4 Commonality 185
3.5 Typicality 186
3.6 Adequacy of representation 189
3.7 (b) kategori 193
3.7.1 Inledning 193
3.7.2 (b)(1) och (b)(2) kategori 193
3.7.3 (b)(3) kategori 194
3.7.3.1 Predominance 194
3.7.3.2 Superiority 198
3.7.3.3 Manageability 206
4. Sammanfattning och avslutande synpunkter 207

Kap. 6 Notice, opt-out och rättskraft 210
1. Inledning 210
2. Notice enligt Rule 23 212
2.1 Allmänt 212
2.2 Notice vid (b)(1) och (b)(2) class actions 213
2.3 Notice vid (b)(3) class actions 215
2.4 Notice vid förlikning 221
3. Opt-out och opt-in 223
4. Rättskraft 226
4.1 Allmänt om de amerikanska rättskraftsreglerna 227
4.2 Rättskraft vid class actions 231
5. Sammanfattning och avslutande synpunkter 236

Kap. 7 Förfarandet m m 241
1. Inledning 241
2. Huvuddragen av förfarandet i tvistemål i allmänhet 242
2.1 The pleadings 242
2.2 Discovery 245
2.3 Pretrial conference 247
2.4 Avgöranden under förberedelsestadiet 248
2.5 The trial 250
3. Förfarandet i class actionmål 251
3.1 Allmänt 251
3.2 Domarroll och officialprövning, förlikning och återkallelse 254
3.3 Tillståndsfrågan ("the certication issue") 262
3.4 Intervention i class actionmål 264
4. Sammanfattning och avslutande synpunkter 266

Kap. 8 Beräkning och fördelning av skadestånd 268

1. Inledning: "compensation", "restitution" och "deterrence" 268
2. Beräkning av skadestånd: klumpsummor, "masters" och "minitrials" 274
3. Fördelning av skadestånd: "cy-pres" och "fluid recovery" 278
4. Sammanfattning och avslutande synpunkter 282

Kap. 9 Rättegångskostnaderna – särskilt ombudskostnaderna 283

1. Inledning 284
2. De amerikanska reglerna om rättegångskostnader i tvistemål 284
3. Rule 54 och dess historiska bakgrund 286
4. Särskilt om ombudskostnader – undantagen från "the American Rule" och arvodesberäkningen 290
   - 4.1 Inledning 290
   - 4.2 Undantagen 290
     - 4.2.1 "Statuary provisions" 291
     - 4.2.2 Partsavtal och kostnadsersättning som skadestånd 294
     - 4.2.3 Undantag utbildade i domstolspraxis 294
       Ond tro och vårdslöshet 295, "Common fund" och "common benefit"-teorierna 296, "Private Attorney General"-teorin och Alyeska 299, Ombudsersättning för *tappande* part 303
   - 4.3 Arvodesprövning, "contingent fees" och "maintenance" 308
     - 4.3.1 Arvodesprövningen 308
     - 4.3.2 "Contingent fees" och "maintenance" 310
   - 4.4 Sammanfattning och utvecklingstendenser 313
5. Rättegångskostnader i class actionmål 315
   - 5.1 Inledning 315
   - 5.2 När kan ersättning utgå? 317
     - 5.2.1 "Statuary provisions" 317
     - 5.2.2 Partsavtal, kostnadsersättning som skadestånd 317
     - 5.2.3 Undantag utbildade i domstolspraxis 318
       Ond tro och vårdslöshet 318, "Common fund" och "common benefit"-teorierna 319, "Private Attorney General"-teorin 319, Ersättning för *tappande* part 320
   - 5.3 Arvodesprövning, "contingent fees" och "maintenance". Jättearvoden 321
   - 5.4 Sammanfattning och utvecklingstendenser 326
6. Kostnadsreglernas betydelse för class actioninstitutet 327

Kap. 10 Den amerikanska diskussionen de lege ferenda – kritik, förslag och kritik av förslag 335

1. Inledning: 1966 års ändringar i Rule 23 och det allmänna debattklimatet 335
2. Kritik på enskilda punkter 339
   - 2.1 Allmänt 339
   - 2.2 Forumspärren och de sju prövostenarna 340
     - 2.2.1 Forumspärren 340
     - 2.2.2 Prövostenarna 342
   - 2.3 Notice, opt-out och rättskraft 343
   - 2.4 Förfarandet 344
   - 2.5 Skadeståndsberäkning och skadeståndsfördelning 346
   - 2.6 Rättegångskostnaderna 347
3. Alternativ till Rule 23 348
   - 3.1 Allmänt 348
   - 3.2 Bill 1978 348
     - 3.2.1 Inledning 348
     - 3.2.2 Public action – en preventiv class action 349
     - 3.2.3 Class compensatory action – en reparativ class action 356
     - 3.2.4 Förslagets fortsatta öde. Reformvägar 358
   - 3.3 The Uniform Class Actions Act 361
4. Sammanfattning och avslutande synpunkter 364

Kap. 11 Class (representative) actions i England, Australien och Kanada 368

1. Inledning 368
2. England 371
   - 2.1 Utveckling och dagsläge 378
   - 2.2 Civilprocessens funktion i England 378
   - 2.3 Reformdiskussion 382
3. Australien 386
   - 3.1 Utveckling och dagsläge 386
   - 3.2 Ny lagstiftning och aktuella reformer 392
     - 3.2.1 Delstaten Victoria 392
     - 3.2.2 Delstaten South Australia 396
     - 3.2.3 Federala förslag 400
     - 3.2.4 Grupptalan rörande könsdiskriminering 405
4. Kanada 407
   - 4.1 Utveckling och dagsläge 407
   - 4.2 Ny lagstiftning och aktuella reformer 413
     - 4.2.1 Provinsen Quebec 413
     - 4.2.2 Provinsen Ontario 417
     - 4.2.3 Grupptalan rörande konkurrensbegränsning 427
5. Sammanfattning och avslutande synpunkter 428

Kap. 12 Class actioninstitutets funktioner, dess fördelar och nackdelar 435

1. Inledning: Civilprocessens funktion i amerikansk rätt 435
2. Class actioninstitutets funktioner 444
   - 2.1 Allmänt 444
   - 2.2 Den processekonomiska funktionen 450
   - 2.3 Den reparativa funktionen 453
   - 2.4 Den preventiva funktionen 456
   - 2.5 Andra funktioner, särskilt materiell rättsutveckling och prejudikatsbildning 460
3. Fördelar och nackdelar 465
   - 3.1 Allmänt 465
   - 3.2 Käranden (och klassen) 467
     - 3.2.1 Fördelar för käranden 467
     - 3.2.2 Nackdelar för käranden 473
   - 3.3 Svaranden 476
     - 3.3.1 Fördelar för svaranden 477
     - 3.3.2 Nackdelar för svaranden 477
   - 3.4 Domstolen och det allmänna 478
4. Sammanfattning och avslutande synpunkter 479

Kap. 13 Alternativ till class actioninstitutet 485

1. Inledning 485
2. Alternativen – en förteckning med kommentarer 488
   - 2.1 Förteckning över class actionalternativ 488
   - 2.2 Kommentarer 491

     Information, propaganda m m 491, Förmåner 491, Etable ringskontroll 492, Kriminalisering 493, Ökat sanktionstryck 504 (Företagsbot och sanktionsavgift 504, Förverkande och näringsförbud 507, Vite 510, Utökat skadestånds ansvar 513), Försäkringslösningar, Fond- och avgiftssystem 521, Offentliga (statliga och kommunala) organ 523, Privata, kooperativa och fackliga organisationer 529, Alternativ tvist lösning (ADR) 531, Förvaltningsdomstolar (och förvalt ningsförfaranden) samt specialdomstolar 537, Brottmål (enskilt åtal, enskilda anspråk) 542, Tvistemål (småmåls regler, "multi-district litigation", parallella rättegångar, forum, delgivning, intervention, kumulation, rättskraft, bevisregler, kostnader, yrkesroller osv) 547, Talerättsliga lösningar; allmän sänkning av talerättströskeln 560
3. Sammanfattning och avslutande synpunkter 563

Kap. 14 Närmare om statlig grupptalan, organisationstalan och pilotmål 566

1. Inledning 567
2. Statlig grupptalan ("parens patriae", "public actions") 568
   - 2.1 Statlig aktivitet i civilprocessen 568
   - 2.2 "Parens patriae" och "public actions" i USA 572
     - 2.2.1 Den första fasen – ett kungligt prerogativ 572
     - 2.2.2 Den andra fasen – "quasi-sovereign rights" 573
     - 2.2.3 Praxis och doktrin i början av 1970-talet – *Hawaii v. Standard Oil Company* 574
     - 2.2.4 Den tredje fasen – terminologisk förbistring, "parens patriae" och "public actions" 581
   - 2.3 Funktioner, för- och nackdelar 587
   - 2.4 Sammanfattande och avslutande synpunkter: statlig grupptalan och process i allmänt intresse. Debattläget 592
3. Organisationstalan ("Verbandsklage") 596
   - 3.1 Terminologi och avgränsningar 596
   - 3.2 Bakgrund, förekomst m m 601
   - 3.3 Funktioner, för- och nackdelar 614
   - 3.4 Sammanfattande och avslutande synpunkter rörande organisationstalan 621
4. Pilotmål ("test cases", "Musterprozessen") 624
   - 4.1 Terminologi och avgränsningar 624
   - 4.2 Bakgrund, förekomst m m 627
   - 4.3 Funktioner, för- och nackdelar 628
   - 4.4 Sammanfattande och avslutande synpunkter rörande pilotmål 634
5. Sammanfattning och avslutande synpunkter 636

Kap. 15 Class actions i Sverige? 638

1. Inledning 639
2. En kort sammanfattning 643
3. Värdering av class actioninstitutet 650
   - 3.1 Sexton myter om class actions 650
   - 3.2 Sammanfattande värdering, class actions och alternativen – konkurrens eller komplement 655
4. Finns behov av en svensk class action? – Aktuella rättsområden 658
   - 4.1 Inledning 658
   - 4.2 Konsumenträtten 660
   - 4.3 Miljörätten 662
   - 4.4 Masskadestånd och katastrofmål ("mass torts") 664
   - 4.5 Arbetsrätten och hyresrätten 665
   - 4.6 Associationsrätten och immaterialrätten 666
   - 4.7 Socialförsäkringsrätten 667

4.8 Medborgerliga fri- och rättigheter 667
4.9 Sammanfattning 669

5. Hinder för en svensk reception av class actioninstitutet 669
   5.1 Varför har vi inga class actions – eller har vi? 669
   5.2 Grundlagsenlighet, rättskraft och internationella konventioner 674
   5.3 Domstolarnas roll, processens funktion 675
   5.4 Domarrollen och advokatrollen 679
   5.5 Kostnadsregler 681
   5.6 Fordras en ny skadeståndsrätt? Bevisfrågor 685
   5.7 Alltför få eller alltför många fall? 686
   5.8 Få villiga parter, få domar 687
   5.9 Sammanfattning 689
6. Behov av samt hinder för en svensk reception av statlig grupptalan och organisationstalan 691
7. Taletyper och teknisk utformning 693
   7.1 En svensk class action? 693
   7.3 En svensk grupptalan – eller flera! 696
8. Sammanfattning och avslutande synpunkter 703

Tillägg: Reformläget i Australien och Holland. Europasamarbetet 708

Bilagor 711
Bilaga 1 Rule 23, Federal rules of civil procedure 711
Bilaga 2 Hart-Scott-Rodino Act m m 714

Summary: Group actions – A study of the Anglo-American class action suit from a Swedish perspective 718

Förkortningar 732

Litteratur 734
Offentligt tryck m m 734
Övrig litteratur 735

Rättsfallsregister 752

Sakregister 755

Kap. 1 Access to justice och class actions – bokens bakgrund, syfte och disposition

"Bestämmer inte krukmakaren över sin lera, så att han av en och samma klump kan göra både ett fint kärl och ett som inte är så fint?"

Rom. 9:21

1. Inledning 1
2. Access to justice 3
   2.1 Allmänt om access to justice, vågmetaforen 3
   2.2 Närmare om "den andra vågen": skydd för kollektiva, diffusa och fragmentariska intressen 11
3. Grupptalan, förbudstalan, skadeståndstalan 19
4. Class actions. Exempel, särdrag och funktioner 25
5. Bokens bakgrund, källmaterial, syfte, disposition m m 29
6. Sammanfattning och avslutande synpunkter 41

1. Inledning

Det är inte för mycket sagt att frågor om "access to justice" dominerat den komparativa debatten inom processrätten under det senaste decenniet. Det är inte heller någon överdrift att "class actions" rönt stor uppmärksamhet i detta sammanhang och dessutom varit det mest omdiskuterade processuella institutet de lege lata och de lege ferenda i flera länder. Men man kan också hävda att allt detta gått ganska spårlöst förbi på den nordiska hemmafronten.[1]

Varför är det på detta viset?[2] Är den svenska civilprocessen så väl anpassad till den moderna välfärdsstaten, till vårt högindustrialise-

[1] En total tystnad är det dock inte frågan om, jfr nedan s 32 f.

[2] Några anledningar till att diskussionen och utvecklingen i USA inte rönt större uppmärksamhet i vissa europeiska länder berörs av Cappelletti & Garth i Welfare state s 4 ff; skillnader i yrkesroller, domstolarnas uppgift etc anser de dock inte vara skäl nog att anlägga ett isolationistiskt synsätt, jfr nedan i kap 15 avsnitt 5.3 och 5.4.

rade, blandekonomiska, centraliserade och massproducerande folkhem, att vi saknar anledning att blicka ut över gränserna och ta intryck av den intensiva internationella debatten? Har vi redan klarat av alla rättsskyddsproblem alldeles på egen hand? Eller stämmer Lars D Erikssons beskrivning av situationen i Finland in även hos oss:

> "Många kommittéer har suttit och några sitter ännu med uppgift att förbättra den enskildes rättsskydd. Många artiklar har skrivits och många debattinlägg har gjorts. Det oaktat har den finska debatten under alla dessa år egentligen inte utvecklats i någon större utsträckning. Den är fortsättningsvis tämligen provinsiell: några internationella utblickar görs i allmänhet inte och inte heller har någon egentlig analys gjorts av vad som kännetecknar rättsskyddsproblematiken i det moderna långt utvecklade industriella samhället. Den finska rättsskyddsdebatten har, i mitt tycke, i alltför hög grad varit tillbakablickande och självbespeglande. Den utveckling inom rättsskyddet som skett i Västeuropa och framför allt i USA under de två senaste decennierna är så gott som obekant för gemene jurist i Finland."[3]

Om nu situationen är så dyster som Eriksson påstår för finsk del är den här boken tyvärr inte den rätta att råda bot på motsvarande missförhållande i vårt land: den är så tjock och tråkig att den sannolikt inte någonsin kommer att läsas i sin helhet av någon. Och om mot förmodan en eller annan självplågare skulle ge sig i kast med uppgiften löser detta inte problemet; framställningen är – trots kvantiteten – alldeles för fragmentarisk, tunn och ytlig för att ensam kunna fylla den lucka som otvivelaktigt finns på området. "Access to justice" i allmän mening berörs bara här i inledningskapitlet och "class actions" finns i så många uppenbarelseformer och har föranlett så mycket lagtext, förarbeten, praxis och doktrin att några hundra sidor inte räcker särskilt långt, tro mig!

Men nu är jobbet avslutat – för den här gången – och resultatet överlämnas till bibliotekshyllor och makuleringsmaskiner. Anledningen till att boken skrivits och förklaringar till att den blev som den blev skall jag återkomma till under 4. nedan. Dessförinnan bör dock företeelserna "access to justice" och "class actions" ägnas en åtminstone skissartad presentation; det är tid att plocka bort citationstecknen.

3 Eriksson i Festskrift till Aarne Nuorvala 1982 s 36.

2. Access to justice

2.1 Allmänt om access to justice, vågmetaforen

Access to justice betyder – fritt översatt – tillgång till rättsskipning.[4] Ordet rättsskipning bör då ges en vid innebörd och inte reserveras för domstolsprocess. Även om den statliga sanktionsmekanismen, möjligheterna till domstolsprövning och exekution, utgör den yttersta garantin för att en materiell regel skall äga något faktiskt innehåll för den enskilde och fungera handlingsdirigerande i samhället kan ett förverkligande av båda dessa funktioner – reparation och prevention – åtminstone ibland uppnås också på andra sätt, t ex genom förhandlingar och tvistlösning utanför domstolarna (skiljeförfarande, nämndprövning, medling etc). Att dessa möjligheter till stor del är avhängiga av ett fungerande statligt processalternativ hindrar inte att de kan utgöra ett viktigt inslag i den enskildes rättsskydd, hans access to justice, och därmed ha reparativ och preventiv betydelse.[5]

Access to justice kan alltså översättas med (tillgång till) rättsskydd.[6] I medvetande om att allt rättsskydd i en rättsstat ytterst vilar på de statliga processuella och exekutiva möjligheterna kan man sedan tänka sig att skilja mellan processuellt rättsskydd och rättsskydd i andra former.[7] Den internationella diskussionen rörande

[4] Så Ekelöf i Svensk Juristtidning 1981 s 109. Enligt Black's Law Dictionary betyder *justice* "the constant and perpetual disposition of legal matters or disputes to render every man his due".

[5] Visserligen torde alternativen till domstolsprövning få ökad användning och betydelse i relation till nackdelarna med vanlig process. Men om statlig rättegång är så undermålig att den blir helt oanvändbar i praktiken riskerar man att hamna i ett läge då också alternativen förlorar i användbarhet och rättslöshet inträder; alternativ tvistlösning bygger ju på frivillighet men trycket på den motsträvige att delta försvinner när alternativet att tillgripa statligt tvång framstår som ett tomt hot (jfr nedan i kapitel 13 s 531 ff). – Betr det förhållandet att även t ex medling har en handlingsdirigerande betydelse se Ekelöf i festskrift till Hellner s 243, se även densamme i Rättegång I s 13 där uttrycket "privat rättsskipning" kommer till användning.. Vad gäller processens funktion se bl a nedan s 10 f och i kap 12 s 435 ff.

[6] Jfr Eriksson s 36. Även Hellner begagnar termen access to justice i mycket vid bemärkelse och vill inte tillerkänna svenska domstolar någon betydelsefull roll i sammanhanget, åtminstone inte på konsumenträttens område, se 40 RabelZ (1976) s 727 f: "A typical feature of this field is that both access to the courts and assistance by trained lawyers are only minor parts of the general issues of access to justice." Jfr nedan s 7 not 22 och i kap 15 avsnitt 1.

[7] Det är den distinktionen som föranlett mig att ge boken Konsumentmål undertiteln "Om konsumenters processuella rättsskydd", jfr a a s 12 och Friedman i Access to Justice II:1 s 5 ff.

access to justice handlar om bådadera, om medborgarnas tillgång till rättsskydd och om deras verkliga möjligheter att göra sin rätt gällande. I allmänhet,[8] liksom i det följande, ligger dock betoningen på det processuella rättsskyddet, på medborgarnas faktiska möjligheter att utnyttja domstolsapparaten för att genomdriva sina rättigheter. Och det är då – liksom i det följande – civilprocessen som står i förgrunden; straffprocessen berörs endast undantagsvis.[9]

Att begreppet access to justice intagit en så betydelsefull plats i den komparativa processrättsliga forskningen under det senaste decenniet betyder givetvis inte att debatten enbart skulle avse nya frågor. Medborgarnas rätt till en fungerande mekanism för rättsskydd och konfliktlösning på det individuella planet, liksom behovet av handlingsdirigering genom verksamheten vid domstolar och andra tvistlösningsorgan på det allmänna planet, utgör hörnstenar i rättssamhället. I denna mening är access to justice, processuellt rättsskydd i vid betydelse, inte något senkommet påfund. Diskussioner härom har naturligtvis förts genom århundradena i alla s k civiliserade länder. Vad som har hänt på senare tid är att begreppet access to justice fått ett delvis nytt innehåll. Denna betydelseförskjutning speglar processens samband med den allmänna samhällsutvecklingen.

Men här finns inte plats för några historiska djupdykningar.[10] Låt mig bara konstatera att den liberalistiska samhällssyn som växte fram under industrialismen i slutet på 1700-talet och under 1800-talet resulterade i ett individualistiskt synsätt också vad gäller medborgarnas rättigheter och deras processuella rättsskydd; rättigheterna anknöts till enskilda individer – några andra intressen erkändes knappast – och staten tillhandahöll genom en uttalat tvåpartsinriktad civilprocess ("privatprocess"), ledd av en passiv domare, ett instrument för enskilda parter att utan nämnvärd inblandning från offentliga organ eller andra enskilda göra upp om sina respektive rättigheter och skyldigheter.[11]

Genom att på detta sätt "tillhandahålla" en rättsskyddsmekanism ansåg sig den liberalistiska samhällskroppen ha räckt ut den hjälpande hand medborgarna hade ett – närmast naturrättsligt färgat –

[8] Jfr däremot Hellner ovan i not 6.

[9] Se dock t ex nedan i kap 13 s 493 ff och 542 ff.

[10] Vad gäller utvecklingen i England se nedan i kapitel 2 s 44 ff.

[11] Se t ex Lindblom, Kontinuitet s 238, Eriksson s 37, Cappelletti & Garth i Access to Justice I:1 s 6 och The protection s 122 ff samt Wassermann s 17 ff, 27 och 151 ff..

anspråk på att få kräva stöd av. Men samhällets skyldighet att ge medborgarna möjligheter att genomdriva sina anspråk och förhindra att deras rättigheter inskränktes av andra, ansågs inte sträcka sig längre än till att upplåta själva rättsskyddsmekanismen, civilprocessen. Så länge medborgarna hade en teoretisk, formell, möjlighet att väcka eller föra talan vid domstol var kravet på rättsskydd uppfyllt. Man skulle kunna säga att medborgarna hade *formell* access to justice; deras faktiska förutsättningar och förmåga att ge denna formella rätt ett *reellt* innehåll tog staten lika litet ansvar för som vad gällde andra uttryck för jämlikhet i ett laissez-fairesamhälle: "(f)ormal, not effective, access to justice – formal, not effective equality – was all that was sought."[12] Det var långt till verklig jämlikhet på rättsskyddsområdet, till "*equal* access to justice."[13]

Enligt flera bedömare har detta laissez-fairebetonade synsätt till viss del levt kvar ända in i vår tid och präglar fortfarande i inte obetydlig utsträckning civilprocessen på de flesta håll, så även i länder med inflytelserika politiska partier på den s k vänsterkanten.[14] Men välfärdssamhällets framväxt har samtidigt medfört tillkomsten av nya slags rättigheter och krav på en jämlikhet – även processuellt – som sträcker sig längre än till att samhället blott erbjuder möjligheter till rättsskydd för dem som har ekonomiska och personliga resurser att ta vara på dem. Rätten till arbete, hälsa, kroppslig integritet, utbildning, yttrandefrihet, en sund miljö, frihet från diskriminering, tillgång till icke-hälsovådliga produkter etc är "rättigheter" som inte låter sig privatiseras och individualiseras på samma sätt som kontraktuella rättigheter och förpliktelser framsprungna ur avtalsfrihetens princip; de är snarare *kollektiva* i så måtto att det tillkommer hela grupper och "klasser", ja medborgarna överhuvudtaget. Det blir då också tydligt att det inte bara är ett enskilt utan även ett allmänt intresse att rättigheterna ifråga tas tillvara och genomdrivs.[15]

Men den individualistiska civilprocessen är inte konstruerad för att erbjuda rättsskydd i dessa hänseenden, den är inte utformad med

[12] Sist a a s 7, jfr Jonsson & Lindmark & Roos s 9 och nedan s 706 i not 226.

[13] Min kursivering. Uttrycket "equal access to justice" återfinns hos Garth, The institution s 208, se även nedan s 377 not 29 in fine.

[14] Se t ex Chayes 1976 s 1058, Bogart, Questioning s 665, Lindblom, Formsak s 84 ff och Glenn 1986 s 264 samt Wasserman s 151 ff.

[15] Eriksson s 37 och Cappelletti & Garth a a s 7 f, jfr även nedan i kapitel 14 s 573 ff betr "quasi-sovereign rights" och nedan s 13 f m not 52, kap 13 s 592 ff samt Thiere s 28 ff.

tanke på "den nya egendomen" ("the new property"). Även om traditionell rättegång ibland är funktionell också i dessa situationer är det då inte underligt att välfärdssamhällets framväxt aktualiserar något av ett paradigmskifte inom processrätten.[16] Anser man att också anspråk av det här slaget – "mänskliga rättigheter" i vid mening – bör åtnjuta ett fungerande rättsskydd för att inte reduceras till politiska floskler uppkommer obönhörligen frågor om access to justice som det borde ha varit svårt att ens förutse för bara några decennier sedan.[17]

Den internationella rättsskyddsdebatten i dag präglas följaktligen av två nya moment, nya i förhållande till det "formella" access to justice-begrepp som var utformat under, och anpassat till, ett tidigare stadium i samhällsutvecklingen. *För det första* nöjer man sig inte längre med att rättsskydd erbjuds om det inte är möjligt att utnyttja för alla i praktiken. *För det andra* inkluderar anspråken på rättsskydd numera även rättigheter som inte utan vidare låter sig inordnas under gängse individualistiska rättighetsbegrepp och processmodeller. Diskussionerna om access to justice, om ett fungerande rättsskydd, utgår idag från båda dessa realiteter. Man försöker analysera vilka hinder för rättsskydd – "obstacles (barriers) to justice" – som föreligger beträffande såväl traditionella individualistiska anspråk som vad gäller nya "kollektiva, diffusa och fragmentariska" intressen. När detta skett kan man presentera olika vägar förbi hindren och diskutera argument pro et contra de skilda alternativen.

Den internationella, komparativa, diskussion som förts om access to justice i ovan angiven mening kan självfallet inte återges rättvisande här; den intresserade hänvisas i första hand till de omfattande arbeten som publicerats i anslutning till det stora program – "The Florence Access to Justice Project" – som framför allt professorerna Mauro Cappelletti (Florens och Stanford) och Bryant Garth (Bloomington) varit de drivande krafterna för.[18] Några huvudlinjer i litteraturen bör dock antydas.

[16] Så Bogart a st, jfr Eriksson s 50, Kötz i Homburger & Kötz s 102 och Møgelvang-Hansen 1979 s 10. – Som påpekas av bl a Cappelletti & Garth (The protection s 123) innebär dock detta naturligtvis inte att det skulle vara dags att överge traditionell civilprocess i alla de fall då den fortfarande är ändamålsenlig.

[17] Jfr dock nedan under 2.2 s 12 f och Kalven & Rosenfields nedan s 42 återgivna uttalande.

[18] Se främst Access to Justice vol I–III (1978–79) och Access to justice and the Welfare State (1981) med där anförda arbeten, jfr även tidskriften Windsor Yearbook of Access to Justice 1981–.

Först något om vad som *inte* hör hemma – åtminstone inte annat än indirekt – i den moderna debatten om access to justice. Hit hör ej problematiken kring att tvister rörande större värden inom näringslivet fortfarande söker sig bort från de allmänna domstolarna[19] och till den processuella gräddfilen: skiljeförfarandet. Detta problem har sysselsatt lagstiftare och rättsvetenskapsmän i Sverige i över hundra år utan att man hittills lyckats få till stånd någon avgörande förändring och skall inte bli föremål för diskussion i det följande; fenomenet är för övrigt internationellt och har hos oss redan ägnats mycket mer uppmärksamhet än de frågor som här inryms under begreppet access to justice.[20]

Ett annat förhållande som bara indirekt har att göra med den moderna rättsskyddsdiskussionen är de svenska statsmakternas uttalade viljeinriktning att begränsa antalet processer vid allmän domstol och föra över såväl civil tvistlösning som straffrättsliga avgöranden och bedömanden till icke-processuella organ.[21] Men naturligtvis är det ett hinder för ett effektivt rättsskydd om de processuella möjligheterna ges en tillbakaskjuten ställning.[22]

Nej, de "obstacles to justice" som vanligen diskuteras i internationell doktrin är framför allt a. de höga processkostnaderna, b. parternas bristande förmåga och resurser att genomdriva sina rättigheter och c. svårigheterna att anpassa den traditionella civilprocessen till frågor rörande icke-individualiserade (kollektiva, diffusa och fragmentariska) intressen.[23] Dessa tre problemkomplex är delvis integrerade, de aktualiserar i betydande utsträckning samma frågor:

a. Vad gäller problemet med *de höga rättegångskostnaderna* (främst för ombud) och deras processavskräckande effekter råder

19 Jfr Ekelöf i Svensk Juristtidning 1981 s 109.

20 Mot denna bakgrund har jag svårt att dela Ekelöfs indignation över att "detta allvarliga problem överhuvudtaget inte berörs" i Cappellettis m fl stora arbete Access to Justice. I andra sammanhang har "arbitration" diskuterats som ett av inslagen i access to justicerörelsens tredje våg; alternativ tvistlösning är överhuvudtaget av intresse också för de stora företagstvisterna (jfr nedan s 16 vid not 52 och i kapitel 13 s 535. – Här kan inflikas att rättegångsutredningens förslag i olika hänseenden (bl a avtal om fullföljdsförbud, expertförstärkning av domstolarna, snabbare HD-avgöranden i rättsfrågor och möjlighet för skiljenämnder att hänskjuta frågor till HD, se SOU 1982:25–26, 1986:1, 1987:13 och 1987:46) tillsammans borde kunna råda bot på åtminstone en del av problemen. Lagstiftarens sekellånga ansträngningar på området skildras i SOU 1986:1 s 191 ff.

21 Se härom Lindblom, Tes s 790 f och 795.

22 Så förefaller i viss mån vara fallet i Sverige inom miljörätten, jfr Westerlund, Rätt och miljö s 172, se även ovan i not 6 angående konsumenträtten.

23 Se t ex Cappelletti & Garth i Access to Justice I:1 s 10 ff.

oenighet bara om vilken huvudregel som är värst: "the American rule", som i princip innebär kvittning av ombudskostnader oavsett processens utgång, eller den engelska (och svenska) "winner take all"-regeln av innebörd att tappande part står hela kostnadsansvaret.[24] Att kostnaderna utgör ett särskilt allvarligt rättsskyddshinder i småmål är uppenbart.[25] Även processens långsamhet – tidsåtgången – räknas stundom in som en kostnadspost, som ett hinder för rättsskydd: "justice that is not available within a reasonable time is, for many people, inaccessable justice".[26] Man har inte råd att processa på kredit, inte råd att vänta åratal på ersättning för rättegångskostnader.

b. *Parts bristande förmåga och resurser* kan naturligtvis avse kostnadskänslighet av nyss berört slag. Särskilt besvärande blir detta hinder för den som har en ekonomiskt starkare motpart.[27] Men även i andra hänseenden är bristande personliga resurser ett allvarligt rättsskyddsproblem: dålig utbildning och avsaknad av information kan medföra att en person, som i och för sig har ett rättmätigt anspråk, inte ens identifierar detta eller inser vilka möjligheter det finns att genomdriva det på processuell väg. Han kan också välja att frivilligt avstå sin rätt för att han inte anser sig kapabel att utstå de psykologiska påfrestningar en rättegång innebär, särskilt om den måste drivas utan hjälp av ombud och inför en passiv domare i ett formaliserat och svårbegripligt förfarande.[28]

I fråga om parts bristande resurser i olika hänseenden har också vissa balansfrågor tagits upp till diskussion i access to justicedebatten. På många av de områden där rättsskyddsproblem aktualiserats under senare år, så t ex inom konsument- och miljörätten, råder stundom en besvärande obalans mellan de potentiella parterna vad gäller deras resurser att föra en rättegång, en obalans som inte behöver ha att göra med enbart s a s kvalitativa skillnader i parternas ekonomiska eller personliga utrustning i olika hänseenden utan

[24] Se t ex Kötz i Homburger & Kötz s 73 ff, SOU 1982:26 s 212 ff och vidare nedan s 288 ff. Ekelöf (festskrift till Hellner s 241 f) anser att den sistnämnda regeltypen är att föredra om processens funktion främst är handlingsdirigering.

[25] Jfr Ekelöf a st och nedan i kapitel 9 s 331.

[26] Cappelletti & Garth a a s 14, jfr även Europarådets rekommendationer rörande access to justice s 7 och 19 ff samt artikel 6 §1 i Europakonventionen om mänskliga rättigheter.

[27] Jfr Cappelletti & Garth a a s 15 och Ekelöf i SvJT 1981 s 117.

[28] Se Lindblom, Procedure s 105 f och Konsumentmål s 17 f samt Ekelöf a a s 110, jfr även Kötz i Homburger & Kötz s 71, Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 21, Glenn 1986 s 273 och Wassermann s 192.

också kan vara av mera kvantitativt slag. Förhållandet beskrivs ibland med uttrycket att process förs av "one-shot litigants versus repeat-player litigants".[29] I en konsument- eller miljötvist har svaranden – t ex en näringsidkare – ofta (själv eller via en företagarförening) processuell erfarenhet och tyngd. Han är en "repeatplayer" som har att räkna med tvister som ett återkommande inslag i den normala verksamheten. Svaranden har därför ofta kvalificerade materiellrättsliga och processuella erfarenheter på området och dessutom anledning att lägga ner proportionellt sett stora resurser på en tvist eftersom utgången kan bli av betydelse för hur ett stort antal liknande anspråk från andra skall hanteras. Vidare är kostnaderna för process avdragsgilla i rörelsen och vad som återstår efter denna skattereduktion kan vältras över på "motsidan" t ex i form av höjda priser. Företagaren drabbas därför genomsnittligt sett åtminstone inte personligen i lika hög grad av processen som sin motpart. En konsument eller miljöstörd däremot har ytterst sällan motsvarande processuell tyngd, erfarenhet och skattesituation. Och processen gäller för honom blott en bråkdel av det totalbelopp rättegången indirekt aktualiserar för motparten. Några få konsumenter och miljöstörda blir "one-shot litigants", men de flesta inom dessa grupper kommer aldrig till skott överhuvudtaget. Detta ger naturligtvis svaranden ett övertag, inte bara vad gäller kunskap och kostnadsokänslighet i processen utan även i en rad andra hänseenden, t ex vid förlikningsförhandlingar.[30] Att situationen någon gång kan vara den omvända rubbar inte helhetsintrycket; förhållandena i t ex konsument- och miljömål erinrar inte sällan om Davids kamp mot Goliat.[31]

c. Det tredje problemkomplexet, *skyddet för "diffusa" etc intressen,* skall jag strax återkomma till (nedan under 2.2). Dessförinnan bör dock nämnas att access to justice-rörelsen vanligen beskrivs

[29] Se t ex Cappelletti & Garth a a s 27 f samt SOU 1982:26 s 54 och 228. Jfr även Coffee i 62 Indiana Law Journal (1986–87) s 635 f betr läget vid class actions.

[30] Se Cappelletti & Garth a a s 18, jfr även Kötz i Homburger & Kötz s 71.

[31] Se citatet nedan i kap 14 s 631n–632ö, jfr Cappelletti & Garth i Access to justice I:1 s 9 och det nedan s 42 återgivna uttalandet. Icke desto mindre har som skäl mot att ge konsumentombudsmannen rätt att biträda konsument vid allmän domstol anförts att detta skulle hota balansen i processen, jfr Lindblom, Konsumentmål s 10 f och SOU 1986:1 s 212.

med hjälp av "the wave-metaphor",[32] en vågmetafor som främst anknyter till den kronologiska utvecklingen och debatten i USA.[33] Med *den första vågen* avses jämförande studier av "rättshjälp" i mycket vid mening (statlig och privat, rättsskyddsförsäkring, filantropiska stiftelser, statliga fonder, blandsystem osv). Debatten har i realiteten oftast kommit att avse olika sätt att förbättra rättsskyddet via ökad "access to lawyers", dvs tillgång till juridiska ombud.

"Den första vågen" är följaktligen främst inriktad på att lösa frågor ingående i problemkomplex a. ovan, men processekonomi i vid bemärkelse är naturligtvis också av relevans för frågor om parternas resurser (problemkomplex b.) och skyddet av "diffusa intressen" (problemkomplex c.). *Den andra vågen* avser uteslutande frågor rörande problemkomplex c., dvs den flyter ihop med diskussionen om skyddet för diffusa intressen. *Den tredje vågen,* slutligen, gäller främst "alternative dispute resolution" (ADR), dvs alternativa – utomprocessuella – tvistlösningsmekanismer. Även diskussioner kring de juridiska yrkesrollerna (advokatetik, domarens formella och materiella processledning etc) förekommer i "den tredje vågen", som presenterar lösningar och argument för såväl problemkomplex a. (kostnadsfrågan) som b. (parternas resurser) och c. (skyddet för diffusa intressen).

Det är knappast rättvisande att, såsom t ex Ekelöf,[34] beteckna access to justice-rörelsens motiv för ökat rättsskydd som enbart "socialpolitiskt" och sätta detta i motsatsställning till civilprocessens handlingsdirigerande funktion.[35] Den svenska diskussionen rörande civilprocessens uppgifter – konfliktlösning, rättsskydd och/eller handlingsdirigering – har direkta motsvarigheter utomlands[36] och är företrädd även i doktrinen rörande access to justice, om än inte så tydligt i just det av Ekelöf recenserade huvudverket.[37] Att access to

[32] Se t ex Cappelletti & Garth a a s 22 ff samt samma författare i Access to Justice and the Welfare State s 4 ff och i 1 Windsor Yearbook of Access to Justice (1981) s X ff.

[33] Se härom Cappelletti & Garth i Welfare state s 2 ff.

[34] Ekelöf a a s 111 f, jfr dock även s 113.

[35] Jfr nedan s 706 f. För undvikande av missförstånd vill jag här påpeka att jag i huvudsak delar Ekelöfs syn på betydelsen av civilprocessens funktion i detta hänseende, jfr vidare nedan i kapitel 12 s 446 ff.

[36] Se vidare nedan i kapitel 12 s 437 ff.

[37] Se t ex – förutom de av Ekelöf i Svensk Juristtidning 1981 s 111 angivna exemplen – Cappelletti & Garth a a s 19, jfr vidare nedan i kap 12 s 456 ff och Ontario Report I s 118 ff.

justice uppfattas som en grundläggande "mänsklig rättighet"[38] skall ses mot bakgrund av innehållet i flera internationella konventioner[39] och utesluter naturligtvis inte – utan förutsätter snarare – att processen tillmäts en konkret rättsskyddsbetydelse på det individuella planet och en handlingsdirigerande, preventiv, effekt på det generella.[40] Medan man i samband med den första och tredje vågen (rättshjälp resp ADR) främst – men inte enbart – betonat civilprocessens konfliktlösande och reparativa funktion ("conflict resolution", "compensation") har den andra vågen, skyddet för diffusa intressen, i hög grad gällt civilprocessens preventiva, handlingsdirigerande, funktion ("deterrence", "behaviour modification"). Betecknande är att anhängarna av ett av de viktigaste instituten i den andra vågen – class actions – ofta också är förespråkare för att ge processen handlingsdirigerande (preventiva) uppgifter, medan motståndarna till class actioninstitutet lika ofta är negativa till handlingsdirigering och vill se processen som en renodlad rättsskydds- och konfliktlösningsmekanism på det individuella planet.[41]

2.2 *Närmare om den andra vågen: skydd för kollektiva, diffusa och fragmentariska intressen*

Det är (inslag i) access to justice-rörelsens andra våg – skyddet för kollektiva, diffusa och fragmentariska intressen[42] – som kommer att diskuteras i det följande. Jag har redan tidigare antytt skälen för att detta område är både teoretiskt intressant och praktiskt betydelsefullt i den moderna välfärdsstaten: vi har här att göra med rättigheter som, hävdas det, inte utan vidare låter sig infogas i det individualistiska mönster som dominerar på såväl det materiellrättsliga som på det processuella planet i det liberalistiska samhället.[43] Man gör gällande dels att rättigheterna inte längre är strängt individualistiska utan i allt högre grad blivit kollektiva, socialpolitiskt betingade, "mänskliga" rättigheter i vid mening, *dels ock* att rättigheterna är

[38] Se t ex Cappelletti & Garth a a s 8 f: "Effective access to justice can thus be seen as the most basic requirement – the most basic 'human right' – of a modern, egalitarian legal system which purports to guarantee, and not merely proclaim, the legal rights of all."

[39] Se t ex artikel 7, 8 och 10 i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna samt artikel 6 i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och citat nedan i kap 15 avsnitt 4.

[40] Jfr ovan s 6 och nedan s 13 och 706 f.

[41] Ontario Report I s 115, jfr Garth i 62 Indiana Law Journal (1986–87) s 500.

[42] Se härom Lindblom, Konsumentmål s 13 ff och Cappelletti & Garth, The protection s 117 ff.

[43] Se ovan s 5, jfr Broekman s 63 ff.

diffusa i den meningen att det är svårt att slå fast vem eller vilka som lederats av en rättskränkning i visst fall.[44] Detta diffusa drag gör att det erbjuder problem att peka ut den självklare käranden i en eventuell process. Saken tycks angå alla lika mycket eller litet; en traditionell individualistisk tvåpartsprocess kan få avsevärd betydelse för många flera än parterna, samtidigt som den enskildes incitament att väcka talan ofta är svagt. Att så är fallet behöver inte bara bero på bristande ekonomiska och personella resurser eller på att den enskilda skadan är liten och andra balansproblem av det slag som diskuterats ovan.[45] Just detta att så många är berörda får också till effekt att processen lika väl kan sägas röra ett allmänt som enskilt intresse. Det framstår då naturligtvis som föga frestande för en enskild individ att ta på sig det tunga och ansvarsfulla uppdraget att s a s föra talan för allas räkning.

Skyddet för kollektiva etc intressen tycks aktualisera en rad nya frågor och problem.[46] Men den som vill hävda att inget är nytt under solen kan här tänkas komma med åtminstone två invändningar. Det kollektiva draget och processens sociala funktion har påpekats tidigare, så även i svensk doktrin. Redan för mer än ett halvsekel sedan anlade Engströmer ett sådant socialpolitiskt synsätt och underströk behovet av att processen anpassades till rådande samhällssyn; han pekade i detta – något undanskymda och föga entusiastiska uttalande – också på den tilltagande kollektiviseringens betydelse i sammanhanget:

> "Rättegångsväsendet börjar betraktas mera som en social välfärdsinrättning, till vilken de enskilda vända sig för att få bistånd i sina angelägenheter. Om ett sådant betraktelsesätt anses tyda på 'eine polizeistaatliche Gesinnung' eller mera resignerat försvaras därmed, att vi befinner oss i 'a Period of Collectivism' är tämligen likgiltigt. Redan för att rättegångsordningen skall åtnjuta folkets förtroende får den uppenbarligen icke stå i alltför skarp strid mot den allmänna uppfattningen om samhällets uppgifter och medel att fylla dessa; den måste fastmer stå i god harmoni med denna."[47]

[44] Lindblom, Konsumentmål s 15 ff och Eriksson s 37, jfr ovan s 5.

[45] Se ovan s 8 f.

[46] Jfr ovan s 5 f.

[47] Engströmer i Förhandlingarna å det 15:e Nordiska juristmötet, bilaga 1, 1931 s 17, vartill Ekelöf hänvisar i SvJT 1941 s 107 not 1. Jfr dock även Ekelöf a a s 107: "den hos oss gängse uppfattningen är helt visst att det endast kan förvilla begreppen om man skärskådar problemen med utgångspunkt från den härskande samhällsåskådningen". Ekelöf avser att återkomma till frågan om samhällsåskådning och civilprocess i festskriften till Welamson (utges våren 1988). – Ett utomordentligt intressant arbete på här aktuella område – dock utan direkt anknytning till access to justicedebatten – är Wassermann, R, Der sociale Zivilprozess (1978), jfr även Gierke och Weber nedan s 706 f.

En annan invändning som kan förväntas från den som vill hävda att inget är nytt i "den andra vågen" är, att om man med diffusa intressen menar att processen har betydelse även för andra än parterna så kan *alla* processer, idag lika väl som tidigare, sägas gälla sådana intressen – åtminstone om man accepterar processens handlingsdirigerande funktion.[48]

Processens socialpolitiska betydelse, sambandet med samhällsutvecklingen, den tilltagande kollektiviseringen och den enskilda civilprocessens betydelse för fler än parterna är alltså inte några påfund inom senare doktrin rörande access to justice. Behov av skydd för diffusa och kollektiva intressen i denna mening har funnits mycket längre än så. Och även om kollektiva och diffusa intressen aktualiseras på allt fler rättsområden så har för den skull det individualistiska synsättet på materiella och processuella frågor inte förlorat all aktualitet ens på de områden man tänker på i första hand när det gäller diffusa och kollektiva intressen, så t ex konsument- och miljörätten.[49] Den kollektiva aspekten, det gruppbetonade eller rent av allmänna intresset av t ex ren luft och säkra produkter, utesluter ju inte att den enskilde som lidit skada framställer ett individualistiskt anspråk gentemot skadegöraren. Det kollektiva draget har *kompletterat* – inte ersatt – det individualistiska åtminstone vad gäller uppkomna, retrospektiva anspråk som t ex skadeståndskrav; möjligen förhåller det sig annorlunda i det prospektiva, framåtblickande perspektivet, dvs i samband med förbudstalan.[50]

I ovan diskuterade avseenden tycks alltså den tilltagande *kollektiviseringen* snarare ha föranlett en kvantitativ än en kvalitativ förändring vad gäller rättigheternas karaktär och de processuella rättsskyddsbehoven. Och då man vill definiera begreppet *diffusa* rättigheter räcker det inte med att hänvisa till att en process har betydelse för andra än parterna eftersom så nära nog alltid är fallet. Å andra

48 Se härom Ekelöf i SvJT 1981 s 113 f, Lindblom, Konsumentmål s 15 ff, Kötz i Welfare State s 86 f och i Homburger & Kötz s 69 (med hänvisning till Ihering), se även Cappelletti & Garth, The protection s 122 ff, jfr även Wassermann s 190, som dock främst avser de enskilda processernas betydelse för rättsutvecklingen ("Rechtsfortbildung") och inte för handlingsdirigering i t ex Ekelöfs mening, se vidare nedan i kap 12 s 445 f.

49 Jfr Cappelletti & Garth a a s 123 och Lindblom, The protection s 134.

50 I t ex amerikansk rätt finns traditioner sedan sekelskiftet då det gäller rättsskydd för s k quasi-sovereign rights, jfr nedan s 573 ff. Beteckningen "the new property", den nya egendomen (Eriksson s 37), är mot bakgrund härav adekvat endast i så måtto att process skulle kunna föras inte bara av staten utan även av dess medborgare. – Betr förbudstalan se Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 11 och nedan s 21 och 599 f.

sidan går man för långt om man påstår att det inte råder någon skillnad alls mellan process om "diffusa" intressen och t ex tvist i vanliga kontraktsförhållanden i sistnämnda hänseende. De icke-processande medlemmarna i det diffusa kollektivet (hyresgäster, arbetstagare, miljöstörda, konsumenter, diskriminerade etc) känner sig säkerligen mera direkt och konkret berörda av en process rörande rättigheter och förpliktelser för en annan medlem i kollektivet i denna hans egenskap än vad borgenärer och gäldenärer i allmänhet gör av t ex en betalningsprocess som inte avser just deras fordringsförhållanden. Skillnaden manifesteras i att vid kollektiva och diffusa intressen har en rättegång i allmänhet betydligt starkare bevisverkan[51] för tredje man, dvs de andra gruppmedlemmarna. Det finns ofta sak- eller rättsfrågor som är gemensamma för alla i kollektivet. "Klasskamraterna" ligger också i allmänhet närmare gränsen för interventionsrätt i processen än vad som brukar vara fallet vid klassisk individualistisk tvåpartsrättegång rörande rättsförhållanden av traditionellt slag.

Vissa dubier kan alltså anföras vad gäller det principiellt nya i fråga om behovet av access to justice för "kollektiva och diffusa" intressen. Åtminstone är detta fallet så länge beskrivningen hängs upp på processens betydelse för andra än parterna.[52] Men det tycks ändå finnas vissa särdrag även i detta hänseende. Till att många befinner sig i en likartad situation kommer också att intressentkretsen är diffus till sin subjektiva utsträckning, att det är svårt att fastställa var gränsen går och därmed vilka som ingår i den berörda gruppen eller – annorlunda uttryckt – vilka som inte gör det. Rättigheter av det här slaget kan ibland sägas gälla både alla och ingen; träffande är Perrot's påpekande att "le consommateur, c'est tout et c'est rien".[53] Många är berörda men ingen vill ta initiativ till rättegång; alla vill helst åka snålskjuts på någon annan ("the free-rider

[51] Betr bevisverkan se Ekelöf, Rättegång II s 191 f.

[52] Det har ibland hävdats att statens intresse, det allmänna intresset, av att reglerna upprätthålls typiskt sett är större vid rättigheter av här aktuellt slag (jfr t ex Kötz i Welfare state s 86). Jag är dock inte övertygad om att detta är riktigt; ur det allmännas synpunkt får ju även individualistiska rättigheter en generell räckvidd och processens handlingsdirigerande betydelse är knappast beroende av om flera likartade anspråk föreligger samtidigt eller aktualiseras först successivt. Vad gäller skillnaderna mellan enskilda, kollektiva och allmänna intressen, se Thiere s 23 ff, Westberg s 45 (i korrektur) samt nedan i kap 14 s 592 ff.

[53] Här citerat efter Cappelletti & Garth i Access to Justice I:1 s 18, jfr betr konsumentintresset Thiere s 100 ff.

problem").[54] Vidare kan det förhålla sig så att visserligen många har intresse av saken men utan att vara berörda i exakt samma utsträckning. Man väntar sig då att den som framstår som mest drabbad skall gå till aktion. Men denne kan, av skäl som inte alltid framgår utan vidare, vara obenägen att processa; den som störs mest av en förorenande fabrik är kanske anställd där och vill därför inte ta initiativ till att verksamheten förbjuds.

Med uttrycket att intresset är *fragmentariskt* tillförs bilden det tidigare berörda särdraget att var och en i kollektivet (t ex den som äger blott en aktie i ett storföretag) lider en begränsad, ja kanske rent av försumbar, skada och att en process med ty åtföljande kostnader därför ter sig oproportionerligt dyrbar och krävande ur alla synpunkter. Att den enskilda skadan är liten behöver ju inte alls betyda att tvisten är juridiskt okomplicerad eller bevismässigt enkel.[55] För svaranden däremot – liksom för kollektivet och samhället – kan processen om antalet berörda är stort gälla jättebelopp och därför motivera fullt pådrag i processuellt hänseende. Vad som ter sig ekonomiskt futtigt i det individuella perspektivet kan vara av oerhörd betydelse för svaranden, liksom för samhällsekonomin. I USA anses vinsterna av det här olagliga – om än icke kriminella – slaget ("illegal profit") överstiga de värden som omsätts genom den samlade brottsligheten.[56] Fragmentariskt är intresset bara om det plockas ut ur den helhet det ingår i, om man ser saken ur ett snävt individualistiskt perspektiv.

Så långt beträffande innebörden av begreppet "kollektiva, diffusa och fragmentariska intressen". De synpunkter som här anlagts får i stor utsträckning stå helt för författarens räkning; närmare begreppsbestämningar i dessa – liksom i de flesta access to justice-frågor – saknas i allmänhet i litteraturen. Man konkretiserar genom

[54] Jfr Lindblom, Konsumentmål s 106.

[55] Se t ex SOU 1984:26 s 47 och Kalven & Rosenfields nedan s 42 återgivna uttalande.

[56] Ett par färska svenska exempel kan belysa det sagda. Enligt statskontorets rapport 1988:4 s 22 hade knappt hälften av butikerna i en stor undersökning korrekta (eller för låga) viktuppgifter på livsmedelsförpackningarna; de flesta (!) konsumenter får alltså betala för mycket för t ex charkuterivaror. Det andra exemplet är bankernas förmåga att debitera låneränta redan från första dagen medan däremot inlåningsränta inte sällan utgår från en senare tidpunkt. I båda fallen är det säkerligen miljonbelopp som "berövas" konsumentkollektivet medan de individuella förlusterna är små.

att hänvisa i cirkel och/eller till hela rättsområden[57] samt – indirekt – genom att ange vilka åtgärder som kan tänkas för att lösa problemen på området.

Vilka *åtgärdsförslag* är det då som dykt upp i den moderna access to justice-rörelsens andra våg, vad föreslår man för att bereda diffusa etc intressen ett förbättrat rättsskydd?[58] Det är självfallet att ekonomiska incitament är av betydelse i sammanhanget. Men det är ett misstag att tro att vi därför, här eller i access to justice-sammanhang överhuvudtaget, har att göra med problem som främst gäller "den lille mannen" ("the small guy"), dvs "de mindre bemedlade, invandrarna och de etniska minoriteterna".[59] Med en grov förenkling skulle man kanske kunna hävda att "den första vågen" i access to justicerörelsen (rättshjälp etc) gäller "fattiga" i första hand, medan däremot den andra vågen – skyddet för diffusa intressen – främst avser medelklassen. Den typiska konsumenten är inte medellös; han figurerar tvärt om som köpare av en rad kapitalvaror (bilar, hushållsmaskiner, TV- och CD-apparater, fastigheter etc). Och den som i första hand intresserar sig för den yttre miljön är, gissningsvis, snarare den genomsnittlige villaägaren än den lågavlönade jobbaren; "stimulating law suits by consumers, (and) wild life lovers – – – will typically benefit middle class interests rather than the interests of the citizen below the powerty line".[60] Den tredje vågen, slutligen, gäller alla samhällsklasser, inte minst de välbärgade och de stora företagen som ofta begagnar sig av alternativ tvistlösning – t ex skiljeförfarande och "minitrial"[61] – och dessutom

57 Se t ex Cappelletti & Garth i Access to Justice I:1 s 18: "Diffuse interests are collective or fragmented interests, such as those in clean air or consumer protection". Vad gäller "kollektiva" intressen se ovan not 52 och Thiere s 28 ff.

58 För det följande se Lindblom, Konsumentmål s 27 ff, Cappelletti & Garth i Access to Justice I:1 s 35 ff och desamma, The protection s 120 ff. Se även nedan kapitel 13.

59 Så däremot Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 19 och Ekelöf i SvJT 1981 s 110, se även Garth nedan i kap 12 s 454 not 62 som menar att class actions "gynnar de missgynnade". Jfr dock t ex Kötz i Welfare State s 89. Som Hellner påpekat (40 RablZ, 1976 s 727 f) torde visserligen de fattigas behov av rättsskydd vara lika stort som de bättre bemedlades men de institutioner som inrättats för att förbättra rättsskyddet har inte varit inriktade på låginkomsttagare; sålunda är enligt Hellner civilprocess inte särskilt viktig från de fattigas synpunkt (a a s 728). Jfr även Yeazell nedan i kap 3 s 134 betr grupperna vid olika slags class actions.

60 Kötz i Welfare State s 89.

61 Se nedan i kapitel 13 s 535.

uppträder som svarandeparter i många processer även enligt den första och den andra vågen.

Nå, att access to justicerörelsens andra våg ofta gäller medelklassen hindrar naturligtvis inte att ekonomiska incitament är av stor betydelse då det gäller att förbättra rättsskyddet för diffusa intressen. Åtgärder i den riktningen har vidtagits på såväl det inom- som utomprocessuella planet. Ett sätt är en omformning av skadeståndsrätten i olika hänseenden, t ex genom nya regler för beräkning och fördelning av skadestånd samt regler om "punitive damages" som ger rätt till ersättning utöver den faktiska skadan – ett slags processpremie – och därmed också förbättrad "ekonomisk prevention".[62] Även en rad andra ekonomiska styrmedel är tänkbara.[63]

Vad gäller processuella sätt att förbättra rättsskyddet med ekonomiska styrmedel kommer – förutom rättshjälp i olika former – möjligheterna att laborera med rättegångskostnadsreglerna först i åtanke; som redan framgått råder det dock delade meningar om i vilken riktning – ökad eller minskad kvittning – detta skall ske för att process rörande diffusa intressen skall framstå som mer lockande. Även ensidiga kvittningsregler – dvs rätt till ombudsersättning för käranden men inte för svaranden – diskuteras och förekommer i sammanhanget, särskilt på konsument-, miljö- och diskrimineringsområdena där svarandeparten ofta är ett starkt företag eller statliga och kommunala myndigheter. I USA finns numera en rad författningsbestämmelser med undantag från "the American rule" till förmån för vinnande kärande, som alltså kan erhålla ersättning även för ombudskostnader vid bifall till sin talan (ja ibland rent av när talan ogillas) i förbudsmål, vilket ofta torde vara en förutsättning för att sådan talan skall kunna väckas överhuvudtaget.[64]

Också exempel på icke-ekonomiska åtgärder i avsikt att förbättra rättsskyddet för diffusa intressen kan hämtas från USA. Förutom utomprocessuell (administrativ) prövning och kontrollverksamhet av sedvanlig typ förekommer i vissa delstater (New Jersey, Viscounsin, Michigan) något som kallats "public advocacy"; det är då fråga om myndigheter och "ombudsmän" som ges en förhållandevis oberoende ställning med uppgift att – ensidigt – företräde det diffusa intresset (= gruppens intresse) på här aktuella rättsområden, så t ex

62 Se t ex Kötz a a s 89 samt nedan i kapitel 8 s 272 ff och i kapitel 13 s 513 ff.
63 Se nedan i kapitel 13 s 488 ff.
64 Se vidare nedan i kap 9 s 291 ff, jfr SOU 1982:26 s 220 ff.

att ensidigt bevaka miljö- eller konsumentintressen genom att "lägga sig i" pågående processer ("public intervenor").[65]

På såväl det inom- som det utomprocessuella planet arbetar man alltså bl a med olika statliga initiativ, ibland i kombination med privata.[66] Det blir anledning att återkomma till detta i kapitel 13 och 14. Framställningen skall nu snävas in till de inomprocessuella åtgärder som mera direkt tar sikte på partsställningen i processen. Här märks bl a en utveckling av talerättsreglerna bort från de traditionella individualistiska utgångspunkterna mot en "sänkning av talerättströskeln", t ex erkännande av andra intressen än äganderätt etc som talerättsgrundande.[67] Driven till sin spets leder utvecklingen till införande av en "actio popularis" ("citizen suit", "Popularklage") med rätt för *alla* att starta process i t ex miljömål alldeles oavsett vilken personlig anknytning de har till berörd egendom eller till frågan överhuvudtaget. Farhågor att det då, eller redan vid en mer försiktig sänkning av talerättströskeln, skulle uppkomma ett excessivt processande – med påföljd att domstolarna skulle dränkas och industrin förlamas[68] – har visat sig grundlösa. Problemet är snarare att processbenägenheten fortfarande är för låg.

Att effekterna av ändrade talerättsregler vid diffusa intressen blivit så begränsade kan kanske förklaras med att personer i intressentkretsens ytterområden normalt torde vara mindre processbenägna än de som är närmast berörda och att det därför ger endast marginella förändringar att utsträcka talerätten till dem. Huvudproblemet vid skydd för diffusa intressen är nog att gruppens medlemmar inte är tillräckligt intresserade eller starka *var för sig*. Vill man uppnå förbättringar måste man försöka samla ihop gruppens resurser t ex genom att möjliggöra "grupptalan" av olika slag för att rättsskyddet skall bli effektivt.

Mot bakgrund av det nu sagda är det inte förvånande att frågor om grupptalan har upptagit en stor del av debatten under access to justice-rörelsens andra våg. Den följande framställningen kommer

[65] Se Eriksson s 40 ff, jfr även Cappelletti & Garth, The protection s 120 ff. – Betr "environment impact statements" se Eriksson s 39 och Westerlund s 142 ff.

[66] Jfr t ex nedan s 593 betr "relator actions", se vidare Cappelletti & Garth a a s 120 ff och Eriksson s 45 f.

[67] Se vidare nedan s 560 ff. – Betr talerätt i allmänhet se Ekelöf, Rättegång II s 52 ff och Lindblom, Processhinder s 168 ff.

[68] Se nedan s 562, jfr de immissionssakkunnigas betänkande (SOU 1966:65) s 307 och Lindblom, Kontinuitet s 207 f.

att ägnas nästan helt[69] åt olika varianter av denna processform och då med särskild inriktning på class actions. Access to justice-debatten i mer allmän mening är det nu dags att lämna.

3. Grupptalan, förbudstalan, skadeståndstalan

Med *grupptalan (grupprättegång, grupprocess)* menas i det följande i första hand *rättegång då (a) käranden (b) utan uppdrag (c) för talan (d) till förmån för en i processen angiven grupp (e) vars medlemmar träffas av domens rättskraft trots att de inte är parter i målet.* Men termen grupptalan kommer inte att inskränkas till att avse enbart sådan "äkta" grupprättegång, dvs när samtliga dessa rekvisit är uppfyllda fullt ut. Vad man då skulle vinna i terminologisk stringens och fast begreppsbildning motsvarar nämligen inte de förluster som uppstår i framställningsmässigt hänseende, innehållsligt liksom strukturellt. Det finns goda skäl att – i anslutning till den internationella litteraturen på området – ta upp en rad olika exempel på grupptalan i en vidare mening till diskussion i det följande. Och då behövs en bred samlingsterm i stil med den amerikanska[70] "group action", den tyska[71] "Kollektivklage" och den franska "recour collectif" som både täcker förekommande fall av intresse och medger en delvis parallell behandling utan ständiga påpekanden om vilka av rekvisiten (a)–(e) som föreligger i varje situation. Inte ens den kanske mest radikala formen av grupptalan – class actions – är en "äkta" grupptalan i alla sina uppenbarelseformer.[72]

Att en fast begreppsbildning och terminologi saknas i utländsk litteratur vad gäller grupptalan – liksom beträffande frågor om access to justice överhuvudtaget[73] – och att termen grupptalan blir otymplig om dess användning inskränks till de fall då samtliga ovanstående rekvisit är uppfyllda fullt ut är dock ingen ursäkt för att helt avstå från att söka ringa in de nyssnämnda "äkta" fallen. Och att ge termen ett alltför brett användningsområde är inte heller att rekommendera. (I linje med vad som sagts om diffusa intressen

[69] Ett undantag utgör kapitel 13 rörande alternativa påverkans- och ersättningsmekanismer.

[70] Med "amerikansk" etc menas i det följande, då annat inte framgår av sammanhanget, något som hör hemma i USA.

[71] Med "tysk" etc menas i det följande, då annat ej framgår av sammanhanget, något som hör hemma i Förbundsrepubliken Tyskland.

[72] Se t ex nedan s 24 betr rättskraft och nedan not 81 vad gäller uppdrag.

[73] Jfr ovan s 3 f.

ovan[74] skulle man t ex kunna hävda att alla processer är av intresse för flera än parterna och följaktligen kan rubriceras som olika former av grupptalan. En term som ges en så vid innebörd kommer dock att sakna allt gripbart innehåll.) Målsättningen bör vara att i vart fall skära bort klart individualistiska processer – om nu detta är möjligt. Några kommentarer till de inledningsvis angivna rekvisiten (a)–(e) för "äkta grupptalan" leder åtminstone en bit på den vägen.

(a) att *käranden* agerar för gruppens räkning är det vanliga vid grupptalan, men det hindrar inte att det t o m vid "äkta grupptalan" kan vara på svarandesidan som en representativ situation är för handen. En eller några personer uppträder då som svarande och representanter för en större grupp, vars medlemmar blir bundna av domen trots att de inte är parter i rättegången (så t ex vid s k "defendants class actions"[75]). Denna företeelse kommer dock att ägnas endast begränsad uppmärksamhet i det följande.

I samband med rekvisit (a) bör även nämnas att det inte är någon nödvändig betingelse för grupptalan att endast *en* kärande för talan i rättegången. Man kan också tänka sig fall av subjektiv kumulation[76] då ett större eller mindre antal käranden för talan för en (ännu) större grupp personer som inte själva är parter i målet. Intar *alla* partsställning föreligger däremot enbart kumulation och *inte* grupptalan ens i termens här avsedda vidsträckta betydelse.

(b) Vid vissa former av grupptalan (särskilt class actions och "public actions", dvs statlig grupptalan[77]) är det fullt tänkbart och accepterat att en del gruppmedlemmar inte får kännedom om processen överhuvudtaget medan den pågår. Men att "käranden för talan *utan uppdrag*. . ." från de övriga gruppmedlemmarna utesluter inte att det kan föreligga tyst eller konkludent samtycke från deras sida eller rent av en överenskommelse gruppmedlemmarna emellan. Vid t ex en amerikansk class action rörande skadestånd krävs i allmänhet någon form av meddelande ("notice") till "klassmedlemmarna" om att process inletts och dessa har då möjlighet att begära att processen inte skall gälla dem ("opt-out").[78] Begärs ej "opt-out" föreligger ju ett slags tyst samtycke, men detta är alltså inte att se som ett uppdrag i ovan angiven mening. Detsamma gäller om en

[74] Se ovan s 11 ff.

[75] Se t ex nedan s 126 vid not 78.

[76] Härom Ekelöf, Rättegång II s 154 ff.

[77] Härom, och betr "parens patriae", nedan i kap 14 avsnitt 2.

[78] Se nedan i kap 6 s 212 ff.

organisation tillåts föra grupptalan ("organisationstalan"[79]); att medlemskap i föreningen kan ses som ett implicit uppdrag till föreningen att väcka talan när den anser detta befogat utesluter inte att termen grupptalan kommer till användning om organisationen processar som part och rättegången inte enbart rör föreningens egna tillgångar eller angelägenheter.[80]

För att rekvisitet *utan uppdrag* skall vara uppfyllt krävs att det inte föreligger en positiv viljeförklaring som kommit till konkret uttryck i form av en rättegångsfullmakt.[81] Agerar en i gruppen som rättegångsfullmäktig för de övriga är det inte längre fråga om grupptalan ens i vid mening eftersom gruppmedlemmarna intar partsställning i processen. Kumulation konstituerar inte grupptalan – men grupptalan kan, som nyss framgått, föreligga även vid kumulation.

(c) Rekvisitet att "käranden utan uppdrag *för talan*. . ." kan vara uppfyllt såväl vid fastställelse- och fullgörelsetalan som vid förbuds- och ändringstalan. Kravet är alltså tillgodosett vid samtliga taleformer.[82] Det blir anledning återkomma till grupptalan med yrkande om förbud under (d) nedan. Här skall bara inflikas att med *förbudstalan* avses i det följande också talan om ändrings- och skyddsåtgärder eller föreskrifter av olika slag. Dessa taleformer har ju det gemensamt att de vid bifall till kärandens talan alla medför förbud att fortsätta viss verksamhet i oförändrad form.[83]

Att förbudstalan i åtminstone vissa fall kan uppfattas som en form av *fullgörelsetalan*[84] har inte fått hindra att sistnämnda term i det följande begagnas nästan enbart för talan om fullgörelse i pengar.[85] Och då termen *skadeståndstalan* kommer till användning avses, om annat ej framgår av sammanhanget, enbart fullgörelsetalan av sistnämnt slag. Grupptalan kan visserligen komma till användning också vid *fastställelsetalan,* så t ex då grupprepresentanten yrkar fastställelse av svarandens skadeståndsskyldighet i sig gentemot

79 Se härom nedan i kap 14 avsnitt 3.

80 Se nedan i kap 14 s 596 ff.

81 Vid class actions som förutsätter "opt-in" (nedan s 123 och 223 ff) är det tveksamt om man kan tala om "äkta grupptalan".

82 Här bortses från talan om konstitutiv dom, jfr därom Fitger s 13:6 f.

83 Jfr Lindblom, Kontinuitet s 200 not 11 med där anförd litteratur.

84 Jfr Fitger a a s 13:5 f och Larsson i festskrift till Ekelöf s 466; Larsson anser inte att kraven enligt RB 13:2 behöver vara uppfyllda vid förbudstalan.

85 Jfr dock t ex SOU 1987:24 s 141 ff betr s k produktåterkallelser (nedan i kap 15 avsnitt 4). Åligganden av detta slag framstår närmast som en fullgörelsetalan även i här avsedd mening.

samtliga medlemmarna i gruppen. Men termen skadeståndstalan inkluderar alltså i fortsättningen i allmänhet inte fastställelsetalan ens av detta slag.

(d) Kravet att "käranden utan uppdrag för talan *till förmån för en i processen angiven grupp...*" är ett av de rekvisit som skiljer "äkta" grupprättegång från grupptalan i vid mening men också erbjuder problem vad gäller gränsen mellan grupptalan i vid mening och individuell rättegång (t ex i form av pilotmål[86]). Antag att käranden yrkar att svaranden skall förpliktas utge skadestånd inte bara till käranden[87] utan till alla medlemmar i en grupp, t ex alla köpare av en viss produkt. När gruppen på detta sätt anges i yrkandet och kommer i direkt åtnjutande av den fullgörelse svaranden tvingas prestera (och det är fråga om en grupp och inte bara om någon eller några få personer förutom käranden som på detta sätt berörs direkt av domen[88]) är det inte svårt att skilja ut fallet som en form av grupptalan, åtminstone om även övriga rekvisit är för handen. Eller antag att käranden yrkar att rätten skall fastställa att svaranden är skadeståndsskyldig gentemot medlemmarna i en angiven grupp till följd av t ex ett gasutsläpp eller en flygolycka. Inte heller detta fall erbjuder några svårigheter i systematiskt hänseende.

Men antag i stället att käranden yrkar att svaranden skall förpliktas upphöra med viss verksamhet *(förbudstalan)*. Uppges här i processen att förbudet skall gälla till förmån för en viss angiven grupp, t ex utländsk arbetskraft vid ett visst företag eller fångarna i ett visst fängelse, är det frågan om grupptalan i här aktuell mening, ja i USA kan t o m äkta grupptalan komma att aktualiseras i sammanhanget.[89] Men ibland saknas kanske anledning att göra några sådana explicita avgränsningar av intressentkretsen, så t ex då förbud yrkas mot vissa kreditvillkor eller miljöfarlig verksamhet. Ett förbud kommer här att gälla till förmån för alla oavsett om de ingår i någon grupp som anges i domen. Det är då naturligtvis inte fråga om "äkta" grupptalan. Men det kan ändå finnas anledning att begagna termen grupptalan (i vid mening), särskilt om gruppmedlemmarnas och inte enbart kärandens skador och olägenheter åberopas till grund för förbudsyrkandet. Här befinner vi oss i utkanten av betydelse-

86 Härom nedan s 624 ff och i kapitel 13 avsnitt 4.

87 I vissa fall av grupptalan – t ex public actions – yrkar käranden (den statliga myndigheten) i allmänhet inte något för egen räkning, se t ex nedan s 581 ff.

88 Jfr betr kravet på "numerosity" vid class actions nedan s 183 ff.

89 Se nedan s 125 ff.

området för termen grupptalan såsom den kommer till användning i detta arbete.[90] Man skulle kunna försöka göra avgränsningar genom att ställa krav på att käranden inte enbart skall processa i *eget* utan även i gruppens *intresse* osv, men all erfarenhet visar att intressekriterier av det slaget snarare skapar nya problem än löser de befintliga.[91] Gränsen förblir oklar.

Det är tydligt att just förbudstalan ställer till med problem då termen grupptalan skall avgränsas. Därför är det frestande att utesluta denna taleform och reservera termen grupptalan för enbart fullgörelse- och fastställelsetalan i ovan angivna betydelser. Men då skulle, som nyss framgått, en av de tre taleformerna i den viktigaste regeln om class actions – Rule 23 i the federal rules of civil procedure – falla utanför begreppet grupptalan. Och även om effekterna av ett bifall till en förbudstalan ibland, ja kanske t o m ofta, blir desamma oavsett om det är fråga om en individuell process eller en grupprättegång är så inte alltid fallet. En class action anses vara förenad med en rad fördelar (och nackdelar) även vid förbudstalan.[92]

Problemet att skilja ut de förbudsmål som är att uppfatta som grupprättegångar är enklare att lösa i amerikansk än i svensk rätt. Man kan t ex begränsa termens användningsområde till enbart class actions. Skall processen föras som en class action krävs särskilt tillstånd ("certification"[93]) och gruppen beskrivs i såväl stämningsansökningen som i domen. Att så sker är naturligtvis betydligt ovanligare i svensk process, även om det förekommer.[94] Men också i andra sammanhang kan gruppen komma att märkas i rättegången.

Antag t ex att någon som bor vid en sjö yrkar förbud för en industri att släppa ut föroreningar i vattnet och till grund för sitt yrkande åberopar inte bara egna olägenheter utan de sammanlagda skadliga effekter som utsläppen orsakar för alla fastighetsägare runt sjön. Anledningen till att grunden för kärandens talan formuleras på detta sätt kan vara att kärandens egen olägenhet är för liten att ensam motivera en dyrbar omläggning av driften vid företaget.[95] Denna

[90] Jfr nedan i kap 14 avsnitt 2.1, 3.1 och 4.1.

[91] Se Lindblom, Processhinder s 224 ff, jfr dock t ex Backer, Rettslig interesse s 9 och Thieres 23 ff.

[92] Jfr vidare nedan i kap 12 s 465 ff. – Enligt Koch (Kollektiver Rechtsschutz s 11) aktualiserar förbuds- och skadeståndstalan olika problem.

[93] Nedan s 173.

[94] Se nedan s 539 not 180 ang "saluhallsmålet" i marknadsdomstolen.

[95] Enligt Garth (Introduction s 1) är grupptalan ibland en nödvändig förutsättning för bifall vid förbudstalan.

rättegång är naturligtvis av stort intresse för samtliga fastighetsägare. Och då även deras olägenheter kan komma att påverka processens utgång väljer jag i det följande att se den som en form av grupptalan.

Det är alltså inte alltid klart när en förbudstalan bör betecknas som en grupptalan i sist angivna, mycket vidsträckta, mening. Klart är bara att då förbud yrkas kan process föras både som äkta och oäkta grupptalan och dessutom ligga helt utanför termen grupptalans betydelseområde. Gränserna mellan dessa tre kategorier kommer att förbli flytande i det följande.

(d) Då termen äkta grupptalan inskränks till de fall när "käranden utan uppdrag för talan till förmån för en i processen angiven grupp *vars medlemmar träffas av domens rättskraft trots att de inte är parter i målet*" utesluts, som antytts ovan,[96] även vissa (äldre) former av class actions från den exklusiva kategori som förtjänar beteckningen äkta grupptalan. Kännetecknande för class actions är annars i allmänhet att domen gäller för och emot gruppmedlemmarna – "klassmedlemmarna" – trots att de inte är parter i målet eller underkastade parternas civilrättsliga förfoganderätt.[97] Gruppmedlemmarna ansvarar således inte för ombudsarvoden eller andra rättegångskostnader, de deltar inte i processen och kan t ex inte överklaga domen.[98] Det blir anledning att återkomma till allt det i det följande.

I motsats till vad som gäller vid äkta grupptalan förutsätter användningen av termen grupptalan i vid mening inte att domen har rättskraft både för- och emot gruppmedlemmarna – eller ens någon rättskraft i förhållande till dem överhuvudtaget. Det finns fall av grupptalan då domen bara har "ensidig rättskraftsverkan" (dvs till förmån men inte till nackdel för gruppmedlemmarna[99]) lika väl som enbart bevisverkan i rätts- eller sakfrågor. Det sistnämnda kan vara fallet vid t ex organisationstalan.[100] Gränsen mot vanliga individuella rättegångar är då ofta i högsta grad diffus.

Det kan alltså konstateras att med *äkta* grupptalan menas i det följande de mål då käranden utan uppdrag för talan (om fullgörelse,

96 Ovan s 19 och nedan i kap 3 s 114 ff.

97 Sådan bundenhet kan även föreligga t ex till följd av reglerna om "privity", se nedan s 230 f.

98 Se dock nedan s 264 ff betr intervention.

99 Se nedan s 233 ff betr "non-mutual collateral estoppel".

100 Nedan s 603 f.

fastställelse eller förbud) för en i processen angiven grupp, vars medlemmar träffas av domens rättskraft trots att de inte är parter i rättegången. Till detta skall läggas att termen grupptalan *i vid mening* omfattar betydligt mer än så; de "oäkta" fallen skiljer sig från de äkta främst beträffande gruppens synbarhet i rättegången och vad gäller domens verkan mot dess medlemmar. I sistnämnda hänseende kan inte bara rättskraft utan även bevisverkan vara tillräckligt för att grupptalan skall anses vara för handen. Gränsen mot individuell process – särskilt pilotmål[101] – blir därmed oklar.

Ser man till vem som driver processen framträder följande slag av grupptalan: *statlig* (offentlig) grupptalan ("public actions", "parens patriae") och *privat* grupptalan. Av den sistnämnda typen finns två sorter: *organisationstalan* ("actions by organisations", "Verbandsklage") och *enskild* (personlig) grupptalan – "class actions". Statlig grupptalan och organisationstalan, tas – tillsammans med pilotmål – upp till diskussion i kapitel 14. Framställningen dessförinnan ägnas nästan helt åt class actions.

Nu kommer naturligtvis författaren att springa ifrån – och läsaren att glömma bort – de (vaga) definitionerna ovan. Men det gör inte så mycket; några rättsföljder skall inte deduceras ur begreppet grupptalan i dess olika varianter och vad som avses torde i allmänhet framgå av sammanhanget. Terminologin är främst avsedd att underlätta systematiken och därmed bädda för vissa jämförelser mellan olika former, och blandformer, av grupptalan.

4. Class actions. Exempel, särdrag och funktioner

Det första exemplet: En bil av viss sort och årsmodell visar sig vara behäftad med ett fabrikationsfel som påverkar andrahandsvärdet negativt med ca 1 000 kr. 8 000 bilköpare drabbas av detta. Antag nu att en av dem – låt oss kalla honom *Naken* – väcker skadeståndstalan mot biltillverkaren och yrkar att denne skall förpliktas betala 1 000 kr inte bara till Naken utan till var och en av bilägarna. Antag också att Naken inte har något uppdrag från de övriga att föra denna privata enskilda grupptalan men att domen –bifallande eller ogillande – ändå blir bindande för och emot samtliga medlemmar i gruppen, "klassen".

Det andra exemplet: Antag att en fastighetsägare, vi kallar honom *Zahn*, väcker förbudstalan mot en pappersmassefabrik och, under

101 Härom nedan i kap 14 s 624 ff.

åberopande av de olägenheter fabrikens utsläpp medför för samtliga fastighetsägare i grannskapet, yrkar att företaget skall förpliktas rena sina utsläpp i betydligt högre grad än tidigare. Antag vidare att denna process förs utan uppdrag från de övriga fastighetsägarna och att domen blir bindande mot dem även om talan ogillas.

Det tredje exemplet: Ett stort taxiföretag överdebiterar under ett år alla sina kunder genom att ta ut en framkörningsavgift som är några tioöringar högre än vad som är tillåtet enligt gällande kommunala bestämmelser. Antag nu att en person som åkt taxi blott en gång – vi kan kalla honom *Daar* – väcker talan mot taxibolaget och yrkar att detta skall förpliktas återbetala den "obehöriga vinst" som uppkommit genom överdebiteringen, totalt flera miljoner kronor. Domstolen accepterar att Daar för talan för allas räkning trots att han inte har fullmakt till det. Man beräknar den uppkomna skadan via den obehöriga vinsten, t ex genom en kalkyl över antalet körningar per år och ålägger bolaget – inte att söka upp alla kunder och betala tillbaka respektive belopp till dem – utan att sänka framkörningsavgiften (under den accepterade maximigränsen) med ett visst belopp under en viss tidsperiod.

Exemplen ovan utgör lätt retuscherade beskrivningar av tre kända class actions: *Naken v. General Motors of Canada, Zahn v. International Paper* och *Daar v. Yellow Cab Co. of California.*[102] De illustrerar några av class actioninstitutets särdrag: den representativa karaktären, frånvaron av rättegångsfullmakt, rättskraft mot tredje man, radikala principer för beräkning och fördelning av skadestånd. Rättsfallen antyder också vilka funktioner denna form av grupptalan kan fylla. I anslutning till diskussionen om access to justice kan man naturligtvis säga att funktionen är att åstadkomma ökat rättsskydd – "increased access"[103] – och då kanske främst för diffusa, kollektiva och fragmentariska intressen. Bakom detta döljer sig dock naturligtvis processens allmänna funktioner. Class actioninstitutet kan – som i Naken – fungera *reparativt* på så sätt att de berörda erhåller kompensation för sina skador och detta trots att de saknar ekonomisk och psykologisk styrka att starta process på egen hand. Detta gäller även – eller särskilt – då den individuella skadan är så liten att vanlig process inte är ekonomiskt försvarbar.[104] Men

[102] Se om dessa rättsfall nedan s 410 f, 177 f och 277. För ett utförligt exempel se Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 12 ff.

[103] Jfr Ontario Report I s 119 ff.

[104] S k individually non-recoverable claims, jfr nedan s 449 f.

processen har också en *preventiv* funktion; redan existensen av ett effektivt processuellt remedium verkar moralbildande och ekonomiskt avskräckande på svaranden och – framför allt – personer i samma situation som denne.[105] Ibland, som i *Naken,* är den reparativa effekten kanske mest uppenbar. Och andra fall – *Daar* – dominerar den allmänpreventiva och moralbildande funktionen utan att för den skull den reparativa effekten kan betecknas som helt irrelevant. Funktionerna går in i varandra intill förväxling och beblandning; bilden skiftar beroende på om processen betraktas från ett individuellt eller generellt perspektiv. Man kan nästan tala om en processuell moiréeffekt.

Till de reparativa och preventiva funktionerna skall så läggas class actioninstitutets *processekonomiska* betydelse: avsevärda ekonomiska och hanteringsmässiga vinster kan uppnås om en kollektiv processform väljs i stället för individuella processer, styckevis eller i form av ett kumulationskonglomerat. Lägg till detta konfliktlösning på såväl det individuella planet (i rätts- och sakfrågor) som i allmän mening (i rättsfrågor; prejudikatsbildning) och rättsutveckling och class actioninstitutets huvudfunktioner är nämnda. Allt detta blir det naturligtvis anledning att återkomma till flera gånger i det följande.[106]

I föregående avsnitt diskuterades de avvikande drag en äkta grupptalan av class actiontyp företer jämfört med traditionell individualistisk process. Till vad som berördes där skall läggas att partsställningen (åtminstone reellt) är annorlunda, och att processen ofta har en prospektiv – framåtblickande – karaktär med inriktningen på svaranden och hans likar. Den är alltså inte i lika hög grad som traditionell rättegång retrospektiv, tillbakablickande, med inriktning på käranden och möjligheterna att återställa honom i det läge han befann sig i innan den händelse som utlöste processen kom till stånd. Vidare kan nya former av påföljder – t ex diverse påbud och förelägganden – komma i fråga. Class actionprocesser aktualiserar alla de särdrag professor Abram Chayes pekat på i en välkänd artikel rörande den form av "public law litigation" som växte fram i USA under 60- och 70-talet.[107]

Men class actioninstitutet är, som skall framgå i nästa kapitel, inte något nytt påfund och de särdrag Chayes poängterar är inte några

[105] Jfr Lindblom i Svensk Juristtidning 1984 s 728.
[106] Se särskilt nedan kapitel 12 s 444 ff.
[107] Se nedan s 440 ff.

unika företeelser framsprungna ur radikala strömningar vid tiden under och efter Vietnamkriget; klara paralleller går att finna i andra länder och andra sekler.[108] Skall man sätta en politisk etikett på den form av grupptalan som class actioninstitutet utgör ligger det kanske närmast till hands att kalla den liberalistisk; den bygger på tilliten till den enskildes förmåga att utan inblandning av staten eller någon korporation agera inom civilprocessens ram för sitt eget – och därmed samtidigt även för andras – bästa.[109] Mot bakgrund härav är det knappast ägnat att förvåna att USA numera är det dominerande landet vad gäller enskild grupptalan; class actions är ett sätt att privatisera handlingsdirigeringen och lägga ut en samhällelig kontrollverksamhet på entreprenad till medborgarna själva. Bl a på grund av de störningar detta kan leda till för näringslivet får man dock räkna med att även starka motkrafter till processformen kan komma att mobiliseras i ett privatkapitalistiskt samhälle av USA:s typ, kanske särskilt under perioder då kongressen eller presidentämbetet domineras av konservativt präglade krafter.[110]

Det är naturligtvis inte någon processuell bagatell att dra igång en class action och om benägenheten att starta vanlig rättegång är svag borde möjligheterna att få till stånd en class action normalt sett vara ännu sämre. Att så inte alltid är fallet har till viss del att göra med de särskilda effekter en grupptalan har i kostnadshänseende, åtminstone i somliga rättssystem. Kostnadskonsekvenserna kommer att inta en framträdande plats i det följande.[111] Även andra fördelar – och nackdelar – med processformen kommer naturligtvis att redovisas. Här skall bara tillfogas att en rad förutsättningar måste vara uppfyllda för att en class action skall tillåtas i det enskilda fallet. Käranden måste vara representativ för sin klass och även uppfylla vissa kvalifikationer i övrigt, det måste finnas gemensamma sak- eller rättsfrågor, klassmedlemmarna måste underrättas om processen och om

[108] Se nedan s 45 f och Wasserman s 17 ff. – En helt annan sak är att Vietnamkriget föranlett class actions, så t ex *In re Agent Orange* (100 F.R.D. 718, 1983) där amerikanska soldater yrkade ersättning för de skador de drabbats av till följd av amerikanarnas egen giftbesprutning i djungelområdena.

[109] Enligt Kötz (i Homburger & Kötz s 87) förutsätter class actioninstitutet en samhällsordning vars institutioner – också rättsskipningen – präglas av en robust individualism och tro på att sociala konflikter bäst löses i öppen kampbetonad konfrontation. Jfr härom, och betr politisk hemvist för andra former av grupptalan Lindblom, Konsumentmål s 119 f och Bogart, Questioning s 674, som menar att vänsterpartierna i Kanada varit obenägen att låta domstolarna tillgodose gruppintressen (nedan kap 15 avsnitt 8).

[110] Jfr citaten nedan s 29 f och vidare nedan i kap 12 s 442 ff.

[111] Se särskilt kapitel 9.

en eventuell förlikning i vissa fall osv. Även detta skall få sin vederbörliga behandling längre fram.[112]

5. Bokens bakgrund, källmaterial, syfte, disposition m m

Class actioninstitutet uppstod inte i amerikansk processrätt men det är där det haft störst betydelse under de senaste decennierna[113]. Och även om institutet väckt stor uppmärksamhet och delade känslor även internationellt[114] har striden stått hetast på hemmafronten. Särskilt efter 1966 års ändringar i det centrala amerikanska stadgandet om class actions, Rule 23 i the federal rules of civil procedure,[115] åstadkom class actioninstitutet en sådan upphetsning att även den som är van vid de respektlösa och expressiva uttrycksätten i amerikansk praxis och doktrin sannolikt måste ta sig för pannan. För en europeisk betraktare är det däremot snarast uppfriskande att bevittna hur de amerikanska kombattanterna pucklar på varandra.[116] Anhängarna av class actioninstitutet kallar det "one of the most socially useful remedies in history",[117] "the only economical route to justice" osv. Men överord saknas inte heller på motståndarsidan. Låt mig bara nämna tre beskrivningar jag har stött på: "a potential engine of destruction", "a form of legalized blackmail", eller, som en av domarna i det kanske mest kända class actionmålet av alla, *Eisen v. Carlilse & Jacqueline,* skriver: "a Frankenstein monster".[118] Kan någon tänka sig att en svensk domare i dom-

112 Se särskilt kapitel 5–7.

113 Se vidare nedan kapitel 2, 3 och 11.

114 Se ovan s 1.

115 Regeln återfinns i bil 1.

116 Jfr Kötz i Welfare state s 114: "Many European lawyers when exposed to contemporary American law have the feeling of being submerged into a kind of oxygen bath."

117 Så Pomeranz s 1259.

118 Jfr Miller, Frankenstein s 665. (Betr *Eisen* se nedan s 217 f). Enligt Fitzgerald (s 95) utgör en class action "ett helvete för svaranden även i bästa tänkbara fall". Jfr vidare nedan s 138 och 336 f samt citaten i Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 17 och Dewees i 10 Journal of Legal Studies (1981) s 155 f samt Glenn (kanadensare) som ifrågasätter om det är ökad access to justice att tvinga domare på medborgarna (som vid class actions) i stället för att hjälpa medborgarna till domstol (Glenn 1986 s 275, se även a a s 265: ". . . this moribund device of a declining and corrupt institution").

skälen skulle beteckna ett i lag accepterat processuellt institut som ett "Frankensteinmonster"?[119]

Som sagt, uppståndelsen var stor efter 1966 års ändringar i Rule 23.[120] Det påstods rent av att den nya class actionregeln gjort mer för att förändra amerikansk federal civilprocess än någonting annat under 1900-talet, inklusive utfärdandet av hela den federala processlagstiftningen 1938.[121] Så här i backspegeln framstår detta som en överdrift; kanske bör utvecklingen av class actioninstitutet snarare ses som ett av flera uttryck för djupgående strukturella förändringar i amerikansk processrätt,[122] så även från ett renodlat individualistiskt synsätt på processen mot ett pluralistiskt betraktelsesätt vad gäller processens funktion, karaktäristika och utformning med inslag också av "public law litigation".[123] Men det är knappast någon överdrift att class actioninstitutet varit upphov till den mest omfattande och intensiva debatten i amerikansk processrätt under 1900-talet med återverkningar långt utanför det snäva livsrum man stundom tillerkänner detta ämnesområde.[124] Och enligt initierade bedömare fortsätter floden av litteratur om class actions att rinna i oförminskad takt.[125]

Man frågar sig nu vilka återverkningar dessa processuella svallvågor fått på andra sidan Atlanten. Ja, lätta krusningar på ytan förefaller vara den rätta beteckningen, åtminstone till en början. Nog höjdes ett och annat ögonbryn i avund och beundran över class actioninstitutet, kanske främst i tysk doktrin,[126] men inte förrän en bit in på 1970-talet.[127] I England – class actioninstitutets ursprungliga hemland[128] – liksom i Frankrike var intresset betydligt mindre och i Sverige saknades helt litteratur på området; knappast någon

[119] Möjligen skulle en svensk konkursdomare kunna tänkas associera till det monstruösa vid tillämpningen av reglerna om solidariskt gäldenärsansvar i konkurs.

[120] Jfr nedan s 141 ff.

[121] Så Becker enligt Miller a a s 665 med not 5. – Betr formen för utfärdande av amerikanska förfaranderegler se nedan s 110.

[122] Se särskilt Miller a a s 664 ff.

[123] Chayes nedan i kap 12 s 440 ff; jfr även (betr utvecklingen i Tyskland) Wasserman s 54 f.

[124] Jfr nedan s 35.

[125] Så Garth i 62 Indiana Law Journal (1986–87) s 497, jfr dock nedan s 35.

[126] Se Kötz i Humburger & Kötz s 96.

[127] Se hänvisningarna i Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 9 not 3 och – betr senare tysk doktrin – densamme, Prozessführung s 22 not 1.

[128] Se vidare nedan i kapitel 2 och 11.

visste ens vad som menades med en class action. När dåvarande konsumentombudsmannen Sven Heurgren 1974 frågade mig vad jag ansåg om detta institut var jag tvungen att be honom upprepa namnet tre gånger innan jag nödgades resignera och erkänna att jag aldrig hört talas om saken överhuvudtaget.

Men ungefär vid den här tiden hade alltså class actioninstitutet börjat dyka upp i tysk doktrin och då närmast i anslutning till en "wachsende Unzufriedenheit mit den geringen und unmittelbaren Einfluss des Bürgers auf Umweltschutz und Verbraucherschutz".[129] Även om de flesta amerikanska class actions gällde "civil rights" (t ex talan mot privata, statliga och kommunala arbetsgivare rörande diskriminering i anställningsförhållanden) hade class actioninstitutet visat sig vara av intresse för den enskilde också inom miljö- och konsumenträtten, så bl a på antitrustområdet.[130] Man tog intryck av detta i tysk litteratur och påbörjade en diskussion rörande möjligheterna att recipiera class actioninstitutet, främst som ett alternativ till de olika former av organisationstalan ("Verbandsklage") som samtidigt höll på att växa fram i tysk rätt. De viktigaste arbetena på området var en 30-sidig uppsats av Kötz med ett åtföljande diskussionsreferat från en tysk komparativ konferens och en liten, men naggande god, bok av Koch där class actioninstitutet ägnades ca 75 sidor.[131] Härtill kom så några tidskriftsuppsatser, varav särskilt bör nämnas Spindlers och Gottwalds uppsatser från 1973 respektive 1978.[132]

De flesta som deltog i den tyska diskussionen var skeptiska till tanken på en reception av class actioninstitutet; en sådan ansågs oförenligt med tysk tradition och tyska processprinciper.[133] Debatten har nu nästan ebbat ut, men class actioninstitutet aktualiseras ändå med jämna mellanrum, så t ex vid mera allmänna diskussioner om processer i allmänt intresse[134] eller i samband med framställ-

[129] Gottwald s 2.

[130] Jfr Ontario Report I s 241 ff. Termen konsumenträtt används här och i det följande i vid betydelse.

[131] Kötz, Klagen Privaten im öffentlichen Interesse,i Homburger & Kötz (1975) s 69–103 och diskussionsreferatet s 103–117.

[132] Se Spindler i festskrift till Ulmer s 369 ff och Gottwald i ZZP 1978 s 1 ff med i not 6–12 anförd litteratur.

[133] Gottwald s 2, jfr dock diskussionsreferatet i Homburger & Kötz s 000 ff och t ex Mertens s 000.

[134] Se t ex Koch, Prozessführung s 22 ff, jfr även densamme i 5 Civil Justice Quaterly (1986) s 66 f.

ningar om den tyska formen av organisationstalan ("Verbandsklage").[135]

Jag misstänker att den avvaktande och ofta negativa inställningen i tysk doktrin (som väl får betecknas som ledande på processrättens område, åtminstone i Europa) – där stundom gällande rätt åberopas som ett hinder för förändring – bidragit till att class actioninstitutet rönt förhållandevis liten uppmärksamhet i övrig kontinental europeisk litteratur. Därifrån, liksom vad gäller England, finns, som nyss antytts, ännu mindre att redovisa än från Tyskland; några kortare artiklar och omnämnanden i t ex franska och engelska tidskrifter och i holländsk litteratur är allt jag lyckats finna.[136] Först under vårvintern 1988 förefaller diskussionen ha tagit fart i England.[137]

Mot den här bakgrunden framstår den nordiska doktrininsatsen vad gäller access to justice i allmänhet och class actions i synnerhet som mindre efterbliven än den i förstone kan tyckas vara.[138] Någon total tystnad har det nämligen inte varit frågan om i vårt hörn av världen. I *Danmark* har Møgelvang-Hansen berört class actions i flera sammanhang, ehuru mera i förbigående,[139] och han planerar att återkomma till class actioninstitutet i ett större arbete om konsumenträttsliga sanktionsproblem. I *Finland* har Eriksson presenterat den amerikanska diskussionen om access to justice och class actions i den festskriftsuppsats till Aarne Nuorvala (1982) som citerades inledningsvis i detta kapitel.[140] Och Kivivouri & Tala har (helt kort och ganska avvisande) berört möjligheterna till en nordisk reception av class actioninstitutet på det konsumenträttsliga området i stencilerad rapport från ett symposium anordnat av utskottet för konsumenträtt inom nordiska ministerrådet 1984.[141] I *norsk* doktrin har Backer tagit upp bl a class actions i sin bok Rettslig interesse ved søksmål, skjønn og klage – særlig ved naturinngrep (1984).[142]

135 Se t ex Gilles s 1.

136 Betr England se nedan i kap 11 s 371 ff.

137 Se nedan i kap 11 s 377 f.

138 Ovan s 1.

139 Se de i litteraturförteckningen upptagna uppsatserna, jfr även nedan i kap 15 avsnitt 7.2 och Groth i UfR 1970 B s 63 ff.

140 Ovan s 2.

141 Det rättsliga konsumentskyddets effekter. Rapport från ett nordiskt seminarium (1984:15) s 157, jfr dock s 172.

142 Där berörs – förutom class actions – även "public actions" och organisationstalan.

Från svensk horisont märks flera engelskspråkiga bidrag (av bl a Bolding, Eisenstein, Hellner, Victorin och Lindblom)[143] i den internationella debatten om access to justice, men det har varit betydligt sparsammare med presentationer för hemmapubliken.[144] I Ekelöfs recension av Cappellettis m fl monumentala verk Access to Justice diskuteras, som framgått ovan, vissa frågor om access to justice, men class actioninstitutet ägnas blott en halv sida.[145] Min rapport (1985) till utskottet för konsumenträtt inom nordiska ministerrådet rörande grupptalan i konsumentmål (ca 50 sidor)[146] torde vara det mest omfattande inlägget hittills vad gäller grupptalan. Dessförinnan har class actioninstitutet skymtat förbi i några kortfattade presentationer och omnämnanden.[147]

Mot detta skall ställas det *amerikanska källmaterialet,* som dessvärre är både svåråtkomligt – åtminstone i Europa – och enormt omfattande, även om man inskränker sig till enbart class actions. Här finns såväl lagar och förarbeten som praxis och doktrin. The federal rules of civil procedure innehåller, som ovan nämnts, i Rule 23 en ganska ingående federal *lagreglering* av class actioninstitutet (se bil 1), vartill kommer speciella bestämmelser om grupptalan för vissa rättsområden (se t ex bil 2). Vad gäller den delstatliga lagstiftningen har man på många håll egna (ofta omfattande) regler rörande class actions, medan man i andra stater – ungefär hälften – s a s replierar på Rule 23 och låter den fungera som ledstjärna.[148] Vidare har ett förslag till en gemensam delstatlig lag på området –

143 Se numera även Westberg s 41 ff och Jacobsson 1988 s 367 f.

144 Däremot har det naturligtvis förekommit en omfattande diskussion och lagstiftningsverksamhet i enskilda rättsskyddsfrågor, så t ex rörande konsumentverket, konsumentombudsmannen, marknadsdomstolen, allmänna reklamationsnämnden, rättshjälpen, småmålsförfarandet vid allmän domstol osv. Men det samlade greppet på rättsskyddsproblematiken i här avsedd mening, liksom anknytning till den internationella diskussionen rörande access to justice har saknats nästan helt (se dock Westberg a st, jfr betr Finland Erikssons ovan s 2 återgivna uttalande).

145 Se ovan s 3 ff och Svensk Juristtidning 1981 s 109.

146 Rapporten publicerad som kapitel III i Lindblom, Konsumentmål s 62 ff.

147 Se Lindblom, Promemoria rörande processuella aspekter på skilda sätt att ge konsumentombudsmannen möjlighet att föra talan i konsumenttvister (1974, även publicerad som kapitel IV i Konsumentmål s 133–136, jfr SOU 1978:40 s 181 ff), densamme Konsumentmål s 62–110, Formsak, 1980 s 89–94 och (beträffande access to justice) Tes s 798 ff och Konsumentmål s 13 ff samt Ekelöf, Rättegång II (6:e uppl 1980) s 160 not 70 och i Svensk Juristtidning 1981 s 109, Rinman i Svensk Sjöfartstidning 1981 s 5 f, Heuman, Nämnder s 290 och 413 och densamme Rättshjälp och pilotfall (1982) s 73 samt Rundegren i SvJT 1984 s 443–447.

148 Jfr nedan s 362 f.

"the uniform class actions act" – utarbetats och vunnit anslutning i vissa stater.[149]

I ett case-law land som USA är *praxis* givetvis av stor betydelse och det är framför allt till rättsfall man hänvisar då det gäller att belägga diverse påståenden i litteraturen. Antalet rättsfall rörande class actions är numera helt överväldigande. Och även om man får avsevärd hjälp att hitta rätt genom den makalöst genomarbetade teknik man använder för systematisering av praxis i USA, innebär det ett nära nog oändligt arbete att tränga in i alla de rättsfall som *kan* vara aktuella i en uppkommen situation; man får alltför många hänvisningar för att uppgiften skall gå att lösa. Som en antydan om rättsfallsmaterialets omfattning kan nämnas att den viktigaste handboken om class actions ("Newberg on class actions") innehåller hänvisningar till ca 5 000 olika rättsfall bara för tioårsperioden 1966 – då Rule 23 ändrades – till 1976 och då huvudsakligen endast rättsfall från de federala domstolarna. Rättsfallsreferaten i de officiella och mera ansedda rättsfallssamlingarna brukar omfatta mellan 5 och 10 sidor per mål, ofta betydligt mer. Till skillnad från vad som är fallet i Sverige är det ju också så att många rättsfall innehåller vägledande domstolsavgöranden i en hel rad olika frågor (obiter dicta) och inte bara ställningstaganden till de spörsmål som i första hand föranledde fullföljd i målet.

Offentligt juridiskt tryck förekommer proportionellt sett inte i samma utsträckning som i Sverige – förarbeten utgör ju inte heller någon självständig rättskälla i amerikansk rätt – men en hel del förarbeten, kommittérapporter, lagförslag m m (t ex referat från "public hearings") finns att tillgå. Till detta kommer så *litteraturen.* Visserligen är antalet monografier – i vår mening – mycket begränsat i amerikansk doktrin och på class actionområdet existerar sådana knappast överhuvudtaget (vilket naturligtvis är beklagligt för den som söker alternativa sätt att strukturera en framställning av detta slag). Inriktningen är i stället – grovt sett – att antingen skriva gigantiska[150] (praktiskt och kommersiellt inriktade) handböcker över hela ämnesområdet eller snärtiga tidskriftsartiklar rörande någon delfråga eller ett aktuellt rättsfall – ofta innan dom fallit.[151] Allt eller nästan intet tycks vara alternativen.

149 Se nedan s 362.

150 "Newberg on Class Actions" omfattar ca 10.000 sidor inklusive index och supplement.

151 Se t ex nedan s 580.

Men class actions ägnas naturligtvis uppmärksamhet också i de stora civilprocessuella standardverken samt i läroböcker av olika slag. Universitetsundervisningen bygger till dominerande del på cases. I den obligatoriska kursen i civilprocess vid amerikanska law schools används i allmänhet en rättsfallssamling på drygt 1.000 sidor, varav ca 50 handlar om class actions. I själva läroböckerna, som oftast är jämförelsevis kortfattade och kompendieartade, ägnas frågan i allmänhet 20–30 sidor.[152]

De viktigaste standardverken på civilprocessens område omfattar mellan 10 och 20 stora volymer på vardera ca 750 sidor. I ett av de mest betydande (Wright & Miller, Federal Practice and Procedure) handlar drygt 600 sidor i den första upplagen (1972) enbart om class actions. Detta motsvarar ju en omfattande monografi, men framställningen har en nästan söndersystematiserad (och delvis katalogartad) karaktär: sidorna domineras av noter med hänvisningar till litteratur och rättsfall och en sammanhängande läsning är nästan otänkbar. Till det bidrar också att standardverk av det här slaget hålls aktuella på ett visserligen föredömligt men också tröttande sätt. Vad gäller Wright & Miller kompletteras varje år samtliga volymer med var sitt supplement på bortåt 200 späckade sidor. Supplement av detta slag täcker alla år från utgivningen och framåt. Volym 7A om class actions ersattes 1986 av en ny upplaga (volym 7A och 7B), som dock endast ibland kunnat beaktas i det följande.

Återstår så det material som är roligast att läsa men också allra svårast att överblicka och hålla sig à jour med: tidskriftsartiklarna. (Vissa rättsfall kommer dock upp i nästan samma höga underhållningsvärde.) De viktigaste juridiska facktidskrifterna tas upp i "Index to Legal Periodicals". Under rubriken Class Actions återfinns för perioden september 1980 till augusti 1981 ca 50 artiklar. På 70-talet var floran ännu rikare, numera har tillväxten stagnerat något, men flödet verkar aldrig sina.[153] Men man kan alltså räkna med att det för det senaste decenniet finns ca 500 artiklar av sådan kvalitet att de beretts plats i de mera betydande tidskrifterna. Det gäller då i allmänhet uppsatser på 20–50 sidor, men inte sällan ägnas nästan ett helt nummer av en tidskrift åt class actions. Ett av de mest välrenommerade – men också minst lättlästa – verken på class actionområdet anses således fortfarande vara den anonyma artikeln

[152] Här avses böcker av typen "sum and substance", "hornbooks", "nutschell books" etc. I James, Civil procedure (som är en hand- och lärobok av mera "europeisk" typ) ägnas 8 av de ca 700 sidorna åt class actioninstitutet.

[153] Jfr Garth i 62 Indiana Law Review (1986–87) s 497.

"Developments – Class Actions" i 89 Harvard Law Review (1976), s 1319–1644 (i fortsättningen "Harvard Developments"), också i övrigt ett processuellt höjdnummer som inkluderar bl a Chayes kända artikel om public law litigation.[154]

Det finns även en tidskrift enbart för class actionfrågor, "Class Action Reports". Den ägnas huvudsakligen åt en systematiserad redogörelse för färska rättsfall, men innehåller därjämte bibliografier och diskussion av aktuella frågor.

Vid en jakt på viktiga källor rörande class actions finns det numera mycket goda skäl att rikta blickarna även mot Kanada och Australien. Inte heller där finns någon monografi i traditionell mening att hämta men däremot ett ganska betydande antal tidskriftsartiklar och, framför allt, flera officiella kommittérapporter och lagförslag av synnerligen stort värde och intresse. Den imponerande "Ontario Report" – ett kanadensiskt kommittébetänkande i tre band på sammanlagt nära 900 sidor inklusive ett detaljerat lagförslag[155] – tillhör nog det bästa som skrivits om class actions och detta omdöme gäller även redovisningen av amerikansk rätt.[156] I såväl Australien som Kanada har mycket av intresse hänt under senare år och man står där i begrepp att ta ställning till långtgående reformförslag på class actionområdet.

Låt oss nu leka med antagandet att den som vill skriva en monografi om class actioninstitutet åtminstone hastigt bör ha läst igenom huvudparten av materialet från perioden efter 1966 och därtill det viktigaste av den äldre litteraturen. Antalet sidor uppgår då till över en halv miljon. Det skulle ta de flesta minst två år på heltid att forcera denna textmassa, även om avbrott inte görs för helger eller semestrar. Under denna tid skulle det ha tillkommit ca 1.200 rättsfall, 100 tidningsartiklar, någon handbok, supplement etc, tillhopa kanske 25.000 sidor som det skulle ta ytterligare bortåt 100 oavbrutna arbetsdagar att plöja igenom. Under denna ikappläsningsperiod skulle det ha tillkommit ytterligare ett betydande material, och när läsaren väl hunnit ifatt skulle det krävas ungefär 1.000 sidors läsning per månad för att hänga med i utvecklingen.

154 Härom nedan s 441 f. Andra exempel på temanummer av detta slag är häfte 1 i 12 The San Diego Law Review (1974) och häfte 3 i 62 Indiana Law Review (1986–87); dessa båda nummer består dock av flera korta uppsatser och inte som "Harvard Developments" av blott en – men en mycket lång – artikel.

155 Härom nedan i kap 11 s 417 ff.

156 Jfr DuVal 1983 s 411.

Endast en bråkdel av detta oerhörda material finns tillgängligt i svenska bibliotek. För en författare som har även andra intressen än class actions och som kunnat vistas endast ett halvår i USA aktualiseras därför behovet av vissa avgränsningar och prutningar på ambitionsnivån. Varför inte strunta i hela projektet? Även om class actioninstitutet är intressant verkar det ju ännu inte ha gått hem på allvar någon annanstans än i USA, där det dessutom enligt vissa bedömare kanske ställt till mera rabalder än nytta. Ett par korta presentationer finns redan på svenska, varför då återkomma med en bok? Och måste en bok vara så här tjock? Kan inte framställningen begränsas till något av de rättsområden där class actions är av särskild betydelse eller koncentreras till ett intressant delproblem och i stället visa djup och fullständighet på detta område?

Jo visst, men hittills har en "normal" monografi saknats på området och förhoppningen är att den som vill stifta en relativt ingående bekantskap med det – internationellt sett – principiellt intressanta och praktiskt betydelsefulla class actioninstitutet eller delfrågor inom detta komplex nu skall kunna göra det på ett mera bekvämt sätt än tidigare.[157] Därmed bör det vara möjligt att inleda en debatt inte bara om behovet av en svensk grupptalan på olika rättsområden utan även en diskussion rörande de rättstekniska lösningar som kan tänkas i det sammanhanget. Class actioninstitutet kan inte gärna förbigås vid sådana överväganden: här finns en utarbetad processmodell (i olika varianter) och dessutom ett rikt erfarenhetsmaterial från dess tillämpning. Och även om det skulle visa sig att just denna processform inte fyller något behov eller låter sig förenas med svensk rättstradition innehåller ämnesområdet mycken processuell problematik och dramatik som motiverar ett närmare studium.

Att boken inte avgränsats till vissa rättsområden eller delfrågor – och att den blivit så tjock – hänger samman med att huvudsyftet varit att presentera och diskutera class actioninstitutet på ett så allmänt plan att en framtida rättspolitisk diskussion de lege ferenda av ovan antytt slag underlättas. Även reglerna för class actioninstitutet kan (och har) ändrats och behovet av processuella remedier på ett och samma rättsområde kan komma att växla på grund av samhällsutvecklingen, annan lagstiftning etc. Frågor som tidigare inte varit aktuella för grupptalan av olika slag kan komma att bli det, andra

157 Den som söker en kortare presentation hänvisas till ovan i not 147 anförd litteratur, särskilt Rundegren i SvJT 1984 s 443 ff samt Lindblom, Formsak s 89 ff och Konsumentmål s 62 ff.

kan förlora aktualitet i detta hänseende. Tanken är att vad som anförs i det följande skall vara relativt oberoende av sådana växlingar; även om boken skrivits med miljö- och konsumenträtten i tankarna är vad som sägs inte av betydelse enbart för dessa rättsområden och några preciserade rekommendationer ges inte heller just för dem.

Huvudinriktningen har alltså varit att presentera och diskutera class actioninstitutet. Men jag har också valt att ägna ett par kapitel (13 och 14) åt andra sätt att uppnå de resultat enskild grupptalan kan bidra till. Avsikten där är i någon mån att möjliggöra en diskussion av för- och nackdelar med olika inom- och utomprocessuella alternativ till class actions men däremot inte att företa någon inbördes gradering av de olika alternativens möjligheter till funktionsuppfyllelse. Syftet i dessa kapitel är främst att visa på class actioninstitutets plats i systemet och möjligheterna till alternativa eller kompletterande insatser på området. Den som längtar efter en ytlig framställning kan få sitt lystmäte i dessa kapitel; särskilt i kapitel 13 närmar sig vissa partier det triviala.

Kapitel 14 innehåller – förutom ett avsnitt om "pilotmål" – en redogörelse för ett par varianter av grupptalan som kommer class actioninstitutet ganska nära: offentlig grupptalan ("public actions") och organisationstalan. I det sammanhanget bör dock nämnas att det rättsinstitut som i vissa avseenden erinrar starkast om class actioninstitutet – "shareholders derivative actions" – lämnats nästan helt utanför framställningen.[158] Av skäl som här får lämnas oredovisade är detta fullt försvarbart – class actioninstitutet låter sig väl beskrivas en sådan jämförelse förutan. Jag avser i stället att i annat sammanhang återkomma med en (kortare) redogörelse för denna processtyp, dvs den amerikanska och engelska motsvarigheten till aktieägares klander av bolagsstämmobeslut.[159]

Skall det då verkligen inte gå att fånga in det väsentliga av huvudämnet – class actioninstitutet – på ett mindre utrymme än det som går åt i det följande? Jovisst, Koch har visat att drygt 75 sidor kan vara nog.[160] Men det arbetet är numera delvis föråldrat och ger i all sin förträfflighet inte tillräcklig konkretion, åtminstone inte för den som är ganska främmande för amerikansk processrätt. Och ett av syftena med den här boken har varit att med class actioninstitutet

158 Se härom Rule 23.1 och t ex Koch, Prozessführung s 40 ff.

159 Se 9 kap 17 § aktiebolagslagen.

160 Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 9–92.

som okular erbjuda svenska läsare också en inblick i amerikansk civilprocess överhuvudtaget, att förmedla åtminstone några huvuddrag av centrala frågor som processens funktion, jurisdiktionen, förfarandet, rättskraft, rättegångskostnader osv.[161] I några kapitel tar den allmänna framställningen rent av mera utrymme i anspråk än de partier som gäller enbart rättegång av class actiontyp. Anglo-amerikansk processrätt har enligt min mening en alldeles för undanskymd plats i svensk processrättslig litteratur, där den i allmänhet ensidiga satsningen på tysk doktrin stundom är nära att urarta.

Att ett ganska svulstigt kapitel (kapitel 2) ägnas enbart class actioninstitutets uppkomst och utveckling i England, liksom att diskussionen de lege ferenda i USA samt utvecklingen i Kanada och Australien (kapitel 10 och 11) tillåts ta upp så stort utrymme, kan ses som uttryck för ett allmänt intresse för anglo-amerikansk rätt men är också lätt att motivera med att class actioninstitutet inte bör ses som en exotisk planta som endast kan finna näring i amerikansk jord. Ur rättshistorisk synpunkt erbjuder England det mest intressanta studiematerialet; de lege ferenda påkallar däremot just nu Australien och Kanada det största intresset. Framställningen i dessa delar bör ses mot bakgrund av att betoningen genomgående snarare ligger på utvecklingslinjer, synpunkter de lege ferenda och rättspolitisk överblick än på rättsdogmatiska analyser och finknäckning de lege lata. Kapitel 3–9 behandlar visserligen huvudsakligen gällande amerikansk rätt men då mera för att ge exempel på vilka frågor som kommer upp i praktiken och hur de hanteras än i avsikt att fastställa det exakta rättsläget.

Slutkapitlet inleds med en mycket kort sammanfattning; den som önskar något mer i det hänseendet hänvisas till de särskilda sammanfattningarna i slutet av varje kapitel. Återstoden åtgår till bl a en kort värdering av class actioninstitutet och en preliminär diskussion om möjligheterna att införa någon form av grupptalan i svensk rätt. Jag betraktar dock de kapitel som leder fram till slutkapitlet som viktigare än finalen: själva resan är, av ovan nämnda skäl, det främsta målet. En närmare analys vad gäller behovet av grupptalan bör företas rättsområde för rättsområde och diskussioner om den konkreta lagtekniska utformningen föras först därefter.[162]

161 Jfr Garth i 62 Indiana Law Journal (1986–87) s 489 ("studying civil litigation through the class action"), se även a a s 498.

162 Ett seminarium med denna inriktning kommer att hållas under 1989 på initiativ av utskottet för konsumenträtt inom nordisk ministerråd.

Någon undrar säkert varför boken inte är skriven på engelska, särskilt om det nu inte finns någon "normal" monografi om class actions ens på detta språk. Förklaringen är enkel: boken är skriven för en svensk publik och innehåller en mängd information som antingen är alltför elementär för t ex en amerikansk läsare (allmänna processuella frågor, grunddrag i class actioninstitutet osv) eller av synnerligen begränsat intresse för honom. Boken är, som framgår av undertiteln, skriven "ur svenskt perspektiv". De i egentlig mening komparativa[163] ambitionerna är visserligen begränsade; amerikansk rätt behandlas mycket mer ingående än den svenska. Men class actions skildras "i svensk belysning"[164] och boken innehåller därför en mängd synpunkter och iakttagelser som förutsätter kunskaper om svensk processrätt eller särskilt intresse för rättsutvecklingen i vårt land. En engelskspråkig version avsedd för en internationell läsekrets skulle få en helt annan inriktning i flera avseenden. En kort "summary in english" har bedömts vara tillräckligt tills vidare. Och att skriva på engelska för svenska läsare förefaller bara vara att skapa onödiga problem för alla berörda.

Däremot innehåller boken många direktcitat på engelska från lagtext, rättsfall och doktrin. Anledningen till att jag inte försökt översätta allt är att de flesta passagerarna med all säkerhet skulle förlora på det; läsaren skulle komma längre från ursprungstexten. Säkert är det också så att framställningen blir uttrycksfullare och nöjsammare för läsaren genom att citaten ej översätts; något av tonläget och debattekniken i amerikansk processrätt kan förmedlas på det här sättet. Ytterligare en anledning är att det i de flesta fall gäller uttalanden som inte finns tillgängliga i svenska bibliotek varför läsaren inte har möjlighet att kontrollera översättningens riktighet. Direktcitaten är satta med mindre stil och i allmänhet kan den som har bråttom eller ogillar engelsk text hoppa över dessa stycken och läsa

163 Efter alla de krav på komparativ forskning som framställts i doktrinen vid det här laget – t ex att forskaren bör förstå reglernas ekonomiska, politiska, moraliska, kulturella osv bakgrund och deras syfte i det främmande samhället – skulle det inte förvåna mig om den öppet deklarerade komparativa forskningen kommer att tyna bort i takt med de författare som formulerat dess förutsättningar och villkor. – Vad gäller komparativ forskning se t ex Bogdan 1978, Strömholm 1971 s 251 ff och 1972 s 456 ff samt – naturligtvis – Zweigert & Kötz där (s 296 ff) ett särskilt avsnitt ägnas processrätten, se även Grossfeld i 39 RabelZ (1975 s 5 ff vad gäller jämförelsen mellan tysk och amerikansk rätt, särskilt s 13 ff, samt, betr rättskraftsfrågor, nedan i kap 6 s 227 not 66.

164 Jfr Wiman s 24–30; mycket av vad som anförs där är tillämpligt också på den här boken.

enbart den grovstilta texten. Men det skulle inte förvåna om någon gör tvärtom och enbart läser direktcitaten. Det kan heller inte uteslutas att man kan få ut lika mycket av boken med den lästekniken.

Dispositionen skall – om den är försvarbar – inte behöva några ytterligare förklaringar. Den som vill skaffa sig en överblick över ämnesinnehåll och ordningsföljd hänvisas till innehållsförteckningen. Att alla kapitel börjar med en egen innehållsförteckning och inledning samt avslutas med en sammanfattning kan förhoppningsvis bidra till att åtminstone vissa orienteringsproblem undanröjs för den som är mitt inne i smeten. Frekvensen av upprepningar kanske till viss del kan försvaras med att det bör vara möjligt att läsa varje kapitel för sig utan alltför mycket bläddrande fram och tillbaka i boken. Det finns också relativt många "interna" sidhänvisningar för att förenkla en fördjupning i delfrågor.

6. Sammanfattning och avslutande synpunkter

I det postindustriella samhället har befolkningen koncentrerats och levnadsförhållandena likformats i betydande mån. Produktionen och konsumtionen präglas av "massifikation"; stora grupper berörs av samma eller likartade händelser på t ex de arbets-, hyres-, konsument- och miljörättsliga områdena. Bl a till följd av att uppfattningarna om rätt och rättsskydd fortfarande i stor utsträckning kännetecknats av det individualistiska synsätt som växte fram under liberalismen uppstår ibland ett rättsligt vacuum; ingen i gruppen, kollektivet, förmår ta de rättsliga initiativ – t ex att väcka talan vid domstol – som ligger i allas intresse. Det saknas ibland ett effektivt rättsskydd, access to justice. Traditionell process förefaller inte alltid vara funktionell i situationer av det här slaget, dvs då det gäller skydd för kollektiva, diffusa och fragmentariska intressen.

Bristen på rättsskydd betyder ibland inte så mycket för den enskilde – det gäller många gånger små belopp individuellt sett – men får ändå betydande konsekvenser från gruppens och samhällets synpunkt. Att även tvister om små belopp kan vara rättsligt och sakligt komplicerade, och att motparten i allmänhet är betydligt starkare och mera processuellt erfaren än kollektivets enskilda medlemmar ("repeat-players versus one-shot litigants"), minskar processbenägenheten ytterligare. Följden blir att de materiella lagarna inte får full genomslagskraft; genom illegal profit kan redan starka rättssubjekt tillföras betydande belopp på de svagas bekostnad och lag-

lydnaden minskar. Kalven & Rosenfield sammanfattade för snart ett halvsekel sedan situationen i ett uttalande som äger minst lika stor giltighet idag som då det publicerades första gången:

> "The type of injury which tends to affect simultaneously the interest of many people is also apt to involve immensely complex facts and intricate law, and redress for it is likely to involve expense totally disproportionate to any of the individual claims. . . Modern society seems increasingly to expose men to such group injuries for which individually they are in a poor position to seek legal redress, either because they do not know enough or because such redress is disproportionately expensive. If each is left to assert his rights alone if and when he can, there will at best be a random and fragmentary enforcement, if there is any at all. This result is not only unfortunate in the particular case but it will operate seriously to impair the deterrent effect to the sanctions which underlie much contemporary law. The problem of fashioning an effective and inclusive group remedy is thus a major one."[165]

Kalven & Rosenfield understryker rättegångens avskräckande, handlingsdirigerande (preventiva) funktion och behovet av ett effektivt "group remedy". Gruppens processuella behov måste tillfredsställas om inte många av senare års lagbestämmelser till skydd för svaga individer skall framstå som papperstigrar. Av bl a denna anledning – men också för att förbättra individuell kompensation (reparation), konfliktlösning, processekonomi och prejudikatbildning – har olika former av grupptalan vuxit i betydelse under de senaste decennierna. Därvid intar class actioninstitutet (förbuds- och skadeståndstalan förd av enskild utan fullmakt från de övriga i "klassen" men med bindande verkan för hela gruppen) en obestridd rangplats åtminstone i amerikansk praxis och doktrin. Även i den komparativa diskussionen rörande access to justice har class actioninstitutet varit föremål för stor uppmärksamhet och högintressant reformarbete pågår i Kanada och Australien.

Det enorma amerikanska källmaterialet rörande class actions är av stort rättspolitiskt intresse även för en europeisk publik. Med undantag för några tyska tidskriftsartiklar och en kort bok saknas dock närmare presentationer och diskussioner rörande class actions i kontinental litteratur. En monografi ägnad denna viktiga form av grupptalan saknas helt och hållet, så även i USA!

[165] Kalven & Rosenfield, The contemporary function of the class suit. I:8 University of Chicago Law Review (1941) s 684 ff. Citatet – som hämtats från s 684 och 686 – återges även av Kötz i Homburger & Kötz s 70 (i not 2) där utvecklingen beskrivs, jfr även t ex Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 18 och ovan s 4 ff.

Den här boken kan inte fylla den luckan; den är skriven på svenska för en svensk publik. Meningen är att presentera, konkretisera och diskutera class actioninstitutet *ur svenskt perspektiv* och därmed också ge några inblickar i amerikansk civilprocess i mera allmän mening. Avsikten är inte att gå in i "finknäckning" och dogmatisk analys av de lege lata-karaktär; inriktningen är närmast rättspolitisk och de lege ferenda. Efter en jämförelsevis ingående historik och en beskrivning av hur den viktigaste amerikanska regeln om class actions – Rule 23 i the federal rules of civil procedure – uppfattas och tillämpas i amerikansk doktrin och praxis redovisas diskussionen de lege ferenda i USA, Australien och Kanada. Därefter undersöks (kapitel 12) class actioninstitutets funktioner samt dess för- och nackdelar. I två kapitel (13–14) företas så en liknande – men inte så ingående – undersökning av inom- och utomprocessuella alternativ till class actions, främst offentlig grupptalan, organisationstalan och pilotmål. Bokens sista kapitel ägnas åt en sammanfattning, en kortfattad värdering av class actioninstitutet och en preliminär diskussion rörande frågan om en svensk reception av denna eller någon annan form av grupprättegång är tänkbar och hur i så fall en sådan svensk grupptalan skulle kunna utformas. Någon närmare behovsanalys i anslutning till vissa bestämda rättsområden utförs dock ej; här – liksom i bokens övriga kapitel – hålls framställningen på ett ganska allmänt plan, även om konsument- och miljörätten ofta får figurera som åskådningsexempel.

Kap. 2 Class actioninstitutets tillkomst och utveckling i England

"Men have changed their views as to the relative importance of the individual and of society; but the common law has not. Indeed, the common law knows individuals only. . . . It tries questions of the highest social import as mere private controversies between John Doe and Richard Roe. And this compels a narrow and one-sided view. . ."

Roscoe Pound

1. Inledning: Processen och samhällsutvecklingen 45
   1.1. Är processrätten politiskt färgad? 45
   1.2. Representativ grupptalan 46
2. Civilprocessens utveckling i England och USA – en snabbskiss 49
   2.1 Inledning 49
   2.2 Writprocessen och common law 49
   2.3 Equity 57
   2.4 Ett enhetligt system 61
3. När och var föddes class actioninstitutet – och varför? 64
4. Class actioninstitutets tre epoker – en översikt och en introduktion till de dominerande representationsteorierna 73
5. Närmare om grupptalan under den första epoken 76
6. Den andra epoken 86
   6.1. Class actioninstitutet och industrialismen 86
   6.2 Politisk och processuell representationsteori under den andra epoken 94
7. Stagnation och tillbakagång: utvecklingen i England under senare hälften av 1800-talet 101
8. Sammanfattning och avslutande synpunkter 103

1. Inledning: Processen och samhällsutvecklingen

1.1 Är processrätten politiskt färgad?

För den som är intresserad av sambandet mellan samhällssyn och juridik – och då särskilt förhållandet mellan politiska system och utformningen av processrätten – aktualiserar utvecklingen av representativ process intressanta frågor. Finns det paralleller mellan den politiska och den processuella utvecklingen beträffande kravet på legitimation och representativitet då det gäller att företräda mer än egna intressen? Avspeglar sig t ex feodala, korporativa och demokratiska riktningar inom statsskick och statsförvaltning i motsvarande lösningar på det processuella området? Har processuella representanter (i vid mening) grundat sin behörighet och befogenhet att agera för andras räkning på teorier som uppfattats som legitima inom den politiska debatten vid motsvarande tidpunkt? Eller har de processuella förhållandena varit i otakt med samhällsutvecklingen?

Man kan vifta bort frågeställningar av det här slaget som konstlade under hänvisning till att processrätten är just den del av juridiken som än mer än de övriga är juridiskt-teknisk; man kan hävda att processen helt saknar ideologiska rötter och samband med samhällsutvecklingen. Men man kan också påstå motsatsen: sambandet mellan process i dess olika uttrycksformer och samhällssystem är uppenbart och självklart, det är att slå in öppna dörrar att ägna tid åt frågan överhuvudtaget.

Den insiktsfulle och nyanserade (som t ex författaren) hyser nog åsikten att här – liksom nästan alltid – gäller inte något antingen-eller; här finns inte bara svart och vitt utan även grått, ja kanske t o m rött och blått. Det råder – och bör råda – ett samband mellan samhällsutveckling och process, mellan politiska åsikter och processuella problemlösningar, åtminstone de lege ferenda. Men eftersom inte *alla* processuella frågeställningar har sådan laddning kan man inte vänta sig att sambandet alltid skall gå att skönja. Och inkonsekvenser och överraskningar saknas inte. Man kan troligen prestera rätt övertygande bevis såväl för uppfattningen att processrätten är "rent" teknisk – en politisk oskuld – som för den motsatta meningen.

Jag har i annat sammanhang berört sambandet mellan samhällsutveckling och process i mer allmän betydelse[1] och skall inte upprepa

[1] Lindblom, Formsak s 80 ff, jfr Ekelöf i fskr till Welamson s 119 ff, Wasserman s 17 ff, Waltman i Waltman & Holland s 216 ff samt nedan s 706 f.

den diskussionen här. Vad det nu gäller är i stället att gräva fram rötterna till grupptalan i allmänhet och till class actioninstitutet i synnerhet. Men för att förstå rotsystemets utsträckning är det lämpligt att försöka vaska fram åtminstone en del näringsämnen ur den omkringliggande samhällspolitiska myllan. Några ingående analyser kan det naturligtvis inte bli fråga om. Men jag tar hellre risken att begå misstag och avslöja bakgrundsmaterialets bräcklighet än att lämna dessa sannolikt mycket komplicerade samband helt åt sidan.

Class actioninstitutets funktion och betydelse *idag* går inte att förstå om man rycker loss denna processform ur sin omgivning. Med de kunskaper vi har om vår samtid behöver de aktuella sambanden kanske inte betonas.[2] Då det gäller class actioninstitutets uppkomst och *tidigare* utveckling är däremot förhållandet ett annat; här är det inte lika enkelt att konstatera relationen till samhällsutvecklingen i stort. Men sådana samband finns och det hoppas jag skall framgå i detta kapitel, som helt ägnas class actioninstitutets uppkomst i England och dess utveckling där fram till början av vårt århundrade. I nästa kapitel blir det så anledning att redogöra för utvecklingen i USA, grupprocessernas främsta hemvist numera.

1.2 Representativ grupptalan

Ett erkännande av representativ grupptalan[3] – dvs rättegång som förs av en för fleras räkning – kommer automatiskt i konflikt med "the ideology of individualism reflected in the belief that each person should control his own law-suit".[4] På samma sätt strider egentligen varje politiskt representationssystem mot tanken att var och en skall ha rätt att sköta sina egna affärer och inte behöva tåla att andra agerar i hans ställe. Men när en grupp blir tillräckligt stor uppstår ett behov av att en skall kunna representera de övriga; en konsekvent genomförd individualism är inte bara omöjlig i samhället utan stundom även i processen. Och ju större den processuella gruppen är, desto mer kommer det processuella representationsproblemet att likna det politiska. I båda fallen aktualiseras frågan om A skall äga rätt att representera B, C, D etc och hur en sådan representation i så fall skall legitimeras. Fordras någon form av uppdrag eller samtycke? Eller kan A grunda en representationsrätt på annat sätt, t ex enbart

2 Se t ex ovan s 1 ff, nedan s 435 ff och Cappelletti & Garth & Trocker s 705.

3 Betr terminologin se ovan i kap 1 avsnitt 3.

4 Yeazell 1980 s 514 f.

på den intressegemenskap som – medvetet eller omedvetet – föreligger inom gruppen?

Då det gäller den politiska utvecklingen på det här området har – som någon kanske erinrar sig – stridens vågor förvisso gått höga. Meningsmotsättningarna har manifesterats i revolutioner och andra omvälvningar och naturligtvis även kommit till uttryck på det debattmässiga planet. Kommer man så till de processuella representationsidéerna blir det magrare med både revolutioner och pamfletter. Det är väl i stort sett endast class actioninstitutet som förmått röra upp känslorna på ett mera påtagligt sätt. De häftigaste meningsmotsättningarna har kommit till uttryck i modern amerikansk doktrin.[5] Men det finns också, som jag hoppas framgår av det följande, en äldre diskussion kring processuell representation som ibland följer den politiska på ett sätt man kanske väntar sig, ibland verkar gå sin egen väg.

Det har påpekats att sambandet mellan process och samhällsutveckling finns uppmärksammat redan av Montesquieu.[6] Vid närmare eftertanke förefaller det helt följdriktigt att Montesquieu tog på sin denna uppgift – om än i förbigående och på ett jämförelsevis undanskymt ställe. Det var ju just Montesquieu som skapade behovet av att påpeka detta samband eftersom han genom sin maktfördelningslära åstadkom den skilsmässa mellan dömande (rättsskipande) och lagstiftande (rättsbildande) verksamhet som fortfarande är grundläggande i åtminstone den västerländska kulturkretsen, så även (om än med viss begränsning) i det land – England – där man brukar placera class actioninstitutets vagga.

Hade man inte skilt den dömande och lagstiftande verksamheten åt skulle man alltså inte idag behöva visa på processens självklara samband med rättsbildningen och därmed samhällsutvecklingen. Vad gäller class actioninstitutet har gränsen mellan rättsskipning och rättsbildning stundom varit hårfin, ibland helt utplånad. Detta gäller åtminstone om begreppet rättsbildning tas i vidsträckt betydelse; class actionprocessen har periodvis fungerat som ett materiellt rätts-

[5] Se t ex citaten ovan s 29. Jfr dock även Plucknett s 386 angående avskaffandet av "original writs" och införande av "bills" i äldre engelsk process: "... this revolution – it was nothing less – ..."

[6] Se t ex Ekelöf i Svensk Juristtidning 1941 s 107 not 1 som hänvisar till Esprit de lois, livre VI.

bildande organ långt från den tjänande, osjälvständiga, roll processuella institut i allmänhet[7] antas spela.[8]

Kanske verkar det alltför elementärt, men ytterligare ett påpekande måste göras i detta sammanhang: processen är äldre än Montesquieu, så även grupprättegången (i vid mening). Det förefaller välbetänkt att hålla detta i minnet då man söker förstå ursprunget till representativa processer av det slag class actioninstitutet utgör ett exempel på. När man tecknar class actioninstitutets historia går man vanligen tillbaka till 1600-talets England. Någon vill söka ursprunget ännu längre bak i tiden. Oavsett vem som har rätt i detta avseende kan rimligen Montesquieu's "Esprit des lois" inte ha hunnit utöva något inflytande så lång tid före sin publicering (1748)! Synen på processens funktion och kompetensområde styrdes dessförinnan av helt andra värderingar; dömande och lagstiftning var knutna till varandra (och till kungamakten) på ett sätt som kan verka främmande för oss idag, särskilt om vi lever i länder som, liksom vårt, präglas av civil lawtraditionen (kontinental rätt). Som jag redan antytt och skall återkomma till nedan är läget något annorlunda i common lawländer som England och USA.[9] Och det är nästan enbart inom common lawpräglade rättssystem class actions förekommit eller förekommer.[10]

Men det är inte bara dessa närmast självklara kronologiska och geografiska förhållanden som är av vikt när man från svensk landsortshorisont försöker förstå class actioninstitutets uppkomst och framväxt. Processrättens allmänna utveckling har givetvis också haft stor betydelse. Åtminstone en grov kartskiss av engelsk och amerikansk processrättshistoria bör därför tecknas innan ett försök görs att placera in class actioninstitutet i dess juridiska och politiska uppväxtmiljö.

7 Se t ex James s 2.

8 Jfr Wasserman s 13 ff. – Betr växelverkan mellan formell och materiell rätt se Lindblom, Processhinder s 18 ff.

9 Jfr nedan s 49 ff. – Skillnaderna förefaller dock vara på väg att utplånas, se Cappelletti, The doctrine s 381 ff samt Zweigert & Kötz s 299 ff.

10 Ett undantag utgörs av situationen i Quebec. Trots starka band med fransk civil lawtradition förekommer där ett levande class actioninstitut, men närheten till common law är ju också påtaglig, jfr Glenn i 6 Oxford Journal of Legal Studies (1986) s 262, se betr situationen i Kanada vidare nedan i kapitel 11 avsnitt 4. Även i vissa amerikanska delstater är rättssystemet delvis präglat av civil law, se t ex Valley s 1206 ff.

2. Civilprocessens utveckling i England och USA – en snabbskiss

2.1 Inledning

Det finns inte mycket skrivet på svenska om processrättens äldre historia i England.[11] Vissa frågor är visserligen berörda, så t ex förhållandet – eller snarare bristen på samband – mellan den romerska formularprocessen och den engelska writprocessen.[12] Men det är svårt att skaffa sig en överblick genom delstudier av det slaget. Det förefaller därför motiverat att ägna processens tidiga utveckling i England ett antal sidor, särskilt som det inte verkar råda något överflöd på behändiga och lättillgängliga sammanfattningar om den saken ens på det engelska språket.[13] Eftersom avsnittet främst syftar till att ge den erforderliga bakgrunden till class actions-institutets framväxt kommer jag emellertid att koncentrera mig på några viktiga drag av utvecklingen under medeltiden och tiden strax därefter; denna epok förefaller nämligen vara särskilt intressant ur de synvinklar vi har att bevaka.

2.2 Writprocessen och common law

Vid tiden för den normandiska erövringen (1066) ombesörjdes rättsskipningen i England i huvudsak av lokala domstolar av olika slag ("county courts", "communal courts" osv), ofta med starkt feodala drag. Kungens råd (*the Witan*) hade inte några vittgående judiciella funktioner. Verksamheten där var mer inriktad på allmän-

[11] Se dock t ex Olivecrona, Domstolsorganisationen s 5 ff.

[12] Anners s 1 ff. – Anners utvecklar på ett intresseväckande sätt skillnader och likheter mellan nämnda processtyper men framställningen är i kompendieform och saknar tyvärr helt hänvisningar till litteratur och belägg för Anners' teser, så t ex för just påståendet att writprocessen utvecklats helt opåverkad av formularprocessen (Anners s 8). Anners är förvisso inte ensam om denna uppfattning (se t ex Plucknett s 354 som under åberopande av Maitland gör gällande att "this formulary system" – dvs writprocessen – "is distinctively English"). Men jag har en (närmast intuitiv) känsla av att det snart är dags att revidera denna tes mot bakgrund av senare rättshistorisk forskning. Här är dock inte plats att ta upp den diskussionen. Vad gäller den traditionella uppfattningen om förhållandet mellan klassisk romersk rätt och engelsk rätt under medeltiden, se vidare t ex Plucknett a st och s 295 ff samt Pollock & Maitland s 22 f, 111 f och 165 f.

[13] Se dock t ex James s 8 ff. – Framställningen i det följande bygger främst på nedan citerade arbeten av Holdsworth, Myers, Pollock & Maitland, Plucknett och Manchester.

politiska överväganden, samt på förvaltning och lagstiftning, än på prövning av enskilda tvister.[14] I den mån *the Witan* ägnade sig åt tvistlösning var det med starkt lokal begränsning och främst för att lösa konflikter mellan samhällets toppar.

De normandiska kungarna förändrade systemet s a s inifrån: man kan tala om en gradvis men, då slutresultatet uppnåtts, ändå radikal omstöpning av rättsskipningen. Kungens råd, nu kallat *curia regis*,[15] fick utökade dömande uppgifter. Man kan dock ännu inte tala om en särskild – från rådet fristående – domstol; rättskipningen i fråga utövades inte ens av en särskild del av rådet. Men curian kom att öka sitt dömande inflytande allt mer och grundade sig då inte bara på feodala teorier om furstens rätt att döma sina vasaller utan även – eller kanske framför allt – på uppfattningen om kungens rätt och skyldighet, hans *prerogative,* att bevara fred och lugn inom sitt område, dvs hela riket, ("the realm") och att vara de svagas beskyddare och högste rättsskipare.[16]

Kungliga domstolar tog över alltmer av den lokala rättsskipningen och trängde så småningom ut de lokala domstolarna nästan helt.[17] Kompetensen vidgades på flera sätt. Den kungliga rättsskipningen begränsades inte längre till högt uppsatta personer eller till mål gällande betydande värden; även s a s ordinära rättegångar mellan "vanliga" medborgare kunde förekomma. Till en början ägnade man sig visserligen mest åt tvister rörande äganderätt till fast egendom,[18] men också denna specialisering upphörde så småningom.

Nu kunde givetvis inte kungens råd ensamt slita nästan alla tvister i England. Huvuddelen av tvistlösningen ägde naturligtvis (då liksom nu) rum utanför domstolarna. Vidare levde viss lokal rättsskipning av icke-kungligt slag kvar. Och kunglig domsrätt utövades även av s k resedomare (*itinerant judges*) som – ibland tillsammans med konungen själv[19] – reste runt i landsorten och tog över diverse

[14] Plucknett s 144.

[15] Betr uttrycket *curia regis* och dess olika betydelser se Holdsworth s 32, Plucknett s 143 f och Pollock & Maitland s 153; betr förhållandet mellan begreppen *the Witan* och *curia regis,* Plucknett a st.

[16] Jfr Holdsworth s 33 och nedan i kap 14 avsnitt 2.2.1 angående *parens patriae*-doktrinen. Nämnas kan att de fattiga kunde erhålla en *writ* (varom mera nedan s 52) gratis medan andra fick betala för den, jfr Pollock & Maitland s 195.

[17] Pollock & Maitland s 41, jfr dock Myers s 132 f.

[18] Holdsworth s 48.

[19] Jfr Holdsworth s 49 och nedan s 58.

uppgifter bl a från de lokala domstolarna. Som jag skall återkomma till senare blev den verksamheten allt mer av rent rättsskipande karaktär.

Så småningom specialiserades den centrala kungliga rättsskipningen i rådet till en särskild avdelning av detta och senare till kungliga domstolar med särskilda kompetensområden ("the court of common pleas", "the court of exchequer", "the king´s bench" etc). Redan på 1100-talet kan man tala om reguljära kungliga domstolar med regelbundet återkommande sammanträden. Denna "fasta" domstolsorganisation kompletterades av nyssnämnda kungliga "resedomare" med tingställen på åtskilliga platser i riket.

De kungliga domstolarnas expansion var inte resultat av maktspråk på så sätt att den oskrivna lag som tillämpades där – *common law* – tvingades på folket i stället för den partikularistiska lag som låg till grund för de lokala domstolarnas avgöranden. Common law-domstolarna konkurrerade snarare ut de lokala genom att erbjuda en bättre rättsskipning[20] och fram mot 1300-talet kan man säga att common law gällde i hela riket, utom i Skottland och delar av Wales, där man i vanlig ordning förhöll sig mera kallsinnig till den engelska centralmaktens påfund.

Jag nämde att den kungliga rättsskipningen i allmänhet uppfattades som överlägsen den lokala och att detta var ett viktigt skäl till expansionen för common law. Vad jag menar är då att den kungliga rättsskipningen var bättre i processuell mening. Det förefaller alltså inte ha varit common lawsystemets materiella innehåll som lockade till sig den rättssökande allmänheten utan snarare vissa processuella och exekutiva fördelar. Bevisfrågan avgjordes av en jury och inte på sådana uråldriga formaliserade sätt (t ex genom "trial by battle") som fortfarande dominerade den lokala rättsskipningen. Möjligheterna att framtvinga svarandens inställelse och genomdriva verkställighet av domen var också betydligt större vid de kungliga domstolarna.[21]

Själva förfarandet vid de kungliga domstolarna, "*writprocessen*", är i övrigt svårt att beskriva i generella termer eftersom det var fråga om ett processtypsystem med ett särskilt slags process för varje (typ

[20] Jfr Myers s 23. – Då det gäller resedomarnas verksamhet torde det dock snarare ha varit fråga om (tillfällig) monopolverksamhet än fri konkurrens, särskilt då det gäller domarna i "the General Eyre" (nedan s 58). Vidare ägde svaranden sannolikt en obetingad rätt att få mål vid de lokala domstolarna överflyttade till handläggning vid de kungliga (Plucknett s 357).

[21] Jfr Holdsworth s 48 och 327 f.

av) anspråk.[22] Processen inleddes med att den förfördelade, käranden, hos kungen (senare hos lordkanslern) begärde en *writ,* dvs en skriftlig kunglig befallning i brevform att svaranden skulle göra eller underlåta att göra något, t ex återlämna viss egendom.[23] Detta kungliga brev[24] innehöll i äldre tid en order till sheriffen i den aktuella landsändan att (tre gånger) uppmana svaranden att återlämna egendomen i fråga till käranden och att återrapportera till kungen om så inte skedde. Rättegång i egentlig mening blev det alltså först sedan man konstaterat att tvist (eller tredska) verkligen förelåg.[25]

Nå, en förutsättning för att en "writ" skulle utfärdas var att det fanns en *action* som svarade mot kärandens anspråk och, kopplat härtill, ett formulär *(form),* som reglerade processens utformning (i ordets bokstavliga mening.) Breven (*the writs*) utvecklades så småningom till färdiga formulär för hur processerna skulle föras.

Likheten med den klassiska romerska processen är påfallande,[26] men en viktig skillnad var att det inte skedde någon som helst prövning av det berättigade i kärandens anspråk i writprocessens inledningsskede. Käranden fick (mot betalning[27]) välja den *writ* han ansåg passa och lordkanslern (så småningom hans kansli, the *chancery*) ingrep inte i "förberedelsen" och prövade inte heller om den begärda processformen verkligen avsåg yrkanden av det aktuella slaget på det sätt pretorn gjorde i den romerska formularprocessen.[28] Käranden köpte helt enkelt en *writ* och det återstod sedan att (i vederbörlig kunglig domstol) pröva om han hoppat i rätt fålla; var så ej fallet ogillades hans anspråk. Men saknades en passande *writ* på det område saken gällde fanns inte ens möjlighet att starta process vid en "lawdomstol" (dvs en domstol som tillämpade com-

22 Plucknett s 375. – Överhuvudtaget tycks man veta ganska litet om vad som tilldrog sig inför juryn vid denna tid, a a s 380.

23 Till en början gällde alltså writprocessen i allmänhet "injunctions" (förbud och förelägganden). Den kom dock så småningom att domineras av yrkanden om belopp i pengar, medan injunctions prövades vid equitydomstolarna, varom nedan s 57 ff.

24 Betr betydelsen av ordet *writ,* se Plucknett s 355.

25 Sheriffens uppgifter erinrar om vad som i dag utförs av en stämningsman. Man kan också uppfatta saken så att det gällde ett obligatoriskt krav på officiella förlikningsförhandlingar innan processen kom i gång på allvar, jfr Plucknett s 383.

26 Se dock ovan i not 12.

27 Jfr dock ovan i not 16.

28 Anners s 8 och Lindblom, Processhinder s 43 ff.

mon law). Common law hade inte, åtminstone inte till en början, ambitionen att vara ett heltäckande rättssystem.

Man kan tycka att lordkanslerns uppgift i writprocessen närmast påminner om en blankettförsäljares och att det var att safta i väl häftigt att anlita en så hög ämbetsman och prelat för en så ringa uppgift. Denna elementära del av verksamheten övertogs också så småningom av lägre tjänstemän inom *the chancery*; senare behövde inte ens en konkret *writ* införskaffas för att få igång en process.

Lordkanslerns roll var emellertid endast skenbart inskränkt till det expeditionella; han var i själva verket oerhört betydelsefull för utvecklingen av writprocessen och därmed för tillkomsten och utvecklingen av common law över huvud taget.[29] *The forms of action* var ju åtminstone till en början begränsade till ett ganska ringa antal anspråk och utgjorde, som nyss nämnts, alls inte något heltäckande rättssystem i modern kontinental mening. Och bakom writprocessens rättegångsformer fanns inte någon föreställning om ett av de processuella möjligheterna oberoende rättssystem: "there are no rights, only rights of action".[30]

Lordkanslerns viktiga roll i detta rättssystem bestod nu alltså inte så mycket i att expediera sådana *writs* som redan ingick i den accepterade formulärkatalogen som att tillskapa nya *actions* (och därmed nya *forms*). Denna möjlighet att verka rättsbildande kom kanslern att utnyttja i betydande grad under 1100- och 1200-talen.[31] Man kan säga att writsystemet – från att i begynnelsen ha företett starkt fragmentariska drag – snart nog kom att framträda med ambitionen "to cover the whole field of law".[32] Själva writsystemet, "bundenheten" till processtyper, utgjorde under dessa förutsättningar (dvs så länge lordkanslern hade fria tyglar) inte något hinder för utvecklingen.[33] Men denna dynamiska period skulle, som jag strax skall återkomma

[29] Common law uppstod och utvecklades ur dessa processtyper och de prejudikat de gav upphov till; man brukar tala om common law som "unwritten" law *(lex non scripta)* i motsats till "written law", *(lex scripta)*, dvs statute law, som åtminstone hade och har en kompletterande funktion och därmed lägre status, jfr t ex Manchester s 22 som här åberopar sig på Blackstone. Men common law antogs i och för sig ha funnits "från urminnes tid", jfr nedan not 34.

[30] Jfr Anners s 6 f.

[31] Enighet torde råda om att kanslern hade en viktig roll i detta hänseende, men det råder oenighet om det närmare innehållet i hans befogenheter, Plucknett s 395.

[32] Plucknett s 395. – Manchester (s 22) talar om "the all embracing, comprehensive nature of the common law".

[33] Jfr Holdsworth s 47.

till, ta slut i och med parlamentets ökade krav på medverkan i och inflytande vid rättsbildningen.

Det ligger nära till hands att dra vittgående slutsatser av writsystemets – till en början – fragmentariska utformning och dess processuella, ja närmast antimateriella, framtoning. Man skulle däri kunna se en avgörande förklaringsgrund till många av de divergenser som föreligger mellan anglo-amerikansk rätt och kontinental rättsuppfattning, så som denna framträder i civil lawpräglade rättssystem. Den kontinentala uppfattningen bygger ju på (fiktionen om) ett heltäckande rättssystem, där det "bara" gäller att leta fram en rättsregel som i och för sig antas existera redan innan den kommit till användning för första gången. Men skillnaden gentemot common law är delvis skenbar;[34] den kungliga rättsskipningen via writprocessen var i utgångsskedet endast ett komplement, ett frivilligt alternativ, till de lokala domstolarna som i stor utsträckning torde ha dömt på grundval av lokal rätt och okodifierade sedvänjor av – måhända – mer heltäckande slag.[35]

Inom common law kunde man alltså begränsa sina ambitioner till att reglera endast vissa situationer. Den rättssökande allmänheten lämades aldrig helt i sticket eftersom det redan fanns ett rättssystem som common law bara ersatte s a s bit för bit. Men när kunderna började köa till de kungliga domstolarna fick man ökad aptit inom den centrala rättsskipningen och gick in för att komplettera det ursprungliga utbudet av *forms of actions*. Denna kreativa uppgift förefaller lordkanslern att ha skött med den äran eftersom den kungliga rättsskipningen successivt kom att ta över nästan all judiciell verksamhet av betydelse. Även om det var den processuella kvaliteten som lockade mest[36] måste ju den materiella rättsbildningen ha framstått som åtminstone acceptabel; annars skulle den rättssökande allmänheten ha vänt sig åt annat håll. Så skedde dock inte; mot slutet av medeltiden ägde nära nog all rättsskipning rum inom ramen för den kungliga maktsfären. Men då hade också common law domstolarna kompletterats med equitydomstolar.[37] Jag

34 Enligt Olivecrona (s 5) uppfattades även common law "såsom en från urminnes tid bestående lag för det engelska folket". Jfr även Lindblom, Processhinder s 25.

35 Jfr för övrigt Gemeines Recht i tysk 1800-talsrätt: man replierade på en gemensam rätt ("Gemeines Recht", "common law") då det lokala rättssystemet inte räckte till (se t ex Lindblom, Formsak s 76 f): Gemeines Recht var alltså också ett komplement, dock av en redan från början heltäckande art.

36 Ovan s 51.

37 Holdsworth s 65, jfr dock Myers s 132 f.

återkommer strax till de senare, som ju även de var ett utflöde av lordkanslerns rättsbildande aktivitet.

Hur skall man då bedöma lordkanslerns verksamhet inom common law, hans nyskapande av actions och anpassning av de redan existerande processtyperna till nya situationer och behov? Var det fråga om en rättsbildning via prejudikat av det slag vår högsta domstol utövar eller bör verksamheten snarare karaktäriseras som ett slags "lagstiftning" men med utgångspunkt i konkreta, redan existerande, fall? En hel del verkar tala för det senare och idag skulle kanske lordkanslern beskyllas för att ägna sig mer åt politik än juridik i sin domarroll. Och genom att rättsbildningen skedde via rättsskipning fick hans, kanske politiskt betingande, ställningstaganden inte bara framåtblickande (prospektiv) betydelse utan även retroaktiv verkan. Lordkanslern utgick ju alltid från ett redan inträffat fall som därigenom fick fungera rättsbildande.

Ja, kungen var – via lordkanslern och de kungliga domstolarna – verkligen *både* rättsskipare och rättsbildare, "lagstiftare". Den rättsskipande verksamheten kom ibland nära lagstiftning i vid mening, nämligen i de fall då situationen inte gick att passa in i det redan existerande regelsystemet.[38] I andra fall fungerade de kungliga domstolarna som rättsskipare och konfliktlösare ungefär som en modern domstol; man både löste den aktuella tvisten och ökade "lagens" genomslagskraft genom dess tillämpning i det konkreta fallet. Så skedde vid begagnande av redan existerande writs; "lagen" var de writs, de forms of action, som redan ingick i lordkanslerns formulärsamling. Man kan kanske säga att konfliktlösningen och rättsskipningen (normförstärkningen) ägde rum när väl en writ hade utfärdats medan "lagstiftningen" (normbildningen) skedde dessförinnan, nämligen vid prövningen om en ny writ skulle utfärdas i det enskilda fallet. Och – liksom i den klassiska romerska processen – hade statsmakten god kontroll över det första (ibland) "lagstiftande" stadiet av processen. Rättsskipningen i det enskilda målet kunde sedan anförtros lägre ämbetsmän eller – som i den romerska formularprocessen – partsutsedda (lekmanna-)domare.

Paradoxalt nog skulle man alltså rent av kunna hävda att rättsskipning och rättsbildning (dömande och lagstiftande) på detta sätt var klarare skilda åt – ehuru inom ramen för ett processystem, writprocessen – än vad som är fallet idag i såväl England som Sverige.

[38] Enligt Plucknett (s 355) var kungens "writs" åtminstone till en början snarare av politisk-administrativ art än rättsnormer i modern mening.

Vår högsta domstol fungerar både normbildande (t ex vid tillämpningen av generalklausuler) och normförstärkande, i båda fallen (hittills) utifrån enskild konfliktlösning.[39] Båda dessa uppgifter löses genom det slutliga avgörandet – domen – medan den normbildande verksamheten i den tidiga writprocessen i hög grad ägde rum i processens inledningsskede, före den "egentliga" rättegången. Senare verkar dock denna uppdelning ha suddats ut; en *writ* fungerade inte längre som ett materiellt ställningstagande utan blev "en ren formsak". Den egentliga prövningen försköts till processens slutskede och ägde rum inför juryn, inte i "the chancery".[40]

Writprocessen – och därmed common law – utvecklades alltså successivt och detta expansiva skede kom att omfatta ett par århundraden; kungens möjlighet att påverka rättsutvecklingen via lordkanslern bestod till och med en tid efter tillkomsten av Magna Charta; först på 1300-talet gör parlamentet anspråk på ett bestämmande inflytande. Rättsutvecklingen inom common law stelnar då i motsvarande mån[41] och i mitten på 1300-talet börjar man på allvar dela upp den kungliga juridiska aktiviteten. . .

". . .into two functions; the first legistlates and establishes a text, and the second adjudicates and interprets the text".[42]

[39] Jfr däremot förslagen om "rättsförklaring" i SOU 1986:1 s 144 ff. – Den högsta domstolen tillskrivs en sådan dubbel funktion (där huvuduppgiften snarare är prospektiv rättsbildning än retrospektiv konfliktlösning) i t ex amerikansk doktin där det har hävdats att (den federala) högsta domstolens avgöranden i åtminstone konstitutionella frågor är "de facto class actions" även när processen gäller individuella fall och att klassen då består av hela nationen (se Miller, Arthur S i 58 University of Detroit Journal of Urban Law (1981) s 573 ff). Se även Justice Brennan i *Richmond Newspapers Inc v. Virginia* (448 US, 1980) s 555 och 595 (här citerat efter Miller a a s 573): "Under our system, judges are not mere umpires, but, in their own sphere, law makers – a coordinate branch of *government* . . . The interpretation and application of constitutional and statutory law, while not legislation, is lawmaking, albeit of a kind that is subject to special constraints and informed by unique considerations. Guided and confined by the Constitution and pertinent statutes, judges are obliged to a discerning, exercise judgement, and prescribe rules. Indeed, at times judges wield considerable authority to formulate legal policy in designated areas." Jfr även uttrycket "litigation as legislation", nedan vid not 146.

[40] "The chancery" var inte en domstol på så sätt att själva dömandet ägde rum där, Pollock & Maitland s 197.

[41] Plucknett s 321.

[42] Plucknett s 333. – Att common lawdomstolarna fråntogs sin "lagstiftande" funktion innebar till en början alls inte att det uteslutande var parlamentet som fullgjorde denna uppgift: den kungliga rättsbildningen var fortfarande betydande och i realiteten knappast sekundär till parlamentets; en annan sak var att det snarare var kungens råd och dess institutioner som utövade de diskretionära rättigheter det här gällde än konungen personligen, Myers s 36.

De kungliga domstolarnas nyskapande uppgifter började nu alltså begränsas, common law blev fastare i konturerna och därmed blev rättssystemet givetvis också stelare och mindre anspassningsbart. Man kan tycka att domstolarna på detta sätt fick en mer begränad roll, men utvecklingen innebar samtidigt att deras oberoende och inflytande stärktes: skilsmässan från den rättsbildande verksamheten möjliggjorde för dem att agera "as checks upon the executive and critics of the legislature".[43]

2.3 Equity

Lawdomstolarna vann alltså i självständighet gentemot kronan,[44] samtidigt som den *oskrivna* rätten – common law – blev statisk och stel, oåtkomlig för förändring. Hur förmådde det engelska rättssystemet hålla takt med samhällsutvecklingen i detta läge? Producerades en så rik *skriven* lag (*statute law*) att domstolarna utan problem kunde inskränka sig till enbart rättstillämpning i egentlig mening?

Nej, förvisso inte. Engelsmännen har ju aldrig satsat helhjärtat på "statute law" och gjorde det inte heller under denna tid. Då utvecklingens tryck inte längre kunde kanaliseras via en fortgående anpassning av common law kom behovet av "discretion" i stället att pressa fram särskilda *equitydomstolar,* också de för övrigt till en början ett verk av lordkanslern och med uppgifter som fullgjordes av *the chancery*. Common law, som till en början kompletterat den lokala rätten och då varit av starkt fragmentarisk natur, kom nu i sin tur – då systemet visserligen blivit mer heltäckande men också stelnat – att successivt kompletteras av *equity*. Även detta rättssystem var alltså till en början av fragmentarisk karaktär.[45] Men innan det "avskaffades" ett halvt årtusende senare hade *equity* vuxit ut till en omfattande rättslig reglering över vida områden.

Man förklarar alltså equitysystemets uppkomst med common lawrättens förstelning, med de minskade möjligheterna att företa

43 Plucknett s 333.

44 Plucknett s 681 och 683.

45 Plucknett s 677.

diskretionära prövningar genom att utfärda nya *forms of actions*.[46] Då det gäller equitydomstolarnas uppkomst finns det emellertid också anledning att för ett ögonblick återvända till den verksamhet som utövades av de "resedomare" (*itinerant judges*) jag nämnt tidigare.[47] Denna form av rättsskipning upphörde nämligen just på 1300-talet, ett förhållande som ibland satts i samband med equitysystemets uppkomst: enligt Marcin kan "the chancery's" förvandling till equitydomstol förklaras just med det vakuum som uppstod då systemet med *itinerant judges* bröt samman på 1300-talet.[48]

Som framgick inledningsvis var det ju så att kungen redan före den normandiska erövringen reste omkring i landet och utövade rättsskipning. Även sedan Vilhelm Erövraren kommit till makten fortsatte dessa "reseting". Man utökade rent av verksamheten, kanske för att konsolidera makten över det engelska riket. Kungen var naturligtvis inte alltid – och alltmer sällan – med själv; han sände ut *commissioners* att resa i hans ställe och efter att först ha haft enbart fiskala och administrativa funktioner kom dessa commissioners att få även judiciella arbetsuppgifter; de blev domare. En del av dessa *itinerant judges* hade begränsad kompetens, men vissa hade i uppdrag att döma i alla slags mål och grundade då sin kompetens på "*the General Eyre*".[49]

Domarna "i Eyre" representerade alltså konungen och ansågs därför ha möjlighet att utöva en rättsskipning präglad av billighet – eller "equity", om nu ett anakronistiskt uttryckssätt kan tillåtas i sammanhanget;[50] equity var ju ännu inte uppfunnet. Liksom detta rättssystem präglas av ett visst diskretionärt handlingsutrymme för domaren hade alltså "resedomarna" möjligen viss frihet av ungefär motsvarande slag. Men equity i egentlig mening, dvs autonoma rättsregler som stundom stod i strid med common law, var det

[46] Plucknett s 675. – Olivecrona (s 7) förklarar lordkanslerns verksamhet inom equity som ett utflöde av denna höge prelats möjlighet att i konungens namn bevilja nåd när en tillämpning av den stränga och formalistiska common law stred mot samvetets bud.

[47] Se ovan s 50 f.

[48] Marcin 1974 s 520.

[49] Se härom och om "the General Eyre" t ex Holdsworth s 49 ff och 264 ff, Pollock & Maitland s 155, 170 och 200 f samt Plucknett s 103 och 144 ff.

[50] Jfr Holdsworth s 265 med not 1 som dock även han sätter citationstecken kring *equity*. – Den diskretionära prövning The General Eyre kunde erbjuda förefaller dock ha varit föga populär. Resedomarna verkar, då de dök upp, (så småningom vart sjunde år) snarare ha tagit över den lokala rättsskipningen med våld än konkurrerat ut den på det sätt som de centrala common law-domstolarna gjorde, jfr Holdsworth s 266 och ovan s 51 not 20.

sannolikt inte fråga om; domarna i *the General Eyre* hade (åtminstone enligt Plucknett[51]) att hålla sig inom common law. Hur det förhöll sig med det är dock omstritt. En del talar faktiskt för att man tillät sig ett större mått av "discretion" än vid de fasta kungliga domstolarna.

The General Eyre uppkom på 1100-talet, blomstrade på 1200-talet och upphörde så abrupt på 1300-talet. Enligt Marcin[52] kan alltså "the chancery´s" förvandling till equitydomstol förklaras just med det tomrum som uppstod då *the General Eyre* bröt samman. Men även om nu "resedomarna" verkligen hade extraordinära möjligheter till ett flexibelt dömande bör nog deras avskaffande inte ges avgörande betydelse för equitydomstolarnas framväxt. Att det uppstod ett så starkt behov av ett nytt slags diskretionär prövningsmöjlighet vid denna tid måste, som jag framhållit ovan, framför allt ses mot bakgrund av att common lawdomstolarna förlorat i flexibilitet. "The forms of actions" kunde inte längre hålla stånd mot samhällsutvecklingen när kanslerns möjlighet att utfärda nya actions inskränktes av bl a politiska skäl. En rigid legalism tycks alltid utlösa säkerhetsventiler. Kanske har Plucknett rätt då han konstaterar att

> "(A) djudication, like most other questions of human conduct, depends upon a nice balance between law and equity, rule and exception, tradition and innovation."[53]

När man ansåg sig stöta pannan blodig mot ett förstelnat common lawsystem var det – trots den begynnande maktuppdelningen – naturligt att vädja direkt till kungen (i rådet), som fortfarande hade vissa möjligheter att "sätta sig över" sina egna common lawdomstolar. Sådana framställningar remitterades allt oftare från "the council" till "the chancery" (precis som på den tid då det erfordrades en writ för att komma i gång med processen) och prövningen fick alltmer formaliserade, processuella, drag.

"Rättegången" – snart nog var det dags att överge citationstecknen – fördes inför lordkanslern (eller hans ersättare). Jury förekom inte, processen var delvis skriftlig och långsam vilket dock inte hindrade att equitysystemet blev mycket omtyckt; det erbjöd ju också ett slags sista utväg. Även i övrigt skilde sig processen i vissa hänseenden

51 Plucknett s 682.
52 Marcin s 520.
53 Plucknett s 681.

från den ordinära: man utnyttjade "sworn pleadings, affidavits and depositions" på ett sätt som erinrar om t ex modern amerikansk process.[54] Svaranden tvingades under straffansvar att inställa sig och att under ed ta ställning till kärandens påståenden.[55] Domen var, på ett för equity typiskt sätt, uttryck för officialprövning och breda intresseavvägningar. Den var inriktad på att svaranden skulle göra, eller underlåta att göra, en viss bestämd sak; man tog så småningom och allt mer upp den inriktning på "injunctions" som även präglat processen vid de äldsta common lawdomstolarna för att där så småningom ersättas av yrkanden om betalningsförpliktelser i vanlig mening.[56]

Utrymmet för equity var – i början – beroende av vad som redan fanns reglerat i common law (equity fungerade som komplement och inte som konkurrent) och på i vilken mån en utomparlamentarisk rättsbildning kunde accepteras. Man kan också se hur equitydomstolarnas behörighet varierade under de tider som följde, men här finns inte utrymme att annat än snudda vid den fortsatta utvecklingen.[57]

Det nya systemets rörlighet ledde till att betydande juridiska landvinningar skedde inom equity och inte inom ramen för common law, så t ex legaliseringen av trustinstitutet och, som snart skall framgå, framväxten av representativ grupptalan i form av class actions. Lordkanslern utvecklade egna regler i såväl materiellt som formellt hänseende. Prejudikat spelade till en början inte så stor roll inom equitysystemet utan rättsskipningen var i hög grad präglad av den aktuelle kanslerns "reason and conscience"; en ny lordkansler kände sig, åtminstone i systemets barndom, inte bunden av sin företrädares avgöranden och även om prejudikaten växte i betydelse[58] var ändå utrymmet stort för nya djärva tag. Det verkar som om den stelhet som hade kommit att prägla common law åstadkom en så kraftig "back-lash" av flexibilitet inom equity att det engelska rättssystemet totalt sett blev öppnare och smidigare än t ex det svenska. Friheten inom equity framstår som en viktig förklaring till att man

[54] James 1965 s 11, jfr nedan i kap 7 s 245 ff.

[55] Senare blev dock processen helt skriftlig, Manchester s 139.

[56] Se ovan s 52 not 23..

[57] Litteraturen om equity och den fortsatta processuella utvecklingen i England är – självfallet – omfattande. Här kan hänvisas t ex till de ovan i not 13 anförda arbetena, varav dock det sistnämnda alls icke åtnjuter samma anseende som de övriga.

[58] Se Manchester s 136.

kunde acceptera den rigida prejudikatbundenheten inom common law.

Men så fri som kanslern var inom equity får man sällan vara ostraffat och protester saknades heller inte då kanslern så småningom övergav sin supplererande roll och började göra intrång på lawdomstolarnas revir. I parlamentet hade redan från början röster höjts mot systemet; equity innebar ju att – åter – viss "lagstiftande" (rättsbildande) makt lades i händerna på the chancery (dvs en gren av det kungliga maktträdet) i stället för att utövas i parlamentet.[59] Att equity ändå tilläts växa till sig får väl förklaras med att man uppfattade detta "rättssystem" mer som ett utflöde av kungens traditionella rätt och skyldighet att utöva "discretion" i enskilda fall[60] än som den form av "lagstiftning" equity så småningom kom att representera. I vart fall accepterades equity, systemet fick t o m författningsstöd, och man sökte teoretiskt underbygga företeelsen i bl a naturrättsliga tänkesätt.[61] Equityrättsskipningen decentraliserades, på slutet av 1500-talet börjar de första lokala equitydomstolarna att dyka upp och utvecklingen stod inte längre att hejda.

Även om equity åtminstone i början fyllde en supplererande funktion och i princip höll sig borta från rättsområden som var reglerade i common law aktualiserades ibland frågan vad som skulle gälla när regelsystemen kolliderade. Att man byggt upp två olika domstolsorganisationer kunde inte hindra en viss överlappning med ty åtföljande revirstrider. Kanslern utfärdade stundom "injunctions" av innebörd att parts rätt att använda common law inskränktes, så t ex om en invändning mot ett käromål inte accepterades inom common law men ändå var relevant enligt kanslerns uppfattning. Ja, genom att gå till en equitydomstol kunde en part i en rättstvist i vissa lägen t o m utverka en "injunction" av innebörd att en viss common lawdom inte fick verkställas.

2.4 Ett enhetligt system

Genom att equity expanderade så kraftigt förlorade rättssystemet så småningom sin supplererande roll; medhjälparen förvandlades till konkurrent. Konfrontationen mellan de båda rättssystemen blev allt

[59] Kanslerns verksamhet har betecknats som "litigation as legislation", se nedan s 84 f, jfr betr högsta domstolens funktion ovan s 56.

[60] Plucknett s 681.

[61] Plucknett s 675, jfr Myers s 118.

mer oundviklig och rättsfallet *Courtney v. Glanvil*[62] (påstått bedrägeri i samband med köp av juveler) i början av 1600-talet ledde fram till en situation där det slutligen måste avgöras vilket system som definitivt hade företräde i kollisionssituationer. Equity avgick med segern!

En ökande överlappning och ömsesidig påverkan skedde fortsättningsvis, men i stort sett bibehölls det dubbla systemet såväl på det materiella planet som i form av två skilda domstolshierarkier. Olägenheterna blev alltmer kännbara; det var ibland nödvändigt att använda båda domstolarna och misstag i kompetensfrågor kunde leda till rättsförluster.[63] Men dubbelsystemet levde vidare, så även i *USA* dit det engelska rättssystemet hade kommit genom kolonisationen. Engelsk rätt – och en domstolsorganisation kalkerad på den engelska – infördes i de flesta staterna och överlevde även befrielsekriget. Så sent som i mitten på 1800-talet skilde man i USA fortfarande mellan equity och common law i stor utsträckning, ja i t ex New York hade man, precis som i England, t o m fortfarande skilda domstolar för de olika rättssystemen.[64] I andra stater (t ex Connecticut och New Hampshire) arbetade man med en gemensam domstolsorganisation, men tillämpade både common law och equity vid en och samma domstol – dock vid olika avdelningar av domstolen! Men det saknades inte heller exempel på stater (Massachussetts, Pennsylvania) där man – kanske på grund av ett principiellt republikanskt motstånd mot tanken på kungliga prerogativ över huvud taget, equity var ju ett sådant – inte accepterade equity utan utvecklade ett, i förhållande till engelsk rätt, mer självständigt rättssystem.

Att man inte godtog det engelska dubbla rättssystemet tillhörde dock undantagen och när kongressen 1789 skapade den federala domstolsorganisationen byggde man på principen att skilja equity och common law, dock inom ramen för en och samma domstol. Systemets olägenheter blev, i USA liksom i England, allt mer kännbara och det skulle bli i det nya landet som genombrottet kom för en förening av equity och common law. Detta skedde i staten New York genom lagstiftning 1846 och 1848. Andra stater följde snart

62 (1615) Cro Jac (2) 343 79 ER 294.

63 Det var t ex inte bara så att vissa grunder för talan endast kunde förekomma vid en "lawdomstol"; som framgått ovan rådde också skillnader vad gäller tillåtligheten av somliga invändningar.

64 Så även i New Jersey och Delaware (James s 16).

efter och vid sekelskiftet hade 27 delstater helt accepterat det nya systemet och de flesta av de andra hade modifierat sina rättsordningar så att nackdelarna med det dubbla systemet minskade.[65] Man kan dock knappast påstå att skillnaden mellan "law" och equity var – eller ens är – helt utsuddad; framstegen bestod snarare i att regler från båda håll kunde tillämpas samtidigt.[66] Härigenom hade man kommit ifrån merparten av de olägenheter som följde av common lawsystemets stelhet och kompetenskonflikterna gentemot equity.

England följde efter genom lagstiftning 1852–60, 1873 *(Judicature Act)* och 1878; det har ansetts att man t o m gick längre i England än i USA då det gällde att göra upp med den gamla ordningen. Men gemensamt för England och USA var att åtskillnaden mellan equity och common law egentligen endast hade överbryggats på det domstolsorganisatoriska planet. Materiellt sett är det fortfarande fråga om två rättssystem (av case lawtyp) som tillämpas tillsammans kompletterade av "statute law". Och att det nu gällande systemet har levande rötter långt bak i historien finns det många belägg för. "The triumph of equity" är ett uttryck som Chayes använde för ett decennium sedan för att beskriva utvecklingen mot "public law litigation" i USA under senare tid.[67] Och "forms of action continue to rule from the grave" är ett talesätt som fortfarande dyker upp i debatten med jämna mellanrum.

Det kan verka självklart att det var ett oerhört framsteg att avskaffa de särskilda equitydomstolarna. En risk när man gör rent är emellertid att man slänger ut barnet med badvattnet. Och utvecklingen i senare amerikansk process företer alltså drag som erinrar om equity i vissa hänseenden; behovet av bl a "discretion" dyker upp igen och säkerhetsventiler utlöses precis som på 1300-talet när common lawsystemet stelnat. Det skall jag återkomma till några hundra sidor längre fram i den här boken.[68] Nu skall vi i stället gå några hundra år tillbaka i tiden och försöka använda de nyförvärvade rättshistoriska kunskaperna till att söka class actioninstitutets ursprung.

[65] Man började t ex acceptera invändningar som tidigare bara fått framställas vid equitydomstol även vid common lawdomstol och vice versa.

[66] Man liberaliserade också t ex kumulationsreglerna, James s 17. Detta var nog behövligt; se t ex Plucknett (s 384) som berättar att man redan tidigt använde common lawsystemet för att sabotera processen; man uteblev en i taget. – Beträffande kumulationsreglerna i equity, se nedan s 65 ff och betr processuell taktik nedan not 78.

[67] Se t ex Ontario Report I s 32 f respektive Chayes 1976 s 1292.

[68] Se nedan i kapitel 12 s 440 ff.

3. När och var föddes class actioninstitutet – och varför?

Man brukar i allmänhet spåra class actioninstitutets ursprung till 1600-talets England, en i vissa hänseenden något mindre upplyst tid och plats än vår egen:

> "It was a curious time in the history of the English nation, a shadow-time with echoes of a dimmer and murkier age. The English isle itself reeling from catastrophes, both natural and political. The Great Plague and the Great Fire of London, with a scarcely a year's breathing space between them, had left the city's population decimated and her homes and churches in ruin. The nation itself was hesitantly regrouping from the shuddering excesses of the Cromwellian interregnum. Witches and demons peopled the consciousness of even seriousminded folk."[69]

Det var mot denna dystra bakgrund världshistoriens kanske första class action – *Brown v. Vermuden* (1672)[70] – såg dagens ljus:

> Ett antal gruvägare och gruvarbetare i Derbyshire utnyttjade den kaotiska politiska och religiösa situationen och betalade inte sina tionden till kyrkoherde Carrier. Carrier stämde församlingen på bl a en tiondel av gruvornas blyproduktion. Svarandesidan utsåg (hur framgår tyvärr inte) fyra av de berörda att föra deras talan. Kyrkoherden vann processen. En av gruvägarna, Vermuden, gjorde sedan gällande, att han inte var bunden av domen eftersom han inte varit part i kyrkoherdens process. Vermuden förde tvisten till lordkanslern. Men då hade kyrkoherde Carrier bytts ut på sin tjänst mot kyrkoherde Brown, som blev den som fick inkassera den slutliga segern: equitydomstolen ansåg att alla ägare och arbetare var bundna av "the original decree" trots att de inte var individuellt nämnda vid namn "in the suit".

Brown v. Vermuden uppfattas vanligen som det första "äkta" class actionmålet.[71] Vad är det då som kvalificerar rättsfallet för den beteckningen? Ja, det tycks vara bundenheten för de icke närvarande

[69] Marcin s 515.

[70] (1676) 1 Cas in Ch 272; 22 ER 796.

[71] Se t ex Weiner & Szyndrowiski s 940 med not 23. Även Marcin (s 516 vid not 2) menar att detta fall allmänt brukar uppfattas som det första exemplet på en class action och hänvisar till Chafee 1950 s 164 och 201 och Hazard 1961 s 1254 och 1260 samt Pomeroy 1941 s 467 f och Story 1838 s 122. Jag har inte haft tillfälle att kontrollera hänvisningen till Pomeroy och Story. Vad gäller Chafee och Hazard hänvisar de visserligen till *Brown v. Vermuden* men, vad jag kan förstå, inte annat än möjligen implicit menar de att detta är det tidigaste exemplet på en class action. Jämför däremot Calvert 1837 s 19 – som röstar på *Cranburn v. Crisp* (1673) Cas temp Finch 105; 23 ER 57 – ett fall som dock enligt Marcin (s 516 i not 2) inte är någon äkta class action eftersom domen inte blev bindande för de frånvarande. Se även nedan s 76 ff betr *Brown v. Vermuden*.

som framstår som det avgörande kriteriet;[72] det var ju också just denna bundenhet som målet gällde. Men kan det verkligen ha slumpat sig så att frågan om domens bindande verkan gentemot gruppen skulle ställas på sin spets redan med anledning av det första "class actionmålet": vad är det som motsäger att sådan gruppbundenhet redan förekommit i decennier eller rentav sekler?[73]

Ett annat förhållande som gör att man tvekar att utnämna *Brown v. Vermuden* till en class action är att det saknas uppgift om hur de fyra som var parter i förprocessen hade utsetts att föra gruppens talan. Möjligheten att dessa fyra skulle kunna uppfattas som ett slags ombud eller ställföreträdare för de övriga diskuteras i allmänhet inte i doktrinen.[74] Detta är anmärkningsvärt eftersom det kännetecknande för class actions idag är just att bundenhet för frånvarande inträder trots att det *inte* finns något uppdrags- eller fullmaktsförhållande i botten. Och det kan inte uteslutas att det förelåg ett slags uppdragsförhållande i *Brown v. Vermuden,* även om just Vermuden själv inte ansåg sig ha bemyndigat någon annan att uppträda i sitt ställe.[75]

Men varför bråka om vilket mål som förtjänar beteckningen "världshistoriens första class action"? Är det inte ganska likgiltigt hur det förhåller sig med det; det intressanta är väl i vilken social och rättslig miljö class actioninstitutet – i vid mening – växte fram, vilken uppgift institutet skulle fylla och relationen till samtida politiska representationsteorier. Dessa frågor får styra den fortsatta framställningen. Låt oss börja med den processuella situationen.

Den s a s processtekniska bakgrunden till class acitoninstitutet och anledningen till dess uppkomst brukar man söka i kumulationsreglerna i common law och equity. Rättegången uppfattades i 1600-talets *common law* – liksom idag – som "strictly a two- party

72 Se Marcin ovan not 71 in fine.

73 Se nedan s 69 och 78.

74 Se dock numera Weiner & Szyndrowski s 942.

75 Enligt rättsfallsreferatet (22 ER 796) hade Carrier stämt hela sin församling men frågan hur de fyra fått – eller självmant tagit på sig – uppgiften att vara svarande för alla är svår att besvara eftersom det förekommer flera formuleringar om saken. "Rubriken" (s 796) lyder: "Where a Parish is sued, four *moved* to defend. . .", men i själva referatet används uttrycket ". . . four *named* to defend" (samma sida) och "four Persons were *named by the miners*" (s 797). Vermuden gjorde själv, enligt referatet (s 797), gällande att han "was not Party or Privy, nor *claimed under any who was;*" (mina kursiveringar, betr "privy" se nedan i kapitel 6 s 230 f). Weiner & Szyndrowski tror att församlingsborna valde ut de fyra personer som hade de bästa förutsättningarna att vinna den första processen (jfr not 78).

affair":[76] en kärande mot en svarande. I common law kunde man avvika från denna princip och tillåta subjektiv kumulation bara när det var fråga om "joint obligors or obligees". För att detta krav skulle vara uppfyllt krävdes ett synnerligen starkt samband mellan anspråken i fråga och då var å andra sidan kumulationen obligatorisk och processgemenskapen nödvändig.[77] Men i alla de fall då det förelåg viss intressegemenskap mellan ett stort antal personer utan att för den skull (för att använda lokutionen i RB 14:1) käromålen stödde sig på "huvudsakligen samma grund" i nyss angiven mening, kunde de som berördes av rättegången således inte stämma eller stämmas tillsammans; kumulation var inte möjlig.

Att det saknades en regel om fakultativ subjektiv kumulation i stil med den vi har i RB 14:6 gjorde vissa anspråk hart när oprocessbara: en kärande som hade anspråk mot en stor, men löst sammansatt, grupp personer och behövde en enhetlig bindande reglering tvingades till upprepade rättegångar om (nästan) samma sak, vilket ofta var så avskräckande att tvisten aldrig drogs inför domstol.[78] Om däremot personerna i fråga uppfyllde kravet på att vara "joint obligors" var saken inte mycket bättre för det: visserligen var kumulation möjlig och nödvändig i detta fall, men rättegången blev då i stället "unmanageable", åtminstone om det gällde en stor grupp människor (vilket dock naturligtvis sällan var fallet). Förelåg nödvändig processgemenskap på svarandesidan fanns också risk att processen saboterades.[79]

Common lawdomstolarna stod maktlösa inför detta dilemma. Lösningen för parterna var att vända sig till *equitydomstolarna* som, i motsats till common lawdomstolarna, hade vana att handskas med "polygonal controversies". Man kan säga att equitydomstolarnas

[76] Se det citat som inleder det här kapitlet samt nedan i kapitel 12 s 440.

[77] Huruvida man bör anse att det var fråga om ett eller flera mål lämnar jag här åsido, se betr svensk rätt Ekelöf, Rättegång II s 185, jfr Chafee 1950 s 200 f, Marcin 1974 s 519, Wright & Miller § 1751 s 503 och James s 455: "There was no permissive joinder of plaintiffs at common law. Those who had a technically joint interest were compelled to join in. In the absence of such an interest joinder of plaintiffs was improper."

[78] Å andra sidan kunde käranden utnyttja det första avgörandets stare decisis-effekt (nedan kap 6 s 227 f) i de följande rättegångarna. Det har gjorts gällande (Weiner & Szyndrowski s 936 m not 7) att man stundom utnyttjade (och utnyttjar?) denna möjlighet genom att först stämma den som hade de sämsta personliga och ekonomiska förutsättningarna att föra process och dessutom den "sämsta saken". Efter processvinst mot denna sittande fågel kunde så siktet – med hjälp av stare decisis – riktas mot mer högtflygande mål.

[79] Jfr ovan not 78.

prövning generellt sett präglades av en mer aktiv domare och en bredare intresseavvägning än den som följde av common lawdomstolarnas individualistiska utgångspunkt. Även i rena tvåpartsprocesser sökte lordkanslern en lösning som skulle tillfredsställa alla berörda, också dem som inte var parter. Och equityreglerna om kumulation var bredare än motsvarande stadganden inom common law. På kärandesidan räckte det med att det förelåg ett intresse hos flera "either in the subject of the action *or* in the relief" för att en gemensam process skulle aktualiseras.[80] Och för kumulation på svarandesidan krävdes att talan gällde "matters of the same nature, and having a connection with each other, and in which all the defendants are more or less concerned, though their rights in respect to the general subject of the case may be distinct".[81] I båda fallen förefaller kumulationen ha varit obligatorisk och processgemenskapen nödvändig, men rekvisitens vaga utformning medförde ändå en viss flexibilitet.[82]

Lordkanslerns ambition att göra en bred intresseavvägning torde ha medverkat till att kumulationsreglerna gjordes så generösa, ja nästan kvävande, och till att kanslern ansåg sig tvungen att dra in alla berörda i processen. Men det kan också bli för mycket av det goda; kumulationen kunde, liksom inom common law, göra processen ohanterlig, ja omöjlig att klara av om intressentgruppen var för stor.[83] I det läget hade man att välja mellan att antingen acceptera ett sådant processkonglomerat eller att tillåta upprepade processer om samma sak och därmed också ge upp ambitionen att lösa konflikter under beaktande av allas intresse. Så kunde ske inom common law. Detta förefaller däremot inte ha varit möjligt inom equity där processgemenskapen, som nyss nämts, var nödvändig i betydande utsträckning. Men varför inte välja att försöka ta till vara hela gruppens intresse i en rättegång genom att begränsa själva processen till några få representativa personer och lägga på domstolen att kontrollera att de frånvarandes intresse också beaktades? På så sätt skulle en bundenhet för alla kunna accepteras. Detta var dock främmande

80 James 1965 s 455.

81 A a s 456.

82 Enligt Marcin 1974 s 517 var kanslern *tvungen* att kumulera i dessa fall.

83 Till detta bidrog också den s k "death abatement rule" som innebar att om någon i gruppen avled innan dom meddelats måste processen göras om från början, jfr Weiner & Szyndrowski s 939, citatet nedan s 78 från *Brown v. Howard* ("there would be perpetual abatements" och nedan i kap 12 s 467 f betr "mootness".

för såväl traditionell common law som för equity i dess ursprungliga form.

På 1600-talet hade ju common law stelnat och radikala processuella nydaningar var därför inte möjliga vid lawdomstolarna.[84] Behovet av nya grepp måste alltså kanaliseras via equity. Och inom equity valde man att behålla ambitionen att företa en bred intresseavvägning genom att acceptera en *representativ* grupptalan i form av class actions (i vid mening): class actioninstitutet "began as an offshot of bills of peace with multiple parties".[85] Lordkanslern lyckades på detta sätt krångla sig förbi valet mellan ohanterliga massrättegångar och upprepade processer om samma sak. Och parterna gjorde avsevärda processekonomiska vinster: resan till Westminster och den dyra processen inför kanslern passade illa för "småfolk" av det slag de första class actionmålet ofta gällde, dvs arrendatorer, gruvarbetare, vanliga församlingsbor osv.[86] En representativ process var precis vad som erfordrades. Det gemensamma intresse i saken som motiverar kumulation fungerade paradoxalt nog samtidigt som argument mot att alla berörda skulle behöva delta; individens egoism kunde utnyttjas för att tjäna allas (gruppens) intresse. Åtminstone så länge parterna (dvs de som var närvarande i processen) kunde antas förebringa tillräcklig bevisning och göra de åberopanden och invändningar som var relevanta för dem själva hade man ju en viss garanti för att processhandlingarna också gagnade hela gruppen.

Grupprättegångar av det här slaget förekom alltså åtminstone från 1600-talet och framåt. Man kan – som jag snart återkommer till – i praxis se grupper både på kärande- och svarandesidan (*Brown v. Vermuden* var en "defendants class action") och målen gäller framför allt injunctions men så småningom även vanliga betalningsanspråk.

Var det då verkligen först på 1600-talet det hela började? Kanslerns djärvhet vid lösningen av grupprättegångarnas problem var ju uttryck för hans traditionellt fria ställning med vidsträckt diskretionär prövningsrätt – typiskt just för equity – där domaren representerar konungen på ett mera direkt sätt än som så småningom hade blivit fallet i common lawdomstolarna. Men även lawdomstolarna hade under ett par århundraden präglats av ett betydande handlings-

[84] Ovan s 56 f.

[85] Chafee 1950 s 200. Betr uttrycket "bill of peace" se nedan s 83 not 138.

[86] Chafee a a s 201 f. Förfarandet blev dock snart skriftligt, se ovan s 59 f.

utrymme för kanslern vid utformandet av nya writs.[87] Hur kan det komma sig att inte kumulationsreglerna liberaliserades vid detta tillfälle? Och en viss (med equity besläktad) diskretionär prövningsmöjlighet anses kungens "resedomare" (*itinerant judges*) ha haft även inom "the General Eyre" under motsvarande tid, dvs redan på 1200- och 1300-talet.[88] Vad är det som säger att inte dessa resedomare tog sig motsvarande friheter? Tyder inte rentav vissa vändningar i *Brown v. Vermuden* på att detta mål inte var det första class actionfallet:

> "If the Defendant (Vermuden) should not be bound, Suits of this Nature, as in case of Inclosures, Suits against the Inhabitants for Suit to a Mill, and the like, would be infinite, and impossible to be ended." And declared, that the *Defendant*, though no party nor privy, yet he may have a Bill of Review, because he is grieved by the *Decree*...[89]

Det verkar att döma av det här citatet som om kanslern snarast stödjer sig på en redan existerande princip än skapar en ny i *Brown v. Vermuden*. Och Marcin tar just kanslerns hänvisning till andra fall till intäkt för att flytta tillbaka class actioninstitutets födelse ända till 1300-talet, till den tid då en diskretionärt präglad rättsskipning utövades inom the General Eyre. Marcin har – av någon icke redovisad anledning – fastnat för ett par rättsfall från de engelska kanalöarna:

> *Kanalfall 1* (1309) gällde två innevånare på öarna som klagade över ett dekret av innebörd att de skulle betala sina skulder och räntor till den engelska kronan i franska mynt i stället för i det lokala myntslaget. Men öborna kunde av jävsskäl inte klaga inför "the General Eyre" på hemöarna eftersom domarna där tidigare dömt i saken i lägre instans. De hänvisades till "the King's Council" och tillsades av domare i "the General Eyre" att en ensam klagande skulle föra talan för alla och att domen i the King's Council i detta fall skulle vara utslagsgivande för ("govern") alla liknande mål och binda alla medlemmar i klassen också de som inte var angivna eller uppträdde inför domstolen.[90] Sannolikt hade några av öinnevånarna redan tidigare uppträtt i grupp och fört talan för allas räkning. De inställde sig nu i Westminster på utsatt dag, en av dem presenterade fallet och de ålades alla att betala sin skulder och räntor i den dyrare valutan.

87 Ovan s 54 f.

88 Ovan s 58 f; Marcin (s 520) kallar rättsskipningen i "the General Eyre" för "prechancery equity".

89 *Brown v. Vermuden* (ovan s 64).

90 Marcin s 522.

Marcin vill alltså ta ifrån lordkanslern äran av att ha uppfunnit class actioninstitutet och lanserar ett, som man kan tycka, apart 1300-talsmål som "världshistoriens första (?) class action". Och då Marcin beskriver ett senare steg i utvecklingen hamnar han åter i engelska kanalen, nu 250 år senare (1565) – men fortfarande ett sekel före *Brown v. Vermuden:*

> *Kanalfall 2:* Bakgrunden var att domar avdömda på kanalöarna i allmänhet skulle överklagas till "fastlandet", vilket innebar att öborna tvingades inställa sig långt hemifrån. Efter klagomål om detta bestämdes genom dom att målen skulle fullföljas på öarna och inte i huvudstaden. Marcin[91] betecknar detta fall som ett slags class action på svarandesidan ("defendants class action"): alla, inte bara parterna, skulle vara bundna av domen.

Marcin vill visa att class actions existerat innan equity uppkom (kanalfall 1) och inom equity långt före *Brown v. Vermuden.*[92] Men nog fiskar Marcin i grumliga vatten och som läsare känner man en lätt olust över svårigheten att klassificera de gamla kanalfallen i aktuella processuella termer. Var det egentligen fråga om tvistemål i vår mening i dessa fall? Är det inte i kanalfall 1 närmast fråga om ett slags administrativ rättsbildning av förvaltningstyp? Även kanalfall 2 framstår snarare som normgivning av förvaltningsrättslig karaktär än som rättsskipning i snäv mening. Och trots att lagar gäller (eller borde gälla) för alla är det väl inte särskilt meningsfullt att beteckna lagar som class actions?[93] Men även om vi ser till de enskilda tvisterna förefaller det meningslöst att diskutera om det verkligen är fråga om class actions så länge fasta kriterier saknas på denna processform.[94] Frågan om vad som skall kallas världshistoriens första class action förvandlas till en definitionsfråga. Och är man tillräckligt generös i det hänseendet kan man nog hitta exempel på class actions i nära nog vilken tidsepok och i vilket land som helst.

[91] Marcin s 524.

[92] Marcin (s 519) tar även upp andra exempel på class actions inom equity (alltså efter the General Eyre) före *Brown v. Vermuden,* så t ex *Maire v. Stockton* (1465) där en borgmästare stämde å samtliga stadsinnevånares vägnar, en situation som närmast påminner om en slags processuell ställningsfullmakt eller kanske rent av en "kommunal" *parens patriae"*, jfr nedan i kap 14 avsnitt 2.

[93] Jfr däremot ovan s 56 not 39 vad gäller prejudikat som "de facto class actions".

[94] Jfr ovan s 65. Sådana kriterier anges varken av Marcin, Chafee eller Yeazell (betr Marcin se dock ovan i not 70) Weiner & Szyndrowski (s 940 f i not 24) anser dock att det bara var fråga om stare decisis och inte res judicata i kanalfallen och att dessa därför ej förtjänar beteckningen class actions. Jfr däremot Marcin ovan i not 71.

Marcins synpunkter har rönt viss uppmärksamhet och därför, samt för att ge en historisk djupverkan, refereras även här. Men han står nog ändå rätt ensam! Class actioninstitutet anses, som nämnts ovan, i allmänhet – om vi bortser från kanalfallen och siktar in oss på vad som hände ungefär vid tiden för *Brown v. Vermuden* (1676) – ha sina rötter i en särregel framtvingad av de engelska kumulationsreglerna på 1600-talet: common law tillät kumulation i alltför få fall medan equityreglerna tvingade fram kumulation i en utsträckning som ledde till opraktiska, ja stundom ogenomförbara rättegångar. På 1600-talet utvecklade därför lordkanslern regler som kan sammanfattas på följande sätt:[95] 1. subjektiv kumulation skulle ske i betydande utsträckning; ofta gällde vad vi kallar nödvändig processgemenskap, 2. sådan kumulation fick dock underlåtas när den var ogenomförbar, opraktisk eller ledde till oacceptabla komplikationer, 3. tredje man – som lämnats utanför processen till följd av 2. – binds inte av domen om han inte är representerad i rättegången av någon som är part där. Men bundenhet enligt 3. kunde uppstå inte bara till följd av "privity"[96] utan även genom att man begagnade class actioninstitutet.[97] Målsättningen inom equity "to do complete justice or non at all"[98] kunde på detta sätt uppfyllas utan att man behövde tillgripa det senare – uppgivna – alternativet alltför ofta.

Till sist kan man fråga sig om inte den traditionella bilden av brister i kumulationsreglerna som class actioninstitutets barnmorska är missvisande; vad som sker är att man samtidigt klagar på de snäva och rigida kumulationsreglerna i common law och på att kumulationsbestämmelserna var alldeles för generösa och långtgående inom equity. Man frågar sig då hur i hela friden de kumulationsregler skall se ut som skulle kunna tillfredsställa behoven för grupprättegångar av det slag som kom att handläggas som class actions; common law och equity verkar ju tillsammans ha erbjudit ett nära nog komplett sortiment. Det är kanske lika orealistiskt att tro att class actions kunnat ersättas av ändrade kumulationsregler på 1600-talet som det är att hävda att kumulationsinstitutet skulle kunna bli ett

95 Jfr Hazard s 1255 f och 1266.

96 Se nedan s 230 f.

97 I England gällde (och gäller) i princip att rättskraften är begränsad till parterna men detta trots att det inte fanns – eller finns – något konstitutionellt hinder mot rättskraft mot tredje man av det slag som den amerikanska rätten till "due process" (bl a "a day in court") stundom ansetts innebära, jfr Weiner & Szyndrowski s 939 och nedan i kap 6 s 230 f.

98 Hazard s 1271.

användbart class actionalternativ idag. Detta blir tydligt så fort den inblandade gruppen börjar uppgå till några tiotal personer, dvs just vid det antal som utgör den nedre gränsen för att en class action skall tillåtas i modern amerikansk process.[99] En class action kan visserligen – idag liksom på 1600-talet – uppfattas som ett särskilt slags (fiktiv) kumulation. Men de hinder som måste överbryggas för att en dylik "kumulation" skall kunna ske ligger inte i kumulationsreglerna utan i traditionella regler om representation och/eller talerätt (eller möjligen partsbehörighet och processbehörighet) samt rättskraftens begränsning till parterna. Det framstår som anmärkningsvärt att den rättshistoriska diskussionen om class actioninstitutet kretsar så ihärdigt kring de medeltida kumulationsreglerna och så sällan kring frågor om ombud, ställföreträdarskap, talerätt, partsbehörighet och res judicata.[100] Men även om dessa institut tas med i bilden riskerar man att class actioninstitutets uppkomst får en alltför inskränkt, så att säga processteknisk, förklaring. Lordkanslerns ställning och ambitionerna inom equity att åstadkomma breda – ibland närmast lagstiftningsliknande – lösningar, som omfattade alla berörda, var den grundläggande faktorn.

Med detta konstaterande och med beklagande av att den processuella bilden fortfarande kanske framstår som suddig får vi nu lämna de begränsade processtekniska frågorna. Meningen med den här boken är inte att föra en rättshistorisk eller rättsdogmatisk diskussion kring de processuella begrepp som förefaller lika relevanta som kumulation då det gäller att söka upp den första class actionprocessens livsrum. Avsikten i fortsättningen är i stället att försöka vidga perspektivet och sätta in class actioninstitutet i dess sociala sammanhang och relatera de representationsproblem institutet aktualiserar till ett mera allmänt plan. Även några mer traditionella processuella synpunkter kan dock bli aktuella också i det följande.

99 Se nedan i kapitel 4 s 183 f.

100 Jfr Harvard Developments s 1332 med not 13, där det påpekas att Calvert ägnar jämförelsevis litet utrymme åt kumulationsreglerna jfr med t ex Chafee (s 203 f och 210). Gränsen mellan "kumulation" (jfr dock ovan not 77) i form av nödvändig processgemenskap å ena sidan och talerätt å den andra är emellertid vansklig att dra och därmed för frågor om kumulation s a s med sig talerättsaspekter. Men class actions förekommer numera också på områden där fakultativ kumulation (eventuellt) skulle kunna komma ifråga och sambandet med talerätt blir då mindre tydligt.

4. Class actioninstitutets tre epoker – en översikt och en introduktion till de dominerande representationsteorierna

Det blir anledning att återvända till *Brown v. Vermuden* och andra rättsfall under class actioninstitutets olika epoker nedan i avsnitten 5–7. Men låt oss först, för att få överblick, titta i facit och se vad som hände under de kommande seklerna.

Den amerikanske processualisten Stephen Yeazell[101] anser att class actioninstitutets utveckling kan delas in i tre kronologiskt och funktionellt väl åtskilda epoker:

epok 1, som varade från 1600-talet till slutet av 1700-talet. Under den här tiden fyllde class actioninstitutet funktionen att modernisera och anpassa sedvanerätten rörande gods- och byförhållanden till situationen strax före "the agricultural revolution". Då detta behov var tillgodosett var det dags för

epok 2, som sträckte sig från slutet av 1700- till mitten av 1800-talet. Man sökte då – under industrialismen – finna processuella vägar att tillgodose behov för vissa nya gruppkonstellationer som till en början saknade materiellrättsligt erkännande och följaktligen också en adekvat materiellrättslig reglering. Class actions blev ett medel för dessa grupper att överleva perioden fram till dess de accepterades som juridiska personer ("associations and corporations"). Grupperna under epok 2 kännetecknades alls inte av den enhetlighet och "cohesion" som präglade by- och församlingsgemenskapen under epok 1. Epok 2 varade fram till mitten av 1800-talet. Härefter inträdde stiltje på class actionfronten, ja institutet avsomnade nästan helt för att på allvar väckas ur sin törnrosasömn först till

epok 3, som inleddes på andra sidan Atlanten i mitten av 1950-talet. Grupprättegångar av class actiontyp fick då åter en ny uppgift: class actioninstitutet erbjöd möjligheter att överbrygga den processuella klyfta som uppstod då en massproduktionsekonomi konfronterades

101 Yeazell 1977 s 867. Jfr a a s 515 f f. – Weiner & Szyndrowski – också de amerikaner – begagnar en annan indelning: man skiljer mellan "the manor cases" (motsvarande Yeazells epok 1) samt "the business group cases" och "the privateer and other creditor/distribution cases", vilka tillsammans ungefär motsvarar Yeazells epok 2 (jfr nedan s 86 not 156 och s 114). Se även Kazanjian s 393 ff.

med en individualistiskt präglad process.[102] Grupperna är stundom av klar ad hoc-karaktär.

Yeazells framställning är stimulerande läsning och vi skall följa honom en del i argumentationen, som dock inte förefaller helt invändningsfri. Redan konstruktionen av trestegsraketen ovan verkar teoretisk i överkant. Var grupperna verkligen så olikartade? Och vad är det – utöver kronologin – som skiljer epokerna åt? I alla tre fallen är det samhällsutvecklingen som utsätter rättsmaskineriet för ett övertryck, vilket får säkerhetsventiler – som t ex just class actioninstitutet – att utlösas. Epok 2 bär dock det intressanta särdraget att processen fått tjäna som murbräcka för den materiella rätten, fått driva på utvecklingen i stället för att – som kanske numera oftast är fallet – bromsa den. Eller är inte denna "omvända" ordning unik för epok 2? Det blir anledning att återkomma också till den frågan senare i det här kapitlet. Epok 3 skall däremot diskuteras först i nästa kapitel; nu gäller ju framställningen enbart utvecklingen i England.

Yeazell tar i så det knakar och förefaller få ökat självförtroende allt eftersom han leder fram den ena auktoriteten efter den andre till slaktbänken och skoningslöst gör hackmat av tidigare teorier om class actioninstitutets historia. Det är i stort sett bara den engelska 1800-talsjuristen *Calvert* och den med Yeazell samtida amerikanske professorn *Hazard* som finner nåd inför den kaliforniske forskarens ögon. Även Hazard[103] lyfter för övrigt fram just Calvert och höjer honom till skyarna.

Calvert var engelsman. I övrigt är det huvudsakligen amerikaner som ägnat class actioninstitutets historiska bakgrund någon uppmärksamhet.[104] Tidigare skedde det dock vanligen mer i förbigående och för att nå fram till ett ställningstagande i vissa frågor de lege lata. Så länge equity präglade även amerikansk rätt var vad vi skulle beteckna som rena rättshistorien av stort intresse också för tillämpningen av gällande rätt, inte minst i de högre instanserna.[105] I

[102] Yeazell 1977 s 867.

[103] Hazard 1961 s 185 f.

[104] Så t ex Story, Chafee, Marcin, Yeazell, Hazard samt Weiner & Szyndrowski. – Att man intresserat sig föga för class actioninstitutets historia i engelsk 1900-talsdoktrin beror naturligtvis på att processformen i stort sett saknat betydelse i engelsk praxis under det senaste halvseklet, jfr nedan i kapitel 11 s 371 ff.

[105] Jfr betr tysk rätt ("Gemeines Recht") ovan s 35.

flera fall har ledamöter av USA:s högsta domstol på detta sätt backat upp sin uppfattning om grupprättegångarnas teori och problematik. Mest betydelsefull i detta sammanhang är kanske *Justice Story*. Men både Hazard och Yeazell beklagar att det skulle bli just Story's åsikter om äldre class actions som kom att påverka utvecklingen i USA.[106]

Yeazell anklagar för övrigt i stort sett all forskning om class actioninstitutets historia för att arbeta bakvänt och med felaktiga representationsteorier:

> "We operate the modern class action backwards, leaving undone those things which we ought to do and doing those things which we ought not. The difficulty flows from our having inherited two incompatible theories of litigative representation, both of which we have cheerfully embodied in the same procedural rule. To make matters worse, we apply each theory in just those circumstances in which it makes least sense. The confusion goes back 300 years."[107]

De två processuella representationsteorier Yeazell avser är vad jag skulle vilja kalla intresseteorin ("the community of interest theory") och samtyckesteorin ("the consent theory").[108] Enligt *intresseteorin* tillåts en aktiv kärande att ta processuella initiativ på andras vägnar och detta helt på egen hand. Representanten förutsätts företräda gruppens *intresse* i första hand, i andra hand – indirekt – de representerade, dvs gruppmedlemmarna. Det är i det läget inte säkert att de sistnämnda bättre än representanten förstår vad som ligger i gruppens intresse och därför fordras inget samtycke från deras sida; de ges inte heller möjlighet att påverka representantens handlande. Gruppen, inte dess medlemmar var för sig, är "the legally relevant factor".[109]

Samtyckesteorin däremot förutsätter att representanten kan agera bara om de representerade ger sitt samtycke. Det är samtycket som legitimerar representationen, inte redan intressegemenskapen i sig. Det är gruppmedlemmarna och inte själva gruppen som är "the fundamental unit".[110]

106 Hazard 1961 s 186, Yeazell 1980 s 1088. Utvecklingen i USA berörs närmare nedan i kap 3; betr Story se nedan s 113.

107 Yeazell 1980 s 1067.

108 Harvard Developments 1976 s 1331 ff.

109 Harvard Developments s 1334 i not 2 och nedan i kap 3 s 129 där längre citat finns återgivna.

110 A a s 1338 och nedan i kap 3 s 129.

Som snart skall framgå ledde så småningom kampen mellan dessa två teorier – aktuella vid såväl processuell som politisk representation – fram till helt motsatta resultat på dessa båda områden. Då intresseteorin börjat förlora mark på den politiska arenan kom den att ersätta samtyckesteorin och utgöra den teoretiska grunden för grupprättegångar på den processuella sidan. Idag används båda teorierna (och ytterligare någon) för att legitimera moderna class actions i USA;[111] man kräver samtycke i en eller annan form i vissa fall men inte i andra. Men paradoxalt nog tycks man kräva samtycke just i de fall då intressegemenskapen är som mest sannolik och pruta på detta krav då det är som mest troligt att representantens eget intresse avviker från de passiva gruppmedlemmarnas.[112] I det följande skisseras den sociala bakgrunden till denna utveckling.

5. Närmare om grupptalan under den första epoken

En modern class action kan föra samman individer utan social samhörighet till en processuell enhet som uppstår först genom rättegången; det som binder gruppen samman är ofta ett tillfälligt inslag i gruppmedlemmarnas liv, som t ex köp av en viss vara eller skadeverkningarna av en miljökatastrof. Alltid är det inte så (jfr t ex diskrimineringsmål), men ofta nog.[113] I class actioninstitutets barnkammare, engelsk landsbygd i slutet av 1600- och början av 1700-talet, var förhållandet det motsatta; den grupp processerna gällde var inte en processuell konstruktion ad hoc utan tog sig även – ja framför allt – uttryck i en stark social enhet i fråga om bosättning, yrke och levnadsförhållanden i övrigt. I *Brown v. Vermuden*[114] bestod gruppen av folk knutna till gruvnäringen i en viss församling. Visserligen ingick här såväl gruvägare som gruvarbetare och man kunde nog – på 1600-talet lika litet som idag – knappast tala om en närmare social gemenskap eller likformighet i levnadsomständigheter mellan dessa kategorier.[115] Men anknytningspunkterna (bosättning, arbetsplats, församlingsgemenskap) är ändå starka och bestående, inte blott ett resultat av den processuella situationen.

111 Nedan i kapitel 3 s 131 och 134 f.

112 Yeazell 1980 s 1069 och nedan s 131 ff.

113 Jfr nedan s 131 ff.

114 Refererat ovan s 64.

115 Kanske är detta förklaringen till att Yeazell undviker att diskutera *Brown v. Vermuden* närmare; fallet är inte något bra belägg för hans teser.

Ett (ännu) bättre exempel på sådan social gemenskap erbjuder ett annat rättsfall, också det med en Mr Brown som kärande men inte den Brown som processade mot Vermuden och inte med klassen på svarandesidan utan *Brown v. Howard* (1701):[116]

> År 1701 stämde några av godset Greystock Manors arrendatorer – bl a Brown – godsägaren Howard för att få frågan om ett slags överlåtelseavgift avgjord. Tvisten var typisk för den engelska landsbygden i början av 1700-talet: arrendatorer och jordägare var oense om den särskilda avgift som togs ut vid överlåtelse av arrendet. Själva arrendebeloppet var i allmänhet fastlåst, ofta sedan flera hundra år tillbaka i tiden, och jordägarna försökte kompensera sig (för inflationen?) genom att ta ut en särskild avgift, "fine", vid överlåtelse av arrenderätten från far till son, en överlåtelse som godsägaren inte hade rätt att motsätta sig. I stället för att höja själva arrendet passade givetvis jordägaren på att försöka höja överlåtelseavgiften vid varje överlåtelse. Arrendatorerna protesterade mot ökningarna och ansåg att jordägaren åtminstone inte hade rätt att överskrida de avgifter (i allmänhet viss procent av arrendeavgiften) som brukade uttas enligt sedvänjan på orten. Domstolarna erkände oftast den lokala taxan men tvist uppstod inte sällan om tillämpningen av denna taxa vid ett visst gods.

Det är självfallet att processer på det här området kom att intressera stora grupper eftersom den omtvistade frågan ofta nog rent faktiskt kom att gälla alla i en liknande situation, t ex alla arrendatorer vid Greystock Manor. Lordkanslern hade därför – långt före *Brown v. Howard* – utvecklat en processuell modell av innebörd att några få arrendatorer tilläts företräda hela gruppen och avgörandet blev sedan bindande för alla. Till en början tycks det ha varit en förutsättning att representanten(-erna) hade auktorisation i form av något slags uppdrag från de övriga arrendatorerna. En class action i modern mening var det alltså inte fråga om, men ändå en sorts grupptalan som kom att bilda utgångspunkt för class action-institutet.

Enligt Yeazell var det sådana här processer – rättegångar rörande en enhetlig grupp vars medlemmar uttryckligen hade gått med på att låta sig representeras för att få praxis och hävd fastslagen – som var de ursprungliga grupprättegångarna.[117] Rättegångar av det slaget hade varit vanliga ända sedan 1500-talet – *Brown v. Vermuden* utgör bara ett exempel – och det var sannolikt också en sådan process man avsåg att föra i *Brown v. Howard.* Men just i detta fall tog kanslern, kanske omedvetet, ett steg mot en helt annan uppfattning

116 (1701) 1 Eq Ca Abr 163; 21 ER 960.
117 Yeazell 1980 s 517.

om hur grupprocesser kunde utformas; det är nämligen högst ovisst om arrendatorn verkligen hade auktorisation från de övriga i arrendatorskollektivet på det sätt man brukat kräva.[118] I vart fall invände svaranden att så inte var fallet och att de övriga följaktligen inte skulle bli bundna av domen. Domaren avfärdade denna invändning under åberopande av hundratals andra fall:

> ". . . and it was insisted upon, that there being but some of the Tenants Parties to this Bill, the rest would not be bound by this Trial: but Ld. K. held they would; and he said he remembered the Case of *Nether Wiersdale*, between Lord *Gerhard* and some few tenants, and Lord *Nottingham's* case in the Dutchy concerning the customs of *Daintree Manor* for Grinding and Baking at the Lord's Mill and Bake-house, and said in these and hundred others, all were bound, though only a few Tenants Parties; else where there are such Numbers, no Right could be done, if all must be Parties; for there would be perpetual Abatements; and it is no Maintenance for all the Tenants to contribute, for it is the Case of all; . . .".[119]

Nu är det emellertid inte klart huruvida just *Brown v. Howard* innebar det definitiva genombrottet för en ny slags processuell representation; knäckfrågan i rättsfallet var snarare om de arrendatorer som inte var närvarande gjorde sig skyldiga till brottet "maintenance", som bestod i att understödja (ekonomiskt eller på annat sätt) en process som man själv inte deltog i.[120] Kanslern verkar här ha givit uttryck för åsikten att den som binds av domen bör uppfattas som part åtminstone på så sätt att det inte är brottsligt för honom att bidra ekonomiskt till rättegången.

Men *Brown v. Howard* visar också hur kravet på samtycke luckrats upp; de frånvarande skulle enligt lordkanslern bli bundna av domen "for it is the Case of all".[121] Man kunde dispensera från kravet på individuellt samtycke från gruppmedlemmarna eftersom gruppens homogenitet och de rättigheter målet avsåg gjorde samtycke överflödigt;[122] processer av det här slaget gällde mer de rättigheter och skyldigheter som följde av en viss *status* (som t ex arrendator, församlingsmedlem etc) än den enskildes ställning i det individuella fallet.

118 Jfr dock Weiner & Szyndrowski s 943 som håller före att *alla* samtyckt och utsett de bästa representanterna för gruppen att föra deras talan.

119 21 Eng. Rep. s 960, här citerat efter Yeazell 1980 s 518.

120 Yeazell 1980 s 519. – Maintenance var tidigare ett brott i engelsk och amerikansk rätt.

121 Rättsfallet a st.

122 Yeazell 1980 s 518.

Den situation som speglas i *Brown v. Howard* skulle väl med modern svensk processuell terminologi kunna sägas gälla "väsentligen likartade rättsförhållanden". Kumulation skulle alltså vara möjlig enligt den fakultativa regeln i RB 14:6 men inte enligt den obligatoriska bestämmelsen i 14:2.[123] Det var ju inte fråga om *samma* utan *likartade* arrendeavtal. (Man skulle dock kunna säga att den relevanta frågan – överlåtelseavgiftens storlek – är exakt densamma eftersom avgiften skulle fastställas procentuellt lika för alla mot bakgrund av sedvänjan på orten.) Det föreligger inte heller nödvändig processgemenskap enligt dagens sätt att se eftersom det inte är fråga om ett rättsförhållande som "måste gälla enhetligt för alla dem som har del däri".[124] Det är alltså inte så att "endast en dom kan givas för alla" (RB 14:8 st 2). Motstridiga domar mot arrendatorerna skulle mycket väl gå att realisera i praktiken (även om det naturligtvis skulle skapa en viss oro på orten) och därmed är inte heller förutsättningarna för nödvändig processgemenskap, åtminstone som de beskrivs av Ekelöf, för handen. En annan sak är att domen i ett mål skulle få avsevärd bevisverkan i ett senare. Om denna bevisverkan skulle vara tillräckligt stark för att motivera ordinär intervention är däremot tveksamt.[125]

Nu är det emellertid inte givet att motstridiga domar skulle ha gått att realisera – praktiskt sett – vid tiden för *Brown v. Howard*, dvs i början av 1700-talet. Inom equity hade man ju också ambitionen att via kumulation eller på annat sätt lösa frågan samtidigt för hela gruppen. Och kanske är det anakronistiskt att beteckna situationen såsom gällande flera rättsförhållanden i början på 1700-talet; processen gällde närmast *gruppens, kollektivets, status*.

Att ord som "kollektiv", "status" osv använts ovan är för att antyda nutida paralleller. Det är numera – i kanske högre grad än på 1700-talet – en vanlig ambition att reglera kollektivets rättigheter och skyldigheter enhetligt, så t ex genom kollektivavtal på arbetsrättens område där man bl a genom förhandlingsskyldighet och särskilda talerättsregler vid arbetsdomstolen åstadkommer en situation som inte är alldeles olik förhållandena i *Brown v. Howard*.

Det är – som framgått av det finstilta ovan – frestande att anställa jämförelser med situationen idag. Men låt oss åter återvända till 1700-talet och fråga vilken verkan domen fick i *Brown v. Howard* för eller emot de arrendatorer som inte deltog i processen. Det verkar som om man antog rättskraft i detta fall och inte "blott" bevisverkan; svaranden (godsägarsidan) invände ju att eftersom alla arrendatorer inte deltog skulle alla inte bli bundna, medan domaren avfärdade denna invändning med att alla skulle omfattas i detta fall, liksom i hundratals andra, eftersom "else where there are such Numbers, no Right could be done, if all must be Parties".[126] Och

123 Jfr Ekelöf, Rättegång II s 171.

124 Ekelöf, a a s 182.

125 Frågan om i vilken mån "identitet" i rättsfrågan kan motivera kumulation och intervention är omstridd, se Ekelöf, Rättegång II s 172 ff och – vad gäller ordinär intervention – å ena sidan densamme, Interventionsgrunden s 266 och Rättegång II s 192 not 14, å den andra Olivecrona 1946 s 100, Heuman, Rättshjälp och pilotfall s 24 samt Björk s 43 f.

126 Ovan vid not 119.

uttrycket "all were bound" torde åsyfta faktisk bundenhet, dvs res judicata.

Brown v. Howard är nog – liksom *Brown v. Vermuden* – ett belägg för rättskraft mot "tredje man". Men uttrycket "tredje man" får i detta fall fattas i en särskild betydelse: det var ju snudd på att alla arrendatorerna betraktades som parter ("it is the Case of all"). Man skulle kanske kunna beskriva det processuella läget som en fiktiv kumulation. Men lika väl – eller hellre – kan *Brown v. Howard* ses som uttryck för en speciell reglering av en ställföreträdar- eller fullmaktssituation. Det är typiskt för class actionmål även idag att de frånvarande gruppmedlemmarna är svåra att kategorisera i ordinära processuella termer: är de (tysta) parter eller tredjemän? Jag har inte kunnat finna någon som tagit ställning i denna terminologiska fråga. Och är den som för processen ställföreträdare eller ombud? Eller bör han anses äga ett slags talerätt rörande annans rättsställning? Eller skall gruppen – klassen – ses som ett slags speciell juridisk (processuell) person ad hoc med en egen partsbehörighet sui generis? Jag har redan betecknat det som mindre meningsfullt att låta sådana terminologiska spekulationer förklara class actioninstitutets uppkomst och tror inte heller att resonemang av det slaget är de rätta för att bestämma dess rättsliga position de lege lata eller de lege ferenda.[127] Men det är intressant att konstatera att traditionell terminologi inte förefaller passa in på situationen.

Antag emellertid att rättskraft mot "tredje man" inte skulle anses vara för handen i ett fall som *Brown v. Howard*. Vilken praktisk skillnad skulle det göra? Ja, uppenbarligen skulle domen då i stället få en bevis- eller kanske snarare prejudikatsverkan, dvs närmast (men inte riktigt) en *stare decisiseffekt,* som inte står res judicata långt efter, särskilt inte i det anglosaxiska rättssystemet. Åtminstone idag är skillnaden mellan res judicata och "stare decisis" i engelsk rätt sannolikt mindre än skillnaden mellan domens rättskraft och dess bevisverkan hos oss.[128] Detta gällde nog i ungefär lika hög grad för ett kvarts årtusende sedan; i det samhälle där domen i *Brown v. Howard* avkunnades fanns så starka sociala band inom gruppen att domen säkert blev känd för alla, också för dem som inte var parter. Och benägenheten att starta ny process om (nästan) samma sak torde ha varit så svag att frånvaron av rättskraft betydde föga.

[127] Ovan vid not 93 b.

[128] Jfr Cappelletti, The doctrine s 382 ff och nedan i kap 6 s 227 f.

Som även Yeazell påpekar flyter alltså res judicata, bevisverkan i sakfrågor och stare decisis ihop i ett samhälle av det här slaget och det spelar därför inte så stor roll om alla berörda är med i själva rättegången eller inte:

> "For even if the case is brought by a single member of the group the precedential effect of the ruling (or demurrily perceived as a question of stare decisis) will carry a force scarcely distinguishable from the res judicata. Formally, of course, the unjoined members of the group will remain free to urge different interpretations of the law in subsequent cases – as they would not if joined in the original suit – but if the precedent is authoritative the only truly litigable issue will be whether they are members of the group, exactly the situation that would exist if the original litigation had been group litigation."[129]

Class actioninstitutet växer alltså fram i ett samhälle där den nya processtypens extremt vittgående rättskraftskonsekvenser innebär ganska begränsade förändringar i praktiken: domen skulle få ungefär samma betydelse för gruppmedlemmarna även om den inte skulle binda dem genom res judicataregler. Man förefaller paradoxalt nog ha haft förvånansvärt litet att vinna på ett steg som åtminstone principiellt sett är långt och svårt att ta: bundenhet för andra än parterna i sådan utsträckning att de frånkänns sin "day in court".[130]

Men man kan också vända på steken och förneka att det är fråga om en paradox. Just på grund av att förändringen inte var så stor i praktiken var steget lätt att ta. Och man var kanske inte ute efter class actioninstitutets rättskraftseffekter utan fick ta dem på köpet. Avsikten var kanske snarare att slippa välja mellan pest i form av en ohanterlig jätteprocess med massor av parter och kolera som resulterade i upprepade rättegångar om (nästan) samma sak. Med equityambitionen att försöka lösa en tvist under beaktande av intresset för samtliga berörda[131] (parter eller inte) blir en naturlig utväg ur detta dilemma att slå in på en representativ process, först kanske med uppdragsförhållande i botten, senare utan auktorisation av det slaget men med officialprövning och höga krav på parternas representa-

[129] Yeazell 1980 s 519 i not 18 och nedan i kap 6 s 227 f.

[130] Jfr Yeazell 1980 s 529 som pekar på denna paradox men inte försöker förklara den. – Beträffande de fördelar class actioninstitutet har i liknande fall idag, se nedan i kapitel 12 s 467 ff om class actions i förbudsmål. Vad gäller rätten till "a day in court" se ovan not 97 och nedan i kap 5 s 190; uttrycket bör egentligen inte begagnas för engelska förhållanden.

[131] Se ovan s 66 f.

tivitet som ersättning och skydd mot orättmätig bundenhet för tredje man.

Varför försökte då godsägarsidan i *Brown v. Howard* freda sig genom att framställa invändningen att alla arrendatorer inte intog partsställning? Skall det ses som uttryck för att det i tidigt engelskt 1700-tal fanns regler om nödvändig processgemenskap, åtminstone i så måtto att process annars bara tilläts om parten hade uttryckligt samtycke från de övriga i gruppen att representera dem? Hoppades Howard att man skulle få stopp på processen på detta sätt? Det skulle i så fall stämma med kumulationsreglerna inom equity så som de framställts ovan.[132] Men rättsfallsreferatet ger, lika litet som Yeazell, svar på den frågan. Hur skulle Brown ha burit sig åt om han inte accepterats som part och alla de övriga arrendatorerna hållit sig hemma? Han kunde naturligtvis – om det fanns en passande *writ* – ha väckt talan i en common lawdomstol men då hade han varit tvungen att klara sig helt på egen hand; i common law var ju kumulation inte tillåten i ett fall som det här aktuella.[133]

Kanske var processviljan inte tillräckligt stark för att Brown skulle ha vågat ett sådant solonummer. Nu hade han i alla fall *några* med sig och tydligen ännu fler i gruppen som stödde hans sak, kanske även ekonomiskt, vilket kunde ske i en equitydomstol utan att brottslig "maintenance" ansågs vara för handen. I detta läge valde kanslern att acceptera Brown et consortes som representanter för hela gruppen. Då följer frågan om han skulle kräva samtycke från de övriga eller presumera det. I detta fall, liksom (av referatet att döma) i många andra vid skiftet mellan 1600- och 1700-talen, valdes det senare. Att så kunde ske kan måhända förklaras med att det inte innebar något större skillnad för de frånvarande eftersom de annars skulle drabbas av en "bevis- och prejudikatsverkan" av nästan samma styrka som rättskraften. Vad Yeazell kallar en paradox är med detta sätt att se snarare helt konsekvent.

Man kan vidare förmoda att inom så sammanhållna grupper, som Yeazell påstår att det var fråga om under den första class action-epoken, låg ett implicit samtycke i luften; alla visste vad som var på gång och tystnad kunde då tolkas som ett instämmande. Några annonser i Post och Inrikes tidningar behövdes inte för att sprida ryktet att godsägaren stämts in till domstol. Byborna levde på den tiden – liksom i Sverige före de stora skiftena – i sammanhållen

[132] Se ovan s 66 f.
[133] Se ovan s 66.

bebyggelse, tätt intill varandra längs en bygata och inte ute på sina (arrenderade) skiften.[134] Att uppträda för allas räkning utan bemyndigande från de övriga var då i praktiken omöjligt, särskilt om det förelåg meningsskiljaktigheter inom bygemenskapen i den aktuella frågan.

Oklart är däremot vad som skulle hända om någon i gruppen skulle ha motsatt sig att processen fördes för hans räkning. Detta problem föreligger oavsett vilken av de två konstruktionerna – nödvändig processgemenskap eller rättskraft mot tredje man via en class action – som väljs. Kan det verkligen ha varit meningen att en skulle kunna stoppa processen mot de övrigas vilja? Eller skulle resultatet av en sådan vägran att låta sig representeras bli detsamma som vid en modern "opt-out" enligt amerikansk class actionlära: den som hoppar av binds inte av domen utöver stare decisiseffekten?[135]

Att döma av Chafees framställning[136] var lösningen i detta läge att tvinga med de övriga i processen. Detta kunde tydligen ske, men om det var kanslern eller parten som agerade för att uppnå det resultatet förefaller inte helt klart. Kanslern måste dock åtminstone ha medverkat för att erforderliga tvångsmedel skulle kunna mobiliseras.[137] I de övriga fallen – då öppen opposition inte förelåg inom gruppen – kunde domaren däremot använda ett slags "Bill of Peace", ett processuellt instrument för att åstadkomma en blott fiktiv – och därmed hanterlig – kumulation, ett slags representativ grupptalan, en class action grundad på tyst samtycke.[138] Chafee verkar se class actioninstitutets uppkomst som en teknisk lösning på ett processuellt dilemma.[139]

Att explicit samtycke inte krävdes behöver inte uppfattas som bevis för en överdriven tilltro till den processuella representantens förmåga att tillvarata de frånvarandes intresse. Jag tror att man snarare bör se *kanslern* än käranden som garanten för att gruppmedlemmarnas rätt inte trädde för när genom undermålig process-

134 Yeazell 1977 s 876 vid not 57, som dock påpekar (a a s 878) att ett krav på samtycke är förklarligt och naturligt just i en sådan trång miljö; jfr dock även a a s 878 not 68.

135 Härom nedan i kapitel 6 s 223 ff. Jfr ovan s 64 betr Vermuden i *Brown v. Vermuden.*

136 Chafee 1950 s 201 f.

137 Ovan s 60.

138 Jfr ovan s 68 och Chafee 1950 s 149 f. – Beteckningen "Bill of Peace" har möjligen samband med principen: "speak now or for ever after hold your peace", a a s 185.

139 Jfr däremot ovan s 71 f och nedan s 84 f vad gäller Yeazell.

föring av de närvarande. Just inom equity hade ju domaren ambitionen att gå utöver de snäva partsintressena och göra en bred intresseavvägning med hänsyn till alla berörda.[140] En sådan officialprövning framstår också som naturlig så länge rättsskipningen tänkes utgå direkt från kungen, som traditionellt dels kan uppfattas som en feodal överhöghet, obunden av undersåtarnas dispositioner i och utom process, dels ock antogs ha ett "prerogative" att tillvarata "de svagas och *frånvarandes*" rätt.[141]

Jag har nöjt mig med att referera ett par rättsfall för att illustrera grupprättegång under vad Yeazell kallar epok 1: England i slutet av 1600- och början av 1700-talen. I dessa båda fall (med viss reservation för *Brown v. Vermuden*) utgörs klassen av en grupp präglad av social enhetlighet. Det finns ytterligare en rad belägg för att just grupper av detta slag (arrendatorer, församlingsbor etc) figurerade i liknande processer[142] och Yeazell gör ett stort nummer av detta förhållande. Av de material Yeazell utnyttjat tycks rentav framgå att *alla* grupprättegångar från denna epok gällde just tvister framsprungna ur gods- och församlingsgemenskapen.[143] Karakteristiskt är vidare att tvisterna i allmänhet rörde lokala sedvänjor och att det inte var fråga om fullgörelsetalan med yrkande om skadestånd utan snarare om ett slags fastställelsetalan,[144] som senare kunde följas upp med en fullgörelsetalan i enskilda fall.[145]

Yeazell drar av dessa förhållanden slutsatsen att processen egentligen gällde "declaration of custom" med prospektiv – framåtblickande – inriktning; processen hade inte, som Chafee trott, retrospektiv inriktning på att främst lösa en redan uppkommen tvist. Lordkanslerns avsikt var snarast att bestämma vad som skulle vara lag i morgon och han saknade egentligen intresse att applicera denna reglering på det förgångna;[146] det var närmast fråga om "litigation

[140] Ovan s 67.

[141] Ovan s 50, jfr nedan i kapitel 14 s 572 f om "parens patriae".

[142] Se t ex de av Yeazell 1977 s 872 i not 30 nämda fallen.

[143] Yeazell 1977 s 871. – Att Yeazells omfattande undersökningar av class actioninstitutets historia – ca 150 s – har sitt särskilda intresse beror, förutom på hans skicklighet, på att han kunnat utnyttja material som de tidigare auktoriteterna på området, t ex Chafee, inte haft tillgång till, se Yeazell s 867.

[144] Jfr dock Chafee 1950 s 285 f.

[145] Yeazell 1977 s 871, 888 och 890.

[146] Yeazell 1977 s 891, jfr däremot Chafee 1950 s 203. Se även ovan s 60 f.

as legislation".[147] Att man kunde tänka sig bundenhet även för dem som inte uttryckligen samtyckt till att låta sig representeras i processen är inte så märkligt i detta perspektiv: man brukar inte kräva samtycke för ny lag (annat än i politisk ordning).[148] Klart är dock att inga rimliga krav på förutsebarhet kan tillgodoses om rättsbildningen på detta sätt sker via praxis och därmed – trots sin prospektiva inriktning – även ges retroaktiva effekter.

Yeazell instämmer alltså inte i Chafees åsikt att det närmast var processekonomiska hänsyn ("efficiency") som ledde till att representativ grupptalan erkändes och accepterades av kanslern;[149] skälet var snarare att lordkanslerns verksamhet i equity mera liknade lagstiftning än konfliktlösning. Jag har hävdat ett synsätt liknande Yeazells då det gäller de allra äldsta gruppprocesserna[150] och anser att även om Yeazell spetsat till det hela måste man i princip ge honom rätt. Att lagstiftande och dömande funktioner tilläts att flyta ihop så långt före Montesquieu är ju föga överraskande.[151]

De prospektiva och lagstiftningsliknande drag grupptalan inför kanslern sedermera – kanske redan från början – fick är också väl förenliga med den ställning equitydomstolen (så småningom domstolarna) intog i domstolsorganisationen. Processen var dyrbar och långsam[152] och det kan inte ha varit så många processer man hann med per år. Någon "folklig" domstol var det förvisso inte fråga om, åtminstone inte under de första århundradena! Betecknande är också att grupprättegångarna ofta initierades av t ex godsägare med kollektivet på svarandesidan; i den mån class actions förekom var det ofta fråga om "defendants" class actions.[153]

Eqitydomstolarna var nog långt om länge mer av rättsskipare än konfliktlösare, om man nu skall ge sig på att rubricera en medeltidsdomstol i aktuella processuella termer. Under grupprättegångarnas första epok gällde processerna snarare "social entities" än enbart "litigative units".[154] Uppfattar man den tidigaste grupprättegången på

147 Yeazell 1977 s 824 och ovan s 56 och 61, jfr även Glenn i 6 Oxford Journal of Legal Studies (1986) s 264 och nedan i kap 12 s 441 f om "public law litigation".

148 A a s 892.

149 Yeazell 1977 s 868.

150 Se ovan s 71 f.

151 Jfr Yeazell 1977 s 892 och ovan s 48.

152 Yeazell 1977 s 880 och ovan s 59 f.

153 Se t ex ovan s 64.

154 Jfr Yeazell s 516 och ovan s 76.

det sättet förefaller det inte heller meningsfullt att ställa frågan huruvida den processuella representationen motsvarades av vad som ansågs gångbart inom den politiska representationen. Det var snarare kanslern än parterna som bestämde processens omfattning och inriktning; representationen sköttes lika mycket av kanslern som av parten och process och politik flöt ihop bl a just i kanslerns verksamhet. Kanslern tog s a s chansen att "lagstifta" genom att ge domar i konkreta fall med en generell räckvidd när så var lämpligt.[155]

6. Den andra epoken

6.1 Class actioninstitutet och industrialismen

När England gick in i industrialismen existerade redan class actions som ett etablerat – men ganska sällan använt – processuellt institut. Det ursprungliga kravet på uttryckligt uppdrag eller samtycke från de frånvarande gruppmedlemmarna hade uppgivits. Domen ansågs bindande för alla i gruppen.

Class actioninstitutet bibehöll för övrigt sin processuella form men kom nu att användas av och mot andra konstellationer än under epok 1. Fram träder helt nya grupper, sammanslutningar som uppstod under och på grund av industrialismen.

Under epok 1 hade den representativa processen dominerats av två kategorier: församlingsbor och arrendatorer. Även under epok 2 rör de flesta rättsfallen två sorters grupper, men nu av helt annat slag: "joint stock companies" och "friendly societies".[156] Medlemmarna i dessa associationer utgör inte längre någon social enhet. Gruppen är framsprungen ur något annat än medlemmarnas sociala och geografiska gemenskap och är av mer tillfällig natur än under epok 1. Men man kan ännu inte, som fallet ibland är idag, hävda att class actiongruppens enda intressegemenskap är just den fråga som är föremål för process, att gruppen bildas "ad hoc".

[155] Att kanslern, åtminstone i början, var jämförelsevis obunden av egna prejudikat (ovan s 60) behöver inte vara oförenligt med den generella verkan hans avgöranden kunde få. Inte heller den moderna lagstiftaren är bunden av sina tidigare "avgöranden".

[156] Betr indelningen hos Weiner & Szyndrowski se ovan s 73 i not 101. Dessa, liksom Yeazell (s 544 ff), diskuterar även s k "privateer cases", dvs rättsfall då medlemmarna av besättningar på privata båtar som deltog i krig yrkade del av det belopp ("prize money") som kunde utgå då ett fiendeskepp besegrats. Jag tvingas dock här lämna dessa – och vissa andra – rättsfall åt sidan.

"The joint stock companies" var en av föregångarna till dagens aktiebolag. "The friendly societies" (i fortsättningen även kallade försäkringsföreningarna) hade uppgifter som sedermera övertogs av försäkringsbolag och fackföreningar och numera i stor utsträckning sköts av samhället (staten). Man kan säga att dessa båda gruppbildningar representerar motpolerna på det sociala spektrum som samhällsutvecklingen skulle måla upp under industrialismen: bolagsformen var ett försök att tillfredsställa behovet av riskvilligt kapital för landets industrialisering och försäkringsföreningarna hade till uppgift att hjälpa dem som slogs ut i den skoningslösa kapitalistiska utvecklingen, en utslagning som ökade dramatiskt då det statiska bondesamhället gick över i den dynamiska industrialismen.[157]

"Friendly societies" började dyka upp redan i slutet av 1600-talet men spelade ingen betydelsefull roll i praxis förrän ungefär ett sekel senare. Försäkringsföreningarna bildades vanligen av medlemmar i hantverksklassen som gick samman och kom överens om att regelbundet, t ex varje månad, lägga ett visst belopp till en gemensam kassa ("box money") som skulle användas för understöd i händelse av dödsfall eller sjukdom. Man har beskrivit "friendly societies" som ett försök att genom frivilliga insatser ersätta det som i det tidigare agrara samhället – i bästa fall – åstadkommits genom social gemenskap och gemensamt ansvar för de olyckliga, ett ansvar som föll sig naturligare i det statiska samhälle som föregick industrialismen.[158]

Föreningar av det här slaget sågs till en början inte med blida ögon av statsmakten och det skulle dröja till 1793 innan de legaliserades. Men då förbjöd man föreningarna att samarbeta med varandra; man fruktade att en nationell organisation skulle kunna starta oroligheter.[159] Att en landsomfattande facklig organisation också skulle ha kunnat medverka till lugn t ex på arbetsmarknaden (jfr "Saltsjöbadsandan") förefaller man inte ha räknat med.

Om "the friendly societies" var ett uttryck för de behov som skapades genom bondesamhällets upplösning och industrialismens inträde kan – som nyss antytts – *"the joint stock companies"* sägas ha varit en av de förutsättningar som krävdes för att bygga den nya

157 Jfr Yeazell 1980 s 523.

158 Yeazell 1980 s 524 och 527 och, för exempel på rättsfall, s 553 ff. Jfr även Calvert (1837) s 30: ". . . assurance societies, each being an insurer of the others".

159 A a s 525.

ekonomiska plattformen. Nya bolagsformer var ett av den begynnande kapitalismens viktigaste verktyg för ökad ekonomisk tillväxt. Liksom försäkringsföreningarna kom bolagen att aktualisera problem på grupprättegångarnas område, men de gav också processformen en ny vitalitet, ett nytt existensberättigande. Bolag av det här slaget hade sitt ursprung i de medeltida köpmännens "joint ventures" och saknade egenskapen att vara juridisk person; ja till en början var de inte ens legalt accepterade associationer, vilket naturligtvis medförde komplikationer och bromsade bolagsformens utveckling. Och trots – eller på grund av – de möjligheter denna bolagsform erbjöd uppfattades den (precis som försäkringsföreningarna men s a s från andra hållet) som något av ett hot mot den nationella ordningen.[160] Det var först 1844 "the joint stock companies" fick en rättslig reglering där deras juridiska status erkändes.

Alltså: vi kan se hur två frivilliga gruppbildningar trots samhälleligt motstånd vinner terräng och successivt tar över uppgifter som tidigare skötts av mer sammanhållna grupper (familjen, arrendatorer under en viss gård, skråbildningar och partnerships). Det var, anser Yeazell,[161] grupper med nya drag: 1. medlemmarnas bundenhet till varandra var nu präglad av "singularity" från att tidigare ha spänt över nästan hela det dagliga livet, 2. gruppen krävde mindre av sina medlemmar; den enskilde hade möjlighet att dra sig ur såväl försäkringsföreningarna som bolagsformen och, slutligen, 3. gruppen kunde upplösa sig själv helt och hållet. Alla dessa karakteristika återspeglar det dynamiska skede som ersatte det statiska bondesamhället; kapital och arbetskraft kom att präglas av ökad rörlighet.

Det var kanske när nya gruppbildningar av detta och liknande slag framställde – och utsattes för – anspråk inför kanslern som grupptalan i modern form började utvecklas.[162] Skulle man kunna anlägga samma processuella synsätt här som då det gällde traditionella grupper av den typ som var aktuell i t ex *Brown v. Howard* (arrendemålet)?[163] Om nu gruppen inte kunde accepteras som en egen rättslig entitet, kunde då i stället en i gruppen tillåtas föra talan för allas räkning? Kunde i så fall samtycke från de övriga avvaras?

160 A a s 528 ("Sea Buble Act").
161 A a s 00.
162 A a s 535.
163 Ovan s 77 f.

Svaret kom i *Chancey v. May* (1722),[164] avdömt ett par decennier efter *Brown v. Howard:*

> En företagsledare, själv aktieägare, i ett "joint stock company" (Temple-Mills Brassworks) stämde den tidigare ledningen å egna och samtliga aktieägares (utom svarandenas) vägnar och yrkade skadestånd för misskötsel och förskingring. Aktierna i bolaget uppgick ursprungligen till 18 st, men hade delats upp på 800 aktier, spridda på olika händer. Svarandens invändning, liksom kanslerns utslag, påminner om vad som yttrades i *Brown v. Howard*[165] och för den delen även om aktuell amerikanska class actiondebatt 150 år senare:
>
> "The defendants demurred, for that all the rest of the proprietors were not made parties, and so everyone had the same right to call them to an account, and then they might be harassed and perplexed with multiplicity of suits; but the demurrer was disallowed,
>
> 1*st*, Because it was in behalf of themselves, and all others the proprietors of the same undertaking, except the defendants, and so *all the rest were in effect parties.*
>
> 2*dly*, Because it would be impracticable to make them all parties by name, and there would be *continual abatements* by death and otherwise, and *no coming at justice*, if all were to be made parties."[166] (Mina kursiveringar avser argument som även användes i *Brown v. Howard*).[167]

Genom invändningen att alla 800 aktieägarna borde uppträda som parter på kärandesidan hoppades väl svaranden att processen skulle bli praktiskt ogenomförbar och han skulle i så fall vinna målet (om än på formella grunder). Men genom att företagsledaren tilläts föra talan på gruppens (eller företagets) vägnar fick den oaccepterade bolagsformen ett processuellt erkännande som gav den precis den bolagsmässiga status den förnekades i materiellt hänseende.[168] Det var processen som utgjorde murbräckan i rättsutvecklingen i stället för att, som kanske oftare är fallet, vara en bromskloss. Man använde class actioninstitutet som ett sätt att kringgå regler om bristande rättssubjektivitet (och därmed partsbehörighet).[169] Så tycks f ö i någon mån fortfarande vara fallet i England.[170]

164 (1722) Pr Ch 592; 24 ER 265.

165 Se ovan s 77 f.

166 Rättsfallet s 265; citatet återges även av Yeazell s 535 f och Weiner & Szyndrowski s 943 f.

167 Ovan s 78.

168 Yeazell 1980 s 537, Weiner & Szyndrowski s 945.

169 Jfr Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 25.

170 Jfr nedan s 376 f och *John v. Rees* [1970] Ch 345; [1969] 2 All ER 274, där en fraktion av labourpartiet väckte talan mot partiet i övrigt rörande giltigheten av ett partikongressbeslut, se Koch a a s 26 med not 75.

Chancey v. May fick alltså materiellrättslig betydelse, men var också en milstolpe i grupprättegångarnas historia på så sätt att kravet på samtycke uppgavs även vid sammanslutningar av det nya slag det här gällde; uttrycket "were in effect parties" – i motsats till "parties by name" – markerar hur class actioninstitutet blir tillgängligt för helt nya slag av grupper.[171] Också en tillfällig intressegemenskap kunde accepteras som grund för att tillåta en att processa för alla. Intresseteorin hade ersatt samtyckesteorin också då gruppen saknade den enhetlighet och geografiska koncentration som bidragit till att möjliggöra detta teoribyte under epok 1.[172]

De två associationsformerna "friendly societies" och "joint stock companies" fortsätter att figurera i class actionmål under de decennier som följde och ett århundrade efter *Chancey v. May* kan man finna ett liknande exempel på processuell representation i bolagsmål i *Hichens v. Congreve* (1828):[173]

> Några aktieägare i ett nybildat aktiebolag stämde direktörerna i bolaget till equitydomstolen och yrkade att dessa skulle till bolaget återbetala en provision som de i hemlighet tillskansat sig i samband med bolagets bildande. Bolaget hade köpt några irländska kolgruvor, men till ett lägre pris än som upptogs officiellt i bolagets räkenskaper, och direktörerna hade själva lagt beslag på skillnaden mellan vad som betalades till säljaren och vad som togs upp som köpesumma. Yrkandet i processen gick ut på att direktörerna solidariskt skulle inbetala till bolagets bankkonto vad de sålunda lurat till sig. Svarandena invände att alla aktieägare – minst 200 st – måste delta i processen. Lordkanslern ogillade denna invändning och tillät Hichens att ensam föra aktieägarnas talan.

Hichens är sannolikt den första class action där det är uppenbart att varken explicit eller implicit samtycke förelåg från gruppmedlemmarna[174] Men man skall inte tro att det öppnades några dammluckor genom fall som *Chancey* och *Hichens*; i själva verket upprätthölls ett besvärande krav på nödvändig processgemenskap i de flesta sorters mål; domstolarna tvekade ibland att gå före den materiella lagstiftningen.[175] Vidare gjorde bl a svårigheten att skilja mellan "stare decisis" (i vidsträckt mening) och res judicataeffekter (så t ex i det

171 Yeazell 1980 s 537.

172 Se ovan s 82 f.

173 (1828) 4 Russ 562; 38 ER 917. Betr detta rättsfall se senast Weiner & Szyndrowski s 949 ff.

174 Weiner & Szyndrowskis 949.

175 Se Hazard 1961 s 1276 f och Weiner & Szyndrowski s 945.

kända målet *City of London v. Perkins* (1734))[176] att utvecklingen mot friare grupprättegångar blev förvirrad och avstannade under en avsevärd tid på 1800-talet.[177] Enligt Yeazell berodde detta på att *Lord Eldon,* lordkansler under huvuddelen av de första 25 åren på 1800-talet, missförstod en rad prejudikat, bl a *City of London*; han uppfattade detta mål som ett fall av grupptalan trots att domen inte hade rättskraft mot tredje man och trots att det inte fanns någon bestämd grupp. Vidare kom rekvisit som gruppens "gemensamma intresse", och begreppen "general right" och "privity" att dras in i class actiondebatten på ett – enligt Yeazell – olyckligt sätt.[178] Denna av missförstånd präglade syn på grupprättegångar kom sedan att styra utvecklingen och lever enligt Yeazell fortfarande kvar i Chafees arbeten från mitten av 1900-talet.[179]

Från de synpunkter vi har att beakta framstår det inte som nödvändigt att här ta ställning till om det är Lord Eldon och Chafee eller Yeazell som sitter inne med sanningen rörande engelsk 1700- eller 1800-talspraxis. Personligen har jag ingen bestämd uppfattning i frågan. Yeazell har haft tillgång till material som de övriga inte kunnat studera och skriver på ett så stimulerande sätt att man lätt dras med i argumentationen; å andra sidan förefaller han möjligen vara böjd för vissa överdrifter och efterrationaliseringar. Yeazell är dock inte ensam om att vara njugg i sin bedömning av Lord Eldons insatser på class actionområdet.[180]

Hur som helst kan man konstatera att grupptalan blev ett sätt för några av de nya gruppbildningar som föddes genom industrialismen

[176] (1734) 3 Brown 602; 1 ER 1524. Målet handlade om osttullar i London. Betr "stare decisis" se nedan i kap 6 s 227 f.

[177] Yeazell 1980 s 538 ff.

[178] A a s 542 ff.

[179] Se f ö även Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 25, jfr däremot Yeazell 1980 s 548 med not 147 – En mera nyanserad syn på Lord Eldons insatser lanseras av Weiner & Szyndrowski, se a a s 945 ff med flera långa intressanta citat från de rättsfall där denne presiderade. Som ovan påpekats är ingen av här diskuterade forskare engelsman.

[180] Lord Eldon var lordkansler under de första 25 åren på 1800-talet. Han anses ha varit synnerligen konservativ. Jfr följande citat från Holdsworth, här citerat efter Yeazell 1980 s 552 not 168: "He believed in everything which is impossible to believe in – the danger of Parliamentary Reform, the danger of Catholic Emancipation, the danger of altering the Court of Chancery, the danger of altering the Courts of law, the danger of abolishing capital punishment for trivial thefts, the danger of making landowners pay their debts, the danger of making anything more, the danger of making anything less." Betr Lord Eldon se även föregående not.

att få juridiskt erkännande. Detta ledde så småningom – via lagstiftning – till erkännande även på det materiellrättsliga planet.[181] Rättsfall som *Hichens* hade visat att den materiella rätten innehöll brister som gjorde att alternativet till en class action var "justice denied".[182] Men den associationsrättsliga lagstiftningen hann ifatt i mitten på 1800-talet. Class actioninstitutet hade då fullgjort sin uppgift och kunde pensioneras; "substance had displaced procedure".[183] Och grupprättegångarna kommer ur bruk vilket ger Yeazell ännu ett tillfälle att tala om en paradox: när man väl utvecklat ett teoretiskt-ideologiskt berättigande för grupptalan genom att komplettera samtyckesteorin med intresseteorin faller processformen nästan i sömn och blir borta ur bilden i nära hundra år.[184] Och det skulle inte bli i England återuppståndelsen skulle inträffa. När class actioninstitutet äntligen hoppar ur sängen blir det i USA och som en konsekvens av de processuella behov som skapades då en expansiv massproduktionsekonomi konfronterades med ett individualistiskt processsystem. Det skall jag ta upp i nästa kapitel som avhandlar den amerikanska utvecklingen. Vad Yeazell kallar epok 3 faller således utom ramen för det här kapitlet.

Att säga att class actionmålen "upphörde" vid mitten av 1800-talet kan emellertid ge en felaktig bild av frekvensen dessförinnan och därefter. Grupptalan av class actiontyp var inte precis vardagsmat under 1600- och 1700-talen heller. Det är sannolikt en överdrift att påstå att "insomnandet" på 1800-talet markerade någon drastisk förändring. Vakenhetsgraden hade aldrig varit särskilt imponerande och insomnandet blev aldrig totalt. Den mest dramatiska förändringen i class actioninstitutets historia ägde snarare rum i modern amerikansk praxis för bara ett kvartssekel sedan.[185]

Det vilar för övrigt något av temporär lösning både över de grupprättegångar som brukar uppfattas som class actioninstitutets föregångare (eller första uttrycksformer) och över institutets senare utveckling. Även andra saker framstår som gemensamma och upphör inte vid epokgränserna. Class actioninstitutets förmåga att vara en förbindelselänk mellan formell och materiell rätt verkar vara ett

[181] Se t ex Yeazell 1980 s 553 och 561 f samt Weiner & Szyndrowski s 945 ff. jfr Harvard Developments 1976 s 1335 f.

[182] Weiner & Szyndrowski s 950.

[183] Yeazell 1980 s 562.

[184] Yeazell 1980 s 516.

[185] Se nedan s 125 ff.

karakteristiskt och genomgående drag i utvecklingen. En viktig skillnad är dock att class actions ansetts erbjuda en väg förbi *processuella* hinder (kumulationsreglerna i common law och equity) under epok 1 medan samma processtyp kompenserade *materiella* brister (ett slags associationsrättsligt vakuum) under epok 2.

Eller är det ingen skillnad? De möjliga – om än svårhanterliga – alternativen till en class action var under både epok 1 och 2 en process med massor av parter eller massor av processer rörande (nästan) samma sak. Kumulationsreglernas betydelse för class actioninstitutet förefaller dessutom, som hävdats ovan, överdriven.[186] De processuella hindren för traditionell process var desamma under epok 1 och 2. Och då det gäller sambandet med materiellrättsliga brister kan man även under epok 1 uppfatta möjligheten till class actions som ett i processuell dräkt kamouflerat materiellrättsligt erkännande av då aktuella grupper (arrendatorer, gruvarbetare, församlingsbor etc) som en associationsrättslig enhet. Att materiell lagstiftning inte följde på detta område kan ha berott på att den generella samhörigheten i gruppen minskade vid industrialismens inträde.

Frågan är alltså om inte Yeazell pressat sina synpunkter för hårt. Hans epokindelning förefaller mer berättigad då det gäller skillnaderna mellan gruppens inre sociala struktur, utvecklingen från den enhetliga och permanenta karaktären under epok 1 till den momentana naturen under epok 2, en trend som f ö förstärkts in i vårt århundrade då class actiongrupperna ofta är av ren ad hoc-karaktär. Även här kan man dock tycka att Yeazell gör sig skyldig till en viss överdrift. För mig förefaller försäkringsföreningarna under epok 2 ha mer gemensamt med t ex arrendatorskollektiven under epok 1 än med "the joint stock companies". Den yrkestillhörighet som konstituerar de båda förstnämnda grupperna ger dem båda en mer permanent karaktär; försäkringsföreningarna framstår knappast som endast en processuell enhet. Och vid moderna class actions rörande diskriminering kan man knappast säga att det som håller samman gruppen är av tillfällig art!

Yeazell överdriver alltså inte bara skillnaderna mellan epokerna utan även likheterna mellan de grupper som befolkar respektive epok i class actionhistorien. Fundera t ex över hur församlingsenheten i 1600- och 1700-talsfallen (epok 1) passar in på den här beskrivningen:

186 Ovan s 71 f.

"Group litigation is different; its disputes have typically occupied a narrow substantive range, a range dictated by the concerns of the particular groups occupying the stage of social and judicial concern at the moment. Such groups stand just at the fringes of social recognition and political power. The truly wretched have rarely commanded themselves to the special solicitude of the courts. The truly powerful do not need the special assistance of the courts. It is, rather, those on the outskirts of social respectability who have claimed judicial attention through group litigation. In the seventeenth century it was manorial tenants; (här hoppar Yeazell helt sonika över grupper av den typ som figurerar i t ex *Brown v. Vermuden*) in the eighteenth and early nineteenth joint stock entrepreneurs and members of friendly societies; in the twentieth it has been members of organized racial minorities and consumers.

But it is the nature of such groups that their use of group litigation will be temporary, as it was with the joint stock companies and friendly societies. Either they will gain sufficient political power to win legislation that more effeciently meets their needs, or they will loose their claim on public attention and fade both from the reports and the social consciousness. Group litigation can be only a stopgap if the issue is the group's social power; it cannot achieve any fundamental change, which must come instead from the more overly political organs of government."[187]

Den eleganta framställningen kan inte skyla över att Yeazell måste göra våld på materialet och utelämna gruppen församlingsbor och gruvägare under epok 1 för att generaliseringar som t ex "those on the outskirts of social respectability" skall passa in. Men det är en intressant iakttagelse att class actioninstitutet (åtminstone ibland) fungerat som ett slags stöttrupp för grupper som fått en alltför snål behandling materiellrättsligt sett och att lösningen stundom varit temporär, ett provisorium.

6.2 Politisk och processuell representationsteori under den andra epoken

I avsnitt 5 ovan berördes samtyckes- och intresseteorierna, hur kravet på samtycke i tidig grupprocess så småningom luckrades upp under åberopande av att den representant som förde processen företrädde hela gruppens intresse; så länge intresset kunde antas vara gemensamt blev också kravet på individuellt, explicit, samtycke överflödigt. Detta synsätt underlättades av att lordkanslern ansågs ha både rätt och skyldighet att företa en bred intresseavvägning och stundom iklädde sig en lagstiftarroll i domarsätet.

En konsekvens av att man på detta sätt utgick från gruppens gemensamma intresse i stället för de enskilda individernas vilja blev

187 Yeazell 1980 s 563.

naturligtvis att grupprättegångar av class actiontyp underlättades; anser man sig själv kunna avgöra vad som bäst gagnar en grupp behöver man inte låta gruppmedlemmarna komma till tals i samma utsträckning i form av t ex fullmakter eller genom direkt fysisk närvaro i processen.

Representationsfrågor av det här slaget är av principiellt intresse och under den första hälften av 1800-talet pågick i England en diskussion rörande det politiska styrelseskicket med klara paralleller till den processuella representationsproblematiken. Förelåg det då överensstämmelse eller fanns det skillnader mellan utvecklingen på det politiska respektive det processuella området?

The Reform Bill (1832) rörande valsättet till parlamentet hade föregåtts av flera seklers debatt om metoden att välja medlemmar till the House of Commons. Representationen där grundade sig ofta på helt förlegade förhållanden, bl a stod representationens storlek i allmänhet inte i proportion till folkmängden. Och de som kallades till parlamentet hade under 1500- och 1600-talen sällan någon entusiastisk inställning till sitt politiska uppdrag; vad det gällde var i allmänhet blott att ge legitimitet åt kungens krav på nya skatter.[188]

Men i mitten av 1700-talet hade denna bild ändrats; det blev attraktivt att bli medlem av underhuset. Att vara parlamentsledamot var en nära nog oumbärlig plattform för den som strävade efter makt, inflytande och förmögenhet på annat sätt än genom arv, giftermål eller arbete. I och med att uppdraget som politisk representant i underhuset blivit åtråvärt blev det också viktigt att finna något slags "justification" för en plats i parlamentet. Det gällde att bevisa sitt existensberättigande i maktens boningar, både för den som strävade dithän och för den som ville försvara den plats han redan innehade.[189] Denna konkurrenssituation bäddade för en debatt om den parlamentariska representationen, en diskussion där samtyckes- och intresseteorierna intog de dominerande platserna.

Enligt en uppfattning som vann terräng vid denna tid var parlamentsledamoten vad som närmast skulle kunna betecknas som ett ombud ("an agent"), "a simple transmittor of the desires of the constituent to the legislative assembly".[190] Men eftersom ombudet inte kunde stå i ett så nära förhållande till de representerade att han ständigt var informerad om deras önskemål, och eftersom dessutom

188 Myers s 34.
189 Yeazell 1980 s 1074 f.
190 Pitkin s 148 f och 159 f.

åsikterna stundom måste gå isär inom den representerade gruppen, gick det inte att upprätthålla fiktionen att ombudet hela tiden skulle handla i överensstämmelse med de representerades aktuella vilja eller ens efter i förväg givna instruktioner. Man fick i stället acceptera att godkännandet – samtycket – skedde i efterhand och då genom återval. Trots denna anakronistiska begränsning legitimerades alltså den politiska representationen med den företrädddes *samtycke* ("approval"): det var bara gruppmedlemmarna som kunde veta vad som låg i deras intresse; deras samtycke var följaktligen nödvändigt för "legitimate government".[191]

Den här åsiktsriktningen stod väl i samklang med det krav på samtycke som upprätthölls inom grupprättegångarnas ram, där man ju från början arbetat med åtminstone tyst samtycke som förutsättning för representativ process.[192] Samtyckesteorin var däremot något nytt på den politiska sidan, där man tidigare alls inte betraktat de styrdas "con-sense" eller "approval" som en nödvändig förutsättning för representativt styre. I debatten fick denna äldre ordning sin försvarare och överlägset skickligaste uttolkare i *Edmund Burke*. Eftersom det faktiskt förefaller existera beröringspunkter mellan hans åsikter och teoribildningarna kring class actioninstitutet finns det skäl att helt kort redogöra för några av Burkes teser.

Burke utgick från att medborgarna hade rätt att få "their *interests* represented in Parliament", men han tog klart ställning mot tanken att de ägde rätt till representation i proportion till sitt antal och ansåg inte heller att representanten på något sätt var de röstandes agent (ombud).[193] Det viktiga var, enligt Burke, att medborgarnas *intresse* representeras i parlamentet. Ja, Burke gick till och med så långt att han ansåg att väljarnas *intresse* ibland måste *försvaras* mot deras *åsikter*. Denna utmanande formulering kan ses som ett utslag av den s k paternalismen.

Det intresse den politiska representanten företräder uppfattar Burke som "detached and abstracted from the interest of any *particular* person or group".[194] Parallellen till juridisk representation

191 Pitkin s 203 ff.

192 Se ovan s 77 f. I dagens situation kan man åter skönja vissa "paternalistiska" drag på så sätt att t ex politiska partier och fackliga organisationer träder emellan den enskilde väljaren och det politiska beslutsfattandet. Den processuella parallellen förefaller här uppenbar: organisationer ges en processuell representationsrätt som ibland t o m är primär i förhållande till den enskilde, så t ex vid arbetsdomstolen och marknadsdomstolen.

193 Yeazell 1980 s 1077, min kursivering.

194 Yeazell 1980 s 1077 (min kursivering), jfr citatet nedan i kap 3 s 133.

framgår om man som Connif anställer en jämförelse mellan Burkes uppfattning och trustinstitutet inom juridiken:

> "What, finally, are we to make of Burke on representation? Given the context we have discussed, what emerges as his view of the relationship between a representative and his constituents is indeed a kind of trusteeship. What this means is, first, like the trustee of a corporation, the representative must serve the interests of the truster. He is to act in what he believes to be the best interest of his client. The representative ought to consult with his constituents... But, in the end, while the voter is fully capable of feeling a need for action, he is not competent to decide what that action should be. It is the duty of the representative to shape the vague feelings of a district into governmental policy. Generally speaking, then, it is up to the representative to decide what the interests of his constituents require ... The truly vital function of the representative is *not to enact the will of his constituents; it is, rather, to protect their interests* ..."[195]

Bilden av parlamentsledamoten som en "trustee" må vara träffande eller inte för vad Burke avsåg. Den har f ö även använts av Burke själv och av t ex Pitkin och Yeazell: "The Burkean representative was not the 'agent' or 'ambassador' of the electorate; he was rather its trustee."[196] Jag saknar tillräcklig insikt för att bedöma hur väl detta fångar andan i Burkes budskap, men tycker ändå att den "omyndigförklaring" som ligger i den valda beskrivningen inte passar alldeles perfekt på situationen vid class actions; där är det ju snarare de praktiska olägenheterna av att inhämta allas åsikt och låta dessa komma till uttryck i processen än en misstro mot gruppmedlemmarnas möjligheter att rätt bedöma vad som ligger i deras eget intresse som legitimerar representationen. Vad det gäller i båda fallen är dock att teoretiskt försvara att man efterger kravet på individuellt samtycke från dem som är berörda. Och eftersom den som startar en class action inte på något sätt är vald, eller behöver stå till svars för sitt agerande i senare val, måste hans förmåga att rätt tillvarata gruppens gemensamma intresse prövas av domstolen, vilket idag sker genom kravet på "adequacy of representation".[197] Ett andra skyddsnät är den officialprövning som präglar class actionförfarandet,[198] en verksamhet som ligger helt i linje med kanslerns roll i equityprocessen.[199]

195 Connif s 339 f, min kursivering.
196 Yeazell 1980 s 1078 och Pitkin s 172.
197 Se nedan i kap 5 s 189 ff.
198 Se nedan i kap 7 s 254 ff.
199 Se ovan s 60 och 66 f.

Som jag berört tidigare[200] kan man – möjligen – anta att något slags medgivande eller (eventuellt tyst) samtycke fordrades under huvuddelen av class actioninstitutets första epok för att en representativ grupprocess skulle kunna föras. Ett fullmakts- eller uppdragsförhållande i vanlig mening var det däremot sannolikt inte fråga om och grupprepresentantens fria ställning blir ännu tydligare under epok 2, då class actions snarast tjänar som ett surrogat för associationsrättsligt erkännande av de nya gruppbildningar som framföddes av industrialismen. Kravet på samtycke från de berörda återkommer först långt in på 1900-talet då det vid vissa class actions (framför allt rörande skadestånd) krävs meddelande ("notice") till medlemmarna i gruppen och rätt för dem att uteslutas ur gruppen ("opt-out") om de inte anser sig väl företrädda eller av annat skäl inte vill stå bakom den självvalde representanten. I vissa fall – och även de lege ferenda – förekommer t o m ett krav på "opt-in", dvs ett aktivt ställningstagande för att ingå i gruppen.[201]

Den processuella representationsteorin som den kommer till uttryck i class actioninstitutet förefaller alltså tidvis ha varit i otakt med idédebatten kring frågor om politisk representation. "Samtycke" krävdes processuellt under den epok då den politiska representationen inte besvärades av några motsvarande spärrar. Och då man uppgav kravet på de berördas samtycke för att tillåta class actions var tiden, trots Burkes skickliga argumentation, snart ute för en *politisk* representation på intresseteoretisk grund: the Reform Bill innebar ett framsteg för samtyckesteorin. Krav på samtycke har däremot tidvis aktualiserats i senare amerikansk class actionhistoria.[202]

Men Burke kan ändå ha haft inflytande på den processuella debatten i England. I en skrift publicerad strax efter genomförandet av den engelska representationsreformen tog *Calvert* (1837)[203] upp grupprättegångarna till debatt på ett djuplodande och abstrakt sätt och med teoretiska utgångspunkter som erinrar om Burkes tankebyggnader. Enligt Yeazell – och i viss mån även Hazard[204] – finns hos Calvert den plattform för en processuell representationsteori på intressebasis som skulle behövas för att stötta en modern uppfattning om hur class actioninstitutet (enligt dem) kan och bör utfor-

200 Ovan s 76 ff.
201 Nedan s 223 ff och 417 ff.
202 Se nedan i kap 3 s 131 ff.
203 Calvert, F, A Treatise upon the Law respecting Parties to Suits in Equity (1837).
204 Hazard 1961 s 1285 f.

mas. Men Calverts åsikter fick inte – åtminstone inte under hans livstid – den betydelse de, enligt nyssnämnda författare, förtjänade och kom inte att påverka utvecklingen. På detta sätt missade man (enligt dessa författares förmenande) chansen att "få ordning på" class actioninstitutet.[205]

Calverts förträfflighet har dock inte varit oomtvistad och att Yeazell nyligen satt honom på piedestal är ingen garanti för att denna upphöjda placering skall bli permanent. Inställningen till Calvert blir väl till stor del beroende på hur pass positiv man är till class actioninstitutet över huvud taget, vilket t ex följande skeptiska uttalande av Chafee kan illustrera:

> "In 1941 an able article . . . Kalven and Rosenfield hailed the class-suits device as a great improvement over corporate reorganization committees. The result is that class-suits come rushing at us from all directions, not only in oldfashioned areas or business and insurance law but in litigation under the Securities Exchange Act in claims for private injuries caused by monopolistic violations of the antitrust laws, in claims for overtime pay, in attacks on the validity of patents, and so on, with no breathing spell in sight. The facts of the older class-suit cases seem very simple in contrast with the enormous complications of these recent litigations, where it is often difficult to see just what was decided. All sorts of new problem arise, among which judges are grouping. *The situation is so tangled and bewildering that I sometimes wonder whether the world would be any the worse off if the class-suit device had been left buried in the learned obscurity of Calvert on Parties to Suits in Equity.*
>
> Certainly, I am still too badly puzzled to propose any sure solutions. . ."[206]

Calverts betydelse för class actioninstitutets utveckling är svår att mäta; han förefaller ha varit både före och efter sin tid åtminstone i så måtto att den teoretiska plattform han erbjöd för en vidgning av institutets användningsområde inte kom att utnyttjas förrän drygt ett sekel efter publiceringen av hans delvis mycket svårforcerade bok och detta trots att intresseteorin var på väg ut från den politiska arenan redan då han publicerade sitt arbete. Han framstår där som en radikal förespråkare för representativ process i stället för kumulation; kumulation uppfattade han f ö som en parallell till ideliga folkomröstningar på det politiska planet, en företeelse som han inte förefaller uppskatta. Han betonade[207] att. . .

205 Yeazell 1980 s 1084 f i not 87 och s 1085 i not 89.

206 Chafee s 199 f, min kursivering. Ett citat ur Kalven & Rosenfields artikel återfinns ovan i kap 1 s 42.

207 Se Calvert s 10 f.

> "the word 'interest', when used as a criterion of the proper parties to a suit, means interest in its object, and not interest in its subject matter."

Alla personer med sådant intresse borde vara parter men. . .

> "would it be *impossible* to bring all persons interested, the suit must be against some being proprietors and accountable parties instituted by some on behalf of all."[208]

Man måste alltså enligt Calvert nöja sig med representation, det är *"better to go as far as possible towards justice, than to deny it altogether"*.[209]

I sin framställning kommer Calvert också nära flera av de rekvisit som måste uppfyllas för att en class action skall accepteras i USA idag och han berör även rättskraftsproblematiken.[210] Mest intressanta, men också mest svårtillgängliga, förefaller dock Calverts resonemang kring intressebegreppet att vara; för att käranden skall äga rätt att representera de andra utan deras uttryckliga samtycke skall, om jag förstått saken rätt, käranden inte bara ha ett allmänt intresse i den egendom processen gäller utan även i "the object of the suit", dvs ett egenintresse i processens utgång som gör att han inte bara uppträder som en negotiorum gestor. Och till detta läggs så ett krav på "community of interest" som f ö fortfarande figurerar i debatten.[211]

208 A st.

209 A a s 30. Calvert förefaller här – citationstecken fattas dock – citera Lord Thurlow. Hos Weiner & Szyndrowski (s 945) tillskrivs Lord Macnaughten samma aforistiska yttrande, ehuru mer än ett halvsekel senare (1901 jfr m 1837 då Calverts arbete publicerades).

210 A a s 36 ff och 58. Se betr Calvert även Harvard Developments s 1332 ff.

211 Jfr t ex Harvard Developments a st och Yeazell 1980 s 1082. – Calvert ansåg att kraven kunde sättas något lägre vid class actions på svarandesidan än vid class actions på kärandesidan: "(U)pon persons volunteering to act for others, it is necessary to imposte restraints, which are not required where persons, instead of volunteering, are compelled to offer the best practicable defence in the position in which they have been placed", (Calvert s 28). Intressant är även att enligt Calvert (som här citerar ett känt arbete av Wigran, "Points in the Law of Discovery", 1836, publicerat ett år före Calverts bok) är en avhållande faktor då det gäller att tillåta representativ process också discovery-reglerna (Calvert s 10 f); alltför generösa class actionmöjligheter kan medföra obehöriga intrång i gruppmedlemmarnas privatliv på grund av motpartens rätt till "discovery" (varom nedan i kap 7 s 245 ff): "Unless the meaning of the word *interest* be limited in the way pointed out, it is obvious that the effect of a simple claim (perhaps without a shadow of interest) would be to open every munimentroom in the kingdom, and every merchant's accounts, and every man's private papers, to the inspection of the merely curious." (Calvert s 10 f som i sin tur citerar Wigran a a s 200 f.)

Att Calverts intresseresonemang framstår som dunkla för en sentida svensk läsare behöver inte enbart bero på avståndet i tid och rum. I svensk processuell lagstiftning och doktrin har ju intresseresonemang (krav på "rättsligt intresse" o dyl) aldrig givits samma utrymme som på många håll utomlands, och försöken att skilja mellan olika slags intressen (allmänna, enskilda osv) resulterar sällan i några fasta kriterier.[212] Kanske är det därför Calverts resonemang – liksom Burkes – ibland kan framstå som en aning metafysiska. En realitet är dock att äldre lika väl som modern grupptalan förefaller förutsätta att gruppens intresse låter sig definieras på ett objektivt sätt.

7. Stagnation och tillbakagång: utvecklingen i England under senare hälften av 1800-talet

Calverts intresseteori gav den teoretiska grunden för att acceptera de class actions som redan förekom i "joint stock company"- och "friendly society"-fallen. Vägen låg öppen för en expansion av class actioninstitutet. Men som redan nämnts skulle utvecklingen bli den motsatta: Calverts idéer fick inte något (omedelbart) genomslag och class actioninstitutet stagnerade för att så småningom nästan helt komma ur bruk. Vad kan detta ha berott på? Jag kan tänka mig åtminstone tre, kanske samverkande, förklaringar till class actioninstitutets nedgång i England:

1. Lagstiftningstakten ökade i England i mitten av 1800-talet och de associationsformer som aktualiserat en representativ process under epok 2 fick därmed ett legislativt associationsrättsligt erkännande som gjorde grupprättegång onödig på dessa områden. Och även andra rättsområden där gruppintressen gjorde sig gällande fick en materiellrättslig reglering som gjorde class actioninstitutet överflödigt.[213] Denna förklaring till att class actionprocesserna upphörde är den som betonas mest i litteraturen, så t ex av Yeazell.[214] Men jag har svårt att känna mig övertygad om att detta skulle vara den enda orsaken. Lagstiftaren har alltid, inte minst i England, haft svårigheter att hänga med i samhällsutvecklingen och de behov som

212 Se Lindblom s 244 ff, jfr Thiere s 23 ff.

213 Så t ex konkursinstitutet, jfr Yeazell 1980 s 1101.

214 Se dock Yeazell 1980 s 1087 not 99 rörande förhållandena i dag; han tar där också upp skillnaderna vad gäller rättegångskostnadsreglerna, varom nedan i kapitel 9 s 327 ff och i kap 11 s 428.

tillgodoses på denna väg ersätts ständigt av nya. Man har nog anledning att räkna med (åtminstone) ytterligare några tänkbara orsaker till nedgången:

2. Burkes och Calverts teorier om intresserepresentation var i otakt med samhällsutvecklingen och blev s a s överkörda av de mer demokratiska idéer som blev styrande för den politiska representationens utveckling; trots Yeazells påståenden om bristande parallellitet mellan politisk och processuell teori på representationsområdet kan här alltså finnas ett visst belägg för just ett sådant samband. Class actioninstitutets minskade betydelse skulle kunna ses som en konsekvens av att ett paternalistiskt synsätt fick allt svårare att hävda sig i ett parlamentariskt samhälle.[215]

3. Ytterligare ett skäl för grupprocessens tillbakagång i England skulle kunna vara liberalismens inträde och denna åsiktsriktnings betydelse för synen på processens funktion. I England är ju numera civilprocessen – kanske starkare än någon annanstans – inriktad på individuell konfliktlösning. En sådan process blir tvåpartsinriktad och retrospektiv; rättegången är s a s partsegoistisk och man intresserar sig föga för processens handlingsdirigerande, prospektiva, roll som är så betydelsefull just i class actionsammanhang[216] och som präglade även lordkanslerns uppgift inom equity.[217] I linje med – och bidragande till – denna förändring i processens uppgifter och class actioninstitutets betydelse ligger nog equitydomstolarnas avskaffande på 1870-talet.[218] Även om sammanslagningen av equity- och common lawdomstolar inte skedde i avsikt att strypa de förstnämnda kom den breda intresseavvägningen och därmed representativ grupptalan att få svårare att hävda sig. Och detta blev fallet trots att class actioninstitutet (i form av "representative actions") fick ett legislativt erkännande i den processuella lagstiftning som tog form vid denna tid. Jag skall återkomma till det i kapitel 11, där den engelska rättsutvecklingen under senare delen av 1800-talet och

215 Jfr dock nedan i kap 3 s 129 ff betr utvecklingen i USA.

216 Se nedan i kap 11 avsnitt 2.2 och i kap 12 s 456 ff.

217 Se ovan s 84 f.

218 När common law- och equitydomstolarna slogs samman – och därigenom såväl betalningsanspråk som injunctions kunde aktualiseras inför en och samma domstol – formulerades en snål regel för att representativ talan skulle kunna föras: en talan kunde få representativ status "where numerous persons have the *same* interest in any proceedings". Det förefaller dock som om man här tolkade – och tolkar – uttrycket "same interest" mycket snävt, se nedan i kap 11 s 375 f.

dagens situation i England, Kanada och Australien tas upp till diskussion.

Men hur kan det komma sig att class actioninstitutet skulle expandera så våldsamt ett sekel senare i ett annat common lawland? I USA upplevde nämligen Calverts teorier om processuell representation så småningom en renässans.[219] Vill man vara djärv kan man hävda att modern amerikansk class actionteori går att härleda via Calvert tillbaka till Burkes paternalistiska idéer om politisk representation! Att antyda en sådan utveckling är emellertid betydligt enklare än att belägga den. Jag kommer därför att inrikta mig huvudsakligen på den rent processuella och kronologiska utvecklingen när jag i nästa kapitel flyttar över uppmärksamheten till förhållandena i USA. Men det blir ändå anledning att i slutet av också det kapitlet återkomma till intresse- och samtyckesteorierna och jämförelsen med Burkes uppfattning om politisk representation.

8. Sammanfattning och avslutande synpunkter

Verkligheten har en – ibland glädjande – benägenhet att springa ifrån både lagstiftningen och doktrinen. Då gällande rätt konfronteras med samhällsutvecklingen är det därför ofta domstolarna som får träda in och anpassa det etablerade regelkomplexet till den nya situationen.

Att en rättsutveckling via praxis inte bara accepteras utan även understöds av lagstiftaren är naturligt i samhällssystem där lagstiftning och rättstillämpning är samlade på en hand, som t ex i en feodal statsbildning av engelsk medeltidstyp. Kungen utövade ju där båda de maktbefogenheter det här gäller.

Domstolarnas betydelse för rättsutvecklingen blir än mer accentuerad i rättssystem där rätten anses följa av möjligheterna till process i stället för tvärt om. I England – liksom i det antika Rom – uppstod rätten i stor utsträckning genom tillskapande av nya "forms of action"; i rättssystem präglade av "civil law" är utgångspunkten snarast den motsatta: "rights of action follow from, rather than create, substantive law".[220]

Men det var inte bara kungens dubbelroll och den processuella utgångspunkten som gav domstolarna en så markant betydelse för rättsutvecklingen i England. Också i situationer då existerande

[219] Se nedan i kap 3 s 129 ff.

[220] Se Lindblom, Processhinder s 25 med citat från Cappelletti & Perillo.

"rights of action" grovt sett täckte behoven vidareutvecklades rättssystemet via prejudikat enligt ett case-lawsystem av den typ som fortfarande präglar anglo-amerikansk rätt. Även om "statute law" (*lex scripta*) förefaller ha ökat i betydelse under 1900-talet är det fortfarande i stor utsträckning – och tidigare nästan enbart – genom domstolarnas försorg som ny rätt skapas i såväl materiellt som processuellt hänseende.[221] Denna betoning på praxis var ännu mera markant under tidigare sekler. Och nu liksom tidigare gäller att förändringar i den materiella regelkomplexet både kan befrämjas och förhindras av de processuella möjligheterna. En stelbent process kan omöjliggöra att materiella reformer får fullt genomslag, men motsatsvis gäller också att en processuell nydaning kan få avsevärda materiellrättsliga konsekvenser; rättegången fungerar ibland som en murbräcka i strävandena mot ett tidsanpassat rättssystem.

Utvecklingen av common law illustrerar hur ett till synes flexibelt processförfarande lätt kan förvandlas till sin motsats. När rättegången vid "lawdomstolarna" stelnade, då möjligheterna att tillskapa nya forms of action minskade, kunde behovet av en anpassning till samhällsutvecklingen inte längre tillgodoses inom den traditionella processens ram. Det övertryck som uppstod kunde emellertid snart nog avledas genom den säkerhetsventil som öppnades genom equitysystemets tillkomst. Även här var det fråga om en kunglig rättsskipning men av delvis annat slag: inom equity fungerade lordkanslern tidvis kanske rent av mer som rättsbildare än som rättsskipare. I konsekvens härmed kom också den utpräglat individualistiska utformning som civilprocessen fått inom common law att kontrastera mot equityprocessens breda intresseavvägningar och vittgående ambitioner att se långt ut över situationen i det enskilda fallet. Man kan säga att lordkanslern stundom ställde parterna inför ett ultimatum: "to do complete justice or non at all".[222] Alla berörda skulle omfattas av rättegången; kunde inte detta ske var heller inte equitydomstolen rätt forum.

Class actioninstitutets uppkomst och utveckling illustrerar mycket av det ovan sagda. I det jämförelsevis statiska agrarsamhälle som varade i England ända från medeltid och fram till industrialismens intåg aktualiserade stundom anspråk för och emot grupper präglade

221 Jfr nedan i kapitel 3 s 110 betr rätten för Supreme Court att utfärda egna regler om förfarandet.

222 Se ovan s 71 och 100.

av ganska stor enhetlighet: arrendatorerna under ett visst gods, medlemmarna av en kyrkoherdes församling osv. Och när processen inom common law stelnat i individualistiska former, som inte uppmuntrade utan snarare förhindrade gemensamma processuella lösningar, öppnades via equity möjligheter att anlägga ett bredare perspektiv på de gemensamma frågorna för grupper av det här slaget. Särskilt när det gällde rättsfrågor var det naturligt för kanslern att sträva efter generella lösningar som delvis fick karaktären av lagstiftning.

Detta gick också väl för sig inom equity så länge de aktuella grupperna var av rimlig storlek; genom betydligt mer långtgående regler om kumulation än inom common law erbjöd equityprocessen den naturliga formen av rättsskipning i här aktuella fall. Men var gruppen så stor att alla medlemmar inte rimligen kunde gå samman i en process blev reglerna om kumulation och nödvändig processgemenskap närmast ett hinder; processen blev "unmanageable". Risken var då att varken common law eller equity kunde erbjuda rättsskydd: writprocessen omöjliggjorde en gemensam handläggning och equityprocessen ställde så långtgående krav på att alla skulle delta att rättegång blev ett orealistiskt eller nästan ogenomförbart sätt att uppnå vad man åsyftade. När antalet berörda var stort riskerade man att den processuella seglatsen strandade på antingen Scylla eller Charybdis; det fanns ingen realistisk väg att nå målet och därmed inte heller något fungerande sätt att uppnå access to justice.

I detta läge var det naturligt att kanslern bytte ut devisen "to do complete justice – or no justice at all" mot att det var bättre "to go as far as possible towards justice than to deny it altogether".[223] Ett sätt att fullfölja denna mer begränsade ambition var att acceptera en ny form av grupprättegång; kumulation ersattes av en representativ process där en (eller några) fick föra talan för alla.

Man brukar hävda att det var brister i kumulationsreglerna som tvingade fram denna lösning. Och visst hade den nödvändiga processgemenskapen vid equitydomstolarna kommit att motverka sitt eget syfte då rättegången framstod som ett orealistiskt alternativ vid anspråk för eller emot stora grupper. Men man kan lika väl säga att class actioninstitutet innebar en befrielse från traditionella regler om t ex talerätt ("standing"), processbehörighet, fullmakt, delgivning eller rättskraftens begränsning till parterna. Den utlösande faktorn

223 Se ovan s 71.

var dock naturligtvis inte processteknisk annat än indirekt; i botten låg lordkanslerns ambition att – i motsats till vad den individualistiska rättegången enligt common law kunde göra – erbjuda processuella lösningar med breda intresseavvägningar och betydande verkningar, retroaktivt och prospektivt, för alla berörda.

Tekniken att tillskapa process med representativa inslag av nyssnämnt slag kan illustreras redan med de s k kanalfallen på 13- och 1500-talet. Det är dock – av skäl som inte här skall upprepas[224] – knappast meningsfullt att döpa dem till class actions: de flesta vill i stället förlägga tidpunkten för class actioninstitutets födelse till 16- och 1700-talet. Bland annat församlingsmedlemmar och arrendatorer representerades genom några fås försorg både på svarande- och kärandesidan i flera rättegångar (t ex *Brown v. Vermuden* och *Brown v. Howard*[225]) där domen inte bara ansågs ha prejudikatverkan ("stare decisis") utan även rättskraft för och emot alla i gruppen.

Det förekommer att class actioninstitutets historia delas in i epoker där processer av nyssnämnt slag i det statiska agrara samhället förs till *epok 1* och vissa grupprättegångar under den dynamiska industrialismen hänförs till *epok 2*. Att en eller några tilläts driva process med bindande verkan för alla kännetecknade class actioninstitutet även under epok 2, men grupperna – framsprungna ur de nya behov av social grundtrygghet och effektiva associationsformer som industrialismen skapat – är inte längre så etablerade, fasta och allomfattande som tidigare. "Friendly societies" liksom "joint stock companies" – motpoler på det sociala spänningsfält industrialismen skapat – inbegriper inte medlemmarna och delägarna i en lika livslång och grundläggande gemenskap som t ex ovannämnda grupper i det feodala samhället.

Även om gemenskapen fortfarande var knuten till yrke och arbetsförhållanden i försäkringsföreningarna visar bolagsfallen hur industrialismen också skapat sammanslutningar som medvetet inriktas på en begränsning av gemenskapen till visst kapital eller viss affärsverksamhet. Men i motsats till de grupper som figurerar i class actions under epok 1 var det nu inte längre fråga om etablerade, allmänt accepterade, personkategorier. Tvärt om gällde det sammanslutningar som väckte misstro och motstånd; de saknade länge också materiellrättsligt erkännande och att de accepterades

224 Se ovan s 71.
225 Se ovan s 64 och 77.

som "litigative units" inom class actionprocessens ram kom att utgöra ett substitut för det legala erkännande de erhöll genom materiellrättslig lagstiftning långt senare.

Om class actioninstitutet kan sägas ha undanröjt vissa processuella hinder under epok 1 (t ex nödvändig processgemenskap) var det nu alltså materiellrättsliga begränsningar som den processuella associationsformen lyckades genombryta. Då den materiellrättsliga lagstiftningen så hunnit ikapp i mitten på 1800-talet går class actioninstitutet (av flera skäl[226]) näranog i ide för att väckas till *epok 3* ungefär ett sekel senare – och då i USA. Om denna epok skall här bara sägas att grupperna nu, i det postindustriella massifikations- och informationssamhället, ofta uppstår "ad hoc"; det enda som håller gruppen samman är t ex köp av en viss produkt. Detta är förmodligen ett nytt drag, men det utesluter inte att de gamla kännetecknen fortfarande kan äga aktualitet för grupperna i åtminstone vissa fall. Bredare och varaktigare samhörighet föreligger ju t ex vid rättegångar rörande miljöskador inom ett visst bostadsområde eller i processer rörande diskriminering i olika former. Class actioninstitutet har visat sig användbart även i sådana situationer.

Epokindelningen av class actioninstitutet hjälper till att berätta en del av dess historia men kan också föranleda generaliseringar som döljer det gemensamma. Gemensamt för epok 1 och 2 förefaller dock vara att processen antingen anknyter till gruppmedlemmarnas sociala status eller till en gemensam "fond" som de enskilda gör anspråk på eller har ansvar för.[227] Huruvida dessa drag präglar även modern amerikansk rätt på class actionområdet blir det anledning att återkomma till i nästa kapitel.

Sambandet mellan politik och process är inte svårt att belägga vad gäller den tidsperiod då senare teorier om vikten av åtskillnad mellan lagstiftande och dömande funktioner ännu inte lanserats eller fått fullt genomslag. Men även i ett modernt demokratiskt samhälle är kompetensgränsen mellan lagstiftning och rättsbildning via rättsskipning stundom utsuddad; bl a den snabba tekniska utvecklingen har tvingat fram en abstrakt lagskrivningsteknik (ramlagar, målsättningsparagrafer, generalklausuler) som förutsätter att domstolen fullföljer det arbete lagstiftaren bara kunnat påbörja.

226 Se ovan s 101 f.
227 Jfr Weiner & Szyndrowski s 954.

För att de materiella reglerna skall vinna genomslag krävs att de processuella instrument som tillhandahålls är adekvata och ändamålsenliga för ett tillvaratagande av de intressen lagstiftaren prioriterat. Frågor om sambandet mellan process och politik kan emellertid uppkomma också på ytterligare ett plan, vilket bl a illustreras av class actioninstitutets utveckling: grupprättegången aktualiserar problem rörande representationens legitimitet med klara paralleller på den politiska arenan. Men utvecklingen förefaller inte ha gått hand i hand i dessa hänseenden. Starkt paternalistiska intresseteorier – där gruppmedlemmarnas åsikter t o m ansågs kunna utgöra ett hot mot deras verkliga intresse – hade en framskjuten plats i äldre engelsk konstitutionell debatt för att så småningom ersättas av de krav på de representerades samtycke i form av t ex fria val. På den processuella sidan kan man iaktta en motsatt utveckling: krav på explicit eller implicit samtycke till att en processar för allas räkning dominerar epok 1 då ju grupperna också hade en sådan social struktur att samtycke lätt kunde inhämtas eller förutsättas. Under *epok 2* – när samtyckesteorin vinner terräng på den politiska sidan – börjar man emellertid ge upp kravet på samtycke för representativ process, så t ex i *Hichens v. Congrieve*[228] där det framstod som omöjligt att inhämta alla aktieägarnas tillstånd att driva rättegången. Och det intresseresonemang man då driver går knappast att förankra i påståenden om gruppens enhetlighet eller beständighet. I dagens samhälle, när grupperna stundom är av ännu mera tillfällig natur och diffus utsträckning, blir kravet på samtycke ännu svårare att upprätthålla samtidigt som intressegemenskapen många gånger kan ifrågasättas.

Det blir anledning att återkomma till detta i nästa kapitel som handlar om class actioninstitutets utveckling i USA. Här skall bara till sist utfärdas en varning: nästan all forskning om class actioninstitutets uppkomst och utveckling har utförts av amerikaner och detta gäller även diskussionen om förhållandena i äldre engelsk rätt. Risken för misstag är därför sannolikt överhängande, särskilt vid en svensk tolkning av den amerikanska debatten. Men den historia som skisserats i det föregående behöver kanske inte vara korrekt i alla delar för att fullgöra sitt syfte att ge bakgrund och perspektiv åt framställningen i de följande kapitlen.

[228] Se ovan s 90.

Kap. 3 Class actioninstitutets utveckling i USA

"The appropriate action for this Court is to affirm the district court and put an end to this Frankenstein monster posing as a class action."

Lumbard, C.J. (dissenting),
Eisen v. Carlisle & Jacquelin,
(1968) 391 F.2d 555, 572

1. Inledning 109
2. 1843 års regel (Equity Rule 48) 113
3. 1912 års regel (Equity Rule 38) 118
4. 1938 års regel (Federal Rule 23) 120
5. 1966 års regel (Federal Rule 23 reviderad) 125
   - 5.1 Inledning 125
   - 5.2 (b) (1) class actions 125
   - 5.3 (b) (2) class actions 126
   - 5.4 (b) (3) class actions 127
   - 5.5 Rättskraft m m 128
6. Den amerikanska utvecklingen och representationsteorierna 129
7. Sammanfattning och avslutande synpunkter 136

1. Inledning

Det finns – dess bättre – ingen anledning att börja om igen ända från början när nu class actioninstitutets historia i USA skall beskrivas. Utvecklingen i England, skildrad i föregående kapitel, fungerar också som en utgångspunkt för den amerikanska rättshistorien på området, som kan sägas börja leva ett eget liv först en bit in på 1800-talet. Att den politiska frigörelsen från England skett betydligt tidigare innebar inte att engelsk rätt förlorade sitt inflytande – den processen skulle ta mycket lång tid och är väl ännu inte helt fullbordad.

I föregående kapitel berördes hur "dubbelsystemet" med särskilda equity- och common lawdomstolar avskaffades successivt i USA från mitten av 1800-talet och framåt.[1] Equity och common law levde visserligen kvar som två rättssystem – även processuellt – i de flesta stater men tillämpades nu vid samma domstol och i stigande utsträckning också i samma mål.

Det nyss sagda innebar dock förvisso inte att man i USA så småningom nådde fram till en enhetlig domstolsorganisation och en gemensam processrätt. Särskilda förfaranderegler för equitymål fanns kvar i många år – fram till 1938 förekom class actions bara vid denna form av rättskipning – och utövar fortfarande ett visst inflytande. Och vad värre är: förutom en federal domstolsorganisation finns 51 delstatliga, var och en i princip med egna förfaranderegler.[2]

Men det har faktiskt varit ännu värre; utvecklingen under 1900-talet har gått mot en kraftig förenkling. Att det sedan 1938 finns en enhetlig processordning för de federala domstolarna är ett oerhört framsteg. Dessförinnan var även den federala processen en märklig blandning av olika regler och regelsystem.[3] Trots att Supreme Court alltid haft vittgående "rule making power", dvs rätt att på egen hand utfärda regler för förfarandet,[4] utnyttjades tidigare denna befogenhet i stort sett bara för equityprocessen ("equity rules" 1843 och 1912), medan man i fråga om common law tillämpade ungefär de delstatliga processregler som gällde där den federala domstolen var belägen. Den federala processen uppvisade alltså ungefär lika många varianter som den delstatliga innan "the federal rules of civil procedure" trädde i kraft 1938.[5]

1 Se ovan i kap 2 s 62 f.

2 Det finns 86 *federala* domstolar i första instans ("Federal District Courts") och 11 i andra instans ("Circuit Courts of Appeal"). Högst upp tronar United States Supreme Court, bestående av endast en avdelning med 9 domare. Det *delstatliga* domstolsväsendet består av flera hundra domstolar i första instans ("Trial Courts" – i New York märkligt nog "Supreme Courts"), i ungefär 15 delstater finns en mellaninstans ("Appelate Court") och i alla en "Supreme Court" (oftast en avdelning med 3–9 domare). Utöver de 50 delstaterna har district of Columbia en egen domstolsorganisation. Jfr betr delstaterna Junker s 274 ff.

3 James s 18.

4 Jfr nedan s 112 och i kap 12 s 462.

5 Supreme Court accepterade i stort sett förslaget från sin "advisory committee", en kommitté som då, liksom fortfarande, bestod av drygt ett dussin framstående jurister (bl a rättsvetenskapsmän). Förslaget presenterades för kongressen och i och med att det inte föranledde några yrkanden där trädde reglerna i kraft den 16 september 1938, James s 19 f. Se även nedan s 443 om reglernas karaktär.

"The federal rules" har också fungerat förenklande på så sätt att många delstater sedermera utformat sin egen processordning med den federala processlagen som modell. Även andra reformsträvanden har medverkat till ökad enhetlighet på det delstatliga området.[6] Kvar står dock att det är en nära nog omänsklig uppgift att ge en heltäckande bild av processordningarna i de olika delstaterna. Detta gäller även om uppmärksamheten koncentreras till ett enda processuellt institut som t ex class actions; betecknande är att en av de senaste uppsatserna på området bär titeln "The state court class action – a potpourri of differences".[7]

Redan det nyss sagda kan fungera som förklaring till att den här boken nästan helt inriktats på class actions enligt Rule 23 i the federal rules of civil procedure. Denna typ av class action – sannolikt ungefär lika vanlig som de delstatliga tillsammans[8] – är också den som rönt ojämförligt mest uppmärksamhet inte bara i USA utan också vid reformdiskussioner på andra håll i världen, t ex i Kanada och Australien.[9] En anledning till det är att den federala processordningen åtnjuter ett utomordentligt högt anseende – åtminstone i USA[10] – och fungerat stilbildande i många delstater också vad gäller class actions.[11] Även detta är ett gott skäl att satsa på den federala varianten i det följande. Delstatliga class actions kommer dock att beröras i förbigående vid några tillfällen och för den som är särskilt intresserad av class actions på ett visst rättsområde – t ex konsumenträtten – kan det finnas anledning att botanisera vidare i den delstatliga floran.[12] Forumspärren vid federal domstol – varom mer i nästa kapitel – gör också att class actions rörande små individuella belopp sannolikt spelar en mer framträdande roll i delstatlig än i federal process.

6 Se nedan i kap 10 s 361 ff, jfr dock Junker s 274 ff.

7 Skirnick & Avery i 20 The Forum (1985) s 750 ff.

8 Se nedan i kap 4 s 141.

9 Jfr nedan i kap 11 s 397, 401, 414 och 420 ff.

10 James s 19 f.

11 Se nedan i kap 10 s 362.

12 Se t ex – det finns många! – betr Kalifornien, Hemker-Smith i 7 Pacific Law Journal (1976) s 811 ff, Hayden i 33 The Hastings Law Journal (1982) s 689 ff och Sevell i 6 Loyola of Los Angeles Law Review (1973) s 312 ff samt, betr New York, Greenberg i 30 Syracuse Law Review (1979) s 1187 ff och Meunier i 43 Albany Law Review (1979) s 388 ff. Betr litteratur rörande federala class actions på särskilda rättsområden se nedan i kap 4 s 148 f.

Som framhölls i inledningskapitlet[13] har emellertid den här boken en sådan allmän inriktning att en avgränsning till class actions enligt Rule 23 framstår som den enda vettiga. Härigenom får vi också tillfälle att njuta av de federala domstolarnas kvalitativt högtstående avgöranden och de bästa skribenterna i den amerikanska doktrinen. Behovet av att visa på alternativa former av class actions kommer i stället att tillgodoses genom en redogörelse för den amerikanska diskussionen de lege ferenda samt förhållandena i Kanada och Australien (kapitel 10 och 11).

På class actionområdet har amerikanarna, som redan påpekats flera gånger, utvecklat en betydligt större aktivitet än engelsmännen och det gäller inte bara under de senaste årtiondena. Redan på 1820-talet kommer diskussionen i gång på allvar i praxis och doktrin och det skulle inte dröja länge förrän class actioninstitutet dyker upp också i lagstiftningssammanhang. Men det skall genast sägas att class actionmål inte blir särskilt vanliga förrän en bra bit in på 1900-talet.

Vilken av dessa rättskällor – lagstiftning, praxis eller doktrin – bör då lämpligen tas till utgångspunkt för dispositionen av det här kapitlet? Jag väljer lagstiftningen (i vid mening) trots att ett sådant val inte alls är lika självklart då det gäller amerikansk rätt som t ex svensk; statute law har som bekant inte på långt när samma självklara prioritet i common lawländer som i kontinental rätt. Visserligen skall samtliga skrivna lagar ges företräde framför case law,[14] men utvecklingen i praxis har ändå en oerhörd betydelse. Och vad gäller processrätten är det, som nyss berörts, Supreme Court som står också för "lagstiftningen" via sin "rule making power". Sådana "rules of court" gäller i sin tur före "statutes".[15] Denna Supreme Courts lagstiftning – med regler av betydelse för class actioninstitutet från 1843, 1912, 1938 och 1966 – erbjuder en så lockande kronologi att det är svårt att motstå frestelsen att följa den i spåren. Praxis och doktrin får hänga med så gott de kan; att praxis får en mindre framskjuten plats än vanligt i just det här kapitlet förklaras med att dess syfte snarare är att ge bakgrunden till problematiken de lege lata och de lege ferenda än utröna i detalj hur rättsläget varit vid varje särskild tidpunkt. Den representationsteoretiska delen av diskussionen (t ex samtyckesteorin kontra intresseteorin) kommer att

[13] Ovan s 37 ff.
[14] Så Jacobsson s 11.
[15] James s 18.

skymta fram ibland för att sedan tas upp till mer samlad diskussion i ett avslutande avsnitt.

2. 1843 års regel (Equity Rule 48)

Jag tvingas börja med att för ett par ögonblick överge den disposition som redan utlovats. Den första amerikanska regeln av intresse ur class actionsynpunkt kom nämligen 1843, men redan dessförinnan hade en del hänt i både praxis och doktrin. Ja, praxis och doktrin flyter i själva verket ihop under denna epok eftersom det i båda fallen är en ledamot av högsta domstolen – t o m samme ledamot, nämligen *Justice Story* – som står i blickpunkten.

Man kan alltså säga att den amerikanska class actionhistorien startar med Story, som först i några rättsfall och senare i två verk om equity tar upp grupprättegångarnas problem till diskussion.[16] Yeazell har – som väntat [17]– inte mycket till övers för Story som han betecknar som lärd men föga skarpsynt. Storys uttalande i *West v. Randall* (1820)[18] kallar han "a parade of incompletely digested and almost completely irrelevant learning about group litigation".[19] Det är hårda ord!

Storys betydelse för den amerikanska utvecklingen är emellertid något man inte kan gå förbi. I andra upplagan av sin "Commentaries on equity pleadings" kommer han in på class actions i samband med en diskussion om undantag från regler om nödvändig processgemenskap. Han skiljer här mellan tre slag av class actions:

> "The most usual class arranging themselves under this head of exceptions are: (1) where the question is one of a common or general interest and one or more sue, or defend for the benefit of the whole; (2) where the parties from a voluntary association for public or private purposes, and those, who sue, or defend, may fairly be presumed to represent the interest of the whole; (3) where the parties are very numerous, and though they have, or may have, separate and distinct interests; yet it is impractical to bring them all before the court."[20]

16 Story, Commentaries on equity jurisprudence (1836) och Equity pleading (1838).

17 Se ovan i kap 2 s 74 f.

18 29 F. Cas. 718, C.C.D.R.I. (1820) enligt Yeazell s 1088.

19 Yeazell s 1088. Weiner & Szyndrowski (s 956 not 132) tar skarpt avstånd från detta utfall mot Story.

20 Story § 97, här citerad efter Weiner & Szyndrowski s 957 i not 135.

Såsom påpekats av Weiner & Szyndrowski[21] ansluter indelningen till de engelska rättsfall som diskuterats i föregående kapitel, grupp (1) till "distributionsmål" som bl a "the privateer cases", grupp (2) till epok 2 ("friendly societies" och "joint stock companies") samt grupp (3) till epok 1 ("the Manor cases").[22] Men enligt Yeazell uppfattade Story de äldre class actionfallen – alltså de engelska – som uttryck för en strävan att motverka meningslösa rättegångar och förhindra massor av processer om samma sak (i ordets vidaste bemärkelse). Att class actions – paradoxalt nog – åtminstone i dag även kan ha den motsatta funktionen, nämligen att ge möjlighet till processer beträffande anspråk som annars inte skulle bli föremål för rättegång överhuvudtaget, föresvävade av allt att döma inte Story.[23]

Det var också Storys uppfattning om äldre grupprocesser som kom att prägla den första regeln i USA på området, Equity Rule 48 (1843) som hade följande lydelse:

> "Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. *But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties.*"[24]

Den försiktiga regeln att domen bara skulle äga rättskraft mellan parterna gör att bestämmelsen för den renlärige möjligen inte framstår som uttryck för en äkta class action utan snarare som precis vad Story verkar ha ansett: ett undantag från de gamla engelska besvärande equityreglerna om nödvändig processgemenskap.[25] Men 1843 års regel skulle – åtminstone i rättskraftshänseende – inte bli långlivad och den fortsatta historien visar hur svårt också "rules of court" kan ha att göra sig gällande i ett case lawsystem som det amerikanska. Tio år senare kullkastades nämligen den lagfästa

21 A st.

22 Ovan i kap 2 s 73 not 101.

23 Så Yeazell s 1089 f.

24 Citat efter Yeazell s 1091 i not 129 (min kursivering).

25 Jfr ovan i kap 2 s 65 ff. Enligt Weiner & Szyndrowski (s 958) bara "tycktes" ("appeared") regeln inskränka rättskraften till parterna.

rättskraftsprincipen i rättsfallet *Smith v. Swornstedt* (1853)[26] och detta utan att 1843 års regel överhuvudtaget omnämndes. Rättsfallet speglar en bit amerikansk historia:

> Ett antal kringresande metodistpräster hade bildat en "self-help organization", ett slags amerikansk motsvarighet till de engelska, i kapitel 2 berörda, "friendly societies". De lade en bit av de inkomster de hade från försäljning av religiösa skrifter till en gemensam kassa. Dessa medel skulle användas till pensioner till åldrade präster och deras anhöriga. Fonden förvaltades av trustees i Cincinnati. Så sprack kyrkan mitt itu till följd av oenighet i slavfrågan. Därefter vägrade trustförvaltarna att betala ut några medel till sydstatarna. Sydstatsprästerna väckte talan via en representant å alla sydstatsprästers vägnar. ("This bill is brought by the authority, and under the direction of the general and annual conferences of the Church South, and for the benefit of the same, and for themselves and all the preachers in the travelling connection, and all other ministers and persons having an interest in the property".)[27] Som svarande angavs dels förvaltarna, dels de nästan 3 800 nordstatspredikanterna, dock att de sistnämnda inte namngavs. Talan "avvisades" i lägre instans med en suddig formulering rörande partsställningen, men högsta domstolen ändrade utslaget och återförvisade samtidigt som man gav uttryck för att domen i målet – som alltså inte skulle komma att avkunnas av högsta domstolen – skulle binda alla: "For convenience, therefore, and *to prevent a failure of justice*, a court of equity permits a portion of the parties in interest to represent the entire body, and *the decree binds all of them the same as if all were before the court*."[28] Dessutom gavs förhållningsorder beträffande "adequacy of representation": "care must be taken that persons are brought on the record fairly *representing the interest* or right involved, so that it may be fully and honestly tried".[29]

Någon begränsning av rättskraften var det alltså inte fråga om. Men att högsta domstolen tycktes desavouera 1842 års regel i *Smith v. Swornstedt* behöver inte betyda att den där stadgade rättskraftsbegränsningen aldrig gällde. Tvärtom användes ibland regeln för att motivera frånvaro av rättskraft, särskilt när "the absentees had not been adequately represented or had not been given a fair hearing of the common issues".[30] Brister av det förstnämnda slaget (i "adequacy") medför dock även idag att domens rättskraft kan ifrågasättas och detta utan att någon sådan rättskraftsbegränsning finns

[26] 57 U.S. s 288 (1853). – Fallet är av intresse även ur representationsteoretisk synpunkt, se nedan s 130 ff.

[27] Citerat efter Yeazell s 1092 i not 135.

[28] Rättsfallet s 300, jfr Yeazell s 1092 i not 138 (mina kursiveringar).

[29] Rättsfallet s 303 varom Yeazell a st samt Weiner & Szyndrowski s 959 ff, jfr nedan s 189 ff betr "adequacy of representation" (min kursivering).

[30] Wright & Miller § 1751 s 509.

lagreglerad.[31] 1843 års regel blir ganska meningslös om det blott var denna självklara inskränkning som åsyftades.

En engelsk class action präglades ju av att domen gällde mot alla i klassen. 1843 års regel innebar således något nytt i detta hänseende, men den hade föregångare i praxis, så t ex i ett mål från 1820 där just Justice Story uttalade att det förutom den engelska typen av grupptalan fanns ett slags class action där domen inte band andra än dem som deltagit i processen.[32] Måhända skall inte 1843 års regel ses som ett försök att utesluta rättskraftsverkan i *samtliga* fall, utan snarare som ett komplement till den klassiska engelska typen av class actions som man dock inte tordes lagreglera utan lät växa fram i praxis.[33] Syftet med 1843 års regel kanske endast var att befria från nödvändig processgemenskap i vissa fall då kumulation var "unmanageable" men en bred intresseavvägning ändå önskvärd. Följden verkar dock ha blivit osäkerhet på rättskraftsområdet. Man kan också finna rättsfall som ger uttryck för kompromisslösningen att endast *bifallande* domar skulle äga rättskraft mot alla.[34]

Det verkar alltså ha rått en viss förvirring om domens rättskraftsverkan i grupprättegångar. Dessa oklarheter kom att bestå under hela 1800-talet och även efter 1912 års regel. Att så blev fallet var väl, åtminstone delvis, en följd av motsättningen mellan 1843 års regel och *Smith v. Swornstedt*. Och i och med att högsta domstolens uttalande i detta rättsfall på sätt och vis bara var ett referat av equitymöjligheterna utan direkt tilllämpning i det särskilda fallet var frågan inte slutgiltigt knäckt av praxis.[35]

Att fullständig visshet inte kan nås i rättskraftsfrågan hänger ihop med att class actioninstitutet – trots lagstiftningen på området – spelade en "quirky and peripheral"[36] roll under hela 1800-talet. Någon törnrosasömn i stil med den engelska var det visserligen inte

[31] Se kap 6 s 232.

[32] *West v. Randall* (1820), jfr Developments, Multiparty litigation s 928 f.

[33] Jfr hur man i dag avstår från lagreglering och litar till praxis även de lege ferenda, nedan i kap 10 s 360 f och 366 f.

[34] Se Weiner & Szyndrowski s 959 betr *American Steel & Wire Co v. Wiredrawers'*, varom nedan s 117 f.

[35] Det kan framstå som anmärkningsvärt att man uttalade sig om rättskraften; den kan – i USA liksom i Sverige – aldrig bestämmas i den process där det rättskraftiga avgörandet beslutas, jfr nedan i avsnitt 4 och nedan i kapitel 6 s 231. Som framgår av citatet ovan i texten vid not 28 uttalade man sig dock inte om rättskraften i det speciella fallet utan "bara" om den allmänna principen.

[36] Yeazell s 1093, jfr Glenn 1986 s 266.

fråga om, men man kom inte heller i närheten av dagens intensiva grupprocessande. Samhällsutvecklingen erbjöd ännu inte den rätta grogrunden för class actioninstitutets uppblomstring.

De mål som var uppe till prövning på 1800-talet påminner om de engelska class actionfallen under epok 2 på så sätt att de gäller medlemmar i olika sammanslutningar, huvudsakligen av religiös eller facklig art. I ett av de tidigaste kända fallen, *Beatty v. Kurtz* (1829)[37] var det – igen – Story som yttrade sig och han anförde:

> "We think it is one of those cases, in which certain persons, belonging to a voluntary society, and having a common interest, may sue on behalf of themselves and others having the like interests, as part of the same society for purposes common to all and beneficial to all. Thus, some of the parishoners may sue a person to establish a general modus, without joining all; and some of the members of a voluntary society or company, when the parties are very numerous, may sue for an account against others, without joining all."[38]

Beatty v. Kurtz gällde några lutherska församlingsmedlemmar som förde talan mot en fastighetsägare som ville vräka dem ur den lada där de höll sina gudstjänster och från den mark där de begravde sina döda. Fram emot sekelskiftet finner man fall av mer arbetsrättslig karaktär, så t ex *American Steel & Wire Co v. Wire Drawers'* (1898), där arbetsgivaren stämde ett antal strejkledare och yrkade förbud för dem som deltog i strejken att hindra strejkbrytare från att komma in i fabriken. Domstolen ansåg att strejkledarna skulle "adequately represent the strikers" och godkände alltså denna class action på svarandesidan.[39]

Inte ens från svensk horisont framstår det som så märkligt att class actions tilläts i sådana fall som *American Steel*. Man kan ju hävda att klassmedlemmar genom att tillhöra en frivillig förening eller genom att delta i en strejk samtycker till att föreningen respektive strejkledarna representerar dem, också i process.[40] Men det anses inte vara något slags samtyckesteori utan snarare en intresseteori som kommer till uttryck i domstolens ställningstagande i detta fall:

[37] 27 U.S. s 566 (1829).

[38] Rättsfallet s 585, citat efter Yeazell s 1093.

[39] Jfr ovan not 34; domen ansågs dock bara ha rättskraft *till förmån* för gruppmedlemmarna och gav alltså möjlighet till "one-way intervention", varom nedan i kap 6 s 234.

[40] Jfr Yeazell s 1094.

> "The fallacy of the objection made is in supposing that the required 'representative' capacity resides in some *official or authorized* representative quality, attaching by reason of the action of the union itself in conferring it. . . It depends on the facts in each case, and the court will regulate that matter by its decree, according to circumstances, and will insist that those brought in shall fairly represent the whole, according to the nature of the relief sought and the peculiarities of the association."[41]

Yeazell anser att *American Steel* är ett klart uttryck för intresseteorin med sin "recognition that congruity of interests supplies an entirely sufficient rationale for representation in group litigation".[42] Även *Smith v. Swornstedt* kan förefalla ge uttryck för ett intresseteoretiskt synsätt,[43] men det har också hävdats att det alldeles klart förelåg samtycke från gruppmedlemmarna (på båda sidor) i detta fall; någon "notice" skedde dock ej i detta eller något annat mål före sekelskiftet.[44]

Den representationsteoretiska grundvalen för amerikansk 1800-talspraxis blir det anledning att återkomma till i avsnitt 6 nedan. Här skall bara konstateras att hela 1800-talet kom att förlöpa utan att class actioninstitutet fick någon fast teoretisk bas, vilket möjligen kan förklara (eller förklaras av) att grupptalan inte nådde någon vidsträckt praktisk användning under denna tid.

3. 1912 års regel (Equity Rule 38)

Equity Rule 48 från 1843 ersattes 1912 av Equity Rule 38 som löd:

> "When the question is one of common or general interest to many persons constituting a class so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, one or more may sue or defend for the whole."[45]

Som synes saknas den passage som inskränkte rättskraften i den gamla regeln. Men tystnaden kan i och för sig inte tas till intäkt för att en vidsträckt rättskraftsverkan nu skulle gälla generellt. 1912 års regel löste inte slutgiltigt problemet om det är förenligt med konstitutionens krav (11:e författningstillägget) på "due process" och "the

41 Rättsfallet s 607, citerat efter Yeazell s 1095, min kursivering.

42 Yeazell s 1095.

43 Se citatet ovan s 115 vid not 29 (". . . representing the interest").

44 Så Weiner & Szyndrowski s 960 f och 963, betr "notice" se nedan i kap 6 s 212 ff.

45 Citat efter Wright & Miller § 1751 s 509.

right to a day in court" att låta domen binda klassmedlemmar som inte varit närvarande vid domstolen.[46]

Läget skulle dock klarna något efter ungefär ett decennium och åter var det högsta domstolen som drev på i rättskraftsfrågan. Avgörandet kom i *Supreme Tribe of Ben-Hur v. Cauble* (1921),[47] ett avgörande som Yeazell betecknar som utomordentligt dunkelt,[48] men som innehåller flera uttalanden av synnerligen stort intresse.

Även i *Ben-Hur* gällde det bråk mellan olika fraktioner i en "fraternal organization". Föreningen omorganiserades då man insåg att den inte skulle kunna betala ut de bidrag den hade utlovat, en omorganisation som självfallet medförde att en grupp medlemmar blev missgynnad. Denna grupp, som *inte* bodde i Indiana, hade stämt organisationen, som hade forum i Indiana, och yrkat att omorganisationen skulle ogiltigförklaras. Eftersom det förelåg "diversity jurisdiction" kom saken upp i federal domstol[49] där gruppens talan ogillades; organisationsförändringen ansågs alltså inte ogiltig. Fem år senare stämde en person (Amelia Cauble) som representant för en grupp medlemmar i Indiana organisationen till den delstatliga domstolen och yrkade (även de) att omorganisationen skulle förklaras ogiltig. Organisationen anhöll då vid federal domstol om "injunction" mot denna talan nr 2 under påstående att saken var res judicata. Cauble invände att hon inte kunde vara bunden av process nr 1 eftersom hon – om hon uppfattades som medlem i klassen i process nr 1 – skulle ha förstört den "diversity" som är en förutsättning för att den federala domstolen skulle vara behörig.

Situationen är förvisso knepig: de federala domstolarna kan visserligen stifta sina egna processuella lagar via sin "rule-making power",[50] men detta gäller inte i behörighetsfrågor – jurisdiktion kan bara tillskapas genom "riktig" lag. Skulle nu Amelia Caubles existens i klassen omintetgöra rätten till prövning i federal domstol för hela gruppen skulle hon givetvis inte heller vara bunden av domen: antingen var hon inte klassmedlem eller också var det fel att ta upp process nr 1 vid federal domstol. Och om hon inte "förstört" den federala behörigheten, skulle hon då vara bunden av domen trots att hon inte var med personligen i den första processen?

Fru Cauble vann i första instans men förlorade i högsta domstolen som presenterade följande uttalande i behörighetsfrågan:

"It is true that jurisdiction, not warranted by the Constitution and laws of the United States, cannot be conferred by a rule of court, but *class suits were known before the adoption of our judicial system, and were in use in English Chancery*".[51]

46 Wright & Miller § 1751 s 509; enligt Developments, Multiparty Litigation s 929 däremot var avsikten troligen att göra det klart att domen skulle binda alla vid *vissa* class actions.

47 255 U S s 356 (1921).

48 Yeazell s 1097.

49 Jfr nedan i kap 5 s 175 betr "diversity".

50 Se ovan s 110.

51 Citerat efter Yeazell s 1097, min kursivering.

Här visade man onekligen respekt för det förgångna. Och man gick på i ullstrumporna. Inte heller i rättskraftsfrågan drog sig högsta domstolen för att uttala sig kategoriskt:

"If the federal courts are to have the jurisdiction in class suits to which they are obviously entitled, *the decree when rendered must bind all of the class properly represented.* The parties and the subject-matter are within the court's jurisdiction. It is impossible to name all of the class as parties, where, as here, its membership is too numerous to bring into court. The subjectmatter included the control and disposition of the funds of a beneficial organization and was properly cognizable in a court of equity. The parties bringing the suit truly represented the interested class. *If the decree is to be effective and conflicting judgments are to be avoided all of the class must be concluded by the decree.*"[52]

Domstolen ger uttryck för denna bestämda åsikt i rättskraftsfrågan på ytterligare ett ställe:

"Being thus represented, we think it must necessarily follow that their rights were concluded by the original decree."[53]

Med högsta domstolens avgörande i *Ben-Hur* kan man säga att principen om rättskraft mot alla i gruppen fick så starkt stöd att det inte borde ha varit möjligt att senare förneka sådan rättskraftsverkan generellt sett.[54] Men det kommer ändå att bli anledning att återkomma till den frågan liksom till det förhållandet att något krav på samtycke ej verkar ha upprätthållits i *Ben-Hur*.[55]

4. 1938 års regel (Federal Rule 23)

Fram emot 1930-talet började det som sedermera skulle kallas ett Frankensteinmonster att röra på sig. Från att ha varit en teoretiskt svårplacerad och svårförklarad kuriositet – sällan begagnad och då det skedde mest av resepräster, ordensbröder och annat löst folk – började class actioninstitutet i takt med den accelererande samhällsutvecklingen att bli av intresse för bredare grupper; "the increasing complexity and urbanisation of modern American society has

52 Rättsfallet s 367, citerat efter Wright & Miller § 1751 s 510, min kursivering.

53 Rättsfallet s 366, citerat efter Yeazell s 1097.

54 En inblick i det amerikanska prejudikatsystemets irrgångar får man när man konstaterar att högsta domstolen icke desto mindre drygt 15 år senare – utan att nämna *Ben-Hur* – på nytt i viss mån inskränkte rättskraften i anslutning till domstolens behörighet, se Wright & Miller § 1751 s 510, Developments, Multiparty litigation s 929 och *Christopher v. Brusselback* (302 U S s 500, 1938). Och som strax skall framgå i texten skingrades oklarheten inte heller 1938 då Federal Rule 23 såg dagens ljus; även där är rättskraftsfrågan oreglerad.

55 Jfr nedan s 130 ff och Weiner & Szyndrowski s 973 som menar att samtycke här ersatts av "adequacy of representation".

tremendously magnified the importance of the class action as a procedural device for resolving disputes affecting numerous people".[56]

Genom Rule 23 i de 1938 antagna "Federal Rules of Civil Procedure" lagreglerades class actioninstitutet relativt grundligt – dock inte rättskraftsfrågan – och på så vis fick man en bättre legislativ plattform än tidigare för en vidgad tillämpning.[57] Expansionen blev särskilt tydlig vad gäller "federal government", fackföreningar, ideella och ekonomiska associationer, "civil rights" och konsumentgrupper.[58]

Rule 23 i 1938 års tappning var betydligt utförligare än sina föregångare men anses i stort sett ha kodifierat gällande rätt, som dock fram till 1938 präglats av förvirring, ja nästan kaos.[59] Det skulle föra för långt att här gå in på regeln och dess tillämpning i alla dess enskildheter. Jag skall i stället inskränka mig till att beskriva den (för alla äldre amerikanska jurister välkända) grundläggande systematiken, som antyder användningsområdena men också genom sin oklarhet bidrog till att regeln s a s blev frånåkt och snart nog ansågs i behov av revision, en revision som kom att leda fram till 1966 års totala omformulering till den i dag gällande lagtexten.

Rule 23 i 1938 års version anger först tre allmänna förutsättningar för class actions:

> "That the class be so *numerous* as to make joinder impractical, that the representative be a *member* of the class, and that the class be *adequately represented.*"[60]

Vi får anledning att återkomma till alla dessa tre rekvisit – och ytterligare fyra – i nästa kapitel; de är fortfarande lika aktuella som de var 1938.

Mest känd är nog Rule 23 i 1938 års tappning för sin indelning av class actions i tre grupper allt efter det slags rättighet processen gäller:

56 Wright & Miller § 1751 s 510.

57 Wright & Miller § 1751 s 511, betr tillkomsten av 1938 års regler se ovan s 110 f och nedan i kap 12 s 443.

58 Wright & Miller § 1751 s 510 f. Enligt Glenn (1986 s 266) var dock intresset för class actions svalt även efter 1938.

59 Moore – en av deltagarna i the Advisory Committee (ovan s 110 not 5) menade att regeln tog vara på "the better practise of the decided cases" medan Weiner & Szyndrowski betecknar läget före 1938 som kaotiskt, a a s 979 resp 977.

60 Citat efter 71 Harvard Law Review (1958) s 930, min kursivering.

". . . when the character of the right sought to be enforced for or against the class is
(1) joint, or common, or secondary in the sense that the owner of a primary right refuses to enforce that right and a member of the class thereby becomes entitled to enforce it;
(2) several, and the object of the action is the adjudication of claims which do or may affect specific property involved in the actions; or
(3) several, and there is a common question of law or fact affecting the several rights and a common relief is sought."[61]

Det finns en omfattande diskussion i såväl praxis som doktrin kring dessa tre typer av class actions och deras rättskraftseffekter. Så har t ex uttrycken "joint, common and several" vad beträffar "the character of the right" förvisso vållat debatt och osäkerhet.[62] Moore betecknade i sin stora kommentar till Federal Rules of Civil Procedure dessa tre class actions 1) true, 2) hybrid, 3) spurious class actions, beteckningar som snabbt blev legio.[63]

En "*true*" class action kunde avse talan om underlåtenhetsförpliktelser, ändringsåtgärder samt fastställelsetalan. Processer rörande civil rights passade in i denna kategori. Det verkar också ha varit denna class actiontyp som kom flitigast till användning. Domen ansågs binda alla i klassen.[64]

"*Hybrid*" class actions avsåg primärt vissa anspråk i konkurssituationer ("the old equity receivership"). Domen hade en viss (om svensk jävsprocessdom erinrande) begränsad rättskraft mot alla: den bestämde deras rätt till utdelning ur det inprocessade beloppet men begränsade inte möjligheten till senare process på egen hand.[65] Den här class actionformen blev så småningom obsolet. Ändringar i konkurslagstiftningen gjorde den kollektiva taleformen överflödig.[66] Precis som vad gäller "joint stock companies" och "friendly societies" ersattes alltså den processuella innovationen med materiell lagstiftning.[67]

61 Citat efter James s 496, jfr Storys indelning ovan s 113.

62 Jfr Developments, Multiparty litigations s 931.

63 Se t ex a a s 930.

64 James s 497.

65 ". . . is conclusive upon rights to participate in the property or fund, but does not bind personally those not parties", James a st.

66 Jfr James s 497.

67 Jfr ovan i kap 2 s 91 f och Harvard Developments s 1343 betr effekterna för class actioninstitutet av att olika sammanslutningar gavs "korporativ" status.

Med en "*spurious*" class action introducerades möjligheterna att föra kollektiv talan om skadestånd.[68] Inte heller denna class actionform blev dock särskilt vanlig och man kan ifrågasätta om den bör kategoriseras som en class action överhuvudtaget. Avgörande för det är om man anser att rättskraft mot alla i gruppen är en nödvändig förutsättning för att en talan skall få kallas en class action. En dom vid "spurious" class action band nämligen bara dem som – förr eller senare – inträdde som parter i processen.[69]

Class actioninstitutet var ju som vi sett i föregående kapitel i sin historiska ursprungsform inriktat på typiska equityområden och skadeståndsanspråk kom därför att hamna på sidan om; equitydomstolarna var i huvudsak inriktade på "injunctive and declaratory relief" och handlade då inte frågor om betalningsanspråk. Att skadeståndsanspråk nu lagtekniskt fördes in i class actionregeln innebar därför en principiell nyhet i amerikansk rätt. Men, som sagt, "spurious" class actions medförde inte rättskraft mot alla och var alltså – som Moores terminologi också antydde – knappast någon "äkta" class action. En "spurious" class action framstår snarare som en lagfäst möjlighet till fakultativ och dispositiv efterföljande kumulation, något som saknades i äldre amerikansk rätt; "spurious" class actions har bara existensberättigande i ett rättssystem med snåla kumulationsregler.[70] Även behovet att öka möjligheterna till prövning vid federal domstol kan ha bidragit till att regeln infördes.[71]

Man har alltså uppfattat "spurious" class actions som ett slags "one-way intervention". Detta innebar att domstolen efter att ha tagit ställning till frågan om skadeståndsskyldighet i och för sig sände ut meddelande till alla som eventuellt berörts av den skadegörande handlingen och på så sätt gav dem möjlighet att komma in med sitt anspråk och få det prövat och fastställt redan i "modermålet". Och vid det laget hade ju klassmedlemmarna allt att vinna och inget att förlora på att ansluta sig.

Denna teknik – "one-way intervention" – i form av spurious class actions kom till viss, men inte så omfattande, praktisk användning.[72] Den teoretiska betydelsen var nog till en början större än

68 Jfr Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 48 f.

69 James s 497, Harvard Developments s 1339.

70 Jfr James s 499. Numera är kumulationsreglerna ändrade.

71 James s 499, se även Harvard Developments s 1339.

72 Harvard Developments s 1340, betr "one-way intervention" se även nedan i kap 6 s 234 f.

den praktiska. Man kan här iaktta hur en typiskt "bipolär" rättegång förvandlas till klassrättegång via ett slags samtyckesteori;[73] medlemmarna blev ju bara klassmedlemmar om de frivilligt gick in som parter. Men i motsats till i andra grupprättegångar behövde de inte fatta sitt beslut förrän de kunde bedöma oddsen för ett lyckligt slut på processen. Följaktligen tvingades de inte att ta ställning till om käranden fyllde högt ställda krav på "adequacy of representation" och även domstolen torde ha kunnat ta jämförelsevis lätt på denna prövning. De utanförstående behövde bara avgöra om det uppnådda resultatet var bra nog eller om man hade möjlighet att komma ännu längre på egen hand.

Spurious class actions blev ingen pangsuccé, men processformen hade ändå en viss potential och gav upphov till viktiga funderingar kring class actioninstitutets funktion. Här skymtar de första explicita tankarna kring möjligheten att anhängiggöra rättegång då de individuella anspråken är för små för att motivera process och alternativet till en "class action" är att det skadegörande beteendet inte påtalas överhuvudtaget. Kalven och Rosenfield[74] t ex menade i en numera berömd uppsats från 1941 att man kunde ta till vad de kallade "the common question class suit" (dvs en spurious class action) "to deliver relief to masses of individuals injuried by corporate wrong-doing but unable to assume the costs of individual litigation".[75]

Som synes låg fördelarna med spurious class actions i one-way interventionfallen nästan helt på klassens sida. Svaranden kunde inte uppnå rättskraft mot andra än dem som gick in i processen och kunde följaktligen bli tvungen att processa gång på gång om samma sak. Han hade nästan inget att vinna men väldigt mycket att förlora. Det var bl a denna skevhet som låg bakom att man i 1966 års reviderade version av Rule 23 utgick från att rättskraften skulle gälla alla i klassen som inte uttryckligen sagt ifrån att de inte ville ingå (s k opt-out).[76]

[73] Den vidgning av intressentkretsen som möjligheten till "spurious class actions" innefattade kan ses som uttryck för den öppna attityd som präglade 1938 års regler över huvud taget ("the spirit of 38"), varom nedan i kap 12 s 443 f och Garth, Privatization s 9.

[74] Kalven & Rosenfield i 8 Chicago University Law Review (1941) s 684 ff.

[75] A a s 684 f samt Harvard Developments s 1339.

[76] Advisory committee notes s 241 f samt Harvard Developments s 1341 och 1393, jfr nedan i kap 6 s 234 f.

5. 1966 års regel (Federal Rule 23 reviderad)

5.1. Inledning

Viktiga aspekter på Rule 23 i 1966 års – ännu gällande – version[77] kommer att diskuteras i flera av de följande kapitlen om förutsättningarna för att få föra en class action, rättskraften, förfarandet, kostnaderna, funktionerna osv. Avsikten nu är därför inte att gå in närmare på dessa frågor utan enbart att ge en schematisk beskrivning av regelns innehåll och tillämpningsområde. Detta sker för att skildringen av den historiska utvecklingen skall nå fram till modern tid och för att framställningen skall få ökad konkretion innan kapitlet avslutas med ett avsnitt (6) om den representationsteoretiska diskussionen kring class actioninstitutets utveckling i USA. Den amerikanska debatten de lege ferenda kommer att redovisas i kapitel 10.

5.2 (b) (1) class actions

Rule 23 i 1966 års tappning delar även den in class actions i tre sorter, (b) (1), (b) (2) och (b) (3). Förutom de *allmänna förutsättningar* som skall vara uppfyllda vid alla slags class actions och som alla berörs närmare nedan i kapitel 5 (*numerosity, commonality, typicality* och *adequacy of representation*) gäller att en talan får föras som en *(b) (1) class action* i två situationer, (A) och (B), nämligen om

> "The prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of
> (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class, or
> (B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests;"

De två rekvisiten är alternativa, det räcker alltså att ett av dem är uppfyllt. Ett exempel på (b) (1) (A)-fall är att en patenthavare anser att flera personer gör sig skyldiga till patentintrång. Dessa – eller någon av dem – hävdar att patentet är ogiltigt. Motstridiga domar skulle här innebära att patenthavaren bara kan skydda patentet mot

[77] Den fullständiga lagtexten återfinns i bilaga 1.

vissa och inte mot andra, vilket naturligtvis gör patentet värdelöst. Patenthavaren kan då – om de allmänna rekvisiten är uppfyllda – väcka talan mot en av dem som gör intrång och föra en talan som gäller alla i klassen; domen får alltså i praktiken rättskraft mot alla vad gäller patentets giltighet.

Class action tillåts i detta fall tydligen av hänsyn till "klassmotståndaren" och det förefaller oftast bli fråga om "defendant class actions", d v s gruppen intar svarandeställning.[78] Såvitt jag förstår tvingas gruppmedlemmarna att ingå i klassen (men däremot ej att agera i processen) och de har inte någon möjlighet till "opt-out". De tvingas därför intervenera i processen om de anser att representanten inte för processen skickligt nog.[79]

Det andra fallet av (b) (1) class action är det som anges med (B) i lagtexten ovan. Det gäller här fall då rättegång av eller mot någon i klassen i praktiken skulle påverka de övrigas rätt oavsett om de deltar eller inte, så t ex då en aktieägare för talan om utdelning från bolaget. Enligt Friedenthal & Miller[80] får då domen effekt för samtliga oavsett om de deltar eller inte och detta förefaller ju riktigt åtminstone såvitt gäller bifallande dom. I (b) (1) (B)-fallen behöver det inte vara troligt att det kommer att bli fråga om flera rättegångar om class action inte tillåts.

5.3 (b) (2) class actions

(b) (2) class actions gäller i allmänhet (se dock s 214 not 13) förbudstalan (inklusive ändringstalan) och fastställelsetalan, dvs "actions for injunctive or declaratory relief". Talan får då – om de allmänna förutsättningarna är uppfyllda – föras som class action om

> "the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole."

Rekvisiten är, i motsats till (b) (1)-fallet, kumulativa: det skall alltså *dels* vara fråga om slutgiltig förbuds- eller fastställelsetalan (inte blott interimistisk), *dels ock* gälla ett beteende som är "generally

78 Vad gäller defendant class actions Note, Defendant class actions s 630 ff; betr svensk rätt i patentmål av ovan nämnt slag se Ekelöf, Rättegång II s 194.

79 Om intervention vid class actions se nedan i kap 7 s 264 f.

80 A a s 183.

applicable to the class". (b) (2)class actions kan komma till användning t ex när svarta föräldrar försöker få stopp på rasdiskriminering vid viss skola, vid diskriminering av kvinnlig arbetskraft på en arbetsplats, när strandägare försöker hejda en vattenförorening eller då fångar i ett fängelse försöker förändra vissa rutiner där.

Intressant är att kravet på "grounds generally applicable to the class" inte anses gå så långt att alla i klassen måste påverkas negativt av det påtalade beteendet; det räcker med "a general pattern of conduct, applicable to the class as a whole".[81] Om t ex en hel grupp människor tvångsförflyttas från en hyresfastighet till följd av ett ombyggnadsprojekt kan någon av dem föra talan för hela gruppen som en class action, även om vissa i gruppen är nöjda med omflyttningen för sin del.

5.4. (b) (3) class actions

(b) (3)class actions har erbjudit de största problemen och föranlett mest debatt. Kategorin inkluderar såväl fastställelsetalan som talan om fullgörelse t ex beträffande skadestånd, vilket självfallet komplicerar regleringen och även verkställigheten av domarna. I vissa lägen har käranden möjlighet att välja mellan att utforma sin talan antingen som en (b) (3) eller som en (b) (2) class action, ja ibland även som en (b) (1) class action. De särskilda krav (b) (3) ställer i fråga om t ex notice, varom närmare i kapitel 6, har säkert föranlett många käranden att försöka anpassa sin talan efter någon av de två andra kategorierna. Och det är inte bara kravet på notice vid (b) (3) class actions som verkar avskräckande utan även förutsättningen att

> "the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy."

De två – kumulativa – kraven på *predominance* och *superiority* behandlas närmare nedan i kapitel 5. Här skall bara nämnas att lagtexten ger fingervisningen att vid bedömningen av dessa båda rekvisit skall beaktas

> "(A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defence of separate actions; (B) the extent and nature of any liti-

[81] Friedenthal & Miller s 184.

gation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action."

Det torde nu ha framgått att prövningen av om en talan kan godkännas som en (b) (3) class action inte kan göras på en kafferast. Det får tills vidare räcka med detta konstaterande. Men när förekommer då grupprättegångar av det här slaget?

Typiska situationer då en (b) (3) class action kan aktualiseras är när ett stort antal konsumenter köpt en felaktig produkt eller blivit lurade i samband med t ex konsumentkrediter. Antitrustmål är en annan viktig grupp i sammanhanget. Talan om skadestånd i samband med katastrofsituationer (Bhopal, flygolyckor osv) har också förekommit, men lämpligheten av class actions i sådana fall, liksom vid miljöskador, är omstridd.[82] Frekvensen av (b) (3) class actions på olika rättsområden diskuteras i nästa kapitel.

5.5 Rättskraft m m

Det anses klart att domen i alla slags class actionmål enligt Rule 23 binder samtliga klassmedlemmar. Men detta uttrycks endast indirekt i lagtexten genom att det sägs att det i (b) (1) och (b) (2)-fallen skall anges i domen vilka som ingår i klassen. Vidare stadgas att det i det meddelande ("notice") som skall gå ut i (b) (3)-målen skall framgå att den som inte begär "opt-out" kommer att vara "included" i klassen. Genom regleringen av vilka som ingår i klassen anses också rättskraftsfrågan avgjord. Men domstolens ställningstagande härtill i class actionmålet är ändå inte bindande vid en eventuell senare process; blott genom "collateral attack" i en följande rättegång kan rättskraftsfrågan få sin slutgiltiga bedömning. Jag återkommer till detta i kapitel 6.

Innan vi lämnar Rule 23 för den här gången bör nämnas att regeln också innehåller några bestämmelser som är speciella för class actionprocesser, så t ex att en förlikning mellan parterna måste godkännas av domstolen för att bli giltig gentemot hela klassen. Även i detta läge kan "notice" tillgripas; domaren i målet förordnar då att ett meddelande om den föreslagna förlikningen skall sändas ut till

[82] Se vidare nedan i kapitel 4 s 149 med där anförd litteratur.

medlemmarna i klassen som ges möjlighet att påverka innehållet eller hoppa av överenskommelsen.[83]

6. Den amerikanska utvecklingen och representationsteorierna

Hur förhåller sig de amerikanska class actionreglernas framväxt till de representationsteorier vi diskuterade i föregående kapitel? Enligt *samtyckesteorin* är gruppmedlemmarna och inte själva gruppen

> "the fundamental unit. The existence of a class is not corollary of the character of the substantive right at issue in a case, but a matter of fact contingent upon the consent of class members."[84]

Arbetar man med samtyckesteorin kan man å ena sidan tillåta grupprättegång även då gruppmedlemmarnas intresse inte sammanfaller helt utan t ex hänför sig blott till en gemensam fråga. Men man måste då å andra sidan kräva explicit samtycke – eller åtminstone kunna implicera samtycke – för att acceptera processen som en class action. Jag har tidigare diskuterat det paradoxala, men också förståeliga, i att man kunde utgå från den teorin i de äldsta engelska fallen.[85]

Enligt *intresseteorin* uppfattas däremot klassen som

> "a distinct entity. Its existence derived not from the discretion of a court, nor the option of class members, but from the nature of the right held by putative class members. The fact that a suit took a class form, rather than reflecting a choice requiring justification, followed from the structure of the legal relationships figuring in the case. Similarily, once a community of interest was established, the fairness of litigation to absentees was largely not a matter of concern. Class litigation affected class interests, not individual interests. With respect to class interests, class members were 'homogeneous'; all stood 'in the same situation'. The fact that the common interest was asserted by one class member rather than another was beside the point."[86]

Den engelska 1800-talsförfattaren Calvert såg class actioninstitutets representationsproblem utifrån intresseteoretisk synpunkt, vilket ledde till stränga krav på enhetlighet beträffande gruppens intresse men också – i linje med Burkes åsikter om politisk representation –

[83] Se lagtexten i bilaga 1 avsnitt (e) och nedan i kap 6 s 221 f.

[84] Harvard Developments s 1338.

[85] Ovan i kapitel 2 s 76 ff.

[86] Harvard Developments s 1333 f.

befriade från kravet på individuellt samtycke. Klassen lever s a s sitt eget liv oberoende av medlemmarnas åsikt; klassen, inte dess medlemmar, är "the legally relevant factor".[87] Hur såg man på dessa frågor i amerikansk doktrin?

Den amerikanska diskussionen, som kan verka vara av "enbart" akademiskt intresse men är betydelsefull för den praktiska utformningen och tillämpningen av class actioninstitutet, förefaller ha varit splittrad redan från början. Story pekade på att samtida praxis krävde "community of interest" men ansåg för sin del att gruppmedlemmarna "may have separate and distinct interests".[88] Den minnesgode läsaren erinrar sig kanske också att 1843 års regel (Equity Rule 48) inte krävde "community of interest", men å andra sidan inte heller stadgade att domen skulle äga rättskraft mot alla. Högsta domstolen struntade dock i såväl sin medlem Justice Story som i Equity Rule 48; man anslöt sig till engelsk praxis att arbeta med krav på community of interest och fick – därigenom? – också underlag att frångå den rättskraftsbegränsning som kommit till uttryck i Rule 48. Tydligast kom detta kanske till uttryck i det ovan under 2 berörda rättsfallet *Smith v. Swornstedt* (1854),[89] där domstolen inte följde Storys linje (trots att han satt med som ledamot av domstolen). Avgörandet byggde i stället på Justice Nelsons votum av innebörd att en "proper class suit required a common interest or a common right".[90] Även delstatliga class actionavgöranden från denna tid förefaller f ö utgå från samma principiella syn;[91] intresseteorin verkar ha dominerat.

Om 1912 års regel[92] skall uppfattas som ett utflöde av samtyckesteorin eller intresseteorin förefaller däremot ovisst, särskilt som det inte tycks finnas några klara uttalanden i doktrinen i den frågan. Men vissa resonemang i *Ben-Hur*, liksom förhållandet att rättskraft kunde inträda utan "notice", pekar mot att intresseteorin fortfarande dominerade.[93]

87 A a s 1334 i not 21, betr Calvert se ovan i kap 2 s 98 f.

88 Story, Commentaries on equity pleading s 119 (citat efter Harvard Developments s 1336).

89 47 U S s 288 (1854) jfr ovan s 115 f.

90 Rättsfallet s 302, jfr dock Weiner & Szyndrowski (s 960 f) som anser att samtycke förelåg.

91 Jfr Harvard Developments s 1337.

92 Se ovan s 118 ff.

93 Se ovan s 120 och Yeazell s 1097, även Weiner & Szyndrowski (s 973) anser att samtycke ej förelåg i detta fall.

I äldre amerikansk rätt hade alltså representativ process – åtminstone sporadiskt – förknippats med intresseteorier,[94] men någon konsekvent hållning var det inte fråga om. Detsamma kan sägas om bestämmelserna från 1930- och 1960-talet. 1938 års regel grundar sig närmast på "community of interest"-teorin, men ger möjlighet till class actions inte bara ". . . when the character of the right sought to be enforced for against the class is . . . joint or common" utan även när "the character of the right . . . is several, and there is a common question of law or fact affecting the several rights and common relief is sought".[95] Man tillät alltså class actions även när det inte förelåg "community of interest"; att *en* fråga är gemensam anses nämligen inte fylla kravet enligt den teorin.[96] De fall som då inte kunde inrangeras under "community of interest" var å andra sidan inte "äkta" class actions (rättskraft inträdde bara mot dem som anslöt sig) och man kan inte säga att 1938 års regel sanktionerar samtyckesteorin explicit heller.[97]

Även i 1966 års tappning står Rule 23 och vacklar mellan samtyckes- och intresseteorierna:

> "The problems that baffled the *Hansberry* Court still haunt us. Modern class actions have eliminated the shadowy categories of the original Rule 23, but the present rule continues to reflect the tension between two conceptions of interest, one based on specific, individualized consent and the other on plausible social assumptions. In litigation involving the first conception, the class representative act as a volunteer agent for the consenting group; in those of the second sort, he functions as the trustee of a constructive spendthrift trust."[98]

Rule 23 kräver sålunda av domstolen att den skall fastställa gruppens *intresse* utan att veta vad dess medlemmar i och för sig har för önskemål, och därefter gäller det att genom val av kategori (b) (1), (b) (2), (b) (3) bestämma om *därutöver* krävs *samtycke* (genom krav på notice och möjlighet till opt-out), vilket ju är fallet vid (b) (3) class actions.[99] Men det föreligger ett gap mellan det faktiska kravet på samtycke och förväntningarna på när samtycke skall krävas. Låt oss börja med att se på ett fall då samtycke *inte* krävs, näm-

94 Yeazell s 1098.
95 Se texten ovan s 122.
96 Harvard Developments s 1339.
97 A a s 1338.
98 Yeazell s 1107, jfr Harvard Developments s 1338.
99 Jfr Yeazell s 1109.

ligen (b) (2) class actions (t ex diskrimineringsmål). Yeazell får här föra pennan i några långa men intressanta citat rörande bl a sambandet mellan politisk och processuell representationsteori och den sociala bakgrunden:

> "When classes are also groups that exist independently of the litigation, when foreseeable decrees will involve changes in social behaviour, when the stakes are not immediately and directly financial – under such circumstances in everyday life we tend most to insist that only the individual can define his own good. We do so because we are unsure where the individual's good lies. Just when, that is, modern class actions most resemble the earliest cases of group litigation, our normal social intuitions require that interest flow from consent. But it is just in such circumstances that Rule 23 moves away from our everyday intuitions, dispensing with a requirement of consent. In so doing the Rule stands as a memorial to Burke, whose defence of the unreformed British Parliament rejected the proposition that only the individual could define his own interest. By so doing he hoped to avoid a national debate laying open the question of where interests lay. One can comprehend the current interpretation of Rule 23 (b) (2) as an attempt to avoid a similar debate in class law suits by reestablishing a Burkian universe for this category of litigation."[100]

Vad som faktiskt sker i (b) (2)-fall (t ex diskrimineringsmål) är att individen genom sin process genomdriver ett anspråk som ligger minst lika mycket i det allmännas som i hans eget intesse:

> "The choice between definitions of interest has for us, as it did for Burke, substantive implications. Burke favoured the continuation of a stable and conservative political order and thought those values were served by a definition of interest that justified an unreformed Parliament. Rule 23 (b) (2) makes a similar descriptive assumption of a unified interest but does so in the service of social rearrangements at which Burke might have paled.
>
> By dispensing with the inquiry into individual desire that might reveale fragmented classes in Rule 23 (b) (2) situations, the Rule permits the assertion of claims by sizable groups seaking redress of social wrongs. It achieves, for such purposes, a kind of ad hoc political organization. Moreover, the arrangement virtually assures that such claims will be effectively asserted by putting their control largely in the hands of experienced institutional litigants, be they the NAACP or the National Association of Manufacturers. This situation comes about because, by definition, Rule 23 (b) (2) suits do not involve claims for damages; thus they offer no damage awards from which attorneys can clam fees on a 'common fund' theory and are unlikely to attract the group of litigative entrepreneurs that 23 (b) (3) actions bring forth. The commencement and guidance of such litigation will therefore lie with such institutional litigators. With them rests the power to define the 'interest' of the groups they represent; so long as their articulation of that interest does

100 Yeazell s 1113 f.

not strike the court as entirely bizarre, it is likely to be sanctioned by class certification."[101]

Genom sitt handhavande av class actionfrågan har domstolen alltså att bevaka inte bara frånvarande klassmedlemmars rätt utan även allmänna intressen; domstolen värnar också "the goals of the substantive law giving rise to the plaintiffs claim."[102]

Den distinktion som här görs mellan gruppens intresse och ändamålen bakom den materiella lagstiftningen är väl i allmänhet inte märkbar i praktiken eftersom de oftast sammanfaller.[103] Men detta är inte alltid fallet; sambandet right-remedy kan därför hotas. Denna risk bortfaller om rättegången leder fram till dom (om inte domen är grundad på medgivande) eftersom domen bygger på den materiella regeln. Men i förlikningssituationer kan det uppkomma problem. Antag t ex att i ett miljöskyddsmål immittenten erbjuder sig att som kompensation för vattenföroreningar i en badsjö bygga en ny simhall på orten. Alla berörda anser kanske detta vara en bra uppgörelse, men från samhällets synpunkt kan ett förbud mot ytterligare utsläpp vara att föredra (bl a för att inte konkurrensen skall snedvridas). I grupprättegång, liksom kanske i samhällslivet och den politiska verkligheten, tvingas vi handskas med dylika motsättningar och intressekonflikter och vi gör det, enligt Yeazell, genom att tillämpa ett Burkeanskt synsätt:

"We avoid such offence by tying interest, representation, and settlement terms to a safely Burkian view of the world. In that world, *interest, abstracted from particular individual desires*, becomes an instrument not just of litigative aggregation and organization but of substantive goals. By blinding ourselves to the variety and arbitraryness of individual desires we achieve for this peculiar kind of litigation what we have done, equally imperfectly, for government: we legitimize a regime that organizes the affairs of large groups."[104]

Så långt om de grupprättegångar där man inte kräver samtycke utan bygger på ett intresseteoretiskt resonemang, dvs (b) (1) och (b) (2) class actions. Men låt oss återgå till (b) (3)-fallen, dvs skadestånd i t ex produktansvars- och antitrustsammanhang. Varför krävs samtycke (i form av notice med rätt till opt-out) i dessa fall? Varför använder man ett individualistiskt betraktelsesätt – ett slags samtyc-

101 Yeazell s 1114 f; här – liksom i alla citat – har noterna utelämnats.

102 Yeazell s 1116.

103 Jfr ovan i kap 1 s 11 ff och nedan i kap 14 s 592 ff.

104 Yeazell s 1119, min kursivering.

kesteori – just i de fall då denna restriktivitet inte verkar ha någon annan funktion än att begränsa klassens storlek?

Enligt Yeazell finns en social skillnad mellan de grupper som fungerar som klasser i (b) (2)- respektive (b) (3)-fall. I (b) (2)-fallen har det gällt grupper

> ". . . whose claims seemed legitimate and whose position in the social and economic structure made a solution seem important. In our time racial minorities and women have occupied such a position. . . "[105]

I (b) (3)-fallen däremot gäller det enligt Yeazell typiskt sett

> "large groups with small individual claims. Frequently their members belong to middle or upper income groups which tend to deal with large corporations prominent on the list of class action defendants. Faced with a claim by such a group, the drafters of the rule might have felt for any number of reasons that the necessity for the redress of past harms was less than in the case of more seriously disadvantaged social groups. First, the claimed basis for liability frequently seems less substantial, either absolutely or relatively, than in the sex and race discrimination cases. Second, one might feel that (b) (3) groups possess far more political power than (b) (2) groups, both by virtue of their sheer numbers and their wealth, and consequently should have less claim to the interstitial temporary legislative power of the courts. It is, of course, impossible to demonstrate that such thoughts were in the minds of the drafters when they imposed on 23 (b) (3) classes the additional burden of individual notice to the represented group. But such notice does, however peculiarly, eliminate many such classes from the legislative scene."[106]

Att man i Rule 23 kan se uttryck för två helt skilda teorier om representation kan framstå som motsägelsefullt och irriterande för den som vill pressa in class actioninstitutet i dess moderna utförande under en entydig teoretisk mall. Men om class actions kan antas spegla och tillgodose aktuella behov – och mycket tyder på att så är fallet i USA – får väl det scizofrena draget tas som uttryck för att såväl intresse- som samtyckesteorien reflekterar aktuella behov i vår tid; i de flesta samhällen finns väl för övrigt intresse av såväl att organisera stora fungerande grupper som att erkänna individens suveränitet.[107]

Rule 23 arbetar således både med samtyckesteorin och med intresseteorin och klassen framstår därför än som "a distinct entity",

105 Yeazell s 1119.

106 Yeazell s 1119 f, jfr i kap 1 s 16 och betr *Eisen* nedan i kap 6 s 217 ff.

107 Jfr Yeazell s 1120. – Att noticekravet i *Eisen* kan uppfattas som uttryck för krav på samtycke framgår t ex i Harvard Developments s 1351.

än som "an aggregate of individuals".[108] Men den teoretiska basen har aldrig kommit till explicit uttryck i reglerna och den amerikanska class actionhistorien visar inte upp någon linje eller enhetlighet:

> "Group litigation has never really become a general procedural category – a device applicable to a broad range of cases. Rather, group litigation has been an ad hoc response to the problems of particular groups. When these groups either disappear or find specific legislative solutions to their problems, the procedure temporarily submerges."[109]

Striden mellan intresse- och samtyckesteorierna saknar naturligtvis intresse om den ses isolerad, som ett slags spegelfäkteri i doktrinen. Intresseresonemang av den typ som förts i detta sammanhang kan också verka främmande i det mera pragmatiskt präglade klimat som numera råder inom juridiken, inte minst inom svensk processrätt.[110] Men man kan inte förbigå denna debatt då det gäller synen på class actioninstitutets närmare utformning samt på dess utveckling och funktion. Det råder här en intressant växelverkan mellan teori och praktik. Just den funktionella "biten" förefaller ha fått ökad betydelse och ligger till grund för den "materiella" ("substantive") teori som för ungefär ett decennium sedan lanserades i Harvard Developments som ett alternativ till samtyckes- och intresseteorierna:

> "Class action procedures assist courts in *giving full realization to substantive policies* in two ways. First, to the extent that they open courts to claims not ordinarily litigated, class actions enable courts to enforce policies underlying courses of action in circumstances where those policies might not otherwise be effectuated. Second, to the extent that they enable courts to see the full implications of recognizing rights or remedies, class action procedures assist courts in judging precisely *what outcomes of litigation would best serve the policies underlying courses of action*. Class action procedures are fair because courts are more likely to see both the significance of the claims of a plaintiff and the consequences of imposing liability upon a defendant, and thus are more likely to arrive at a substantively just conclusion. Through class action procedures moreover, the interests of absentees, who may be affected by the litigation regardless of its class nature, are given representation in the litigative process, and thus are more likely to be given their due."[111]

108 Harvard Developments s 1342.

109 Yeazell s 1086.

110 Jfr betr USA Harvard Developments s 1344.

111 A a s 1153 f.

Den teoretiska utvecklingen fram mot ett mer funktionellt synsätt (class actionprocessens syfte att bidra till förverkligandet av de ändamål som ligger bakom den i målet aktuella materiella rätten) har skett i anslutning till en markant uppgång av antalet class actions under tiden närmast efter 1966 års revision av Rule 23. Många har sett expansionen som en direkt följd av lagändringen, andra har bestritt ett sådant samband.[112] Till detta – liksom till mycket av vad som endast kunnat beröras i förbigående i detta översiktliga kapitel – blir det anledning att återkomma flera gånger, närmast i nästa kapitel där avsikten bl a är att undersöka om class actioninstitutets uppgång efter 1966 fortsatt, stagnerat eller rent av förbytts i en nedgång.

7. Sammanfattning och avslutande synpunkter

Class actioninstitutet kom till USA med de engelska erövrarna och skulle snart nog finna en mer gynnsam jordmån där än i hemlandet. Även om praxis inte precis var rikhaltig under 1800- eller första hälften av 1900-talet förekom en ganska livlig diskussion i litteraturen och i Supreme Court. Grupprättegångarna fick en allt mer sofistikerad legislativ reglering med början i 1843 och 1912 års "equity rules" över Rule 23 i Federal Rules of Civil Procedure i 1938 års tappning fram till den fortfarande aktuella lydelse Rule 23 erhöll vid 1966 års version. 1966 års ändringar följdes av en intensiv debatt och en markant uppgång i antalet class actions.

Till en början förelåg en diskrepans mellan praxis och lag i fråga om res judicata i class actionmål. Men principen om rättskraft för och emot alla gruppmedlemmar har successivt vunnit terräng för att numera gälla generellt med undantag för personer som begärt "opt-out" vid (b) (3) class actions.

Liksom i England tycks det inte gå att härleda de principiella uppfattningarna (i lag, praxis och doktrin) om representativ grupptalan i form av class actions entydigt till vare sig samtyckes- eller intresseteorin; båda dessa överbyggnader har kommit till användning, enligt Yeazell ofta nog på ett paradoxalt och inkonsekvent sätt (precis som man kan säga om utvecklingen i England). 1966 års regel ger rent av uttryck för såväl samtyckes- som intresseteorin inom ramen för samma bestämmelse.

[112] Se nedan s 142 ff och 336 ff.

I den kanske mest inflytelserika skriften på class actionområdet under de senaste decennierna – Harvard Developments (1976) – har man lanserat en "substantive theory" som anknyter till class action-institutets funktion snarare än till representationsteoretiska tankebyggnader. Detta kan ses som uttryck för att funktionsresonemangen numera intar en mer framskjuten ställning än tidigare. Det blir anledning att återkomma till det i kapitel 12. Men nu är det dags att lämna de mer eller mindre luftiga historiska och teoretiska resonemangen för att ge plats åt några aktuella "hårddata" rörande class actions.

Kap. 4 Förekomst, processutfall, processekonomi m m

"Men ta dom tillsammans, då är dom en grupp. . ."

Mikael Wiehe

1. Inledning 138
2. Tillgängliga undersökningar 139
3. Hur ofta förekommer class actions? Ökar eller minskar antalet? 141
4. Vilka rättsområden dominerar, hur ofta yrkas skadestånd? 145
5. Hur stora är klasserna? 150
6. Vilken utgång fick class actionmålen? 151
   6.1 Gav svaranden upp? 151
   6.2 Vem vann? Och när? 154
7. Blev det mycket pengar? Lockade class actioninstitutet fram nya målgrupper? 156
8. Är class actions processekonomiskt motiverade? 159
   Tidsåtgång per mål och per dollar
9. Hur mycket går åt till ombud och andra kostnader? 163
10. Missbruk 166
11. Sammanfattning och avslutande synpunkter 169

1. Inledning

I den debatt som förts och förs om class actioninstitutets existensberättigande, välsignelser och förbannelser är förvisso meningarna delade.[1] Det är följaktligen svårt att få en objektiv uppfattning om processformen genom att enbart studera doktrinen. Jag har därför fört samman huvuddelen av det tillgängliga empiriska underlaget i form av statistiska undersökningar rörande class actions till detta kapitel för att ge läsaren möjlighet att skaffa sig en egen relativt sam-

[1] Se t ex ovan s 29 och nedan s 336 f, Bernstein s 349 not 1 samt Ontario Report I s 103 not 11 och s 102 not 8 samt s 170 not 228.

lad bild av tillgängliga data på området. Hur vanligt är det med class actions? Ökar eller minskar de i antal? På vilka rättsområden förekommer de? Hur stora är klasserna? Hur brukar målen sluta? Hur tidskrävande är de? Hur stor del av domstolens arbetsbörda ägnas åt class actions? Hur stor del av de inprocessade pengarna går åt till ombudskostnader etc? Förekommer det missbruk av class actioninstitutet?

Allt detta är frågor som – i någon mån – kommer att få sitt svar i det följande. Men blott i någon mån. De undersökningar som är gjorda lider nämligen av en del brister och besvarar inte alla frågor. En hel del intressanta uppgifter finns dock att ta del av, även om det fortfarande saknas tillräckligt underlag för att företa en total "cost-benefitanalys" rörande class actioninstitutet.[2]

2. Tillgängliga undersökningar

Det har nyss antytts att de statistiska undersökningar som gjorts rörande class actions lider av en del brister och man har också från flera håll ropat på flera, större och mer djupgående statistiska studier för att få bättre på fötterna vid diskussionen om class actioninstitutets framtid.[3] Behovet härav understryks av det faktum att samtliga studier – med något undantag[4] – har åtskilliga år på nacken vid det här laget.

Huvudvikten i det följande kommer att läggas vid den s k Magnusonrapporten, dvs den undersökning som under ledning av Warren G. Magnuson utfördes på uppdrag av U.S. Senate Commerce Committee till den 93:e kongressen (1974).[5] Undersökningen finns avtryckt in extenso i bl a Newbergs stora arbete om class actions.[6]

Magnusonrapporten, i fortsättningen kallad *Senate Study*, består av två delar. Den första (och största) baseras på en noggrann

2 Ett försök i den riktningen görs i Ontario Report I s 101 ff. – Vissa statistiska uppgifter finns även nedan s 219 ff.

3 I sin PM 1982 till The Advisory Committee efterlyser Miller en sådan undersökning, men den har ännu inte kommit till utförande.

4 Se Garths nedan vid not 11 angivna undersökning som sträcker sig fram till 1984.

5 Class Action Study. Prepared at the direction of Honorable Warren G. Magnuson, chairman, for the use of the Committee on Commerce, United States Senate, U.S. Government, printing office Washington 1974.

6 Newberg kap 27 s 1442–1478. Sidhänvisningarna i det följande avser dock primärkällan.

genomgång av *alla* class actions instämda till den federala domstolen i district of Columbia från 1 juli 1966 – då den nya Rule 23 trädde i kraft – och till utgången av 1972. Den andra (mindre omfattande) delen av Senate Study baserar sig på enkäter och gäller hela USA. Den omfattar 79 class actions, vilket naturligtvis är ett alltför litet underlag för att tillåta några *säkra* slutsatser.

En intressant studie med särskild inriktning på processekonomiska aspekter har utförts av Bernstein och kallas – bland annat därför – i fortsättningen *Bernstein.*[7] Det blir anledning att återkomma till den vid flera tillfällen.

En mycket ansedd undersökning – enligt vissa bedömare kanske den bästa vad gäller precision och djupanalys[8] – har utförts av *Du Val* och gäller class actions som ett medel i antitrustkampen.[9] Tyvärr begränsas dock dess användbarhet starkt genom avgränsningen till antitrustområdet, som dels tillhör de rättsområden som är minst intressanta ur svensk synpunkt, dels är så komplicerat att det är olämpligt som underlag för generaliseringar på class actionområdet.[10] Å andra sidan kan den som vill åberopa de för class actions positiva delarna av rapporten anse sig ha en viss säkerhetsmarginal av just den anledningen, vilket skall framgå senare. Jag kommer att återge en hel del resultat från den här studien, som fortsättningsvis kallas *Chicago Antitrust Study.*

Garth m fl publicerade 1987 några delresultat ur en större undersökning rörande federala class actions i norra Kalifornien.[11] Uppgifterna avser ett femtiotal class actions under perioden 1979–1984 och återges ur korrekturet till volym 61 av Southern California Law Review (som ej var tryckt när detta skrevs, hösten 1987). Garths undersökning kallas *Garth, The institution.*

Parallellt med de ovan nämnda undersökningarna kommer viss officiell statistik att återges. Uppgifterna därvidlag är hämtade direkt ur källan (Annual Report of the Director of the Administrative Office of the United States Courts, 1984) vad gäller 1984 och citeras då *Annual Report 1984.* Övrig officiell statistik har jag tagit från

7 Bernstein, Roger: Judicial economy and class actions. I VII the Journal of Legal Studies (1978) s 349 ff.

8 Se Ontario Report I s 107.

9 Du Val, Benjamin: The Class Action as an Antitrust Enforcement Device: the Chicago Experience Revisited. I American Bar Foundation Research Journal 1979 s 449 ff.

10 Jfr Ontario Report I s 107 och 116 och Duval 1983 s 419 ff.

11 Garth i 61 Southern California Law Journal (1987) s 301 ff.

"Developments in the Law – Class Actions" (den stora, fortfarande grundläggande essän om class actions i 89 Harvard Law Review, 1976), här liksom tidigare citerad *Harvard Developments*). Även en del av de sammanställningar av offentlig statistik som – utomordentligt förtjänstfullt – har gjorts av Ontario Law Reform Commission i dess ambitiösa (3 volymer) "Report on Class Actions" (1982) har kommit till användning. Material från den kanadensiska rapporten kallas i fortsättningen *Ontario Report.*[12]

Det finns ytterligare en rad undersökningar gjorda om class actioninstitutet, men de flesta lider av sådana begränsningar och brister att jag endast kommer att snudda vid dem. Jag avser då t ex *American College of Trial Lawyers Study, Huston Securities Study, Mowrey Costs Study, Class Action Reports Costs Studies* och *Arthur Young Studies,* varav den förstnämnda visserligen är känd och omfattande men ändå har ett begränsat intresse bl a av det skälet att den siktar in sig helt på antalet class actions och därvidlag sannolikt hamnat på ett alltför högt värde till följd av att man räknat på ett sätt som med skäl kan kritiseras.[13] Vidare är den numera ganska föråldrad och en sämre källa än den officiella statistiken.

3. Hur ofta förekommer class actions? Ökar eller minskar antalet?

Lätt är det förvisso inte att få en bild av hur pass vanliga class actions egentligen är i USA *totalt sett.* Det finns ju såväl delstatliga som federala class actions och den enda statistik jag lyckats komma över gäller sådana class actions som den här boken främst riktar in sig på, alltså de federala enligt Rule 23. Där är dock statistiken exakt och om antagandet, att antalet delstatliga class actions ungefär motsvarar de federala,[14] är riktigt är det bara att dubbla siffrorna i det följande för att komma fram till en relativt kvalificerad gissning beträffande det totala antalet.

Vi tvingas således i fortsättningen hålla oss till federala class actions. Enligt *Senate Study* anhängiggjordes 1973 totalt 2.654 sådana grupprättegångar i USA, 1974 var antalet 2.717, första

[12] Rapporten citeras, här liksom i övriga kapitel, med Ontario Report I, II resp III, allt efter vilken av de tre volymerna som avses.

[13] Jfr beträffande ovan nämnda undersökningar Ontario Report I s 104, där närmare källhänvisningar finns, se även nedan i not 31 beträffande en av felkällorna.

[14] Jfr ovan i kap 3 s 111.

*halv*året 1975 tillkom 1.221 och första halvåret 1976, slutligen, 1.886. Relationen till vanliga tvistemål vid de federala domstolarna under denna tid framgår i någon mån av siffrorna från District of Columbia: 1972 *avslutades* 3.714 tvistemål medan 125 class actions *anhängiggjordes*.[15] Även om det här inte är fråga om direkt jämförbara siffror kunde man anta att class actions svarade för drygt 3 % av alla tvistemål. Detta antagande styrktes av en uppgift i Bernsteinundersökningen från ungefär samma tid: enligt *Bernstein,* som åberopar sig på officiell statistik, svarade class actions för högst 2,7 % av alla federala tvistemål.[16] Detta motsvarade enligt Bernstein i sin tur 11 % av domstolarnas totala arbetsinsats i tvistemål.[17] Antalet var ju i och för sig inte så förskräckligt stort och domstolsinsatsen kunde heller inte betraktas som omänsklig men tendensen, det ständigt stigande antalet, ingav oro. Röster började höjas för en begränsning av class actioninstitutet.[18] Andra hade mer is i magen och ville vänta och se om utvecklingen skulle fortsätta i samma riktning eller om den kanske redan hade kulminerat.[19]

Men ökningen fortsatte. Antalet class actions steg från 2.600 år 1973 till drygt 3.500 år 1976 räknat för hela USA. En ökning kunde också utläsas av *Senate Study:* antalet class actions i District of Columbia från 1967–1972 var följande: 16, 27, 40, 95, 79, 125. Ökningen var betydligt större än i tvistemål i allmänhet; i själva verket skedde ingen ökning alls i de federala domstolarna i det hänseendet. Under 1972 förekom tvärtom en nedgång med 18 %![20]

Men detta var för över 15 år sedan. Man kan nu konstatera att utvecklingen vänt – åtminstone på det federala planet. Antalet class actions, liksom målgruppens procentuella andel av alla tvistemål, har gått ned lika dramatiskt som antalet gick upp under åren efter 1966 års ändringar i Rule 23. Miller[21] förutspådde en viss stagnation, men ingen torde ha räknat med följande utveckling under 10-

15 Senate Study s 9 not 55, jfr s 5.

16 Bernstein s 367 not 68.

17 Class actions kräver, som snart skall framgå, mera tid för handläggning och avgörande, jfr nedan s 159 ff. Siffran 11 % får man fram genom följande uträkning: 2,7 x 4,68 : (2,7 x 4,68 + 97,3) vilket blir 12,64 : 109,94 = 11 %. Siffran 4,68 kommer av att class actions ansågs ta 4,68 gånger längre tid än vanliga tvistemål i genomsnitt, jfr nedan s 161.

18 Så t ex i den ovan vid not 13 nämnda American College of Trial Lawyers Report.

19 Se t ex Miller, Frankenstein s 665 ff.

20 Senate Study s 5.

21 Miller a st.

årsperioden 1975–1984 (siffrorna avser det totala antalet federala class actions i USA och är *hämtade ur Annual Report 1984*[22]):

År	*Tvistemål totalt*	*Class actions*	*Procent*
1975	117.320	3.061	2,6
1976	130.597	3.584	2,7
1977	130.567	3.153	2,4
1978	138.770	2.586	1,9
1979	154.666	2.084	1,3
1980	168.789	1.568	0,9
1981	180.576	1.672	0,9
1982	106.193	1.238	0,6
1983	241.842	1.023	0,4
1984	261.485	988	0,4

Som synes stiger det totala antalet anhängiggjorda tvistemål nästan oavbrutet medan utvecklingen för class actionmålen vänder exakt 10 år efter 1966 års ändringar i Rule 23. 1984 är antalet nere i mindre än 1/3 av siffran för 1976. 1976 utgjorde class actions 2,7 % av det totala antalet tvistemål, 1984 blott 0,4 %. Minskningen från 1983 till 1984 är dock betydligt mindre (3,4 %) än under 6-årsperioden dessförinnan. Kanske har nu en stabilisering skett.[23] Eller har vi att emotse nya dramatiska förändringar i utvecklingen?

Ökningen av antalet class actions efter 1966 års ändringar var enligt Miller (Frankenstein s 665 ff och samtal maj 1982, jfr nedan i kapitel 10 s 338) i stort sett oberoende av ändringarna som sådana; dessa var närmast att betrakta som kodifiering av en utveckling som redan ägt rum i praxis. Det var snarare "den allmänna tidsandan" under slutet av 60- och början av 70-talet som låg bakom ökningen. Kampen mot ras- och könsdiskriminering stegrades samtidigt som intresset ökade för konsument- och miljöfrågor. Vidare steg antalet nyutexaminerade jurister och advokaterna vände blickarna mot nya arbetsområden. Härtill kan fogas Garth's iakttagelse (nedan i kap 10 s 339) att antalet class actions hänger intimt samman med administrationens aktivitet och engagemang på det materiella rättsområdet ifråga; uppgången i class actions efter 1968, liksom nedgången under 1980-talet, framträder då som helt logisk.

22 Annual Report tabell 34, jfr Chayes 1982 s 34 i not 184 där något äldre officiell statistik åberopas.

23 Enligt Annual Report 1985 uppgick antalet 1985 till 971, vilket fortfarande motsvarade 0,4 % av alla tvistemål. Senare officiell statistik är ännu (februari 1988) inte tillgänglig men enligt Garth (The institution s 319 i not 60 med hänvisning till Class action reports) sjönk antalet under 1986 till 736 federala class actions.

Här är inte platsen att spekulera vidare om orsakerna till nedgången och det existerar f ö knappast ännu någon allmänt accepterad förklaring.[24] Jag återkommer till frågan i avsnitt 11 nedan.

Vad innebär då ungefär 1.000 class actions per år om man ser till folkmängden? Satt i relation till USA:s befolkning på grovt räknat 200 miljoner innevånare betyder det 5 class actions årligen per miljon innevånare, vilket för Sveriges del skulle motsvara ungefär 40 class actions per år totalt i landet.[25] En kommun av Uppsalas storlek skulle alltså ha att räkna med ungefär en class action varje år, Storstockholm drygt fem.[26]

Prognoser av det här slaget är självfallet livsfarliga om de ses som något annat än ett försök att ge en mer konkret bild av frekvensen så som den kommit till uttryck i USA. De amerikanska siffrorna säger inte mycket om vad som skulle hända vid en svensk reception av class actioninstitutet. Det kan ju tänkas att vi går omkring med undertryckta behov som skulle ta sig uttryck i tusentals class actions om året eller att t ex våra regler om rättegångskostnader skulle ha rakt motsatt effekt. Jag vågar dock gissningen att det skulle bli fråga om betydligt färre fall i Sverige än i USA. En av anledningarna till det framgår i nästa avsnitt, några andra kommer att tas upp i bl a avslutningskapitlet.

[24] Nedgången kan möjligen bero på den negativa attityd som Supreme Court gett uttryck åt i vissa rättsfall (*Snyder, Zahn, Eisen, Alyeska* som alla skall beröras i senare kapitel), men det finns också rättsfall som varit positiva för class actioninstitutet, jfr Ontario Report I s 173 f med not 241. Av vikt är dock säkert också de politiska maktförhållandena; det finns anledning att påstå att president Reagans administration är klart class actionfientlig (liksom negativ till "access to justicerörelsen" överhuvudtaget) medan däremot det demokratiska partiet (åtminstone under president Carter) gav uttryck åt rakt motsatt inställning, även de lege ferenda (se t ex nedan i kap 10 s 348). Reaganregimens negativa attityd är naturligtvis av betydelse inte bara de lege ferenda utan även de lege lata, bl a via utnämningarna av högre domare. Betr utvecklingen i Supreme Court se Chayes 1982 s 4 och 34.

[25] Siffrorna anger – det förtjänar att upprepas – enbart federala class actions.

[26] Att antalet class actions tenderar att bli högre (även relativt sett) i storstadsområden bestyrks av Annual Report 1984; det högsta antalet class actions detta år hade distrikten Illinois Northern (110) och New York Southern (74).

4. Vilka rättsområden dominerar, hur ofta yrkas skadestånd?

Nå, tillbaka till det stora landet i väster! Hur fördelar sig class actions mellan olika rättsområden? I den officiella statistiken[27] – tyvärr föreligger inte några siffror från senare år – anges följande procentuella fördelning för första halvåret 1976, en tidsperiod som förefaller uppvisa rätt typiska siffror (åtminstone om vi bortser från att vi inte vet något om tiden därefter). Några större förskjutningar mellan grupperna tycks inte ske mellan olika år att döma av det offentliga materialet:

antitrust	5,0 %
civil rights	67,2 %
varav fängelse 11 %	
securities laws	6,3 %
other	11,8 %

Som jag påpekat tidigare är det helt klart att *civil rightsmål* svarar för det största antalet class actions i USA.[28] Här – liksom vad gäller antitrustområdet – finns det, åtminstone på kort sikt, inte anledning att räkna med något större intresse för class actions vid en svensk reception. Huvuddelen av de class actions som förekommer i USA skulle inte bli aktuella i Sverige; det är sannolikt bara den sista målgruppen i tabellen ovan ("övriga") motsvarande ca 10 %, som skulle kunna bli av större relevans hos oss.[29] I denna grupp ingår då bl a konsument- och miljöskyddsmål.

En annan uppdelning presenteras i *Senate Study,* där man också delar in alla de 434 class actions som förekom i District of Columbia under perioden 1967–1972 i sådana där skadestånd yrkades och sådana som gällde fastställelsetalan eller talan om förbuds- och ändringsåtgärder. Vanligast (58 %) är talan som inte går ut på skade-

[27] Här citerad efter Harvard Developments s 1325 i not 30.

[28] Se även Bernstein s 368 samt Garth, Introduction s 374 och densamme i 62 Indiana Law Review (1986–87) s 501 not 12, jfr dock Ontario Report s 179 som anger en betydligt lägre siffra – 32 % – för civil rights i ett urval från District of Columbia, se även Møgelvang-Hansen 1979 s 11.

[29] Självfallet kan det också finnas faktorer som verkar i motsatt riktning, t ex rättsområden som av olika skäl inte producerar några class actions i USA men skulle göra det hos oss.

stånd (dvs i huvudsak (b) (1)- och (b) (2)-class actions).[30] Här fördelade sig class actionmålen antalsmässigt på följande sätt:

antitrust	1
securities	1
consumer	2
labor	32
civil rights	77
welfare	36
other	84

Tyvärr ges inga exempel på vad den stora gruppen "övriga" innehåller. I fortsättningen ägnar sig *Senate Study* nästan uteslutande åt de 120 fall där skadestånd yrkades.[31] Detta torde bero på att en av avsikterna med denna undersökning var just att utröna behoven av och förutsättningarna för utvidgade möjligheter till class actions i konsumentmål.

Det är således, enligt *Senate Study*, i mindre än hälften av alla class actionmål som skadestånd yrkats (42 %, bland dessa yrkades dessutom "injunctions" i 75 %) och där fördelade sig målen sålunda:

civil rights	37
consumer	29
labor	23
welfare	5
securities	2
antitrust	5
other	19
	120

[30] Så även Garth, Introduction s 372.

[31] Att antalet är endast 120 mål trots att gruppen utgör 42 % av 434 class actions förklaras av att man räknat på målantalet *efter* en betydande kumulation av vissa antitrustmål, som härigenom gick ner från 54 till 5 st fall, Senate Study s 6. Det är bl a underlåtenheten att förete en sådan nedräkning som gör den ovan vid not 13 angivna undersökningen så ovederhäftig. Härtill kommer att man där dels räknat med alla mål som anhängiggjorts i en viss domstol men sedan inte dragit av dem som överflyttats till annan domstol och ändå räknat med de mål som överflyttats från annan domstol till den förstnämnda.

Det här är inte fråga om procentsiffror utan den faktiska spridningen mellan de 120 fall undersökningen omfattade. Procentsiffrorna blir alltså något lägre. För att ta ett exempel: under åren 1967–1973 anhängiggjordes i District of Columbia 29 consumer class actions där skadestånd yrkades, vilket motsvarar 24 % av det totala antalet class actions med skadeståndsyrkande, en grupp som i sin tur uppgick till knappt hälften av det totala antalet class actions (under förutsättning att antitrustfallen räknas ihop efter kumulation).

En stor brist i de flesta undersökningar som finns är att de är så pass gamla. Vi vet att antalet class actions gått ner sedan dessa undersökningarna publicerades, men vi vet inte vilka rättsområden som "drabbats" av denna nedgång. Av särskilt intresse för en svensk läsare vore givetvis att få närmare uppgifter om utvecklingen för de måltyper som skulle kunna bli aktuella vid en svensk reception av class actioninstitutet, nämligen (?) konsument-, miljö- och katastrofmål. Tillgången på "hårddata" förefaller dock tyvärr särskilt dålig på just dessa rättsområden. Men antagandet att class actions rörande civil rights fortfarande dominerar stort på det federala planet får stöd i Garth's undersökning[32] av de 46 mål som accepterades som class actions i norra Kalifornien under 1979–1984. Siffrorna fördelade sig där enligt följande:

employment discrimination	21
securities regulation	5
social security	5
antitrust	4
housing eviction and relocation	2
jails and detention	2
unemployment compensation	1
retirement benefits	1
mental health	1
auto towing	1
other civil rights	1
public employment	1
Indian rights	1

[32] Garth, The institution s 304.

I de mån där godkännande ("certification") vägrades var fördelningen:

employment discrimination	24
antitrust	12
other civil rights	10
jail and detention	5
social security	4
labor concerns	4
securities regulation	4
housing eviction	2
products liability	1
retirement	1
unemployment compensation	1
other	3

Som synes godkändes inte någon class action på t ex konsumentområdet i snäv bemärkelse; fyra antitrustmål fick däremot föras enligt Rule 23. Försöket att få ett mål rörande produktansvar accepterat som en class action stötte på patrull. Av detta kan man dock inte dra slutsatsen att class actions inte förekommer på konsumentområdet i Kalifornien; man har ju här ett jämförelsevis liberalt delstatligt class actioninstitut som kom till användning i bl a i det kända målet *Daar v. Yellow Cab Co*,[33] där högsta domstolen i delstaten tillämpade radikala principer för beräkning och användning av skadeståndet.

Såsom förutskickades i kap 1[34] hålls framställningen om class actioninstitutet på ett allmänt plan i den här boken och några särskilda avsnitt eller kapitel om class actions rörande t ex civil rights, konsument- och miljörätt etc kommer inte att presenteras här eller i det följande. Sådana partier skulle förvisso ha sitt intresse – bl a eftersom statistiken rörande class actions lätt blir missvisande om inte skillnad görs mellan olika rättsområden[35] – men de skulle spränga både tidsramar och bokpärmar för det arbete som nu läggs fram. "Vertikala" studier av det slaget ställer vittgående krav på bl a ingående kännedom om förhållandena på ifrågavarande rättsområde inte bara vad gäller class actions utan också beträffande det materiellrättsliga underlaget, den offentligrättsliga kontrollen osv, krav, som snart nog skulle förvandla forsk-

33 Se nedan i kap 8 s 277.

34 Ovan s 37 f och nedan i kap 15 avsnitt 1.

35 Jfr DuVal 1983 s 419 ff och 436.

ningen till en – i och för sig måhända synnerligen rafflande – mardröm så länge en heltäckande bild eftersträvas. Specialstudier av det slaget får jag säkert anledning att återkomma med i senare sammanhang då det finns möjlighet att utgå från svenska förhållanden och ta upp ett rättsområde – eller del av ett rättsområde – i taget. Jag inskränker mig här till några litteraturtips beträffande amerikanska class actions på särskilda rättsområden eller rörande viss typ av frågor.

En *allmän översikt* över existerande och tänkbara rättsområden för class actions presenteras i Ontario Report I s 219–277, där man tar upp bl a "civil rights", försäkringsrätten, aktiebolagsrätten, "antitrust", konsumenträtten (inklusive marknadsrätten), miljörätten och "mass accidents", men även nämner andra områden som konkursrätten, arbetsrätten och socialförsäkringsrätten, patenträtten m m. Låt mig till detta foga några litteraturhänvisningar avseende fyra av dessa områden. Det må räcka med författarnamnen; fullständiga uppgifter finner läsaren genom att gå till litteraturförteckningen.

Class actions rörande *civil rights* är, som framgått ovan i detta kapitel, den kanske viktigaste gruppen, åtminstone kvantitativt, i USA. Här kan nämnas Wright & Miller & Kane § 1776 samt Ontario Report och Newbergs stora verk om class actions som även det innehåller – ganska magra – anknytningar till olika rättsområden. Till detta kan läggas t ex en artikel av Greene och en Note i 99 Harvard Law Review (1986), båda gällande diskriminering. Vad gäller *miljörätten* hänvisas till Wright & Miller & Kane § 1782, i Ontario Report I s 269 ff anförd litteratur samt till artiklar av Weithers, Parsons & Starr, Cooley & Lemley (70-sidig artikel från 1973 om federala class actions i miljömål), Bouchard samt Carmody. Dessutom kan nämnas kapitel 4 i "Lawyers ready reference to class actions" (1972) och Mac Farland i 66 F.R.D. (1975) s 363 ff. Den intresserade bör dock inte ha för stora förväntningar; det är svårt att få en bild av class actioninstitutets faktiska och potentiella betydelse på dessa rättsområden. Detsamma gäller *konsumenträtten*, även om artikelfloran här är rikare; nämnas kan – förutom Wright & Miller & Kane §§ 1781, 1782, 1804 och 1805, Ontario Report och Newberg – uppsatser av Landers, Newberg (något föråldrad artikel från 1972), Mangum, Weiner, Burman, DuMars & O'Leary, Cavins, Clarke, Eiger, Eovaldi (s 307 ff), Mandig, Hemker-Smith och King, se även Bartsh's bok om "A class action suit that worked". Inom såväl miljö- som konsumenträtten aktualiseras stundom *"mass tort claims"*, men lämpligheten av att tillgripa class actions i sådana fall har även aktualiserats vid t ex tåg- och flygolyckor, naturkatastrofer osv. Meningsmotsättningarna är starka rörande frågan om värdet av class actions på dessa områden, se t ex nedan s 195 samt Wright & Miller & Kane § 1783, Ontario Report I s 267 ff och artiklar av Magraw (rörande Bhopal), Whittaker (rörande s k "skywalks"), Sherman (*Agent Orange*, varom även Schucks bok), Bush, Williams, Notes i 96 Harvard Law Review (1983) s 1121 ff och 1143 ff, Class action Reports 1981 s 165, artiklar av Rose, Lord och Dickerson samt uppsatser av Coffee och Rosenberg i 62 Indiana Law Journal (1986–87), jfr även Glenn (1985 s 303 f med not 49) som anser att de flesta amerikanska domstolar ställt sig negativa till class actions rörande "mass torts".

5. Hur stora är klasserna?

Class actioninstitutet har kritiserats bl a för att processen blir dyrbar, vilket i sin tur bl a skulle bero på klasstorlekarna. I en tidigare studie uppskattades genomsnittsklassens storlek till 300.000 medlemmar, en siffra som dock efter *Senate Study* framstår som på tok för hög. Av de 50 fall där uppgift fanns om antalet klassmedlemmar i sistnämnda undersökning[36] omfattade "bara" 14 % av klasserna över 100.000 medlemmar, medan klassen i 25 % av fallen bestod av färre än 10.000 personer. I den nationella delen av *Senate Study* är genomsnittsklassen större, men ändå i 75 % av fallen mindre än den genomsnittsstorlek på 300.000 som man "gissade" på i den tidigare studien. Fallen fördelade sig enligt följande:[37]

Klasstorlek	*Antal*	*Procent*
1 – 25	3	3,8
26 – 100	3	3,8
101 – 500	14	17,7
501 – 1.000	11	13,9
1.001 – 10.000	15	18,9
10.001 – 50.000	8	10,1
50.001 – 100.000	7	8,8
100.001 – 1.000.000	15	18,9
därutöver	3	3,8

Tyngdpunkten tycks alltså ligga vid klasser på 100–10.000 medlemmar. Vid en svensk reception av class actioninstitutet skulle naturligtvis genomsnittsklasserna bli mindre till följd av att befolkningsunderlaget är ett annat; siffrorna ovan avser ju federala class actions. Tyvärr saknas såvitt jag vet uppgift på klasstorlekar vid delstatliga class actions och därmed finns inte heller möjlighet att

[36] Möjligt är dock att uppgift saknades just i de fall klasserna var som störst, jfr emellertid Senate Study s 8.

[37] Senate Study s 24. – Jättestora klasser finns förvisso vilket också framgår av tabellen ovan. Enligt Chayes (1982 s 28 not 141) utgjorde klassen 6 miljoner personer i *Eisen* (varom bl a nedan s 217 f) och i ett par class actions har klassen uppgått till 40 miljoner personer! Klassen samtliga äggätare i hela USA ansågs dock vara för stor för att godkännas, jfr nedan s 185 not 47. Se även Ontario Report I s 194 f angående klasstorlekar.

presentera ett till svensk folkmängd bättre anpassat jämförelsematerial.

6. Vilken utgång fick class actionmålen?

6.1 Gav svaranden upp?

Den första undersökning jag känner till rörande utfallet i class actionmål är *Senate Study* som redovisar utgången i 120 fall där skadestånd yrkades (oftast tillsammans med "declaratory or injunctionary relief"). Då undersökningen utfördes hade 81 mål nått fram till något slags avgörande. En svaghet med studien i denna del är att man inte kan påstå att alla målen gäller class actions eftersom domstolen i över hälften av fallen ännu inte hunnit ta ställning till om målet skulle godtas som en class action ("the certification issue") eller inte innan det avgjordes (t ex genom "avvisning" på formell grund). De 120 målen var följaktligen närmast vad man skulle kunna kalla presumtiva class actions.

Det förekommer inte sällan att class actioninstitutet kritiseras för att svaranden pressas till förlikning även då kärandens talan inte är välgrundad, detta för att käranden skall slippa processkostnader och negativ publicitet. Man har t o m gjort gällande att kärandeombuden ibland utnyttjar detta förhållande på ett otillbörligt sätt[38] och att den som stäms in som svarande regelmässigt köper sig fri vad han än anser om det berättigade i kärandens anspråk. Anledningen till detta skulle vara att det drar alltför mycket tid, kostnader och dålig publicitet att sätta sig till motvärn. Dessa farhågor konfirmeras dock inte av *Senate Study*. Svaranden har goda odds att komma från processen relativt snabbt även om han bestrider kärandens talan. Över hälften av de 81 målen (44 st) avgjordes till svarandens förmån "on preliminary motions", d v s under förberedelsen eller m a o utan att processen behövde gå till huvudförhandling ("trial"). 11 mål avgjordes genom "summary judgement" och de övriga genom "dismissal" (vilket motsvarar både avvisning och vissa fall av ogillande enligt svenskt sätt att se). 16 av 33 dismissals grundades på "failure to state a claim", de övriga bl a på bristande talerätt, fel forum och res judicata.[39]

38 Jfr uttrycket "legalized blackmail" ovan i kap 1 s 29.

39 Senate Study s 10, jfr Ontario Report I s 150. – Betr "summary judgement", "trial" etc se nedan i kapitel 7 s 248 f.

Svaranden verkar alltså ha en god chans att snabbt komma ur processen med hedern i behåll om han stretar emot ordentligt. Detta bekräftas av en mätning i *Chicago Antitrust Study:* enligt denna undersökning av antitrustmål är chansen för svaranden att få ett gynnsamt avgörande på förberedelsestadiet rentav större i class actionmål än i vanliga rättegångar.[40]

En brist med siffrorna ovan är att det saknas jämförelsematerial med förhållandena i vanliga mål. Sådana jämförelser finns dock gjorda då det gäller den totala andelen avgjorda mål (dvs även de som avgjorts till kärandens förmån) på olika stadier i rättegången. Om antagandet att svaranden pressas till förlikning är riktigt borde antalet "riktiga" domar, d v s dom efter huvudförhandling ("trial") vara lägre i class actionmål än i vanliga mål. I *Ontario Report* har man undersökt hur det förhåller sig med det och presenterar följande tabell:[41]

Tidpunkt för målets avslutande

	No court action (%)	*Before pretrial conference* (%)	*During or after pretrial conference* (%)	*During or after trial* (%)
Non-class	41,2	36,7	14,6	7,5
Class actions	31,8	36,2	20,0	11,9

Undersökningen gäller *alla* federala class actions under femårsperioden 1976–1980, och visar klart att påståendet ovan är grundlöst (se även tabellen nedan under 6.2). Resultatet bekräftar f ö den tendens man kunde skönja redan på det begränsade målunderlaget i *Senate Study*: 6 av 81 class actionmål (13.5 %) avgjordes efter huvudförhandling, medan genomsnittet 1972 för alla tvistemål var 5 %. Även *Chicago Antitrust Study* stöder påståendet att flera class actions än vanliga mål går till huvudförhandling.[42]

Också senare statistik motsäger tesen att svaranden i class actionmål skulle kasta sig platt till marken för att slippa ifrån processen

[40] Chicago Antitrust Study s 456.

[41] Ontario Report I s 152.

[42] Senate Study s 10 och Chicago Antitrust Study s 462, jfr dock Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 15 och DuVal 1983 s 423 f.

även då kärandens anspråk inte framstår som välgrundat.[43] En svaghet med statistiken är dock att den inte avslöjar vad som händer *innan* talan väcks; kanske låter sig många skrämmas till förlikning blott genom hot om stämning som aldrig behöver realiseras. En intervjuundersökning med ombuden på svarandesidan i *Senate Studys* undersökning rörande class actions i Columbia motsäger dock påståendet att svarandens förlikningsbenägenhet skulle vara besvärande hög även då det är fråga om en "weak suit".[44] Och att döma av *Chicago Antitrust Study* och *Garth's* undersökning är varken kostnaderna för försvaret eller riskerna att förlora så stora i class actionmål jämfört med vanliga mål att detta bör leda till en förlikningsbenägenhet utan hänsyn till hur välgrundad kärandens talan verkar vara, åtminstone inte före certification.[45]

Påståendet att det inte finns särskild anledning att undvika process vid class actions verkar kanske överraskande, men en del av förklaringen ligger sannolikt i att *svarandens* kostnader för bl a ombud alls inte behöver stå i relation till klassens storlek eller det belopp processen gäller på samma sätt som för käranden; "contingent fees" förekommer framför allt bland kärandeadvokaterna.[46] Och lika väl som ett småmål kan vara komplicerat i både rättsligt och sakligt hänseende kan ett mål om jättebelopp vara tämligen enkelt. De extra kostnader som tillkommer generellt i class actionmål gäller framför allt prövningen av om målet skall få föras som en class action ("the certification issue") och huvuddelen av dem stannar, liksom kärandens övriga kostnader, på käranden oavsett processens utgång enligt den kvittningsregel som nästan alltid tillämpas vad gäller rättegångskostnader i amerikansk civilprocess ("the american non-fee rule"). Och som skall framgå i avsnitt 8 är inte class actions så tidskrävande som man kanske skulle tro.

Svaranden ger alltså inte upp oftare i class actionmål än i vanliga mål och detta är ju också naturligt ur den synpunkten att det säkert i allmänhet är dyrt att köpa sig fri från en class action; är inte svaranden i besittning av betydande ekonomiska resurser kan class actionmålet för honom vara en fråga om att vinna eller försvinna från

[43] Se numera Garth, The institution s 326: 36 av 46 godkända (certified) class actions förliktes. Av de 73 mål där certification vägrades resulterade 32 i "avvisning" och 19 i summary judgement för svaranden. 11 mål förliktes och 4 slutade med summary judgement för käranden.

[44] Senate Study s 10.

[45] Chicago Antitrust Study s 461 och 469och ovan not 43.

[46] Se härom och betr rättegångskostnader i övrigt nedan i kap 9.

marknaden. I detta läge finns det inte anledning att acceptera en förlikning som uppfattas som orättfärdig. Så länge svaranden inte ger upp kan han ju ändå hoppas på en positiv utgång.[47]

6.2 Vem vann? Och när?

Låt oss nu se ytterligare på hur det gick i de avgjorda målen. Utgången i de 81 class actions *Senate Study* bygger på i denna del fördelar sig på följande sätt:[48]

avgöranden till förmån för svaranden	46
avgöranden till förmån för käranden	35

Siffrorna förefaller inte direkt avskräckande för någon av parterna. Nedslående för en potentiell kärande är däremot *Chicago Antitrust Studys* rapport i detta hänseende: praktiskt taget inget av de antitrustmål som fördes som class action i denna undersökning ledde fram till ordentlig seger för käranden genom slutlig dom. I vanliga antitrustmål som gick till dom däremot vann käranden nästan lika ofta som svaranden (8 resp 12 mål).[49] Kanske är kärandens möjligheter att nå förlikning särskilt goda vid just class actions av det här slaget. Av *Garth's* undersökning framgår att käranden vann i 7 av de 10 mål (av totalt 46) som godkändes som class actions och inte förliktes.[50]

Återstår att beröra *när*, dvs på vilket stadium av processen, käranden respektive svaranden kunde inkassera segern. Hur det förhåller sig med alla class actions oavsett utgång har visats ovan under 6.1. Men det finns också siffror som tar hänsyn till vem som vunnit. I *Ontario Report* har man plockat fram alla federala class actions i USA under 1979 och 1980 ur den officiella statistiken och delat upp dem allt efter utgången på olika stadier i processen (positiv för käranden = "affirmed", positiv för svaranden = "dismissed"):[51]

[47] Jfr Ontario Report I s 155 betr argumentet att kostnaderna för class action-målet leder till ruin för svaranden.

[48] Senate Study s 10.

[49] Chicago Antitrust Study s 455 f. Jag erinrar om faran att generalisera utifrån anti-trustmål. Se ovan s 140 och DuVal 1983 s 419 ff.

[50] Garth, The institution s 326.

[51] Ontario Report s 156, jfr ovan vid not 34.

Tidpunkt för målets avslutande

	No court action	*Before pretrial conference*	*During or after pretrial conference*	*During or after trial*
	(%)	(%)	(%)	(%)
Class actions dismissed	33,8	33,9	20,8	11,5
Class actions affirmed	27,5	25,7	30,5	16,4
Non class	43,3	35,3	14,0	7,3

Tydligt är att svaranden oftare än käranden inkasserar sina segrar före sammanträde för muntlig förberedelse. Det kan tyckas självklart för oss, men möjligheterna att avgöra ett mål även till kärandens förmån redan under förberedelsen är betydligt större i USA än i Sverige. Också käranden vinner merparten av sina processer på detta stadium, men skillnaden är inte lika markant som då det gäller svaranden. Vidare framgår (liksom i tabellen under 6.1) att class actions oftare än vanliga mål leder fram till "pretrial conference" och/eller "trial". Det bör kanske nämnas att "pretrial conference" oftast kommer senare i amerikansk process än första inställelse vid svensk domstol, åtminstone före 1988 års ändringar i RB.

Det hade naturligtvis varit betydligt intressantare om en jämförelse gjorts också mellan grupperna kärande och svarande så att det framgått vem som vinner oftast (dem emellan) på respektive stadium, särskilt om dessa siffror sedan kunnat relateras till utgången i vanliga mål. Såvitt jag vet finns ingen sådan undersökning gjord (utöver den ovan nämnda antitruststudien).[52] Förklaringen är kanske att det är svårt att hitta en jämförbar målgrupp. Så länge det gäller federala mål borde dock även en jämförelse med hela gruppen övriga mål (dvs icke class actions) vara av intresse eftersom materialet inte belastas av "struntmål" på samma sätt som det svenska.

52 Se dock numera Garth ovan vid not 43.

7. Blev det mycket pengar? Lockade class actioninstitutet fram nya målgrupper?

I class actiondebatten surrar rykten att processerna gäller jättebelopp, att domstolens normala arbete blockeras av dessa jätteprocesser och att de belopp som sedan döms ut nästan helt går åt till att täcka kostnaderna för ombud, administration osv.[53]

Frågan om class actioninstitutets betydelse för domstolarnas arbetsbörda har redan berörts något ovan i avsnitt 3 och det blir anledning att återkomma till arbetsinsatsen i avsnitt 8. Även ombudsersättningarna och administrationskostnaderna skall tas upp längre fram (avsnitt 9). I det här avsnittet gäller det att undersöka vilken sanning som döljer sig bakom ryktena om att class actions gäller oerhörda summor.

Att class actions kan avse miljon- eller rent av miljardbelopp framgår ibland i massmedia, men då avser man i allmänhet vad som *yrkas* – eller kommer att yrkas – och inte det faktiska utfallet. Och det är naturligtvis slutresultatet som är mest intressant. Låt oss därför undersöka vilka belopp som *dömts ut* i class actionmål.

Någon riktigt omfattande studie i detta hänseende har tyvärr inte gjorts. Av *Senate Studys* Columbiadel framgår dock att skadestånd utgick i 14 mål och att de utdömda beloppen varierade mellan 7.500 och 190.000 dollar, vartill kom ett par mål där beloppen uppgick till 6 resp 300 miljoner dollar.[54] Men uppgifterna om skadestånden i Columbiafallen är för övrigt högst ofullständiga: så t ex sätts inte beloppen i relation till klassernas storlekar.[55] Det sägs bara att den största klass som fått sig skadestånd tilldömd i målgruppen bestod av 20.000 medlemmar.[56] Något mer framkommer i den nationella

[53] De yrkade beloppen uppgår verkligen ibland till miljon- eller miljardbelopp. Se t ex Chayes 1982 s 29 i not 142 där det framgår att class actionprocesser i vissa fall gäller ända upp till miljardbelopp. Ett annat exempel (som slutade med förlikning) är det nedan s 221 f nämnda antibiotikamålet. Vad gäller påståenden att class actions inte lönar sig för gruppmedlemmarna kan t ex hänvisas till följande uttalande i American College of Trial Lawyers Study (s 22): "The Committee's major concern centers upon the 23 (b) (3) class action involving the large and indefinite class. In precisely this type of class action, *almost nothing* actually reaches the individual class members", (min kursivering). Jämför detta påstående med texten nedan s 163 ff.

[54] Senate Study s 19 not 138 och s 21. De mål där miljonbeloppen förekom gällde rätt till pensioner.

[55] Jfr däremot Bernstein nedan s 157 f.

[56] Senate Study s 27 not 209. – Som framgår av hänvisningarna till noter i Senate Study är det inte de här aktuella frågorna de som varit de primära i den undersökningen.

delen av Senate Study, som ju grundas på intervjuer och inte på aktgenomgångar. Här förekom "class relief" i 46 fall, varav skadestånd i 39. I 37 av skadeståndsfallen[57] fördelade sig de utdömda beloppen sålunda:[58]

Antal fall	*Belopp*
5	under 100.000 dollar
9	100.001 – 500.000 dollar
9	500.001 – 1.000.000 dollar
9	1.000.001 – 5.000.000 dollar
5	över 5.000.000 dollar

Beloppen är onekligen imponerande! Men siffrorna gäller hela klassen och det förekommer förvisso fall då de *individuella* beloppen – dvs vad var och en i klassen får ut av processen – är högst blygsamma, så t ex i en av de class actions som ingick i *Bernsteins* undersökning: i ett mål rörande "Fair Labor Standards Act" var det genomsnittliga utfallet för var och en i klassen 47 dollar 90 cent.[59] En av class actioninstitutets huvudfunktioner (se vidare kapitel 12) är ju också att möjliggöra process om små individuella anspråk.

Att man relativt sällan ser exempel på federala class actions som gällt så pass blygsamma individuella belopp som det nyssnämnda måste naturligtvis sättas i samband med att möjligheterna att få mål upptagna vid federal domstol i vissa fall är beroende av att de individuella anspråken uppgår till avsevärda belopp. Det bör dock påpekas att den nu gällande 10.000 dollarspärren (varom mera i nästa kapitel) inte var klart fastlagd vid tiden för nu berörda undersökningar. Men det är ändå mycket möjligt att osäkerheten i denna fråga verkade avhållande.

Intrycket att class actions totalt ofta gäller stora summor bekräftas av *Bernsteins* undersökning. Som nyss framgått sätter han dessutom de utdömda beloppen i relation till antalet klassmedlemmar och jämför beloppen med vad som förekommit i vanliga mål. Hans undersökning avser samtliga "damage class actions" under 1971-1973 i två storstadsdistrikt, det södra distriktet i New York och det

57 Det framgår inte varför endast 37 av de 39 fallen redovisas.

58 Senate Study s 27 i not 208.

59 Bernstein s 366 i not 66, jfr nedan s 221 f betr antibiotikamålet. Och i *Eisen* (nedan s 217 ff) uppgick kärandens yrkande för egen del till 70 dollar medan klassen uppgick till ca sex miljoner människor.

östra i Pennsylvania. Någon uppdelning på olika rättsområden sker däremot inte.

Vad gäller New Yorkdistriktet omfattar undersökningen 16 class actions, där skadestånd utdömts och underlag fanns att räkna ut ersättningen per klassmedlem i 11 av dessa fall. Beloppen jämfördes sedan med 37 vanliga mål (utvalda slumpvis) där skadestånd utdömts och resultatet blev följande:[60]

	Class actions	*Vanliga mål*
Utdömda dollar per *mål* i genomsnitt	707.051	129.731
Dollar per *person*	957	114.926

Mönstret kommer igen i undersökningens Pennsylvaniadel som visar följande resultat (12 class actions och 37 vanliga):

	Class actions	*Vanliga mål*
Utdömda dollar per *mål* i genomsnitt	1.095.684	85.342
Dollar per *person*	1.250	57.122

Att döma av Bernsteins resultat är alltså det genomsnittliga individuella utfallet "bara" ca 1/100 respektive 1/50 i class actions jämfört med vad segraren i vanliga mål kammar hem. Beloppen ifråga – kring 1.000 dollar – är att betrakta som småpotatis i civilprocessuella sammanhang. Enligt en uppgift på annat ställe i Bernsteins studie[61] anses nämligen individuella anspråk på mindre än 1.000 dollar i genomsnitt ge en nettoförlust även vid en framgångsrik (vanlig) process. Man kan alltså konstatera att det i de flesta class actionfallen aldrig skulle ha resulterat i process om inte class actioninstitutet existerat. I de situationer som föranledde class actionmålen i Bernsteins undersökning skulle alltså svaranden ha fått behålla sina (genomsnittliga) 700.000 resp 1.000.000 dollar om inte class actioninstitutet funnits och detta trots att rätten inte var på hans sida![62]

60 Bernstein s 359.

61 Bernstein s 365 not 63.

62 Beloppen är "individually non-recoverable", nedan s 449.

Uppenbart är att class actioninstitutet i fall som dessa resulterat i "increased access to the courts", "prevention of unjust enrichment" och ökad "deterrence"; några processekonomiska vinster kan man däremot inte tala om eftersom alternativet till en class action var att det inte blivit någon process alls.[63] Men man kan ändå mäta processformens ekonomiska effektivitet, vilken skall visas i nästa avsnitt.

8. Är class actions processekonomiskt motiverade? Tidsåtgång per mål och per dollar

Vi vet nu något om det ekonomiska utfallet i class actionmål jämfört med vanliga skadeståndsmål. Vi vet också att påståendet att class actions skulle innebära en total blockering av de federala domstolarna är överdrivet åtminstone på så sätt att class actions numera faktiskt bara svarar för ungefär en halv procent av det totala målantalet och därmed tas högst några procent av de federala domstolarnas tid i anspråk.[64] Frågan är nu om detta är väl använd tid, om class actionformen är överlägsen ur effektivitetssynpunkt eller om de särskilda problem som finns vid class actions – t ex rörande "certification", "manageability" etc – medför att processen framstår som mindre "lönsam" än vanlig process.

För att kunna bedöma vilken processform som är mest processekonomisk återstår att ta fram tidsåtgång för målen och ställa den i relation till de uppnådda resultaten. Alla de undersökningar där tidsåtgången studerats har kommit till i stort sett samma resultat: ett class actionmål är totalt sett i genomsnitt mer tidskrävande än ett vanligt tvistemål. Resultatet är ju inte precis oväntat medan det däremot verkar överraskande att skillnaderna inte är större än de är.

Bernstein[65] visar således att i de av honom undersökta målen är tidsåtgången 4 (New York) respektive 2 (Pennsylvania) gånger så stor i class actionmål som i vanliga mål; i New York tar alltså en class action lika lång tid att handlägga och avgöra som 4 vanliga mål.[66] Bernstein, som arbetar i enkätform, har mätt faktisk tids-

[63] Se vidare nedan i kap 12 s 451.

[64] Se ovan s 143.

[65] Bernstein s 361 ff.

[66] En intressant detalj är att i Pennsylvania tog (b) (2) class actions avsevärt längre tid än (b) (3) class actions!

åtgång (antalet nedlagda arbetstimmar) och alltså inte den tid målet varit anhängigt.

Senate Study har endast uppgifter på den tid det tagit från det att målen anhängiggjordes till dess de hunnit fram till slutligt avgörande. Tidsåtgången mätt på detta sätt är från 1,2 till 2,4 gånger större i class actionmål.[67] *Chicago Antitrust Study* har mätt både tidsåtgång (i Senate Studys mening), antalet ingivna handlingar och "discovery entries".[68] Även enligt denna undersökning är insatsen i class actions ungefär dubbelt så stor som i vanliga mål och detta i samtliga nyssnämnda hänseenden.[69]

Dessa äldre undersökningar rörande tidsåtgången stämmer ganska bra överens med de resultat man presenterar i *Ontario Report* efter att ha undersökt tidsåtgången i betydelsen antal månader från anhängiggörandet till slutligt avgörande i alla federala class actions under 1979 och 1980. Här har man dessutom brutit upp siffrorna i rättsområden och fått resultatet:[70]

Nature of suit	*Months to dispose of 90 % of cases*	
	Non-class	*Class*
Fraud & truth in lending	30	43
Antitrust	52	67
Civil rights – jobs	35	53
Civil rights – welfare	38	48
Prisoner petitions	24	58
Securities, commodities & exchange	53	75
Total	30	56

Class actions tar alltså genomsnittligt nästan dubbelt så lång tid som vanliga mål och skillnaderna är störst beträffande "prisoners petitions".[71] Beträffande konsumentmål (i vid mening) och antitrustmål

[67] Senate Study s 10 f, jfr Bernstein s 362 f i not 61.

[68] Betr discovery se nedan i kap 7 s 245 ff.

[69] Se tabell i Chicago Antitrust Study s 452.

[70] Ontario Report I s 188.

[71] Jfr även DuVal 1983 s 426 f m not 35. DuVal varnar för att skillnaderna kan vara ännu mindre i vissa fall; enligt honom har nedbrytningen i underkategorier inte drivits långt nog.

framstår skillnaderna som häpnadsväckande små; class actionmålen innehåller ju en rad extra frågor att bedöma, framför allt frågan om "certification". Men det kan inte uteslutas att domaren eller parterna av någon anledning driver class actionmålen hårdare än vanliga mål och alltså lägger ner fler arbetstimmar per månad.

Låt oss nu återvända till *Bernstein* som sitter inne med siffror på såväl utdömda belopp som tidsåtgången i de mål han undersökt och självfallet inte missat chansen att kombinera dessa uppgifter. Vilken processform har givit flest dollar per timme, class actions eller vanliga mål? Ett absolut säkert svar går naturligtvis inte att få. Dels är det inte samma anspråk som prövats både som en class action och som ett vanligt tvistemål. En skillnad i dollar per timme kan därför bero på att vissa slags mål söker sig till viss processform (jfr nedan). Och framgång kan inte mätas i enbart dollar (ens i USA) trots att vi bara frågar efter processekonomi vid det här tillfället. Det kan t ex inte uteslutas att en viss sorts process får en större bevisverkan eller en starkare rättskraftsverkan och därigenom *dels* besparar domstolen ytterligare mål om liknande förhållanden, *dels ock* i högre grad än andra processer avhåller den tappande från att i fortsättningen bete sig på ett sådant sätt att nya anledningar till process kan uppkomma, vilket även har processekonomiska effekter (i vid mening). Vidare gäller class actions ibland så låga individuella belopp att vanlig rättegång är utesluten och i dessa fall uppstår, som ovan nämnts, ingen *processekonomisk* vinst alls.

Men låt oss tills vidare bortse från processekonomiska överväganden av sistnämnda slag och se på Bernsteins resultat i en strikt dollar/timmemätning.[72] Vad gäller New Yorkmålen kommer Bernstein fram till att class actionmålen i denna grupp var mer effektiva trots att de tog 4 gånger så mycket resurser i anspråk som vanliga mål: "the net benefit ratios" var 1,17 gånger större i class actions än i vanliga mål.[73] Även räknat på antalet dollar *per person* (och inte per mål) och tidsenhet var class actions att föredra ur processekonomisk synpunkt: class actionformen producerade 1,3 gånger så många dollar per använd domstolstidsenhet som vanliga mål.

[72] Hur Bernstein mäter den faktiska tidsåtgången framgår å s 360 f; han arbetar med genomsnittsantalet "motions, briefs and opinions".

[73] Bernstein s 363. Jfr dock DuVal 1983 som menar att Bernsteins gruppindelning kan ha gett ett alltför positivt resultat, se även Glenn 1984 s 272.

Bernstein förefaller uppfatta resultatet som högst uppmuntrande för class actionanhängaren.[74] Och det är klart: man kan inte mot bakgrund av New Yorksiffrorna hävda att class actions innebär mer kostnader jämfört med om anspråken genomdrivits via vanliga mål; det framstår onekligen som rationellt att välja class actionmetoden. Men man kan rikta åtminstone två anmärkningar mot en sådan slutsats, anmärkningar som Bernstein inte förefaller ha uppmärksammat. *För det första* skulle ett förbud mot class actions inte automatiskt innebära en kostnadsökning *för det allmänna*. Det sannolika är snarare motsatsen. Som berörts flera gånger ovan kan man inte mäta processekonomi i relation till ett enbart hypotetiskt alternativt händelseförlopp. De flesta som väcker talan i form av en class action eller ingår i klassen skulle inte starta process överhuvudtaget om inte class actioninstitutet funnits; det är ju det som är den huvudsakliga bakgrunden till class actioninstitutets handlingsdirigerande funktion.[75] *För det andra* skulle sannolikt kostnaderna per process i de vanliga mål (som trots allt skulle komma till stånd) inte bli så höga som i de vanliga skadeståndsmål Bernstein jämför med. Domens bevisverkan, möjligheten att utnyttja samma utredningar i flera mål osv skulle nedbringa kostnaderna avsevärt. Detta gäller i särskilt hög grad om de mål som anhängiggörs kumuleras. En, eller några, domar skulle vidare sannolikt räcka för att förmå svaranden att göra rätt för sig frivilligt gentemot dem som framställer ersättningskrav senare. Man har därför inte anledning att räkna med att varje ersättningsberättigad tvingas till en egen process.

Jag tycker alltså inte att Bernsteins New Yorkmål utgör något starkt stöd för class actionformens processekonomiska fördelar annat än i det högst teoretiska fallet att en class action ersätts med lika många individuella processer som det finns medlemmar i klassen. Och visserligen är siffrorna i Pennsylvaniamålen mer uppmuntrande för class actionvännerna. Här var vinsten per mål och tidsenhet drygt 5 gånger större i class actionmål än i vanliga mål och vinsten per person och tidsenhet drygt 4 gånger högre.[76] Men inte ens de siffrorna räcker för att class actioninstitutet skall framstå som

[74] Hans undersökning (liksom Senate Study och Ontario Report) framstår f ö, trots den ytligt sett neutrala tonen, som påtagligt pro classactionorienterad, medan Chicago Antitrust Study ger motsatt intryck.

[75] Jfr nedan i kap 12 s 456 ff.

[76] Bernstein s 364 f.

självklart överlägset individuell process från rent processekonomisk synpunkt.

Anstränger man sig en smula går det naturligtvis också att finna stöd för tesen att class actioninstitutet verkligen har stora processekonomiska fördelar utöver dem som antytts genom Bernsteins undersökning. Man kan t ex hävda att effekten är ännu större än Bernstein visat eftersom class actions oftare än andra mål gäller småbelopp, vilket borde vara en större nackdel ju större andel av domstolskostnaderna som är fasta. Ur den synpunkten är det "verkliga" resultatet sannolikt ännu mer gynnsamt för class actiongruppen än som framgår av undersökningen.

Sammanfattningsvis kan man konstatera att class actionmålen visar högre "produktivitet" både mätt i dollar per mål och i dollar per person, men att detta inte kan tas till intäkt för att processformen erbjuder processekonomiska fördelar annat än i vissa av de mål som gäller "individuellt processbara" anspråk (dvs över 1000 dollar). Då det gäller individuellt oprocessbara anspråk är class actionformen ekonomiskt "överlägsen" på ett annat sätt: en grupptalan är här *den enda* processuella möjligheten och bidrar därmed till såväl ökad "access to the courts" (och därmed till ökad reparativ effekt) som till förbättrad "deterrence" (dvs preventiv effekt, handlingsdirigering).[77] Den reparativa effekten är dock betingad av att åtminstone något blir kvar till klassen sedan rättegångskostnaderna betalats. Hur ligger det till med den saken ?

9. Hur mycket går åt till ombud och andra kostnader?

Det sägs ibland att class actions snarare är till för ombuden än för klassen, att det är advokaterna som driver class actions av ett eget ekonomiskt intresse och att det ofta nog inte blir något över för klassmedlemmarna när man väl täckt advokatarvoden och diverse administrativa kostnader för t ex distribution av inprocessade belopp, notice osv.[78] Inte sällan, hävdar kritikerna, drivs ett mål som class action trots att en vanlig talan skulle vara bättre för käranden och detta då just för att kärandens ombud är ute efter de jätte-

[77] Jfr Bernstein s 366, Ontario Report I s 116 f, Harvard Developments s 1356 och nedan s 444 ff.

[78] Jfr t ex citatet ovan i not 53. Kostnader för notice och skadeståndfördelning diskuteras nedan i kapitel 6 och 8 s 220 resp 279 ff.

arvoden som sägs vara vanliga i class actionmål.[79] Ombudskostnader m m skulle sedan ta hand om hela vinsten i händelse av framgång i processen; vinnande part får ju i normalfallen inte ersättning från motparten för ombudskostnaderna (" the American non-fee rule"). Class actioninstitutet skulle, om detta är riktigt, möjligen ha en preventiv funktion att fylla men inte någon reparativ: en lyckad class action skulle avhålla syndabocken och hans gelikar från beteende av det slag som varit föremål för prövning i processen men inte ge klassmedlemmarna någon kompensation för de skador de lidit.

Kritik av det här slaget är ganska lätt att avvisa. Man kan t ex säga att den förkättrade tekniken att beräkna ombudsarvodet som en procentdel av det inprocessade beloppet ("contingent fees") visserligen kan leda till jättearvoden i vissa fall då de individuella skadorna är mycket stora eller klassen innehåller stort antal medlemmar. Men "contingent fee"-systemet innebär ju att ombudet "blott" får en (i allmänhet) mindre del, medan huvudparten av det inprocessade beloppet – efter avdrag för övriga kostnader – går till klassen. (Skulle käranden förlora processen står många gånger advokaten för sina egna kostnader och något kostnadsansvar gentemot motparten föreligger inte.) Mot bakgrund av allt detta framstår inte t ex arvodena i 29 class actions i Garth's undersökning (1980–84) som så oerhörda. I 6 mål låg arvodena under 25.000 dollar, i 9 mellan 25 och 100.000 dollar, i 7 mellan 100 och 250.000 dollar och i 7 fall översteg arvodet sistnämnda belopp.[80]

Medan det främst torde vara "contingent fees" (provisionsarvoden) som lett fram till de höga ombudsersättningar som föranlett kritiken kan alltså detta system i sig inte ta ifrån huvudmannen all personlig vinst. Kritiken mot systemet har dessutom lett till att man numera i allt högre utsträckning även låter andra faktorer, som t ex tidsåtgång och arbetskvalitet påverka ombudsarvodena.[81] Class actionbranschen har på detta sätt blivit mindre spekulativ, ombuden har inte anledning att ta till class actions i onödan (om de inte har ont om arbete) och missbruksrisken bör ha minskat.[82]

[79] Jfr t ex Senate Study s 22 och nedan i kap 9 s 323 ff.

[80] Garth, The institution s 319 f.

[81] Se nedan i kap 9 s 323 ff.

[82] Även tidsberäkning av arvode kan dock medföra risker för missbruk, jfr nedan i avsnitt 10 och i kap 9 s 322 not 159.

Vidare förutsätter Rule 23 att domstolen skall kontrollera och godkänna arvodesbeloppen liksom förlikningarna.[83] Om förlikning sker redan *före* rättegång kan däremot givetvis inte en kontroll av arvoden äga rum. Överhuvudtaget förefaller man mycket sällan diskutera de risker som kan finnas för att det äger rum "legalized blackmail" *innan* talan väcks (men under hotet av en class action-process).[84]

Detta är bakgrunden till de försök som gjorts att ta fram hårddata om ombudsersättningar och administrativa kostnader. *Class Action Reports* har i tre artiklar (1978 och 1980)[85] visat att ombudsersättningar *och* "costs"[86] tillhopa i class actions på antitrust- och försäkringsområdet vanligen ligger inom ramen för 20-30 % av det inprocessade beloppet; i 69 % av målen låg kostnaderna under 25 % av processvinsten.[87] Siffran kan verka hög men man måste hålla i minnet att advokaterna ofta processar på villkoret att inte ta betalt då målet förloras; de framgångsrika processerna skall alltså dra in tillräckligt med pengar för att täcka även kostnaderna i mål som ogillas. Vidare måste class actionmålens komplexitet beaktas i sammanhanget.[88]

Men det finns mål där avbränningarna verkligen varit stora: enligt *Senate Study* tog advokatkostnaderna mer än halva processvinsten i anspråk i 10 % av en viss grupp mål. Och till "costs" och ombudsersättningar skall sedan läggas kostnaderna för notice och distribution av ett inprocessat skadestånd.

För oss svenskar framstår avbränningarna som högst betydelsefulla. Sedd ur amerikansk synvinkel torde dock bilden bli en annan. Man är van vid att hela det utdömda beloppet aldrig kommer käranden till godo. Kanske beaktas detta av domstolen i viss mån så att man bakar in ombudskostnader i de, enligt vårt sätt att se, oerhört höga skadeståndena i vissa fall. Hur som helst förefaller man vara van vid stora avbränningar i amerikansk process och class action-målen är nog knappast värre än andra i detta avseende. De höga totalbeloppen borde snarare ge advokaterna underlag att acceptera

[83] Manual for complex litigation (§ 1.47, 1973) förutsätter att sådan kontroll skall ske. Se även nedan s 322.

[84] Jfr ovan s 153. – Kalven & Rosenfield snuddar vid problemet i sin uppsats i 8 University of Chicago Law Review (1940-41) s 684 ff och s 720.

[85] Här citerat efter Ontario Report I s 109 och 135 ff.

[86] Betr denna distinktion se nedan s 285.

[87] Ontario Report I s 136.

[88] Jfr Ontario Report I s 137. Jfr dock ovan s 159 f.

lägre procentsatser om provisionsarvode kommer till användning. Klienten befinner sig i ett gott förhandlingsläge. Är så fallet är kanske kritiken mot class actions helt missriktad i här aktuella hänseende.

10. Missbruk

Under den här rubriken avser jag att mer samlat ta upp de beskyllningar som framförts om missbruk av class actioninstitutet och konfrontera dem med det statistiska materialet. Greppet nödvändiggör ett par upprepningar av vad som diskuterats ovan.

Redan under 6. konstaterades att bl a utfallet i class actionmål motsäger påståendet att class actions missbrukas som ett *utpressningsvapen* för att tvinga fram gynnsamma förlikningar för käranden och hans ombud i svagt grundade mål. *Senate Study* motsäger dessa illvilliga rykten också i de intervjuer som gjorts i frågan med svarandeombuden i Columbiadelen av undersökningen. Ytterst få ombud på svarandesidan ville karakterisera kärandens talan som "frivolous" och kärandeombuden hävdar att de tvärtom inte vill tillgripa class actions annat än då de är säkra på sin sak eftersom denna måltyp kräver så mycket mer än vanliga processer vad gäller tidsåtgång och administration.[89] Inför risken att själv få stå för kostnaderna tvekar nog de flesta advokater. Och som jag snart skall återkomma till kan man också hävda att svaranden har bättre möjligheter än käranden att dra fördel av class actionformen i förlikningssituationer.

Det saknas således underlag att påstå att kärandens talan är illa underbyggd i class actions i allmänhet. Däremot ansåg de intervjuade att ett missbruk av class actioninstitutet ibland förekom i så måtto att den enda anledningen till att använda class action i stället för vanlig process kunde misstänkas vara intresset för ombudet att kvittera ut ett *fett arvode*.[90] Det är, som berörts i föregående avsnitt, i första hand "contingent fee"-systemet som kan vara boven i det dramat som dock är en konsekvent följd av den aggressivt kompetitiva amerikanska marknadsekonomin. Class actions är förvisso ett spel med högre prispengar men också med större förlustrisker för ombuden. Och sköter domstolen sin prövning av "superiority" och övriga class actionrekvisit (varom mera i nästa kapitel) bör omoti-

89 Senate Study s 22, jfr dock ovan s 159 ff.

90 Senate Study s 22.

verade val av class actionformen kunna undvikas. Domstolskontrollen borde träffa även de fall då undersysselsatta advokater[91] försöker tillgripa en class action för att få maximalt arvode beräknat på tidsbasis.

Den ökade domstolskontrollen av arvodesbelopp och tidsinsats torde alltså verka dämpande på försök i den här riktningen.[92] Men det gäller att inte gå för långt åt andra hållet. Blir class actions mindre intressanta ur arvodessynpunkt lockar de inte längre till sig skickliga ombud, vilket kan vara till nackdel ur såväl klientens och klassens som samhällets synpunkt.

Man har också kritiserat class actions för att "*solicitation*" förekommit. Med solicitation menas att en advokat s a s mutar någon att starta class actionprocess (givetvis med just den advokaten som ombud); vissa advokater sägs rent av resa runt i landet, ja i hela världen, på jakt efter feta class actionmål att hugga tänderna i ("Naiders Raiders", "ambulance chasers"). Och lyckas de inte köpa in sig själva som parter genom att överta anspråk är de beredda att erbjuda dem som berörts av t ex en katastrof avsevärda belopp för att få föra deras talan. Vid större olyckor sägs det rent av förekomma att vissa medlemmar av advokatkåren surrar som flugor runt en sockerbit och försöker köpa in sig i tragedin redan innan liken kallnat. Tendenser i den riktningen lär t ex ha förekommit efter katastrofen i Bhopal.

"Solicitation" är inte tillåtet i USA, men det finns starka misstankar att advokater ibland köper upp klienter på det här sättet.[93] Senate Study ger också visst belägg för att detta förekommer.[94] Men det har även framkommit beskyllningar om obehöriga påtryckningar från svarandesidans ombud på klassmedlemmarna för att förmå dem att dra sig ur processen.[95] Det tycks finnas lika goda kålsupare på båda sidor.

Jag har flera gånger diskuterat class actioninstitutets benägenhet att locka till *förlikningar* som är orättfärdiga för svaranden och konstaterat att farhågorna därvidlag sannolikt är överdrivna.[96] Men det finns också en risk för oförmånliga förlikningar åt andra hållet,

91 Det råder en besvärande överetablering på advokatområdet i USA.

92 Jfr ovan s 163 ff och nedan s 323 ff.

93 Senate Study s 23, se även nedan i kap 9 s 312.

94 Senate Study s 23.

95 Senate Study s 24.

96 Ovan s 152 f.

dvs förlikningar som ger klassmedlemmarna mindre (och kärandens ombud mer) än de borde ha. Frågan är om det inte finns skäl befara att svaranden oftare försöker köpa ut käranden och/eller hans ombud just då kärandens talan är välgrundad än då motsatsen är fallet. Risken är i själva verket så stor att man ansett sig tvungen att föra in en särskild bestämmelse i Rule 23 (e) om att förlikningar kräver godkännande från domstolen och till denna regel kopplat en bestämmelse om att "notice" skall utgå till klassmedlemmarna om förlikningsbudets innehåll, vartill kommer att rätten skall pröva förlikningens rimlighet ex officio.[97]

Problemet att svaranden köper ut käranden eller hans ombud till nackdel för klassen finns naturligtvis berört i doktrinen och tas också upp i några av de statistiska undersökningar som bildat underlag för det här kapitlet. Vad gäller risken för "premium settlements with a representative plaintiff"[98] kan sådan förekomma i flera olika former. Och att misstankarna om ojusta förlikningar av det här slaget är välgrundade framgår kanske av att det i allmänhet är class actionanhängarna och inte motståndarna som drar upp problemet; endast undantagsvis berörs frågan av dem som framkastat beskyllningarna om "legalized blackmail".[99] Men så är det ju också snarare fråga om mutor än om utpressning.[100]

Hur ofta förekommer det då att det träffas en förlikning med enbart käranden? Enligt *Chicago Antitrust Study* slutade ungefär var fjärde class action på detta sätt.[101] Men undersökningen vilar på ett så begränsat underlag att resultatet inte kan anses säkerställt och dessutom gäller ju denna undersökning antitrustmål som är svåra att generalisera från.[102] Enligt *Senate Study* förekom "enskild" förlikning i betydligt färre fall (14,8 %).[103] Oroväckande nog förefaller dock andelen individuella förlikningar vara större än andelen klassförlikningar enligt båda undersökningarna.[104]

97 Se nedan i kap 7 s 260 f.

98 Uttrycket efter Ontario Report I s 164.

99 Ontario Report I s 164.

100 Jfr Ontario Report I s 164 och Harvard Developments s 1540 not 22. Se även i denna fråga Garth, The institution s 339 f och DuVal 1983 s 424. Jfr även Homburger s 39.

101 Chicago Antitrust Study s 1322 ff.

102 Jfr ovan s 140 och DuVal 1983 s 419 f.

103 Senate Study s 8 ff.

104 Ontario Report I s 165.

En annan undersökning (*Huston Securities Study*, som jag tagit del av endast via Ontario Report) visar än mer oroande siffror: alla 9 förlikningarna i en grupp försäkringsmål hade träffats med enbart käranden.[105] Och inte i något av dessa fall gick notice ut till klassmedlemmarna. Man måste konstatera att här föreligger det en reell missbruksrisk: käranden och svaranden i class actionmål kan spela under täcket på gruppmedlemmarnas bekostnad, åtminstone innan målet hunnit bli godkänt som en class action, då domstolskontrollen ökar. Men man måste också komma ihåg att vid enskild förlikning är det de andra klassmedlemmarna obetaget att starta en class action eller individuell process om sitt anspråk. Detta dämpar naturligtvis svarandens intresse att "köpa ut" käranden.

Hur är det då med kärande*ombudet*, föreligger inte en ännu större risk för att han beter sig illojalt mot klassen, inklusive sin egen huvudman, käranden? Man kan ju t ex tänka sig att ombudet föredrar en snabb men egentligen för mager förlikning som ändå ger honom mer per arbetad timme än om målet drar ut i månader och år. Om arvodet beräknas på provisionsbasis ökar naturligtvis risken härvidlag.[106] Detta gäller i särskilt hög grad om kärandens advokat processar helt på egen risk, dvs förbundit sig att inte ta betalt alls för den händelse processen slutar med ogillande dom. Domstolskontroll av förlikningar och advokatarvoden i class actionmål torde stävja de värsta missbruken av det här slaget men ändå kvarstår säkert vissa illojala beteenden som man inte kan komma åt. Någon statistisk undersökning rörande detta problem förefaller inte finnas.

11. Sammanfattning och avslutande synpunkter

De statistiska undersökningarna tycks i stort sett styrka tesen att class actioninstitutet fungerar tillfredsställande och att ryktena om motsatsen saknar verklighetsunderlag. Det är åtminstone det intryck man får av *Senate Study*. Självfallet är den undersökningen grundad på ett alltför litet underlag för att man enbart utifrån den skall kunna dra några säkra slutsatser. Men även de andra undersökningar som gjorts pekar i samma riktning. Antalet class actions har stagnerat och svarar nu procentuellt sett för en ganska ringa del av de federala domstolarnas målunderlag (ungefär 1/2 %). Och även om man tar hänsyn till att class actionmålen i genomsnitt tar 3–4

[105] Ontario Report I s 165.
[106] Ontario Report I s 167.

gånger mer resurser i anspråk än övriga mål kan man inte rimligen påstå att det är just class actions som gör att domstolarna är alltför överlupna med arbete.

Att antalet class actions gått ner under senare år kan naturligtvis ses som ett underbetyg åt processformen som sådan.[107] Frågan är dock om denna minskning bör uppfattas som negativ ur class actionvännernas synpunkt; under det första decenniet efter 1966 års ändringar av Rule 23 var det den dramatiska uppgången i antalet som vändes emot dem och nästan föranledde krav på avskaffande.[108] Vidare bör beaktas att det inte är antalet genomförda class actions som är det väsentligaste utan att det finns ett effektivt processuellt remedium,[109] kanske till och med så effektivt att det successivt avskaffar sig själv; de bästa vapnen är ju de som aldrig behöver komma till användning.

Nu är det naturligtvis naivt att förklara nedgången vad gäller grupptalan enbart med processformens effektivitet i t ex preventivt hänseende. Den mest sannolika förklaringen är nog den som presenterats av Garth i hans färska undersökning av class actions i norra Kalifornien på 1980-talet.[110] Class actions replierar ofta på statlig politisk och processuell aktivitet och då denna dramatiskt avtar på typiska class actionområden på det sätt som skett i USA under de senaste åtta åren – av skäl som var och en inser – är det naturligt att minskningen kommer; det blir dels minskade möjligheter att s a s åka snålskjuts på statliga utredningar och aktiviteter, dels ock en successiv attitydförändring i Supreme Court via nyrekryteringen. Det minskade stödet för access to justicefrågor, t ex rättshjälp och annan offentlig finansiering av process på områden av "allmänt intresse", är ett utflöde av samma ideologiska grundsyn och drar naturligtvis också med sig effekter på class actionområdet.[111]

Annars tycker man att class actionformen i sin privata entreprenöranda skulle kunna appellera också till de mer konservativt sinnade i det amerikanska samhället. Och enskild grupptalan enligt Rule 23 tycks ju även vara marknads- och konkurrensanpassad på

[107] Se t ex Glenn 1984 s 266.

[108] Jfr nedan s 338.

[109] Bogart, Questioning s 697, jfr nedan i kap 11 s 416 f betr class actions i Quebec.

[110] Garth, The institution s 303 ff, 324 f, 333 och 344, jfr Bogart a a s 689.

[111] Var tredje godkänd class action i Garth's studie drevs med rättshjälp, a a s 318.

så sätt att den är ekonomiskt mer effektiv än vanlig process då det gäller inprocessade dollar per timme. Eventuella processekonomiska vinster skall dock ställas mot att processtypen också "rör upp" rättegångar som annars aldrig skulle ha kommit till stånd om processekonomi fått vara utslagsgivande. Ett avskaffande av class actioninstitutet skulle alltså befria domstolarna från en del arbete med ty åtföljande – av vissa önskad, av andra fruktad – minskning vad gäller domstolarnas möjligheter att fylla en reparativ och preventiv funktion.

Class actioninstitutets effektivitet och berättigande verkar inte kunna ifrågasättas på så sätt att ombudskostnaderna skulle äta upp all vinst; även om kostnaderna uppgår till avsevärda belopp i class actionmål tillfaller ändå merparten klassmedlemmarna. Vidare är en utveckling på gång mot nya beräkningsgrunder. Däremot föreligger vissa risker för obilliga förlikningar, dock knappast så att svaranden skulle tvingas till förlikning även vid illa underbyggda class actions ("legalized blackmail"). Parternas vinstchanser tycks vara ungefär desamma vid class actions som i vanlig process och antalet huvudförhandlingar är troligen inte lägre än i andra mål. Den största missbruksrisken är nog att käranden och svaranden kolluderar på klassens bekostnad. Det finns också viss risk att kärandeombudet accepterar en alltför mager förlikning för att därigenom tjäna mesta möjliga pengar på kortast möjliga tid. Dessa missbruksrisker är störst under processens inledningsstadium (innan målet accepterats som en class action); senare innebär domstolens officialprövning ett visst skydd. Eftersom förlikningsbenägenheten inte förefaller vara större – utan snarare mindre – än i vanliga mål är dock missbruk förlikningsvägen sannolikt ganska ovanligt.

Det tillgängliga empiriska underlaget verkar inte så avskräckande att det motiverar ett avskaffande av class actioninstitutet i USA eller ett omedelbart slut på den här boken. Den amerikanska formen av enskild grupptalan framstår i statistisk belysning som avgjort bättre än sitt rykte. Men, som särskilt understrukits av DuVal,[112] ger det empiriska underlaget inte underlag för några säkra slutsatser; vad man kan komma fram till är ganska generella påståenden som måhända inte skulle hålla streck om siffermaterialet bättre lät sig brytas ner i underkategorier och ställas mot de särskilda förhållandena inom varje rättsområde för sig. Något sådant kan inte ske i nu förevarande sammanhang, men redan de hårddata som här redovisats

[112] DuVal 1983 s 419 f och 436.

uppmuntrar ändå till att syna class actioninstitutets rättsliga reglering närmare i sömmarna. Låt oss börja med frågan om vilka krav som skall vara uppfyllda för att en federal class action skall tillåtas.

Kap. 5 Förutsättningar för en federal class action – forumspärren och de sju prövostenarna

"Porten kallas trång, och vägen heter smal;"

Sv Ps 265:1

1. Inledning 173
2. Federal domstol skall vara behörig 174
3. De sju prövostenarna 179
   - 3.1 Det måste finnas en avgränsbar klass 180
   - 3.2 Käranden måste vara medlem i klassen 182
   - 3.3 Numerosity 183
   - 3.4 Commonality 185
   - 3.5 Typicality 186
   - 3.6 Adequacy of representation 189
   - 3.7 (b) kategori 193
     - 3.7.1 Inledning 193
     - 3.7.2 (b) (1) och (b) (2) kategori 193
     - 3.7.3 (b) (3) kategori 194
       - 3.7.3.1 Predominance 194
       - 3.7.3.2 Superiority 198
       - 3.7.3.3 Manageability 206
4. Sammanfattning och avslutande synpunkter 207

1. Inledning

För att en talan skall få föras som class action inför federal domstol måste *dels* denna domstol vara behörig, *dels ock* en rad andra förutsättningar vara uppfyllda, förutsättningar som explicit eller implicit framgår av Rule 23 och tillsamman konstituerar *"the certification issue"*, dvs frågan om class actionformen skall tillåtas i det enskilda fallet.

Man kan systematisera de nämnda förutsättningarna på en mängd olika sätt. Jag kommer att börja med forumfrågan för att därefter – i huvudsaklig överensstämmelse med Miller[1] och Rule 23 – behandla följande rekvisit för att klassen skall godkännas: *1.* Det skall finnas en klass (som är "lagom stor" och "som går att avgränsa"), *2.* käranden skall vara medlem i denna klass, *3.* kumulation skall vara "impracticable" ("numerosity"), *4.* det skall finnas sak- eller rättsfrågor som är gemensamma för klassen ("commonality"), *5.* de aktuella parternas yrkanden, åberopanden och invändningar ("claims and defences") skall vara typiska för klassmedlemmarna ("typicality"), *6.* käranden och hans ombud skall uppfylla kravet på "adequacy of representation" och, slutligen *7.* kärandens talan skall passa in i någon av de tre kategorier class actions som regleras i Rule 23 (b) (3), "(b) kategori".

Det behövs inte mycket eftertanke för att inse att de sju rekvisiten överlappar varandra och att åtminstone vissa av dem erbjuder åtskilliga svårigheter att definiera närmare. Jag skall återkomma till det under 3. Men först skall forumfrågan beröras. Den är nämligen av stor betydelse för det federala class actioninstitutets utveckling.

2. Federal domstol skall vara behörig

Den här boken riktar ju i första hand in sig på class actions vid de federala domstolarna. En presumtiv amerikansk kärande har ofta samma målinriktning. Vilken anledning kan då käranden ha att vilja få sitt mål handlagt just vid en federal domstol? Ett skäl kan vara att federal domstol ligger bättre till geografiskt i det aktuella fallet, även om motsatsen torde vara vanligast generellt sett; antalet delstatliga domstolar är ju betydligt högre än antalet federala.[2] Men det kan också vara så att käranden – som i det övervägande antalet fall säkert anser att han har rättvisan på sin sida – hyser mera tilltro till federal domstol; domarna där anses ha större erfarenhet än sina delstatliga kollegor. Troligen är de skickligare också av andra skäl. De handplockas och utnämns på livstid medan däremot de delstatliga domarna väljs för vissa perioder, vilket dels lämnar utrymme för befordringsgrunder av icke-professionellt slag, dels ock ger visst underlag för misstanke om mottaglighet för politiska påtryck-

[1] Med Miller avses i detta kapitel – då annat ej anges – Miller, Overview (se litteraturförteckningen).

[2] Se ovan i kap 3 s 110.

ningar.[3] Särskilt vad gäller class actions kan detta vara betydelsefullt; class actioninstitutet har nog en viss politisk laddning. Det är t ex uppenbart att det demokratiska partiet – åtminstone hittills – varit betydligt mer positivt till class (och public) actions än det republikanska.[4]

Men när käranden föredrar federal domstol i class actionsammanhang beror det väl i första hand på att Rule 23 gynnar hans talan mer än motsvarande delstatliga reglering. Den delstatliga rätten skiftar från stat till stat och behandlar ibland käranden mer liberalt än Rule 23, ibland kärvare. Visserligen har många delstater kopierat sina class actionregler på Rule 23, men det är långt ifrån alltid fallet. Inte sällan torde det saknas en reell valmöjlighet; vissa stater har en så negativ inställning till class actions att en avstängning från federal domstol innebär att loppet är kört. Och ibland kan den delstatliga lagen ställa upp krav – vad gäller förutsättningarna för class actions eller t ex på säkerhet för rättegångskostnader[5] – som i praktiken spärrar tillträdet till domstolen i class actionsammanhang.

Federal domstol är exklusivt behörig i vissa slags mål, så t ex patent-, copyright- och konkursmål (28 U.S.C.A. § 1338 (a) resp 1334). Men federal behörighet föreligger enligt konstitutionen också då den fråga målet gäller är reglerad i materiell federal lag.[6] Denna behörighet kan komma till explicit uttryck i den särskilda federala lag som reglerar den aktuella tvisten. Behörigheten gäller då oavsett tvisteföremålets värde. Vidare stadgas i 28 U.S.C.A. (1331) att federal domstol kan ta upp mål "under USA:s (dvs inte delstatliga) lagar" om tvisten omfattar mer än 10.000 dollar även om behörigheten inte finns reglerad i den särskilda författningen. Denna 10.000 dollarströskel gäller efter lagändring 1980 inte längre "federal questions" men däremot – som tidigare – när federal domstols behörighet grundas på "diversity of citizenship", dvs på att parterna har hemvist i olika stater. Federal domstol är vidare behörig då USA intar partsställning.

[3] Kane, Civil procedure s 9.

[4] Jfr ovan i kapitel 4 s 143, se även nedan i kapitel 10 s 339. – Å andra sidan har den enskilde domarens politiska uppfattning sannolikt betydelse även vid federal domstol (jfr nedan s 196) och republikanskt sinnade domare finns givetvis också inom den domstolsorganisationen.

[5] Jfr Fuchsberg s 1 och ovan s 111.

[6] Om den federala behörigheten är exklusiv eller inte i sådana fall beror på motsvarande delstatlig lagstiftning, som skiftar från stat till stat och inte kan beröras här.

Inte sällan föreligger en valmöjlighet mellan federal och delstatlig domstol. Och man kan tycka att det nära nog alltid skall vara möjligt att starta en federal class action. Processer av det här slaget avser ju oftast "civil rights", "antitrust" och "securities"[7] och lagstiftningen på dessa rättsområden innehåller i allmänhet uttryckliga regler om att federal domstol är behörig. Också när talan avser ett anspråk av annat slag är mycket ofta federal lag tillämplig.

Skulle ingen av dessa vägar till federal domstol vara framkomlig borde "diversity" öppna dörren; just vid class actions förefaller chansen stor att det skall gå att få fram en kärande med annan hemvist än svaranden. Fyller inte en klassmedlem detta krav finns det säkert någon annan som gör det. Och 10.000 dollarströskeln borde vara lätt att komma över; class actions kännetecknas ju av att de i allmänhet gäller jättebelopp. Här gömmer sig dock svårigheter som jag strax skall återkomma till.

Vad nu sagts gäller skadeståndstalan. Hur behörighetsreglerna skall tolkas vid fastställelsetalan och talan om "injunctions" (förbudstalan[8]) är mera oklart.[9] Som nyss nämnts är den federala behörigheten i allmänhet primär vid t ex "civil rights" och konstitutionella frågor och det är just på dessa områden "declaratory and injunctive relief" oftast förekommer. Men alltid är detta inte fallet. Man har då att så att säga sätta ett pris på den påstådda kränkningen och ta ställning till om målet skall anses gälla 10.000 dollar; här brukar det i allmänhet bli grönt ljus.[10] Amerikanarna har ju en generös inställning vid beräkning av skadestånd över huvud taget och den smittar kanske av sig i det här läget.

Den federala forumspärren framstår alltså som en chimär; det verkar lätt för den förfarne att skaffa sig en passersedel. Och så var väl också läget under den euforiska första epoken efter 1966 års ändringar av Rule 23; class actiontågen kunde oftast köra raka spåret in i federal domstol, som därmed kom att få en erfarenhet på området som gjorde dem än mer attraktiva i class actionsammanhang. Men snart skulle man tvingas sakta farten och detta utan att någon lagändring företogs. 10.000 dollarströskeln växte till en oöverstiglig mur för de flesta av de mål där behörigheten grundas

[7] Se ovan s 145 ff – dock föreligger här en klar risk för cirkelresonemang: att de flesta class actions rör dessa rättsområden kan ju bero just på att det är särskilt lätt att få sådana mål upptagna vid federal domstol.

[8] Se ovan s 52 not 23.

[9] Miller s 12. – Betr termen förbudstalan se ovan i kap 1 s 21.

[10] Miller s 23.

på "diversity of citizenship" och denna grupp är naturligtvis väsentlig på sådana rättsområden där annan grund för federal behörighet saknas, som t ex inom stora delar av konsumenträtten.[11]

Syftet med 10.000 dollarströskeln är att undvika att de federala domstolarna belamras med mål som anses "insubstantial".[12] Mot denna bakgrund kan man tycka att class actions skall vara välkomna; problemet här är väl snarare att processen lätt blir alltför substantiell.

Emellertid kännetecknas ju class actions – som framgått i föregående kapitel – inte bara av att processerna ofta gäller jättebelopp utan även av att varje klassmedlems individuella anspråk kan vara av begränsad storlek. Frågan är då om 10.000 dollarskravet är uppfyllt om klassens *sammanlagda* (påstådda och troliga) skada uppgår till 10.000 dollar eller om det krävs att käranden ensam eller rent av *var och en* i klassen har ett anspråk som når upp till detta belopp. Supreme Court har intagit en klart class actionfientlig inställning i denna fråga i två uppmärksammade rättsfall, *Snyder v. Harris* (1969) och *Zahn v. International Paper Co.* (1973).[13]

I *Zahn* yrkade ett antal fastighetsägare i Vermont å sina och 200 andra fastighetsägares vägnar skadestånd av en pappersmassefabrik i staten New York (alltså ett "diversity"-fall). Talan grundades på att fabriken släppte ut föroreningar i ett vattendrag som stod i förbindelse med den sjö som kärandeparternas fastigheter gränsade till. Man hävdade att de individuella skadorna översteg 10.000 dollar, men den federala domstolen ansåg det inte sannolikt att de enskilda skadorna var så stora. Federal behörighet var alltså för handen bara om 10.000 dollarströskeln avsåg de sammanlagda skadorna. Justice White, som dikterade högsta domstolens dom (inte enhällig), ansåg att 10.000 dollarskravet inte var uppfyllt och grundade sin uppfattning på tidigare praxis, bl a det nyssnämnda rättsfallet *Snyder v. Harris*. Han yttrade bl a:

"None of the plaintiffs in *Snyder v. Harris* alleged a claim exceeding $ 10,000, but there is no doubt that the rationale of that case controls this

[11] För vissa delar av konsumenträtten finns dock federal lag med explicit angiven behörighet för federal domstol. Ett viktigt exempel är t ex konsumentkreditområdet där "the Truth in Lending Act" (15 U.S.C.A. §§ 1601–1666 j.) också svarat för huvudparten av federala konsumentclass actions. En utökning av gruppen konsumentmål väntade man efter tillkomsten (1975) av "the Magnuson – Moss Warranty – Federal Trade Commission Improvement Act" (15 U.S.S. §§ 2301-2312), som avser brott mot garantibestämmelser och ger uttrycklig möjlighet till federala class actions på området. Men endast ett fåtal class actions grundade på denna lag har kommit till stånd (jfr Ontario Report I s 251 som också ger några exempel i not 233).

[12] Miller s 21.

[13] 394 US 332 resp 414 US 291. – Bara för 1-årsperioden augusti 1974-75 finns 20 artiklar redovisade i Index to Legal Periodicals om de behörighetsfrågor som aktualiserades i dessa två rättsfall.

one. As previously indicated, *Snyder* invoked the well-established rule that each of several plaintiffs ascertain separate and distinct claims must satisfy the jurisdictional-amount requirement if his claim is to survive a motion to dismiss. This rule plainly mandates not only that there may be no aggregation and that the entire case must be dismissed where none of the plaintiffs claims more than $ 10,000 but also requires that any plaintiff without the jurisdictional-amount must be dismissed from the case, even though others allege jurisdictionally sufficient claims.

This follows inescapably from the Court's heavy reliance on *Clark v. Paul Grey, Inc., Supra,* where only one of the several plaintiffs had a sufficiently large claim and all other plaintiffs were dismissed from the suit.

. . .

We conclude, as we must, that the Court of Appeals in the case before us accurately read and applied *Snyder v. Harris*: Each plaintiff in a Rule 23 (b) (3) class action must satisfy that jurisdictional-amount, at any plaintiff who does not must be dismissed from the case – 'one plaintiff may not ride in anothers coattails'."[14]

Zahn v. International Paper Co. var alltså en uppföljning och skärpning av de principer som lagts fast i *Snyder v. Harris.* I sistnämnda mål ansåg en dissiderande domare i högsta domstolen att federal domstol var behörig eftersom det totala omtvistade beloppet var 1,2 miljoner dollar. Men majoriteten var av motsatt uppfattning och *Snyder* blev därigenom början till slutet för "diversity" class actions.[15] *Zahn* gick emellertid ännu längre genom att inte bara den som framträdde som kärande utan *var och en* i klassen ansågs vara tvungen ha ett krav utöver 10.000 dollar, en ståndpunkt som för övrigt förefaller högst diskutabel och möjligen rentav i konflikt med tidigare praxis rörande beloppsgränsen vid kumulation i federal domstol.[16]

Vid federala class actions anses alltså "the matter in controversy" vara både den individuella kärandens och varje enskild klassmedlems anspråk. Alla som inte uppfyller kravet avvisas även om några klasskamrater skulle klara gränsen. Det föreligger därför stor risk att en class action inte tillåts eftersom det kanske inte blir så många som kommer över 10.000 dollarströskeln att kumulation är "impracticable". Då brister det i en av de sju förutsättningar som jag skall behandla nedan under 3.[17] För att de enskilda anspråken skall

[14] Citerat efter Miller, Casebook s 568.

[15] Före *Snyder* fanns prejudikat som pekade i motsatt riktning, se Chayes 1982 s 29 f med not 145.

[16] Jfr Chayes a st.

[17] Nedan s 183 ff.

få läggas ihop vid behörighetsprövningen krävs att det gäller ett "common and undivided interest"[18] och det är sällan fallet.

Efter *Snyder* och *Zahn* har rop höjts för lagstiftning som skall öppna nya vägar för class actions till federal domstol. De som ogillar class actions har kanske genom *Snyder* och *Zahn* snarare flyttat på problemet (från federal till delstatlig domstol) än löst det.[19]

I dag är det alltså nära nog omöjligt att passerad den federala forumspärren med en class action under åberopande av "diversity"; det är inte ofta ett stort antal personer samtidigt har 10.000 dollar var – eller mer – att fordra. En och annan skadeståndstalan kan väl komma ifråga fortfarande – jättelika skadestånd är som nyss antytts inget ovanligt i USA – och i några fall torde också en fastställelsetalan eller en talan med yrkan om "injunctions" kunna passera den federala forumspärren på "diversity"-basis. Men de flesta class actions som handläggs vid de federala domstolarna har sin jurisdiktionella grund i att det är federal lag som bildar underlag för kärandens talan eller i att möjligheten till federal class action finns explicit accepterad i den "statute" som åberopas till grund för anspråket. Det sistnämnda är ofta fallet vid class actions rörande "civil rights" men förekommer även t ex i vissa miljö- och konsumentmål.[20] Att en så stor andel av det totala antalet federala class actions avser civil rights[21] är dock sannolikt ett utflöde av forumreglerna.

Nå, låt oss nu anta att den presumtive class actionkäranden lyckats passera forumspärren. Det återstår då att lyfta undan ytterligare sju prövostenar innan vägen är fri för en class actionprocess enligt Rule 23. Vad döljer sig under dessa sju stenar?

3. De sju prövostenarna

Här kan läsaren måhända tveka och säga att det skulle väl räcka med uppräkningen i kapitelinledningen eller med en hänvisning till lagtexten i Rule 23 såsom den finns återgiven i bilaga 1; åtminstone

[18] Se *Troy Bank of Troy, Indiana, v. G.A. Whitehead & Co.*, 222 US 39.

[19] Jfr Ontario Report I s 252 beträffande konsumentmål, vad gäller diskussionen de lege ferenda se nedan i kap 10 s 340 f.

[20] Så Newberg § 9715 a som även pekar på möjligheterna att kringgå 10.000 dollarspärren genom att kombinera en skadeståndstalan med ett förbudsyrkande.

[21] Se ovan i kapitel 4 s 145 ff.

fem av de sju följande förutsättningarna framgår ju där. Även författaren känner i detta ögonblick en frestelse att förfara på det sättet.

Emellertid: avsikten med detta kapitel – och många andra i den här boken – är att ge en bild av de svårigheter och ställningstaganden som en massprocess av class actiontyp erbjuder och erbjudit i USA. En närmare presentation förefaller därför oundviklig. Åtminstone vissa av frågeställningarna har dessutom svenska parallelle r som möjliggör vissa komparationer. Framställningen skall ändå hållas relativt kortfattad.

3.1 Det måste finnas en (avgränsbar) klass

Denna förutsättning – liksom den under 3.2 nedan – framgår inte direkt av rule 23 (däremot möjligen indirekt av kravet på "numerosity", varom nedan under 3.3). Men kravet att det måste finnas en klass har inte så mycket att göra med klassens storlek som med möjligheterna att urskilja och avgränsa den. Detta rekvisit framgår väl i viss mån av flera av de följande förutsättningarna i förening men behandlas ändå – helt riktigt tycker jag – som en självständig fråga av flera domstolar och författare, bl a Miller.[22] Och det är ju av yttersta vikt att man någorlunda exakt kan avgöra vilka som ingår i klassen t ex vid bedömningen av notice-, distributions- och res judicatafrågor.

Klassen får således inte vara för vagt avgränsad – då är det inte längre fråga om en klass. Så skulle t ex en klass rubricerad som "alla som är aktiva i fredsrörelsen" eller "alla som är eller kan bli förödmjukade av polisen" inte godkännas. Sådana beskrivningar, liksom t ex "alla fattiga", är alltför amorfa för att klassen skall kunna identifieras med rimliga ansträngningar.[23] I rättsfallet *Lopez Tijerina v. Henry* (1969) sade sig käranden representera klassen "poor", vilken definierades som de personer som har rätt till rättshjälp enligt vissa delstatliga bestämmelser. Beskrivningen kan tyckas acceptabel. Men eftersom ifrågavarande författning innehöll en rad obestämda faktorer att ta i beaktande ansågs klassen inte tillräckligt bestämd. Domstolen uttalade:

[22] Miller s 15 f, Wright & Miller § 1760, se däremot Fuchsberg 1973 s 1 ff och Ontario Report II s 325 ff samt Harvard Developments s 1454 som inte tar upp de här under 1 och 2 berörda förutsättningarna till självständig diskussion.

[23] Miller s 15 f.

> "The task of applying all of the factors listed in that section to each person in a state and then making a subjective determination of whether or not they are poor would be an impossible task. The Court does not believe that these statutes were ever intended to define poor people or that it is proper to state that poor people are those indigents who qualify for free legal process under the statute."[24]

Preciseringarna får alltså inte vara för vaga. Å andra sidan får avgränsningarna inte heller vara alltför detaljerade eftersom det då kan medföra orimligt mycket arbete att avgränsa klassen. I *Lopez Tijerina* sade sig käranden även företräda alla med spanska förnamn och med mexikansk, indiansk eller spansk härstamning som dessutom talade spanska som första eller andra språk. För att avgöra vilka som ingår i denna klass måste man sannolikt ställa frågor till alla med spanska förnamn. Domstolen – målet gällde rätt till undervisning på spanska för vissa medborgargrupper i New Mexico – underkände därför klassbeskrivningen. Enligt Miller[25] godkändes i stället en vidare beskrivning och man fick alltså en större klass, nämligen alla med spanska förnamn inom området. Det är möjligt att Millers uppgift är riktig men det framgår i så fall inte av rättsfallsreferatet. Där underkändes i stället båda klasserna, men domstolen prövade ändå målet i viss omfattning:

> "For the above-stated reasons, the complaint is not sufficient for a class action and should be dismissed as a class action. However, in the interest of the efficient administration of justice, the Court feels that it would be proper to look at the merits of certain of plaintiffs' contentions."[26]

Klassen måste alltså vara "lagom" väl avgränsad. En annan sak är att man måste acceptera att klassens innehåll och omfång förändras under processens gång; några är klassmedlemmar vid processens början men inte vid dess slut, andra tvärtom.[27] Detta hindrar inte godkännande och käranden behöver inte heller ange exakt vilka som ingår i startögonblicket. Vad som krävs är enligt Miller att domstolen när det behövs under processens gång skall kunna identifiera

[24] 48 F.R.D. 274 s 277.

[25] Miller s 16.

[26] Rättsfallet s 277 f.

[27] Class actionformen är att föredra i just sådana lägen när förändringar i gruppens sammansättning kan förutses eller befaras, eftersom en class action inte drabbas av "mootness" – och därmed avvisning på det sätt som är fallet med vanlig individuell process, jfr nedan s 467 f.

klassmedlemmarna någorlunda enkelt.[28] Detta innebär dock inte att det när som helst måste gå att plocka ut var och en som ingår i klassen utan snarare att det ganska lätt skall gå att bestämma om en viss namngiven person tillhör den eller inte.[29]

3.2 Käranden måste vara medlem i klassen

En annan förutsättning, som Miller är tämligen ensam om att ställa upp, men som följer med på köpet om man accepterar den nyss diskuterade, är att käranden skall vara medlem i klassen. Som Miller själv påpekar framstår rekvisitet i viss mån som tautologiskt och självklart.[30] Visst stöd för kravet finns i Rule 23 ("one or more members of a class"), men som framgår av lagtexten systematiseras detta krav inte där som ett självständigt rekvisit. Det må nu vara. Men kravet att käranden måste vara medlem i klassen framstår som tautologiskt även i relation till en "processförutsättning" som är aktuell i alla slags mål, nämligen talerätt ("standing"). Att en class action gällande förhållandena i ett visst fängelse måste föras av någon som själv är fånge, eller att talan mot ett universitet för att det inte tar in studerande från andra delstater måste föras av någon som inte är innevånare i staten,[31] kan lika väl uttryckas som en fråga om talerätt. Det krävs "helt enkelt" att käranden har ett eget intresse i saken.[32]

Talerättskrav av nyssnämnd art illustreras även av rättsfallet *La Mar v. H & B Novelty & Loan Co.* (1973).[33] La Mar förde i detta rättsfall å sina och klassens vägnar en class action mot flera pantlånare under påstående att dessa brutit mot "The Truth in Lending Act".[34] La Mar påstod att han lidit förlust genom pantlånare X:s beteende och att pantlånare Y och Z förfarit på liknande sätt mot övriga klassmedlemmar, vilket åsamkat även dem förluster. Dom-

[28] Miller s 17 och Shepard's manual of Federal practice s 315.

[29] Jfr nedan i kap 6 s 231 ff.

[30] Miller s 18.

[31] Jfr Miller a st och Ontario Report II s 348 f (exemplen efter Miller s 18 f).

[32] Detta gäller så länge talerättströskeln inte sänkts ända till golvnivå. Har så skett ("actio popularis", jfr nedan i kap 13 s 560 f) kan möjligen kravet på medlemskap i klassen få självständig betydelse.

[33] 489 F. 2d 461. Jag återkommer till detta rättsfall under 3.3 och 3.4 nedan.

[34] Denna lag reglerar vissa frågor om konsumentkrediter.

stolen ansåg att käranden bara kunde företräda de delar av den uppgivna klassen som haft att göra med pantlånare X.[35]

Miller anger den här aktuella förutsättningen som ett exempel på att man inte kan avgöra frågan om en class action skall tillåtas utan att åtminstone till viss del komma in på frågor rörande själva saken och tar därmed avstånd från Judge Medinas uppfattning i *Eisen* att domaren inte bör pröva målet "on the merits" innan han tar ställning i "certification"-frågan.[36] Det blir anledning att återkomma till denna fråga om ordningsföljd i kapitel 7 och 10.

3.3 Numerosity

Låt oss så med Millers två extra förutsättningar i ryggen gå till lagtexten och de krav denna ställer. I första stycket av Rule 23 anges de fyra nödvändiga – men inte tillräckliga – betingelser för "certification" jag nämnde i början av kapitlet. Lagtexten lyder:

> "(a) *Prerequisites to a Class Action.* One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so *numerous* that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact *common* to the class, (3) the claims or defences of the representative parties are *typical* of the claims or defences of the class, and (4) the representative parties will fairly and *adequately* protect the interests of the class." (mina kursiveringar)

Vad gäller "numerosity" – dvs att klassen skall vara så stor att kumulation av alla medlemmars anspråk är "impracticable" – har det hävdats[37] att kravet bara kan diskuteras i det enskilda fallet och därför inte lämpar sig för analys i doktrinen. Detta något kryptiska påstående hindrar dock inte att ledning för tolkningen ges i litteraturen, till och med i form av tämligen exakta sifferangivelser.

Man brukar säga att om klassen innehåller mer än 40 medlemmar är saken i stort sett klar, liksom det knappast är lönt att försöka om

[35] I referatet behandlas den här diskuterade frågan på två ställen, dels i en allmän inledning (s 462), dels ock under rubriken "Standing" (s 464) där det konstateras att det inte behövs någon diskussion rörande "standing" eftersom "under a proper application of Rule 23 . . . the plaintiffs here are not entitled to bring a class action against defendants with whom they had no dealing". Man förefaller alltså mena att kärandens talan stupade redan på Rule 23 varför talerättsfrågan aldrig behövde diskuteras.

[36] Miller s 19 ff. Beträffande Eisen s 217 ff och om ordningsföljden s 262 ff.

[37] Harvard Developments s 1454, jfr Calvert (1847) s 42.

klassen är mindre än 20 personer.[38] Miller[39] har funnit fall där en class action vägrats på grund av bristande "numerosity" trots att klassen bestod av 350 personer och fall där class action godkänts trots att klassen bestått av mindre än 20 personer. Alpert[40] har hävdat att 13 kan räcka och att 1.000 kan vara för få. Anledningen till dessa glidande gränser är att en rad andra faktorer än bara själva antalet tas i beaktande, vilket sannolikt hänger ihop med lagtextens val av ordet "impracticable". Man brukar peka på att "impracticable" inte betyder "impossible" utan snarare "impractical", "unwise" eller "imprudent".[41] Även andra faktorer, som klassmedlemmarnas geografiska hemvist och deras individuella förmåga – främst ekonomiskt – att processa på egen hand, kan ha betydelse, så även "the nature of the action" och förhållandet mellan käranden och svaranden.[42] Också här gäller att det lätt blir fråga om en överlappning med vissa andra class actionrekvisit.

Det förekommer att små klasser passerar numerosityspärren under åberopande av att de individuella beloppen är så låga att kumulation är "impracticable" eftersom process inte skulle löna sig på annat sätt än i form av en class action.[43] Det kan uppenbarligen ifrågasättas om "joinder is impracticable" i sådana fall.[44] Tolkningen av "impracticable" styrs här lätt av om domaren anser process önskvärd i de fall då rättegång aldrig kommer att komma till stånd om en class action vägrats, dvs vid små individuella anspråk. Numerosity-kravets tillämpning kan alltså avslöja domarens principiella syn på class actioninstitutets funktionsområde – särskilt dess preventiva potential – och det förvånar därför att man avfärdar frågan på ett par rader i den kanske mest ansedda av alla framställningar rörande class actioninstitutet.[45]

Ett annat problem rörande numerosity borde vara vilken kumulationssituation som skall jämföras med en class action i de fall då

38 Verner, s 313 f. – En minnesregel från Millers föreläsningar vid Harvard Law School lyder: "Generally, in federal courts, if a class numbers less than 25, in trouble; is over 40, in clover; from 25 to 40, argue".

39 Miller s 23.

40 Alpert s 20.

41 Verner s 313 not 7.

42 Verner s 314 f, Alpert s 20 och Ontario Report II s 329.

43 Miller s 23, Verner s 316, Ontario Report II s 327. Jfr betr "parens patriae" nedan i kap 14 s 575 f.

44 Jfr Ontario Report II s 329.

45 Harvard Developments 1976 s 1454.

åtminstone någon individuell process kan tänkas komma till stånd. Skall man utgå från att alla i klassen väcker talan eller försöka räkna ut vad som skulle hända i verkligheten, vilket i allmänhet säkerligen torde innebära ett betydligt mindre antal processer? De flesta klassmedlemmarna skulle ju avvakta ett eller annat avgörande och sedan försöka få svaranden att acceptera en godvillig uppgörelse i stället för att rusa till domstolen omedelbart och klumpa ihop sig med de övriga. Märkligt nog förefaller inte denna fråga ha uppmärksammats i litteraturen.

Beträffande numerosity kan också nämnas att käranden har bevisbördan för att denna förutsättning är för handen men beviskravet är lågt. Käranden behöver inte heller visa det exakta antalet medlemmar i klassen och kravet på numerosity förefaller i viss utsträckning vara en dispositiv class actionförutsättning.[46]

Numerositykravet riktar ju in sig på ett minimiantal, men detta bör inte tolkas så att det är bättre ju större klassen är. Frågan om vilken klasstorlek som maximalt kan accepteras skall jag återkomma till nedan under 3.7. Låt mig dock redan här nämna att det händer att en class action vägras för att en klass skulle bli "unmanageable". Men toleranströskeln är hög, vilket framgått i avsnittet om klasstorlekar ovan i kapitel 4. Klasser på flera miljoner personer har ibland godtagits.[47]

3.4 Commonality

Kravet (enligt Rule 23) att det måste finnas "questions of law or fact common to the class" har enligt Miller[48] berett domstolarna föga bekymmer, vilket skulle bero på att ingen försöker starta en class action om det inte finns åtminstone några gemensamma sak- eller rättsfrågor. Det verkar dock förvånande att man inte stött på problem vid tillämpning av ett rekvisit som tycks anknyta till krav på identitet.[49] I litteraturen påpekas att kravet på gemensamma

[46] Alpert s 20 med å s 25 f angivna rättsfall samt s 29 med där angivna rättsfall samt Shephard's manual of Federal practice s 315.

[47] I *Eisen* (nedan s 217 ff) bestod klassen av 6 miljoner aktieköpare, se även de tre av Chayes 1982 s 28 not 141 nämnda fallen där klassen bestod av upp till 40 miljoner personer. Jfr dock *United Egg Producers v. Boyer Int. Corp* (312 F. Supp. 319, 1970 varom Spindler s 375); här ansågs klassen "alla äggätare i USA" (!) så oerhörd att "certification" vägrades, se även ovan i kap 4 s 150 ff.

[48] Miller a st.

[49] Jfr dock nedan vid not 53.

frågor aktualiserar liknande problem som vid processgemenskap enligt Federal Rule 19, men någon närmare definition av vad kravet innefattar ges varken i Rule 23 eller i förarbetena.[50] Riktigt besvärligt blir "commonality"-kravet vid (b) (3) class actions, då det krävs att de gemensamma frågorna dominerar ("predominance"), vilket jag återkommer till under 3.7.3.1 nedan. Vid (b) (1) och (b) (2) class actions inskränker sig kravet till att klassmedlemmarnas anspråk är "substantially related", däremot behöver de inte vara "identically related".[51] Miller hävdar rentav att det varken finns kvalitativa eller kvantitativa kvalifikationskrav.[52] Det fordras inte ens att det föreligger mer än en gemensam fråga trots att lagtexten arbetar med pluralis.[53]

I samband med kravet på "commonality" har i praxis aktualiserats frågan om käranden är tvungen att i klassen inbegripa *alla* som är berörda i samma utsträckning av den – eller de – gemensamma frågorna. I *Castro v. Beecher* (1971-72)[54] hade kärandena stämt staten Massachusetts för diskriminering av svarta och av personer med spanska efternamn i anställningssammanhang. Domaren i första instans ansåg att den påstådda diskrimineringen gällde alla "non-mainstream whites" och eftersom kärandena vägrade att företräda hela denna större klass tilläts de inte föra processen som en class action. Court of Appeal ändrade emellertid avgörandet och rättsfallet tycks innebära att klassföreträdare inte kan tvingas att definiera klassen så brett som "commonality"-kravet i och för sig kan ge anledning till.[55] Å andra sidan måste det ju finnas en avgränsbar klass (1 ovan) så definitionen får inte vara så godtycklig att klassen blir vag i konturerna. Men käranden har i vart fall – liksom domaren – vissa möjligheter att snickra till hanterliga klasser.[56]

3.5 Typicality

Frågan om "the claims or defences of the representative parties are *typical* of the claims or defences of the class" (Rule 23 (a) (3), min

[50] Se Harvard Developments 1976 s 1454 ff.

[51] Alpert s 31.

[52] Miller s 24.

[53] Miller s 25 och Shephard's manual of Federal practice s 315.

[54] 459 F. 2d 725.

[55] Jfr Havard Developments 1976 s 1456 f.

[56] Jfr nedan s 207 och Rule 23 (c) (4).

kursivering) har varit föremål för prövning åtskilliga gånger i praxis, vilket inte hindrar att rekvisitet ansetts sakna självständig betydelse:

> "I must confess that Rule 23 (a) (3) is very much of an enigma to me because it is very difficult to see any independent purpose served by the provision. It is true that there is a fair amount of overlap between and among the Rule 23 (a) prerequisites, and again among the categories of class action described in Rule 23 (b). But in the case of subdivision (a) (3), there does not seem to be *any* function it performs that is not accomplished by some other portion of the Rule. Subdivision (a) (3) insists that the representatives have typical claims or defences. But if the plaintiffs are class members (an implied requirement), and there are common questions (Rule 23 (a) (2)), and the class is adequately represented (Rule 23 (a) (4)), it is very, very difficult to identify anything that is added by 'typicality'. The other prerequisites will ensure 'typicality' among the class members claims or defences."[57]

Att Miller kan ta så lätt på "typicality"-kravet förefaller hänga ihop med två saker: 1. hans "egen" förutsättning (ovan under 3.2) att käranden skall vara medlem i klassen, och 2. att "typicality"-kravet – liksom det nyssnämnda medlemskravet – också kan formuleras som en fråga om talerätt ("standing"). Signifikativt i förstnämnda hänseende är att det rättsfall Miller anför under sitt medlemskrav –*La Mar* (1973)[58] – av andra[59] diskuteras som ett ledande rättsfall rörande "typicality". Och *La Mar* framstår, som torde ha framskymtat ovan under 2, bitvis som ett enda långt fåfängt försök att komma förbi talerättsfrågan genom att diskutera class actionrekvisiten enligt Rule 23. I *La Mar* anförde Judge Sneed i Court of Appeals:

> "Under proper circumstances, the plaintiff may represent all those suffering an injury similar to his own inflicted by the defendant responsible for the plaintiff's injury, but in our view he cannot represent those having causes of action against other defendants against whom the plaintiff has no cause of action and from whose hands he suffered no injury."[60]

Nog luktar det talerätt enligt min mening. Och Sneed återkommer också under rubriken "Standing" där han tvingas "förutsätta" att talerätt föreligger för att kunna pröva om kärandens talan fyller kraven enligt Rule 23. Att han anser sig kunna förutsätta "standing"

57 Miller s 26. Jfr däremot Note, 25 Kansas Law Review (1976) s 126 ff.

58 489 F. 2d 461, se ovan s 182 och 189.

59 Se Harvard Developments 1976 s 1458 ff.

60 Rättsfallet s 462.

beror på att han ändå avser komma fram till att en class action inte skall tillåtas i det aktuella fallet:

> "This Court, after reflection, does not believe it is necessary to pass on this issue (standing, min anm) because in our view, under a proper application of Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure, the plaintiffs here are not entitled to bring a class action against defendants with whom they had no dealing. That is, for the purposes of these appeals, we are prepared to assume the presence of standing."

En intressant fråga är om class actions reser särskilda talerättsproblem utöver dem som gäller i vanlig individuell process och i vilken mån talerättsproblematiken ligger så att säga inbäddad i rekvisiten enligt Rule 23. Det skulle föra alltför långt att här gå närmare in på denna problematik.[61] Att en class action inte tilläts i *La Mar* berodde enligt Judge Sneed inte heller på talerättsbrister utan på att talan inte fyllde "typicality"-kravet:

> "The third prerequisite is that the claims of the representative parties be typical of the class. Obviously this requirement is not met when the 'representative' plaintiff never had a claim of *any* type against *any* defendant. There is nothing in the rule to suggest that the zeal or talent of the 'representative' plaintiff's attorney can supply this omission. We believe that this prerequisite is also lacking when the plaintiff's cause of action, although similar to that of other members of the class, is against the defendant with respect to whom the class members have no cause of action. Those who purchased tickets from the six appellee air-lines, from whom the representative plaintiff purchased no tickets, have no cause of action by reason of such purchases against the air-lines from whom the representative plaintiff purchased. In brief, typicality is lacking when the representative plaintiff's cause of action is against a defendant unrelated to the defendants against whom the cause of action of the members of the class lies."[62]

Jag har svårt att förstå hur man i det ena ögonblicket kan förutsätta talerätt för att i nästa definiera "typicality" i, som det förefaller, rena talerättstermer. Det verkar som om Millers uppfattning att "typicality"-rekvisitet saknar självständig betydelse har fog för sig,[63] främst på grund av allmänna talerättskrav men även på grund av överlappningen från andra rekvisit. Man skulle möjligen kunna säga att "typicality" (liksom talerättskravet) i princip innebär att käranden

61 Det har hävdats såväl att class actions reser särskilda talerättsfrågor som motsatsen, se t ex Harvard Developments 1976 s 1460 med not 37-38 och – särskilt – s 1470 not 88. Jfr även ovan i not 35.

62 Rättsfallet s 465.

63 Jfr dock Note, 25 Kansas Law Review (1976) s 126 ff.

inte via en class action kan uppnå vad han inte hade kunnat åstadkomma med en individuell talan.[64]

Det förekommer emellertid inte så sällan att "typicality"-kravet aktualiseras i praktiken och enligt Alpert[65] sker detta främst vid fastställelse- och förbudstalan. Så skedde t ex i rättsfallet *Chicago v. General Motors Corp.* (1971)[66] som gav uttryck för uppfattningen att det inte bör föreligga motstridiga intressen i klassen.[67] Enligt Fuchsberg är "typicality"-prövningen "objective, precluding class denial where some class members may not desire the remedy".[68]

Skulle det brista i "typicality" behöver det inte alltid innebära att "certification" vägras, dvs att talan inte får föras som en class action. I stället kan en indelning ske i underklasser enligt Rule 23 (c) (4).[69]

"Typicality"-kravet är ett bra exempel på de överlappningseffekter den lagstiftningsteknik som används i Rule 23 givit upphov till. Förutom talerättsfrågor aktualiseras såväl kravet på att käranden skall vara medlem i klassen (3.2 ovan) som "commonality"-rekvisitet (3.4 ovan) och den fråga som skall behandlas nedan under 3.6 ("adequacy of representation").[70] Lagregeln framstår som kanske alltför detaljartad och varken praxis eller doktrin har – enligt min mening – lyckats prestera en klargörande analys av förutsättningarna. I stället har man ödslat tid och krafter på ofruktbara diskussioner om de olika rekvisitens förhållande till varandra.

3.6 Adequacy of representation

I praxis har man ofta anledning att pröva om "the representative parties will fairly and adequately protect the interest of the class". Denna förutsättning – "adequacy" – betraktas av många som den största stötostenen på vägen mot ett godkännande av en talan som

64 Alpert s 37.

65 A st.

66 Här refererat efter Fuchsberg s 3.

67 Fuchsberg s 3 f. – Talan gällde föroreningar från bilar och klassen (innevånarna i en stad) inrymde även bil- och bensinhandlare, som kunde antas ha intressen som avvek från de övrigas.

68 Alpert s 38, jfr beträffande class conflicts Garth, Conflicts 492 ff.

69 Alpert s 39. – Beträffande inrättande av "subclasses" i civil rightsmål, se Note, Certifying classes and subclasses in title VII suits s 619 ff.

70 Jfr Ontario Report II s 367 f.

class action.[71] Mot bakgrund härav har frågan rönt förvånande lite uppmärksamhet i doktrinen.[72] Och i förarbetena till 1966 års ändringar av Rule 23 – då kravet formulerades – sägs så gott som ingenting.[73]

"Adequacy"-kravets betydelse understryks av att detta rekvisit inte enbart är fastslaget som en explicit förutsättning i Rule 23. Vi har här också en av de frågor[74] som måste bedömas mot bakgrund av konstitutionens krav på "due process".[75] Enligt konstitutionen (Fifth Amendment) gäller att "(n)o person shall be . . . deprived of life, liberty, or property, without due process of law" och en class action innebär ju att ett antal personer berövas sin rätt till "a day in court". Att föreskrifterna om "notice" (meddelande till klassmedlemmarna) följs anses inte vara tillräckligt för att denna rätt skall vara bevarad.[76]

Förhållandet att "adequacy of representation" egentligen är ett konstitutionellt krav har – som jag återkommer till i nästa kapitel – den viktiga effekten att brist i detta hänseende gör domen mottaglig för "collateral attack"; dvs invändning att domen inte äger rättskraft mot tredje man. Tvivelaktig "adequacy" innebär alltså att vinnande part inte kan känna sig säker på sin sak ens efter det att domen vunnit laga kraft. Enligt Miller[77] finns det sannolikt en hel rad domar i class actionmål som ligger åtkomliga för "collateral attack"[78] av detta skäl och saken har varit föremål för domstolsprövning vid flera tillfällen. Det kanske viktigaste rättsfallet är *Gonzales v. Cassidy* (1973)[79] som bland annat innebär att domaren själv har det fulla ansvaret för "adequacy of representation" från det att class actionprocessen startar och till dess slut, ja till och med därefter:

[71] Miller s 27.

[72] Jfr Harvard Developments s 1471 med not 91 som hänvisar till relevant litteratur rörande "adequacy"-problemet.

[73] Advisory Committee notes s 246, jfr Kaplan i 81 Harvard Law Review (1967) s 356 ff.

[74] "Notice" och rättskraft är de övriga, se härom nedan s 211 ff och 232.

[75] Miller s 28, Fuchsberg s 4, Harvard Developments s 1472 ff.

[76] Jfr Ontario Report II s 351 och betr notice nedan i kap 6 s 211 ff.

[77] Miller s 29.

[78] Härom nedan i kap 6 s 231 och Note, Collateral attack s 589 ff.

[79] 474 F. 2d 67.

"To answer the question whether the class representative adequately represented the class so that the judgment in the class suit will bind the absent members of the class requires a two-pronged inquiry: (1) Did the trial court in the first suit correctly determine, initially, that the representative would adequately represent the class? And (2) Does it appear, after the termination of the suit, that the class representative adequately protected the interest of the class?"[80]

I *Gonzales* ansågs "adequacy"-kravet mer än väl ha varit uppfyllt fram till och med domen i första instans, medan däremot underlåtenhet att överklaga i en viss fråga konstituerade brist i förutsättningen. Gonzales, som alltså angrep domens rättskraft med "collateral attack", ansågs därför inte bunden av domen. Och för att uraktlåtenheten att överklaga skulle få den effekten att utesluta rättskraft för Gonzales krävdes märkligt nog inte ens att ett överklagande skulle ha haft mycket goda odds att lyckas:

"So long as an appeal from this decision could not be characterized as patently meritless or frivolous, Gaytan should have prosecuted an appeal. Otherwise, it cannot be said that he vigorously and tenaciously protected the interests of the class he was purporting to represent, or that all members of the class had been afforded due-process of law by having a full day in court. It is axiomatic that an appeal is a significant element in the judicial process. Gaytan's failure to prosecute an appeal deprived the members of his class, whose rights were not vindicated by the threejudge court's decision, of full participation in this process."[81]

Vad innefattar då kravet på "adequacy of representation"? Är det fråga om egenskaper hos den person som för processen eller gäller det, som i *Gonzales,* hur parten fört sin talan? Svaret är att prövningen ligger mest på det personliga planet och därvidlag underkastas både parten och hans ombud en granskning: "The two major elements of adequacy of representation are the qualification and experience of counsel, and whether the representative's interests are antagonistic to the class members' interests".[82]

Ombudet behöver inte vara bäst i landet, men hans professionella ansvar och kompetens skall inte kunna ifrågasättas. Han bör vidare ha erfarenhet på rättsområdet (t ex av antitrustmål), men man kan givetvis inte alltid kräva erfarenhet av eget arbete i class actionmål –

[80] Rättsfallet s 72, se även Shephard's manual of federal practice s 315 f.

[81] Rättsfallet s 76. – Det nästan orimliga kravet att fullföljd skall ske även vid ganska dåliga odds kommer främst att drabba vinnande svarande, som riskerar ny process om talan inte fullföljs.

[82] Alpert s 63.

då skulle ju class actioninstitutet successivt självdö i takt med de nu levande och redan accepterade ombuden.[83]

Att ombudet kan ha ett starkt eget intresse i saken i form av chans till ett högt arvode anses inte hindra "adequacy of representation", snarare tvärtom.[84] Men risken för orättmätiga förlikningar måste beaktas både vad gäller ombudet och parten; det kan ha förekommit "sweetheart arrangements" mellan käranden och svaranden och sådana uppgörelser hotar givetvis "adequacy of representation".[85]

Vidare kan partens ekonomiska förutsättningar att föra processen ha viss betydelse i sammanhanget.[86] Även förhållandet mellan ombud och huvudman bör domaren uppmärksamma. Det anses till och med att förhållandet dem emellan inte får vara alltför intimt i familjärt eller ekonomiskt hänseende eftersom detta kan underminera partens möjlighet att förutsättningslöst ta ställning till hur ombudet sköter sitt jobb![87]

Partens intresse får, som nämnts ovan, givetvis inte strida mot klassmedlemmarnas.[88] Hur långt detta krav skall drivas kan säkert vara föremål för olika uppfattningar; meningsmotsättningar kan ju också avledas på andra sätt än genom att vägra en class action, så t ex genom att forma "subclasses".[89] Överhuvudtaget torde domstolarnas syn på detta – liksom flera andra rekvisit – hänga nära samman med synen på processens funktion i allmänhet och class actioninstitutets i synnerhet. Anser man att class actioninstitutets främsta uppgift är "increased realization of substantive policies" bör naturligtvis "adequacy"-kravet inte formuleras strängt;[90] anser man däremot att process inte bör ägnas åt annat än konfliktlösning i individuella fall torde man vara mer benägen att tveka inför en class action som kan inrymma meningsmotsättningar inom klassen, dvs på ena partssidan.

Liksom avsaknad av "typicality" behöver inte brist i "adequacy" leda till att talan avvisas. Är det ombudet som underkänts kan domaren uppmana honom att söka hjälp av the Attorney General

83 Miller s 35.
84 Fuchsberg s 5.
85 Miller s 30, jfr ovan s 167 f.
86 Miller s 32 f.
87 Miller s 34, jfr Alpert s 65 f och Urbelis s 467 ff.
88 Miller s 32 f, Ontario Report II s 353.
89 Jfr Garth, Conflict och ovan i not 69 a a.
90 Så Harvard Developments s 1475.

eller från ett mera erfaret ombud för att sedan få frågan om "adequacy" prövad på nytt.[91] Och är det käranden som inte anses kunna representera klassen tillräckligt väl är ett utbyte i allmänhet lätt att ordna. Överhuvudtaget spelar käranden själv en så begränsad roll jämfört med ombudet att prövningen av "adequacy" för hans del oftast är nära nog till meningslös.[92] Detta hindrar dock inte att invändningar rörande kärandens adequacy är mycket vanliga.[93]

3.7 (b)-kategori

3.7.1 Inledning

Den sjunde och sista spärr den presumtive class actionkäranden har att passera är att hans talan skall motsvara i någon – eller flera – av de class actionkategorier som anges i Rule 23 (b) (1) – (b) (3) och beskrivits ovan i kap 3 avsnitt 5. Skulle kärandens talan gå att anpassa till flera av dessa grupper bör han – och kanske även domaren – sikta på att få talan upptagen som en (b) (1) eller (b) (2) class action eftersom detta medför fördelar ur bl a notice- och opt-out-synpunkt.[94] Och som kommer att framgå nedan är det även ur andra synpunkter lättare att fylla kraven på en sådan class action.

3.7.2 (b) (1) och (b) (2) kategori

Faller en talan inom kategori (b) (1) eller (b) (2) tillkommer inga ytterligare förutsättningar för att processen skall få föras som en class action; då räcker de krav som diskuterats ovan under 1–6.[95] Det är här fråga om sådana fall då "inconsistant adjudications would establish incompatible standards of conduct, or prejudice the interests of parties not before the Court" (b) (1) eller fastställelse- och

[91] Miller s 36 f.

[92] Garth i brev april 1986.

[93] Jfr nedan s 208 i not 164.

[94] Jfr Miller s 41, som dock anser att i blandade fall bör även de mera skärpta kraven kunna mötas. I *Marks v. San Francisco Real Estate Board* (69 FRD 353) anförde domstolen: "Plaintiff's proposal that the case proceed as a class action for injunctive relief and damages under Rule 23 (b) (2) runs into the problem that damages are not available in class actions under 23 (b) (2). This is an action primarily for damages, and, accordingly even if injunctive relief is also sought, Plaintiff may not proceed under Rule 23 (b) (2). ... A class will therefore not be certified under Rule 23 (b) (2).", rättsfallet s 358.

[95] Fuchsberg s 2. För exempel se ovan s 125 ff och Advisory Committee notes s 243 ff.

förbudstalan (b) (2) i vissa fall.[96] En (b) (2) class action kan genomdrivas av domaren till och med mot parternas önskan.

3.7.3 (b) (3) kategori

Är det fråga om en class action enligt (b) (3) – dvs vanligen skadeståndsmål – tillkommer ytterligare två krav utöver de ovan under 1–6 diskuterade för att "certification" skall kunna beviljas. (b) (3)-fallen är genomsnittligt sett ur många synpunkter de besvärligaste. Det fordras att:

> "The court finds that the questions of law or fact common to the members of the class *predominate* over any questions affecting only individual members, and that a class action is *superior* to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy." (mina kursiveringar)

Som framgår av lagtexten krävs alltså för class actiongodkännande i dessa fall dels *predominance,* dels ock *superiority.* Dessa två extra förutsättningar har föranlett åtskillig debatt i praxis och inom doktrinen, och eftersom inläggen här framstår som mer intressanta än diskussionen om kraven ovan under 1–6 kommer framställningen rörande dem att göras något fylligare än den tidigare. En hel del citat får belysa argumentationstekniken. Till sist blir det anledning att beröra det krav på "manageability" som ibland aktualiseras vid (b) (3) class actions.

3.7.3.1 Predominance

Under 4. ovan har jag diskuterat "commonality" och funnit att detta krav på gemensamma sak- *eller* rättsfrågor i stort sett saknar självständig betydelse så länge det inte, som i (b) (3)-fallen, fordras att den eller de gemensamma frågorna skall dominera ("predominate") över frågor av individuellt slag. Lagtexten preciserar inte vad som ligger i "predominance". Den vägledning för bedömning av (b) (3)-fall som ges längre fram i lagtexten anses av de flesta gälla enbart "superiority"-rekvisitet.[97] Och inte heller vad gäller "predominance" kan praxis anses ge någon säker vägledning. Däremot har

[96] "The party opposing the class has acted or refused to act on ground genereally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole", jfr ovan i kap 3 s 126 ff.

[97] Se nedan s 206, Miller s 48 f och Wright & Miller § 1775, jfr däremot Fuchsberg s 9.

the Advisory Committee uttalat sig om saken i förarbetena till Rule 23 och där anfört:

> "The Court is required to find, as a condition of holding that a class action may be maintained under this subdivision, that the questions common to the class predominate over the questions affecting individual members. It is only where this predominance exists that economies can be achieved by means of the class-action device. In this view, a fraud perpetrated on numerous persons by the use of similar misrepresentations may be an appealing situation for a class action, and it may remain so despite the need, if liability is found, for separate determination of the damages suffered by individuals within the class. On the other hand, although having some common core, a fraud case may be unsuited for treatment as a class action if there was material variation in the representations made or in the kinds of degrees of reliance by the persons to whom they were addressed."[98]

Här kommer kommitténs processekonomiska syn på class action-institutet klart till uttryck. Predominancekravet ges avsevärd betydelse vid "mass frauds", dvs likartade "bedrägliga" förfaranden mot en stor grupp personer, t ex konsumenter. Kommitténs uppfattning om predominance ligger också till grund för en negativ – men inte totalt avvisande – inställning till class actions i katastrofmål ("mass accidents", "mass torts"). Kommittén yttrar på samma ställe i förarbetena:

> "A 'mass accident' resulting in injuries to numerous persons is ordinarily not appropriate for a class action because of the likelihood that significant questions, not only of damages but of liability and defences to liability, would present, affecting the individuals in different ways. In these circumstances an action conducted nominally as a class action would degenerate in practice into multipel law-suits separately tried."

Framför allt i tidigare praxis mötte man inte sällan uppfattningen att "mass torts provide too many individual questions" för att passa i class actionsammanhang. Men en motsatt uppfattning förefaller ha vunnit terräng även i praxis. Redan 1973 konstaterar Fuchsberg att "most recent cases have found the class action to be the only suitable means of redress where a large class has been systematically imposed upon".[99] Frågan är dock fortfarande i hög grad omstridd.[100]

[98] Advisory Committee notes s 246.

[99] Fuchsberg s 8, se även t ex Landers i 47 Southern California Law Review (1974) s 862 och Wright & Miller i 81 års supplement till § 1783 s 101.

[100] Se den ovan i kap 4 s 149 angivna litteraturen.

Att det finns individuella frågor beträffande någon eller alla klassmedlemmarna hindrar således inte att en class action tillåts; predominancerekvisitet skulle ju annars i praktiken innebära ett identitetskrav. I skadeståndsmål är det t ex inte uteslutet med en class action om väl ansvarsfrågan är gemensam men det krävs individuell bevisning om de enskilda skadorna.[101] Processen förs då i två led; dvs i praktiken som om det samtidigt väckts talan om fastställelse av skadeståndsskyldigheten i och för sig och talan om fullgörelse. Ett slags mellandom ges rörande den första frågan, varefter de enskilda klassmedlemmarna kan hänga på med sina individuella yrkanden utan att ett nytt mål formellt behöver anhängiggöras. Alltid går det dock inte att dela upp processen på det sättet; class action vägras ofta av den anledningen att "individual damage questions cannot be separated from liability issues".[102]

Jag nämnde att det inte finns någon fast praxis beträffande vare sig predominance eller superiority.[103] Miller anser skälet till det vara att utrymmet för domarens egna tyckanden är stort och att personliga sympa- och antipatier för och mot class actioninstitutet spelar in:

> "I think the reason for this is clear. In the hands of the district judges the questions of predominance and superiority become highly individualistic; each case turns on its particular facts and, I honestly believe, the result may turn on identity of particular judges. What is predominance to one judge is not to another; what is class action superiority to one judge proves to be inferiority to another. And discrepant treatment often appears within a circuit, occasionally even within a district. I must conclude, and it really is not surprising, that an individual judge's personal attitude toward class actions or the particular area of substantive law involved in the action has a significant bearing on whether the court will find that predominance and superiority exists or does not exist."[104]

Själv förefaller Miller (liksom the Advisory Committee) gå in för en processekonomisk bedömning i sammanhanget:

[101] Newberg § 1155 b-c, s 265 f i vol 1. T o m Judge Medina, som förvisso inte är känd som någon class actionvän (se mottot ovan s 109) uttalade i *Eisen II:* "All of the differences (to which defendents point) bear only on the computation of damages, a factor which by itself, does not justify dismissal of the class action" (här citerat efter Fuchsberg 1973 s 8).

[102] Alpert s 141, jfr betr "spurious class actions" ovan s 123.

[103] Se även Alpert s 141 ff och Ontario Report II s 338.

[104] Miller s 48, jfr nedan s 359 not 102.

> "There can be predominance without the common issues being determinative, and certainly there can be predominance without every question in the action being common. Indeed, there are some contexts in which predominance will exist with only a single issue being common; that issue simply is so overpowering in its centrality to the litigation that it, in and of itself, satisfies predominance."[105]

Resonemanget för tanken till Ekelöfs sätt att tillämpa rekvisitet "väsentligen samma grund" vid objektiv kumulation.[106] Tanken är uppenbarligen att det inte skall ske en kvantitativ utan en kvalitativ bedömning. Däremot nämner Miller – i motsats till Ekelöf – inte något om att frågan skall vara stridig (eller vanligen vara stridig), men en ostridig fråga kan knappast bli "overpowering in centrality" ens i delvis indispositiva mål av den typ class actions representerar.[107] Millers tolkning begränsar inte heller på samma sätt som Ekelöf det processekonomiska resonemanget till enbart sakfrågor; även en rättsfråga kan utgöra den faktiska lejonparten av ett mål.

Millers processekonomiska synsätt kommer till ett ännu mer drastiskt uttryck i en senare passage:

> "The key should be whether the efficiency and economy of common adjudication outweigh the difficulties and complexity of individual treatment of class members claims. What we obviously are looking for is achieving the 'maximum bang' for the judicial buck."[108]

Även Alpert – och i viss mån Moore – anknyter till processekonomiska överväganden och koncentrerar sig på sakfrågorna; enligt dem finns det en domstolsstandard av innebörd att det relevanta är om "questions provable by common evidence will be the object of most of the efforts."[109] Intressant är att predominance här snarast uppfattas som en fråga om communality (3.4 ovan) och då inte beträffande sak- eller rättsfrågor utan vad gäller bevisningen i sig.[110]

I *Republic Nat. Bank of Dallas v. Denton & Anderson Co.* (1975)[111] anförde domstolen:

105 Miller s 48 f.

106 Se Ekelöf, Rättegång II s 159 f.

107 Se vidare rörande dispositionsprincipen i class actionmål nedan s 254 ff.

108 Miller s 49.

109 Alpert s 141 och 144, Moore 23.45 (2).

110 Jfr Ekelöfs exempel på fakultativ kumulation i Rättegång II s 171 nr 2.

111 58 FRD 208.

"Predominance of common questions of law or fact under Rule 23 (b) (3) is not a numbers game. The true test is whether common or individual questions will be the object of most of the efforts of the litigants .... Though there may be several individual questions present, if the basic issue is still common and pervasive, class status is appropriate. . ."

Men praxis vacklar som sagt och man tycks snarast tillämpa "an essentially empty standard of significance, finding common questions to predominate whenever there is not too much left over in absolute terms".[112] Slutligen skall nämnas att brist i "predominance" (liksom i flera av de tidigare berörda rekvisiten) ibland kan botas genom att man krymper klassen eller bildar underklasser.[113]

3.7.3.2 Superiority

Den andra extra förutsättning som skall vara uppfylld för att en (b) (3) class action skall tillåtas är att class actionformen är "superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy". Detta anses av många vara den mest vaga, allmänna och flexibla förutsättningen av alla Rule 23:s krav.[114] Utrymmet för personligt tyckande från domarens sida är – som vanligt – betydande.[115]

Men lagtexten innehåller faktiskt viss vägledning för domstolen då det gäller att bedöma om "superiority" föreligger. Vid bedömningen skall beaktas:

"(A) the interest of members of the class *individually controlling* the prosecution or defence of separate actions; (B) the extent and nature of *any litigation* concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the *particular forum;* (D) the difficulties likely to be encountered in the *management* of a class action." (mina kursiveringar)

Dessa faktorer (A–D) avses tjäna till ledning, men inte vara uttömmande och en viss ytterligare vägledning ges i motiven.[116] Kommittén pekar på att det kan finnas bättre alternativ än en class action och de som nämns är "test case", "consolidation" och liknande sätt att undvika "repetitious discovery"; man hänvisar här till de metoder för handläggning av komplicerade mål som utarbetats av en särskild

112 Harvard Developments s 1506 och Landers s 861.

113 Alpert s 157 med rättsfall och ovan s 192 samt Swiatlowski s 1287 f.

114 Alpert s 129.

115 Se citatet från Miller ovan s 196.

116 För det följande se Advisory Committee notes s 246 f.

kommitté och kommit till uttryck i "Manual for Complex Litigation". Enligt the Advisory Committee skall vidare klassmedlemmarnas intresse av att själva kontrollera sin talan beaktas. Vidare bör hänsyn tas till om individuell talan skulle lägga en större börda på motparten och domstolen än en class action; superioritykravet gäller alltså i förhållande till alla inblandade. Att det kan vara en fördel från forumsynpunkt med class actions anges också. Vidare åläggs domaren en skyldighet[117] att försöka utröna om det pågår parallella processer med deltagande av dem som är aktuella i class actionsammanhanget. Enligt lagtexten är ju sådan pågående process ett skäl att inte tillåta class action.

Processekonomiska synpunkter har alltså stor betydelse också vid superioritybedömningen, men, i motsats till vad gäller prövningen av predominance, är det inte enbart processekonomiska hänsyn som tas i sammanhanget. Alpert sammanfattar:

> "Considerations supporting the use of the class action as a superior procedure include the social purposes of providing a forum to small claimants who otherwise would have no real access to the courts, effectuating legislative police, and preventing unjust enrichment. On the other hand, class actions have been denied for lack of superiority where the relief sought is unrelated to actual damages and would constitute annihilating punishment; where the maintenance of the action would be unfair to the defendant; where the class member would recover nothing because of the cost of participation; where the action would benefit only the lawyer bringing the action; where the action would involve a long trial; and where the potential judgment would bankrupt the defendant. It is suggested that many of these reasons are improper, resulting from juridical hostitity to class actions and an over-solicitious attitude toward the defendant. Several courts have recognized that the defendant's financial condition is irrelevant to the propriety of class relief."[118]

Som framgår av citatet är superiorityrekvisitet intressant på så sätt att det – liksom bl a numerosity[119] – tvingar fram en diskussion av class actionalternativen och även avslöjar synen på class actioninstitutets funktion och existensberättigande.

Class actioninstitutets funktion skall jag ägna ett särskilt kapitel längre fram, så även class actionalternativen. I det följande inskränker jag mig till att ge några exempel på hur man sett på "superiority" i rättspraxis. Avsikten är snarare att illustrera hur domstolarna

117 Advisory Committee notes s 247.
118 Alpert s 130 f.
119 Ovan s 183 ff.

resonerar i frågor av det här slaget än att exakt fånga in vad som är gällande rätt.

Vad gäller klassmedlemmarnas intresse av att själva kontrollera rättegången kan Supreme Court i *Hawaii v. Standard Oil Co.* (1971)[120] anses ha givit uttryck åt principen att ju mindre de individuella anspråken är, desto mindre är den enskildes intresse att själv driva processen:

> "Congress has given private citizens rights of action for injunctive relief and damages for antitrust violations without regard to the amount in controversy. ... Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure provides for class actions that may enhance the efficiency of private actions by permitting citizens to combine the limited resources to achieve a more powerful litigation posture."[121]

Kan man då e contrario sluta sig till att "large sophisticated claimants" har större intresse att driva enskild process? Ja i *Carr v. New York Stock Exchange Inc.* (1976)[122] kom denna princip till uttryck:

> "Among the factors to be taken into consideration in determining superiority are the interests of individuals in controlling the litigation, and the extent of other litigation pending on the same issues. An examination of these factors in the present case indicates that a class action is not the superior method of adjudication.
>
> This present suit is not a case where each claim is so inconsequential that members of the class could not press the suit individually. Each named plaintiff and each potential class member is a sophisticated investor with large losses in securities in Blair. They also have, individually, a large stake in controlling the sourse and outcome of the litigation. ... Considering the sophistication of the plaintiffs and the size of their claims, and the diversity of interest between those suing Blair and those suing the Exchange the class action cannot be considered a superior method of adjudication of this action."[123]

Är de individuella anspråken stora kommer class actionkäranden alltså förbi den federala forumspärren (10.000 dollarströskeln, diskuterad ovan under 2.) men stupar på "superiority"; är de individuella anspråken små är "superiority"-kravet uppfyllt, men det går inte att få talan prövad vid federal domstol på "diversity"-basis eftersom 10.000 dollarströskeln skall räknas på varje anspråk för

120 405 US 251, varom mera nedan i kap 14 s 576 ff.

121 Rättsfallet s 266, jfr Alpert s 132.

122 414 F. Supp. 1292.

123 Rättsfallet s 1305.

sig. Vore det inte för att federal behörighet kan grundas även på andra sätt skulle tillämpningen av "superiority"-rekvisitet i Rule 23 i kombination med *Zahn* och *Snyder* förvandla rätten till (b) (3) class actions till en ren chimär![124]

Nå, nu kan ju domstolens behörighet finnas fastslagen i en "statute" för det aktuella rättsområdet. Och man skall inte gå så långt att man tror att det först är när individuell talan är ekonomiskt omöjlig (vid "individually non-recoverable claims"[125]) som class actions anses "superior". Vidare sker även en kvalitativ bedömning; att sak- och rättsfrågorna i målet är komplicerade kan öka chansen att få en talan accepterad som en class action. I *DuPont Inc. v. A.T. & T.* (1975) yttrade the district court:

> "Superiority under Rule 23 (b) (3), while primarily concerned with the economic feasability of individual actions by small claimants, is not limited to this consideration. . . . Certainly any difficulties in handling this suit as a class action are far surpassed by the difficulties, in terms of judicial economy of administration, which would be involved in litigating these claims as incividual actions."[126]

Då det gäller klassmedlemmarnas intresse av att driva egen process – eller snarare bristande intresse – kan även en sådan sak som class actioninstitutets anonymitetseffekt beaktas. Så ansågs det t ex relevant i *Haynes v. Logan Furniture mart, Inc.* (1974)[127] att klassmedlemmarna var rädda att driva processen på egen hand eftersom de då skulle komma att förlora sin kredit hos företaget.[128]

En omständighet som givetvis ökar den enskildes intresse att föra egen process – och följaktligen kan föranleda att en class action inte tillåts – är om det ekonomiska utfallet blir bättre för den enskilde vid individuell talan (än vid en class action). Så kan vara fallet då enligt viss lagstiftning svarandens skadeståndsskyldighet är begränsad, som t ex enligt the Truth in Lending Act. Individuell kärande är enligt denna lag tillförsäkrad ett minimiskadestånd på 100 dollar (+ ombudsersättning) dock att kreditgivaren kan tvingas utge högst 1 % av kreditföretagets substansvärde. En class action med ett stort antal klassmedlemmar kan alltså leda till att de individuella ersättningarna kommer att understiga 100 dollar. Men i *Fitzgerald v.*

[124] Beträffande *Zahn* och *Snyder* se ovan s 177 ff.
[125] Se nedan i kap 12 s 449.
[126] 69 FRD 481 s 489.
[127] 503 F. 2d 1161.
[128] Jfr Alpert s 133.

North Eastern Hospital of Philadelphia (1976)[129] konstaterade domstolen (the district court) att den omständigheten att individuell talan kunde ge något högre ersättning inte borde hindra att en class action tilläts eftersom den klassmedlem som vill kan bevara sin rätt till process genom "opt-out":

> "I would not be unduly concerned with the fact that as a class action, individual members might receive less than the $ 100.00 minimum to be awarded in the event of a finding of liability in an individual action. That could be adequately taken care of by a proper notice to the class to permit members to 'opt-out'."[130]

Då det gäller betydelsen av andra pågående processer bör observeras att även om dylik aktivitet normalt talar mot att godkänna grupprättegång som class action kan samma sak också vara ett tecken på att en class action behövs.[131] Class actionformen innebär ju att man kommer förbi de forumproblem som kan dyka upp vid flera parallella individuella processer. Fördelarna med en class action i den situationen kommer till uttryck i *Gold Strike Stamp Co. v. Christensen* (1970),[132] där domstolen anförde:

> "The second element of finding that a particular case is suitable for a class action under 23 (b) (3) is that a class action be superior to other available methods for fair and efficient adjudication of the controversy. The findings of Judge Christensen that the representative parties are well suited for presenting the claims of the class and that the class action is superior to the other available methods of adjudication because of the size of the class, the fact that the class is well-known as a group and can be efficiently managed, and because of the desirability of concentration of the litigation in the state of Utah which is the principle place of business of defendant are not seriously contradicted by petitioner."

Forumargumentet torde dock numera ha förlorat en del i vikt eftersom möjligheterna att föra samma individuella processer till ett och samma forum enligt 28 U.S.C.A. §§ 1404 och 1407 ökat efter 1966.[133] Ibland väljer man att föra samman målen för gemensam förberedelse, varefter de återförs till sina originaldomstolar för

[129] 418 F. Supp. 1041.

[130] Rättsfallet s 1043. – Beträffande "opt-out" se nedan s 223 ff.

[131] Newberg vol 1 s 273 § 1160 c, jfr ovan s 199.

[132] 436 F. 2d 791.

[133] Newberg § 1160 d vol 1 s 274.

slutlig handläggning.[134] Sådana transfers följs dock inte sällan av godkännande som class action vid någon av domstolarna![135]

Som redan framgått hänförs inte kravet på "superiority" enbart till någon av parterna eller till domstolen utan till samtliga, ja t o m till kärandeombudet och en rad andra faktorer. Detta framgår av det kända rättsfallet *Katz v. Carte Blanche Corp.* (1974).[136] *Katz* anses vara ett av de ledande rättsfallen i "superiority"-frågan och här kom class actionformen att jämföras med alternativet att föra processen som ett pilotmål ("test-case").[137]

> Målet gällde överdebitering av avgifter som ett kreditkortsföretag (Carte Blanche) gjort sig skyldigt till. Företaget hävdade att en class action skulle förorsaka företaget sådana förluster att det inte skulle kunna överleva; efter "notice" till alla de 100.000-tals kontokortsinnehavarna skulle dessa kanske vägra att betala sina skulder till företaget innan processen var klar; de kunde utnyttja sin kvittningsrätt mot de eventuella överdebiteringarna. Och eftersom målet gällde "the Truth in Lending Act" skulle minimiskadeståndet på 100 dollar förorsaka orimliga utgifter för företaget eftersom klassen var så enormt stor.[138] Domstolarna gick på svarandens linje och ansåg "test-case" vara ett bättre alternativ än class action . Certification vägrades på grund av bristande superiority.

Man kan tycka att det inte borde vara domstolarnas uppgift att så att säga vara hyggliga mot svaranden på detta sätt. Men man skall nog snarare se saken som att domstolen funnit att en class action skulle leda till ett materiellt resultat som inte stod i rimlig proportion till lagens intentioner såsom dessa kom till uttryck i bl a reglerna om minimiskadeståndet.[139] Men class actioninstitutets förmåga att hindra svaranden från att bli "unjustly enriched" har också ansetts vara av relevans i "superiority"-bedömningen.[140] Och enligt Alpert kan class actioninstitutets förmåga till "effectuation of legislative

134 Wright & Miller § 1779 s 61 och nedan i kap 13 s 549 ff.

135 Newberg a a s 273 och Wright & Miller § 1779 s 63. – Hur detta kan förenas med vissa domares (se nedan s 262 ff) uppfattning att "certification" bör prövas innan man går in på själva saken övergår mitt förstånd.

136 496 F. 2d 747.

137 Se betr pilotmål och *Katz* nedan i kap 14 s 631 f, där även ett direktcitat om "superiority"-kravet återfinns.

138 Jfr nedan i kap 14 s 630 ff – detta var innan man hade infört den ovan s 201 nämnda begränsningen.

139 Jfr nedan s 344 f.

140 Se t ex Alpert s 140 och *Samuel v. University of Pittsburg* (1976), 538 F. 2d 991.

policy" göra att class actionformen betraktas som "superior".[141] Här kan man hänvisa till *Hawaii*[142] och Court of Appeals i *Haynes v. Logan Furniture* (1974),[143] där domstolen yttrade:

> "Third, while procedural fairness with respect to protecting defendants from crushing damages predicated on the statutory minimum recovery is an important consideration in determining the superiority of the class action mode of adjudication, it is at least equally important to prevent violators of the act from limiting recovery to a few individuals where actual, widespread noncompliance is found to exist.
>
> On balance, class actions might very well be superior to individual suits, because while the former would compel correction of disclosure errors and full collection of damages, the latter would result only in correction of errors . . ."[144]

Att man i *Katz* (kanske) tog häsyn till class actionformens ekonomiska konsekvenser för svaranden betyder inte att man generellt uppfattar svarandens finansiella situation som relevant.[145] I *Samuel v. University of Pittsburg* (1976)[146] anförde the Court of Appeals:

> "The District Court also abused its discretion by explicitly considering an irrelavant factor in its decision to certify the class. In discussing the restitution issue, the court found 'the general financial outlook of each of the universitites less than rosy' and then added . . ."[147]

Så långt praxis, varav bl a framgår *(Katz)* att individuell talan i form av pilotmål ("test-case") är ett av de alternativ som övervägs vid "superiority"-prövningen. Men det finns givetvis också andra. Miller anger fyra alternativ som kan vara "superior" i förhållande till en class action; kumulation, att överlämna frågan till en myndighet, pilotmål och (knappast ett alternativ) att konstatera att grupptalan är olämplig på grund av sina materiella konsekvenser:

> "There are adjudicative possibilities to consider in deciding superiority other than leaving the situation to individual actions. Among them are: (1) considering consolidation of the individual actions, particularly the possibility of using Section 1407; (2) referring some of the cases to an administrative agency; (3) employing the test case mechanism, although this is a rather

141 Alpert s 140.
142 Ovan vid not 120 och nedan i kap 14 s 576 ff.
143 503 F. 2d 1161.
144 Rättsfallet s 1164 f.
145 Alpert s 136 f.
146 538 F. 2d 991.
147 Rättsfallet s 996.

> risky course to follow because of the difficulties of securing consent, framing the contours of a useful test case, and the uncertainty inherent in the application of formal adjudication principles; and (4) determining that as a matter of substantive law class treatment is not superior, which seems to be the case under the Truth in Lending Act whenever claimants could recover more on an individual bases than they could on a class basis because of the statutes limitation on damages."[148]

Newberg[149] räknar upp ungefär samma alternativ som Miller vid superiorityprövningen men tillägger intervention. Och det bör nämnas att möjligheterna till såväl kumulation som intervention utökades i samband med 1966 års ändringar av Federal Rules of Civil Procedure. Men detta är inte alltid till nackdel för class actionformen vid superioritybedömningen; är antalet personer som vill delta i individuell process alltför högt kan ju detta också göra att en class action blir ett överlägset alternativ.[150]

Det är svårt att få ett grepp om vilken av parterna som har åberops- och bevisbördan för att "superiority"-rekvisitet är uppfyllt (resp icke uppfyllt). Alpert hävdar å ena sidan att det är klassrepresentanten som har bevisbördan, men på ett annat ställe påstår han att en class action inte skall vägras p g a bristande "superiority" om inte andra alternativ "are suggested and available".[151] Man skulle härav möjligen kunna dra slutsatsen att svaranden har åberopsbördan för alternativen medan käranden har bevisbördan för att de är underlägsna en class action i det aktuella målet.

De synpunkter som framförts ovan beträffande superiority gör självfallet inte anspråk på att ge en heltäckande bild av hur detta class actionrekvisit uppfattas i praxis och doktrin; avsikten har snarare varit att öka autenciteten i beskrivningen av den amerikanska diskussionen genom att släppa fram ett antal direktcitat och att – genom en impressionistisk exemplifiering – illustrera vilka slags frågor som kan aktualiseras under rubriken "superiority".[152] Själva ordet superiority ger möjlighet och skyldighet för domstolen att fundera över de (inom- och utomprocessuella) alternativ som finns till en rättegång i class actionform. Bedömningen av rekvisitet ger – liksom flera av de andra class actionförutsättningar som av-

148 Miller s 54, jfr Class actions, In the wake of Eisen s 26 ff.

149 Newberg s 268.

150 Jfr Wright & Miller § 1779 s 60.

151 Alpert s 137 resp 136.

152 Se vidare beträffande superiority t ex Ontario Report II s 375–418 och I s 79–100, jfr beträffande class actionalternativen även nedan i kap 13 och 14.

handlas i detta kapitel – utrymme för betydande påverkan av hur bedömaren själv uppfattar class actioninstitutets funktion och existensberättigande.

3.7.3.3 Manageablility

I slutet av Rule 23 (b) (3) nämns som en särskild faktor att ta hänsyn till vid bedömningen om en talan bör godkännas som en (b) (3) class action "the difficulties likely to be encountered in the management of a class action". Som jag påpekat tidigare råder det viss oenighet om huruvida denna "hjälpfaktor" avser bedömningen av både "predominance" och "superiority"-rekvisiten eller enbart det senare.[153] Alla anser dock att "manageability" på något sätt bör beaktas vid bedömningen av om en talan passar som en (b) (3) class action; ja praxis har utvecklat sig på ett sätt som närmast för tanken till att behandla "manageability" som ett självständigt rekvisit.[154]

Dessa systematiska bekymmer behöver vi inte uppehålla oss vid. Däremot bör några exempel ges på vilka slags frågor som aktualiserats under denna rubrik, som blivit något av en "slasktratt"; i själva verket är det ofta bristande manageability – i fortsättningen även kallad bristande *hanterbarhet* – som anges när en talan inte accepteras som class action.[155]

Man skulle kunna säga att kravet på hanterbarhet bildar den ena ytterpunkten på en skala som har "numerosity" på sin motsatta kant;[156] liksom klassen inte får vara för liten får den inte heller vara för stor. En class action skulle då bli "unmanageable".

Som framgått i kapitel 4 avsnitt 5 och under 3.3 ovan har detta dock inte hindrat domstolarna från att godkänna klasser på 100.000-tals, ja miljoner, personer. Klasstorleken behöver inte vara något hinder för en hanterlig process om radikala tekniker kan tillämpas vid beräkning och fördelning av skadestånd.[157] Men är det risk för att de individuella frågorna medför särskilda problem kan det inträffa att en class action vägras på grund av brist i "predominance" eller "manageability". Resultatet blir då ofta nog att det inte förs någon process alls.

153 Ovan s 194.

154 Jfr Harvard Developments s 1489 f.

155 Newberg § 1160 d vol 1 s 274, se även Harvard Developments s 1498 f.

156 Jfr ovan s 183 ff och Newberg s 278 f.

157 Härom nedan i kap 8, jfr ovan s 185.

Domstolarna har kritiserats för att de underlåtit att utveckla en allmän teori om manageability och i stället utnyttjat detta rekvisit till att leta fram "unmanageable features" i hopp om att bli av med vissa jobbiga class actionfall.[158] I *In re Hotel Telephone Overcharges* (1974)[159] vägrade domstolen att godkänna en class action inför utsikten att det skulle ta minst 50 år innan varje individuell skada hunnit bedömas av en jury. Men, som nyss nämnts och Miller påpekat,[160] kunde man ha använt särskilda tekniker för att på ett förenklat sätt beräkna skadestånden (s k "master", "fluid recovery" etc) för att komma förbi detta problem. Och även domstolens farhågor att administrationskostnaderna (för att fördela skadeståndet) skulle äta upp hela skadeståndsbeloppet var nog överdrivna.[161]

Också hanteringsproblem kan ibland lösas så att man "bifurkerar" processen t ex genom att handlägga och avgöra frågan om skadeståndsskyldighet för sig eller genom att bilda underklasser.[162] Men vill man inte ha att göra med en viss class action erbjuder manageabilitykravet en användbar flyktväg. Vi har här ytterligare en fråga vars bedömning lätt färgas av den enskilde domarens attityd till class actionsinstitutet och även till det materiella rättsområde processen gäller.[163]

4. Sammanfattning och avslutande synpunkter

För att få en talan prövad som en class action enligt Rule 23 krävs att federal domstol är behörig, vilket är fallet om talan grundats på federal lag eller möjligheten till en federal class action finns fastslagen i den "statute" som är aktuell i processen. Även det förhållandet att parterna kommer från olika delstater ("diversity") kan grunda federal behörighet, men endast om var och en i klassen har ett anspråk överstigande 10.000 dollar.

Är väl forumspärren passerad finns ytterligare sju prövostenar att klara av ("the certification issue"). Det krävs *1.* att det finns en klass, *2.* att käranden är medlem i klassen, *3.* att klassen är så stor

158 Harvard Developments 1976 s 1499, där det vidare påpekas (s 1500) att manageabilitykravet ibland används som ett sätt att prioritera mellan olika rättsområden.

159 500 F. 2d 86.

160 Miller s 57.

161 Miller s 56, jfr ovan s 163 ff.

162 Miller s 56.

163 Jfr Harvard Developments 1976 s 1502 f och ovan s 196.

att kumulation inte är praktiskt genomförbar ("numerosity"), *4.* att det finns för klassen gemensamma sak- eller rättsfrågor ("commonality"), *5.* att kärandens talan är typisk för klassens anspråk ("typicality"), *6.* att käranden (och hans ombud) kan representera klassen på ett adekvat sätt ("adequacy of representation") samt *7.* att talan passar in i någon av Rule 23:s kategorier, (b) (1), (b) (2) eller (b) (3). En talan får föras som en *(b) (1) class action* om individuella rättegångar skulle innebära risk för oförenliga "standards of conduct" för svaranden och/eller "substantially impair or impede the ability of other class members to protect their interests". En *(b) (2) class action* kan aktualiseras av rätten eller någon av parterna vid förbuds- och fastställelsetalan ("injunctive or declaratory relief") i vissa fall. En *(b) (3) class action* gäller i allmänhet skadestånd och kan tillåtas om de gemensamma sak- eller rättsfrågorna dominerar ("predominance") och class actionformen är överlägsen i förhållande till andra sätt att effektivt och rättvist avgöra tvisten ("superiority"). Vid prövningen av superiorityrekvisitet beaktas bl a om en class action skulle bli hanterbar ("manageability").

Alla dessa rekvisit – eller nästan alla – är problematiska i ett eller flera hänseenden. De är vaga, överlappande och delvis inkonsekventa; praxis och doktrin har förmått ge föga vägledning och det föreligger följaktligen ett stort utrymme för domarens fria skön ("discretion") och invändningar från svaranden.[164] Det finns anledning anta att den enskilde domarens uppfattning om class actioninstitutets funktion och existensberättigande, likaväl som hans intresse för det rättsområde (t ex civil rights, konsumentfrågor etc) processen gäller, påverkar hans bedömning av class actionförutsättningarna. Att man valt en lagstiftningsteknik som ligger långt från den abstrakta form modern svensk lagstiftning stundom[165] präglas av (t ex generalklausuler) har inte hindrat denna utveckling. Rekvisiten och bedömningsfaktorerna enligt Rule 23 saknar inte konkretion men väl stringens och konsekvens. Somliga påstår att praxis lider av samma brister.

Frågan om hur regleringen i Rule 23 skulle kunna förbättras har diskuterats i både USA, Kanada och Australien. Bl a har man föreslagit att "the certification issue" även borde omfatta en "preliminary hearing on the merits", detta för att få stopp på materiellt

164 Enligt Garth (i 62 Indiana Law Journal, 1986–87 s 501) framställs ofta invändningar betr samtliga class actionrekvisit, vanligast är dock invändningar rörande kärandens "adequacy of representation" (jfr not 93 ovan).

165 Jfr dock betr processrätten Fitger i Festskrift till Welamson (1988) s 153 ff.

dödfödda processer. Ja, såväl forumfrågan som alla de sju prövostenarna har varit föremål för debatt de lege ferenda. Det blir anledning att återkomma till det i kapitel 10 och 11. Men först skall ytterligare några centrala delar av class actionområdet kartläggas.

Kap. 6 Notice, opt-out och rättskraft

"Det var väl bara en herre från tredje klass, som trängde sej lite dumt. . ."
Mikael Wiehe

1. Inledning 210
2. Notice enligt Rule 23 212
   2.1 Allmänt 212
   2.2 Notice vid (b) (1) och (b) (2) class actions 213
   2.3 Notice vid (b) (3) class actions 215
   2.4 Notice vid förlikning 221
3. Opt-out och opt-in 223
4. Rättskraft 226
   4.1 Allmänt om de amerikanska rättskraftsreglerna 227
   4.2 Rättskraft vid class actions 231
5. Sammanfattning och avslutande synpunkter 236

1. Inledning

1966 års ändringar i Rule 23 uppfattades av många som ett dramatiskt hot mot alla presumtiva svarande i class actionmål. Möjligheterna att föra class actions utökades radikalt. När den gamla "oäkta" class action som kallades "spurious", ersattes med (b)(3) class actions i 1966 års tappning blev det möjligt för käranden att föra process om skadestånd som en class action med bindande verkan för alla klassmedlemmar utan att kräva någon aktivitet från deras sida; det tidigare kravet att de som ville utnyttja domen för egen räkning måste ansluta sig explicit ("opt-in") byttes mot den nu gällande regeln att alla klassmedlemmar som inte efter "notice" begär att uteslutas från klassen ("opt-out") omfattas av domen i class actionmålet.[1]

Syftet med denna regeländring var emellertid inte, som man skulle kunna tro, att sätta ett effektivare vapen än tidigare i händerna på käranden utan snarare att backa upp svaranden.[2] Denne hade

[1] Se ovan i kap 3 s 124.

[2] Se t ex Harvard Developments s 1393.

före 1966 haft den otacksamma uppgiften att processa enbart mot de motståndare som gav sig till känna. De klassmedlemmar som valde att ligga lågt och inte ansluta sig i processens början hade allt att vinna och intet att förlora på att inta en sådan avvaktande attityd. Vann svaranden processen skyddade inte domen honom från ny rättegång från dem som inte deltagit i den första processen; det var alltså fritt fram för nya försök från deras sida. Och förlorade svaranden det första målet kunde de passiva klassmedlemmarna många gånger ansluta sig efter ett delavgörande och dra nytta av det för svaranden negativa avgörandet, s k "one-way intervention".[3] En "spurious class action" medförde bristande likställdhet i rättskraftshänseende, ett avsteg de facto från "the doctrine of mutuality" (likhetsprincipen) och uppfattades därmed som en anomali i rättskraftshänseende.

Genom att utsträcka class actiondomens rättskraft till att gälla för och emot alla klassmedlemmar som inte uttryckligen begärt att bli uteslutna ("opt-out") ville man 1966 alltså skapa trygghet för svaranden och ge honom ett skydd mot nya processer. Rättskraften skulle inte bara gälla *för* utan också *emot* frånvarande klassmedlemmar; "mutuality" rådde åter i rättskraftshänseende. Men förhoppningarna att friden därmed skulle vara återställd kom helt på skam. 1966 års ändringar följdes av en dramatisk stegring av antalet class actions och vissa ansåg att för svaranden var en class action ett helvete även i de mest gynnsamma fallen. 1966 års nya regler om class actions stärkte snarare kärandens (och klassens) position än svarandens ställning. Och att antalet class actions steg i höjden var enligt mångas uppfattning att se som ett resultat av 1966 års regeländringar.[4]

Nå, det är en annan historia. Till nu aktuella delar av berättelsen hör däremot att den nya vidsträckta rättskraftsregeln inte bara ansågs kräva möjlighet till "opt-out" utan också att klassmedlemmarna verkligen fick besked ("notice") om sin rättighet att hållas utanför kretsen av dem som träffades av domens rättskraft. Reglerna om notice gjordes särskilt rigida för just (b)(3) class actions och motiverades i förarbetena med att rättskraften mot tredje man annars skulle strida mot de konstitutionella kraven på "due process", som bl a innefattar varje medborgares rätt till "a day in

[3] Jfr ovan i kap 3 s 123.

[4] Ökningen var antagligen inte en följd av själva ändringarna utan snarare av samhällsutvecklingen och flera andra samverkande faktorer, se härom Miller, Frankenstein s 664 ff och ovan s 143 f.

court" innan domstolen ingriper i hans rättssfär genom ett för honom bindande avgörande.[5] Att motsvarande krav på notice inte uppställdes för (b)(1) och (b)(2) class actions, och att "opt-out" inte tilläts i dessa fall, uppehöll sig däremot lagstiftaren inte vid.[6]

Det råder alltså ett starkt samband mellan reglerna om rättskraft, opt-out och notice vid class actions. I det följande skall jag redogöra närmare för vad som gäller i dessa hänseenden. Och trots att notice-kravet i viss mån är en konsekvens av rättskraftsreglerna och inte tvärtom har jag valt att börja med notice och opt-out. Kapitlet avslutas sedan med en redogörelse för de amerikanska rättskraftsreglerna i allmänhet och deras betydelse i class actionsammanhang i synnerhet.

2. Notice enligt Rule 23

2.1 Allmänt

Rule 23 innehåller tre olika regler om notice:

1. Den fakultativa regeln i 23 (d)(2) som ger domstolen möjlighet att förordna om notice vid alla slags class actions när detta behövs "for the protection of the members of the class or otherwise for the fair conduct of the action", *(general notice)*.

2. Den obligatoriska regeln i 23 (c)(2) att vid (b)(3) class actions skall notice ske till klassmedlemmarna om att en class action pågår, *(post certification notice)*.

3. Den obligatoriska regeln i 23 (e) för alla slags class actions att en class action inte får avslutas med förlikning ("dismissals or compromise") förrän notice ägt rum och klassmedlemmarna givits möjlighet att reagera, *(settlement notice)*.

Notice förekommer alltså vid alla slags class actions men är bara obligatoriskt vid (b)(3) class actions och vid förlikning. I det följande behandlar jag först under 2.2 notice vid (b)(1) och (b)(2) class actions, därefter under 2.3 notice vid (b)(3) class actions och sist, under 2.4, notice vid förlikning. I avsnitt 2.3 berörs också frågan om kostnaderna för notice och i 2.4 ges några exempel på

[5] Advisory Committee notes s 249 f, jfr Harvard Developments s 1393 och 1402 ff där det hävdas att lagstiftaren här stödde sig på felaktiga grunder, se även ovan i kap 5 (betr "adequacy") s 190 där "femte författningstillägget" återges.

[6] Jfr nedan s 213 ff.

svårigheterna att få klassmedlemmarna att rätt uppfatta vad notice går ut på.

2.2 Notice vid (b)(1) och (b)(2) class actions

Som redan framgått innehåller Rule 23 inte någon särskild noticeregel för (b)(1) och (b)(2) class actions. Detta har lett till meningsskiljaktigheter på så sätt att vissa hävdat att den obligatoriska noticeregeln för (b)(3) class actions (23 (c)(2)) skall tillämpas analogt vid (b)(1) och (b)(2) class actions eftersom det konstitutionella kravet på "due process" annars inte skulle vara uppfyllt. Andra har gjort gällande att enbart den fakultativa noticeregeln i 23 (d)(2) *(general notice)* gäller vid (b)(1) och (b)(2) class actions.[7] "Due process" kontrolleras, hävdar man då, främst genom kravet på "adequacy of representation", som ju prövas vid samtliga class actions och anses uppfyllt under följande två förutsättningar:

> "the . . . court must first decide whether the district courts initial finding that the named plaintiff would adequately represent the class was correct. Second, the appellate court must decide whether the named plaintiff in fact adequately protected the interests of the class".[8]

Det räcker alltså inte att domstolens beslut att godkänna käranden var korrekt, det fordras (som framgått i kapitel 5) även att käranden rent faktiskt utförde sin uppgift på ett godtagbart sätt för att "adequacy" skall ha förelegat; blott i så fall skall domen binda hela klassen.[9] Om detta kan anses ha varit fallet

> "then those represented, in effect, have had *a day in court* under conditions that meet *due process* standards and notice is not constitutionally required."[10]

"Due process" uppfylls alltså genom "adequacy of representation" och inte genom notice. Men att vare sig Rule 23 eller konstitutionen framtvingar notice vid varenda (b)(1) och (b)(2) class action betyder naturligtvis inte att notice *aldrig* skulle krävas av domaren i det

[7] Jfr Miller, Problems of Giving Notice in Class Actions, i 58 FRD (1973) s 313 ff. Se även Ontario Report I s 495 f.

[8] Miller, Problems s 315.

[9] Jfr ovan s 191 och Folloni, Class Actions: Certification and Notice Requirements, i 68 the Georgetown Law Journal (1980) s 1032 f.

[10] Miller, Problems s 315 och Harvard Developments s 1402. (mina kursiveringar), jfr däremot Advisory Committee notes ovan s 212 vid not 5.

enskilda målet. Den fakultativa noticeregeln i Rule 23 (d)(2) gäller ju vid alla slags class actions och den kan tillgripas på varje stadium av processen då domaren anser att notice behövs. Huvudregeln förefaller vara att notice krävs, men däremot arbetar man i allmänhet inte med så ambitiös notice vid (b)(1) och (b)(2) som vid (b)(3) class actions.[11] I de fall en (b)(2) class action innefattar talan om skadestånd anses dock – efter rättsfallet *Johnson v. General Motors Corp.* (1979)[12] – att notice måste ha ägt rum för att domen skall ha rättskraft mot klassen.[13] Vid talan om injunctions är däremot domen bindande även utan notice om kravet på "adequacy of representation" varit uppfyllt.[14]

Hur kan det då komma sig att notice inte alltid krävs vid (b)(1) och (b)(2) class actions? Två förklaringar skymtar i litteraturen. För det första är gruppen, klassen, vid (b)(1) och (b)(2) class actions i allmänhet mer distinkt, enhetlig och avgränsbar än vid (b)(3) class actions; för att en (b)(1) eller (b)(2) class action skall få föras krävs ju enligt Rule 23 att klassmedlemmarna har samma intresse i saken eller att de söker "relief applicable to all of them" (vilket vanligen innebär att det är fråga om förbuds- eller fastställelsetalan).[15] Därför kan man räkna med att alla inte behöver höras för att saken skall få en fullständig belysning. Och om talan inte skulle föras som en class action skulle domen ändå få ungefär samma betydelse för alla berörda, då självfallet utan något som helst krav på notice.[16]

För det andra kan det förhållandet att en obligatorisk noticeregel inte tillämpas i (b)(1) och (b)(2) fallen sättas i samband med att det inte finns någon möjlighet till opt-out vid sådana class actions,[17] vilket i sin tur torde hänga samman med den nyss berörda faktiska bundenheten för alla. Vid (b)(1) och (b)(2) class actions fungerar alltså notice främst som ett slags litisdenuntiation med ty åtföljande

[11] Miller, Sum and Substance s 188, jfr dock Alpert s 225. – Tydligen kan dock notice inte ske *efter* domen, vilket kritiseras i Ontario Report I s 505.

[12] 598 F. 2d 432. Här krävdes individuell notice, vilket kritiserats i Note, Notice in Rule (b) (2) class actions s 1236 ff.

[13] Folloni s 1011, 1027 och 1034. – Yrkande om skadestånd kan, trots ordalydelsen i Rule 23, förekomma även vid (b)(2) class actions, se Folloni s 1030, jfr dock ovan s 126 f.

[14] Folloni s 1028 f.

[15] Miller, Problems s 315. Vid (b)(3) class actions hålls däremot medlemmarna samman blott av "the fact that they are asserting one or more common issues", a st, jfr ovan i kap 3 s 133 ff.

[16] Att en class action ändå kan vara fördelaktig berörs nedan s 465 ff.

[17] Jfr Alpert s 225 och Ontario Report I s 470 och 472 f.

möjlighet att intervenera. Det har också hävdats – men jag minns inte var – att rigida noticeregler vid (b)(1) och (b)(2) class actions skulle motverka class actioninstitutets användbarhet på ett icke önskvärt sätt på områden präglade av "social and public policy", där man genom class actions velat öka lagarnas genomslagskraft, så t ex i diskrimineringsmål.

Men, det förtjänar att upprepas: att det saknas en obligatorisk noticeregel för (b)(1) och (b)(2) class actions innebär självfallet inte att notice aldrig förekommer. Tvärtom, notice torde i allmänhet ske men då alltså enligt den för alla class actions gemensamma fakultativa regeln i 23 (d)(2), som har den fördelen att den inte tvingar fram individuell notice (dvs ett särskilt brev till var och en i klassen) när detta framstår som orimligt. Regeln låser inte heller fast notice till något visst stadium i processen.

Det exempel på regelns användning som ges i lagtexten anses inte vara uttömmande.[18] Bestämmelsen utnyttjas ofta, ibland även för att bereda klassmedlemmar ett skydd som sträcker sig längre än minimikraven vad gäller "adequacy" enligt 23 (a)(4). Vidare har den fakultativa regeln använts för att inhämta synpunkter på hur målet skall handläggas, t ex om det bör inrättas "subclasses".[19] Och man har tagit regeln till utgångspunkt för att ålägga klassmedlemmarna att inkomma med preciserade skadeståndskrav på särskilda formulär med påföljd att deras anspråk annars prekluderas; detta även vid (b)(3) class actions.[20] Som jag skall återkomma till i avsnitt 3 kan man fråga sig vad som skiljer en sådan class action från en "spurious" class action enligt Rule 23 i 1938 års tappning; opt-out byts ju i så fall de facto mot en opt-inregel.

2.3 Notice vid (b)(3) class actions

Den obligatoriska noticeregeln vid (b)(3) class actions har följande lydelse (Rule 23 (c)(2)):

> "In any class action maintained under subdivision (b)(3), the court shall direct to the members of the class the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice shall advice each member that (A) the court will exclude him from the class if he so requests by a specific date; (B)

[18] Se för det följande Miller, Problems s 328 f; regeln återgiven ovan s 126.

[19] Se ovan s 212.

[20] Senate Study s 18.

the judgment, whether favorable or not, will include all members who do not request exclusion; and (C) any member who does not request exclusion may, if he desires, enter an appearance throught his counsel."

Som synes är denna noticeregel obligatorisk; notice kan aldrig undvaras vid (b)(3) class actions. Men det framgår däremot inte av lagtexten *när,* dvs på vilket stadium av processen, notice skall ske. Regeln har emellertid allmänt uppfattats så att notice skall ske först sedan "the certification issue" (dvs frågan om en class action skall tillåtas i det enskilda fallet) avgjorts, men å andra sidan så fort detta beslut fattats.[21] Notice enligt 23 (c)(2) kallas därför ibland också "post-certification notice".[22] Att domstolen inte bör vänta längre beror på att klassmedlemmarna bör få möjlighet att intervenera eller begära opt-out så fort som möjligt. Domstolen anses dock ha möjlighet att skjuta upp notice t ex till efter det att discoveryfasen är avslutad.[23]

Nu kan man tycka att notice borde ske redan innan beslut fattas i frågan om talan skall godkännas som class action så att klassmedlemmarna får tillfälle att påverka detta avgörande i positiv eller negativ riktning. Detta är också möjligt, men notice sker då enligt den allmänna, fakultativa, regeln om notice i 23 (d)(2), som ju i princip kan tillgripas vid alla class actions och när som helst under processen.[24] Men det blir dyrt med dubbel notice, även om den inte behöver vara individuell enligt den fakultativa regeln.

Som framgår av Rule 23 (c)(2) skall notice vid (b)(3) class actions innehålla upplysning om 1. rätten till opt-out, 2. om att klassmedlemmar som inte hoppar av blir bundna av domen och 3. om att klassmedlemmar som inte hoppar av har rätt till företräde i processen. Så långt har regeln i 23 (c)(2) inte lett till några tillämpningssvårigheter.

Värre är det med formuleringen att domstolen skall förordna om "the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all memebers who can be identified through reasonable effort". Bestämmelsen är ju allmänt hållen och har, förutom det sista ledet, närmast karaktären av generalklausul. Den sista punkten har dock blivit föremål för omfattande diskussioner och bildar underlag för det mest kända class actionmålet av alla: *Eisen v.*

21 Miller, Problems s 317.
22 Ontario Report I s 494 f.
23 Miller, Problems s 317.
24 Miller, Problems s 329.

Carlisle & Jacquelin (1974).[25] Rättsfallet belyser centrala class actionfrågor och är förtjänt av ett fylligt referat.

Herr Eisen väckte talan mot mäklarfirman Carlisle & Jacquelin (och ytterligare en mäklare) och yrkade skadestånd för att man tagit ut en otillåten extra avgift vid handeln med småposter på aktiebörsen. Klassen bestod av ungefär sex miljoner människor som köpt – eller sålt – sådana småposter ("odd-lots") under en viss tidsperiod. Av dessa sex miljoner kunde cirka två miljoner lätt identifieras; namn och adress fanns upptagna i datalistor över aktieföresäljningen. En av huvudfrågorna var om notice då kunde ske s a s kollektivt eller om Rule 23 (c)(2) borde förstås så att alla de två miljoner som var lättidentifierade måste få individuell notice (via brev). Kostnaden för ett sådant noticeförfarande skulle uppgå till flera miljoner dollar. Fråga i målet var också om käranden måste betala dessa kostnader ensam i processens inledningsstadium eller om det var möjligt att hålla en "preliminary hearing on the merits"[26] för att därefter ålägga även svaranden ett preliminärt kostnadsansvar. Skadeståndsyrkandet för Eisens egen del uppgick till 70 dollar.

The District Court i New York (södra distriktet, Judge Tyler) inskränkte sig till att kräva individuell notice till 1. alla medlemmar vid New Yorks fondbörs, 2. alla banker med betydande trustuppdrag, 3. de på adresslistan som varit invecklade i mer än tio försäljningar under tidsperioden (cirka 2.000 personer) och 4. till 5.000 personer, slumpvis utvalda från listan. Vidare skulle allmän notice ske genom publicering av annonser i vissa tidningar. Kostnaderna skulle då stanna vid cirka 20.000 dollar. Tyler ålade vidare svaranden att stå för 90 % av noticekostnaderna i initialskedet, detta efter en "preliminary hearing on the merits" som gav underlag för bedömningen att Eisen hade 90 % chans att vinna målet.

Tyler fick – och får fortfarande – medhåll i sitt beslut på många håll i doktrinen såväl vad gäller sättet för notice som beträffande kostnadsfördelningen och möjligheten att hålla en "preliminary hearing".[27] Överinstanserna skulle däremot inte se lika nådigt på saken.

Court of Appeals ansåg att Rule 23 (c)(2) inte gav underlag för att undgå individuell notice till alla de två miljoner som lätt kunde identifieras. Vidare ansåg man att det inte var tillåtet med en "minihearing" för att bestämma den preliminära kostnadsfördelningen.

Men Eisen gav inte upp – ännu. Efter åtta år hade hans talan nått *Supreme Court*. Han hävdade där dels att ett noticekrav såsom Court of Appeals utformat det skulle tvinga honom att ge upp sin talan, dels ock att den opt-out möjlighet som noticekravet var betingat av var ointressant i det aktuella målet eftersom ingen i klassen lidit så stor skada att det skulle gå att finansiera en sådan individuell talan som opt-out regeln avsåg att möjliggöra.

Men Supreme Court lät sig inte bevekas. Liksom Court of Appeals sade man nej till förenklad notice, nej till att hålla en "preliminary hearing" och

[25] *Eisen* vandrade genom instanserna i flera omgångar men här avses Supreme Courts avgörande 417 US 156 (ofta kallat Eisen IV). Beträffande underrättsavgörandena se uppställningen i Ontario Report II s 497 i not 18.

[26] Man gör då en (icke bindande) förprövning av kärandens möjligheter att vinna bifall till sina yrkanden, se nedan s 262 f.

[27] Se t ex Miller, Problems s 320 samt, beträffande kostnadsfördelningen och "preliminary hearings on the merits", Chayes 1982 s 32 f.

nej till att ålägga svaranden ett partiellt preliminärt kostnadsansvar. Och det tycks inte ha varit konstitutionella "due process"-hänsyn som var avgörande för högsta domstolens ställningstagande utan snarare en bokstavstolkning av Rule 23 (c)(2):

"The short answer to these arguments is that individual notice to identifiable class members is not a discretionary consideration to be waved in a particular case. It is, rather, an unambiguous requirement of Rule 23. As the Advisory Committee's Note explained, the Rule was intended to ensure that the judgment, whether favorable or not, would bind all class members who did not request exclusion from the suit . . . accordingly, each class member who can be identified through reasonable effort must be notified that he may request exclusion from the action and thereby preserve his opportunity to press his claim separately or that he may remain in the class and perhaps participate in the management of the action. There is nothing in Rule 23 to suggest that the notice requirements can be tailored to fit the pocketbooks of particular plaintiffs".[28]

Det rigida noticekrav som Supreme Court stannade för i *Eisen* innebär självfallet i praktiken ett avgörande hinder för class actions i de fall klassen är stor och medlemmarna lätta att identifiera, samtidigt som de individuella skadorna uppgår till låga belopp ("individually non-recoverable claims"). Supreme Court uttalade ju även att svaranden inte kan åläggas att betala kostnaderna redan i processens inledningsskede (däremot är det ibland möjligt att efter en framgångsrik class action få kostnaderna ersatta av motparten):[29]

"We also agree with the Court of Appeals that petitioner must bear the cost for notice to the members of his class . . . In the absence of any support under Rule 23, petitioner's effort to impose the cost of notice on respondants must fail. The usual rule is that the plaintiff must initially bear the cost of notice to the class. The exceptions cited by the District Court related to situations where a fiduciary duty preexisted between the plaintiff and defendant, as in a shareholder derivative suit. Where, as here, the relationship between the parties is truly adversary, the plaintiff must pay for the cost of notice as part of the ordinary burden of financing his own suit."[30]

I detta läge gav Eisen (eller kanske hans ombud) – efter åtta långa år – upp försöken att få ersättning för sina 70 dollar och att beröva mäklarna deras obehöriga miljonvinster. Men Supreme Courts avgörande i *Eisen* har kritiserats på många håll och ses som ett exempel på "a triumph of form over substance".[31] Varken tidigare praxis i Supreme Court eller förarbetena till Federal Rules of Civil

[28] Rättsfallet s 176.

[29] Ontario Report I s 497 och Alpert s 227 och 241.

[30] Rättsfallet s 176.

[31] Chayes 1982 s 32.

Procedure tvingade fram en så hård inställning, anses det; underinstansernas mer pragmatiska syn på noticefrågan stod enligt t ex Chayes i bättre överensstämmelse med de krav man kunde utläsa där.[32] Genom forumspärren i *Snyder* och *Zahn*[33] och genom noticekraven enligt *Eisen* drog Supreme Court igen dörren allt mer för class actions beträffande små individuella skadeståndsanspråk.[34]

Men, som vanligt frestas man säga,[35] utvecklingen stannade inte upp trots detta. Man har lyckats finna flera vägar att komma förbi fordringarna enligt *Snyder, Zahn* och *Eisen*: man "konverterar" (b)(3) class actions till (b)(1) eller (b)(2) class actions och uppnår billigare notice och högre totalbelopp, som gör att man kan passera forumgränsen; man åstadkommer notice genom att utnyttja svarandens reguljära post till klassmedlemmarna etc.[36] *Eisen* anses visserligen fortfarande bindande, men noticereglerna tillämpas flexibelt utanför rättsfallets direkta tillämpningsområde.[37]

Frågan om vilka krav på notice som ställs i domstolarna och vilka *kostnader* noticereglerna föranleder vid (b)(3) class actions får viss belysning i *Senate Study,* den tvådelade officiella statistiska undersökning rörande class actions som refererats ovan i kapitel 4.[38] Undersökningens värde begränsas naturligtvis starkt av att den utfördes innan Supreme Court tagit ställning i *Eisen* och jag inskränker mig därför här till att återge några av de siffror rörande kostnaderna för notice som presenteras i undersökningen; frekvensen av individuell respektive kollektiv notice är ju inte av samma intresse längre.[39]

32 A st.

33 Ovan s 177 f.

34 Ytterligare en smäll kom i *Coopers & Lybrand v. Livesay* (1978), 437 US 463, där Supreme Court ansåg att beslut att vägra att godkänna en talan som en class action inte var ett avgörande som fick överklagas särskilt, se Chayes 1982 s 33.

35 Jfr betr *Alyeska* och *Hawaii* nedan s 301 f och 581.

36 Chayes 1982 s 34 f.

37 Ontario Report I s 503. Se även Note, Allocation s 703 ff betr möjligheterna att lägga kostnaderna för att spåra upp frånvarande klassmedlemmar på svaranden. — Vad gäller *Eisens* inflytande på delstatliga class actionregler se Smith 1980 s 1 ff.

38 Se ovan i kap 4 s 139 f.

39 Vad gäller notice*kostnader* efter *Eisen* se Brandon 1979 s 882 ff; domarna anser sig fortfarande ha små möjligheter att frångå principerna i detta rättsfall.

I de class actions som ingick i den nationella delen av undersökningen (för Columbiadistriktet) uppgick de maximala kostnaderna för individuell notice till 2.000 dollar,[40] vilket framstår som ett överraskande lågt belopp mot bakgrund av klasstorlekarna.[41] Förklaringen måste vara att endast ett begränsat antal klassmedlemmar gick att identifiera "through reasonable effort". Intressant är också att noticekostnaderna inte översteg 5 % av det inprocessade totalbeloppet i något av de fall som omfattades av Columbiaundersökningen, medan kostnaden i den nationella delen av studien understeg 10 % av det inprocessade beloppet i 16 av de 17 fall som innehåller uppgifter om noticekostnader. I några fall låg kostnaderna långt under 10 %.[42] I 4 av 23 fall uppgick dock kostnaderna till mer än 25.000 dollar:

Kostnad			*Antal fall*	*Procent*
50 –	100	dollar	2	8,7
101 –	500	"	4	17,4
501 –	1.000	"	1	4,3
1.001 –	5.000	"	8	34,8
5.001 –	10.000	"	2	8,7
10.001 –	25.000	"	2	8,7
över	25.000	"	4	17,4

Det vore självfallet helt befängt att låta sig luras av dessa uppgifter till att tro att noticekravet knappast utgör något egentligt hot mot class actioninstitutet, dvs att dessa kostnader aldrig skulle resultera i att man avstår från att föra en class action. Redan 25.000 dollar kan vara nog så svårt att förskottera för de flesta. Och vad värre är: siffrorna ger ju bara besked om de class actions som verkligen kom till stånd. Den ekonomiska kalkylen har då naturligtvis visat positivt resultat i initialskedet. Senate Study säger följaktligen ingenting om hur ofta det händer att en presumtiv class actionkärande tvingas avstå från process av kostnadsskäl. Det är högst sannolikt att noticekravet – särskilt efter *Eisen* – gör många anspråk omöjliga att processa om, inte bara i form av individuell process ("individually

[40] Senate Study s 17.
[41] Ovan s 150.
[42] Senate Study s 27.

non-recoverable") utan även i form av en class action ("non-viable").[43]

2.4 *Notice vid förlikning*

Den obligatoriska regeln i 23 (e) att notice måste ske innan beslut fattas om återkallelse, t ex på grund av förlikning, syftar naturligtvis till att skydda klassmedlemmarna från "unjust or unfair settlements affecting their rights when the representatives become faint-hearted before the action is adjudicated or secure satisfaction of their individual claims by a compromise".[44]

Att det åligger domstolen att pröva förlikningar ex officio[45] har alltså inte ansetts utgöra ett tillräckligt skydd; notice om förlikningens innehåll måste ske till medlemmarna. Och av detta meddelande skall framgå inte bara förlikningsbudets storlek utan även t ex ombudsersättningar och andra kostnader som kommer att drabba klassmedlemmarna direkt eller indirekt i form av lägre ersättning.[46]

Rule 23 (e) stadgar att "settlement notice" får ske på sätt domstolen bestämmer, vilket ansetts ge domstolen helt fria händer ("virtually complete discretion").[47] Den rigida regeln om "post-certification" notice är alltså inte tillämplig även om det gäller en (b)(3) class action, vilket ju bl a förklaras av att klassmedlemmarna genom tidigare notice i målet är s a s förvarnade om att process pågår och att det följaktligen gäller att hålla korpgluggarna öppna. I de fall förlikning sker *före* "certification" erfordras i allmänhet ej notice; förlikningen omfattar ju då bara parterna.[48]

Hur "settlement notice" kan gå till, liksom hur klassmedlemmarna kan uppfatta meddelandet, illustreras av förlikningen i det stora antibiotikamålet.[49] Till följd av illegala prisöverenskommelser hade köparna av ett tetracyclinpreparat tvingats betala ett alltför högt pris och tillverkaren hade accepterat en förlikning av innebörd att samtliga köpare skulle återfå en del av köpesumman. Man prövade först

[43] Se betr dessa termer nedan s 449 f.

[44] Miller, Problems s 330. Se vidare ovan i kap 4 s 151 ff.

[45] Se ovan s 260.

[46] Miller, Problems s 333.

[47] Miller, Problems s 332.

[48] Se Almond s 310, se vidare nedan s 260.

[49] För det följande se Miller, Problems s 321 f, jfr även Bartsh's bok om fallet.

med stora annonser i alla större dagstidningar (kostnad 114.000 dollar), men ytterst få av de hundratusentals personer som man trodde hade köpt preparatet och blivit lurade på några dollar, hörde av sig. Så tog man hjälp av TV och radio där Ralph Nader m fl framträdde och förklarade läget. Responsen var fortfarande svag. Slutligen skickades ett omsorgsfullt skriftligt meddelande brevledes ut till en stor grupp människor som kunde tänkas ha köpt antibiotika. I North Carolina sände the Attorney General ut denna notice till alla som betalat inkomstskatt under året. Några av svaren må återges här för att illustrera problemen att nå ut med begriplig information i juridiska frågor. Men först skall kanske påpekas att brevet riktades till "John Doe", som är den amerikanska motsvarigheten till vårt bruk av NN när ett brev riktas till en anonym person. Vidare bör nämnas att de som ansåg sig ha rätt till skadestånd anmodades att höra av sig till en viss tjänsteman ("clerk") vid domstolen. Här är fyra av svaren:

"Dear Sir:
I received your pamphlet on drugs, which I think will be of great value to me in the future. I am unable to attend your class, however."

"Dear Mr Clerk:
I have your notice that I owe you $300 for selling drugs. I have never sold any drugs, especially those you have listed; but I have sold a little whisky once in a while."

"Dear Mr Attorney General:
I'm sorry to say this but you have the wrong John Doe, because in 1954, I wasn't but three years old and I didn't even have a name. Mother named me when I got my driver's licence. Up to then, they just called me Baby Doe."

"Dear Sir:
I received this paper from you. I guess I really don't understand it, but if I have been given one of those drugs, nobody told me why. If it means what I think it does, I haven't been with a man in nine years."[50]

Dessa sorglustiga exempel är alls inte unika men självfallet ej heller typiska. Just antibiotikamålet anses ha varit en stor framgång för

[50] Exemplen hämtade från Miller, Problems s 322. Ett annat exempel på svårigheterna ges i Senate Study s 18. Det gällde här en class action i Columbiaundersökningen där domaren krävde uttryckligt svar i form av opt-in för att mottagarna av notice skulle räknas som klassmedlemmar. Notice sändes till 114 personer och innehöll instruktionen att kryssa i en av två rutor, varav en gav uttryck för önskemålet att vara med i processen och en för motsatsen. 91 av de 114 svarade och av dessa var det 18 som inte kryssat i någondera rutan. Av de återstående hade en person kryssat i båda rutorna och önskade alltså både att vara med och att inte vara med.

class actioninstitutet och noticereglerna måste anses ha väl fyllt sitt syfte.[51]

3. Opt-out och opt-in

Genom opt-out kan den som så önskar lämna klassen och därmed undgå att träffas av domens rättskraft. Men sådana avhopp är bara tillåtna vid (b)(3) class actions; vid (b)(1) och (b)(2) class actions är det inte möjligt för klassmedlemmarna att undgå domens rättskraft på detta (eller annat) sätt. Kritik har riktats mot dessa skillnader. Men kritiken går oftare ut på att opt-out inte borde vara tillåtet vid (b)(3) class actions[52] än på att opt-out även borde kunna ske vid (b)(1) och (b)(2) class actions. Vid class actions av sistnämnda typer är nämligen läget i allmänhet det att en inskränkning i domens subjektiva rättskraft skulle vara svår att åstadkomma; (b)(1) och (b)(2) class actions gäller ju, som antytts ovan, vanligen förhållanden som är mer eller mindre odelbara.[53]

Det är alls inte självklart att den vidsträckta subjektiva rättskraften vid class actions måste förenas med möjlighet till opt-out. Det konstitutionella kravet på "due process" anses, som framgått bl a i kapitel 5, inte tvinga fram möjlighet till opt-out vid (b)(3) class actions utan är uppfyllt redan genom prövningen av "adequacy of representation".[54] Anledningen till att opt-outtekniken infördes i Rule 23 vid 1966 års ändringar var nog att övergången från "spurious" class actions till (b)(3) class actions med sin vidsträckta rättskraft annars hade blivit alltför drastisk för att kunna accepteras. Och

[51] Jfr titeln på Bartsh's m fl bok rörande detta mål "A Class Action Suit That Worked".

[52] Se t ex Harvard Developments s 1348 f och 1487 f och Sherman i 62 Indiana Law Review (1986–87) s 559. I förstnämnda arbete driver man uppfattningen att skillnaderna mellan (b)(1), (b)(2) och (b)(3) class actions är konstlade och omotiverade, men just vad gäller skillnaden i fråga om rätt till opt-out anses kategoriindelningen ha "at least some practical justification", Harvard Developments s 1487, jfr dock Yeazell ovan s 133 f.

[53] Ovan s 214, Harvard Developments s 1487 och Ontario Report II s 472 f: "When Rule 23 was amended in 1966 a right to optout was extended to class members in (b)(1) and (b)(2) class actions. It was thought that the class in these kinds of class action generally would be more cohesive, and that a judgment in an action brought by one class member necessarily would affect the rest of the class members. Permitting a class member to exclude himself from the class in order to bring a separate action would make sense only if he could pursue his own suit to a conclusion that would be independent of the outcome of the class action."

[54] Se s 212 not 5 och Harvard Developments s 1488 i not 186 samt s 1402–1411.

att man genom att införa opt-out äventyrade inte bara den trygghet för svaranden man ville uppnå med den nya rättskraftsregeln utan även de eventuella processekonomiska vinsterna[55] samt den minskade risken för motstridiga avgöranden var tydligen av mindre betydelse.

Valet stod nog snarare mellan opt-in och opt-outteknikerna. Hade man valt "opt-in", dvs att endast de som uttryckligen ansluter sig blir bundna av domen, hade man i princip blivit kvar i ett system med "oäkta" ("spurious") class actions, dvs ett system som också kan beskrivas som en form av litisdenuntiation med möjlighet till efterföljande kumulation sedan domstolen väl avkunnat ett för käranden gynnsamt utslag.[56]

Opt-intekniken finns inte med i Rule 23 numera men har ändå kommit till användning i ett inte obetydligt antal fall, vilket illustrerar hur domstolarna mycket väl anser sig kunna avvika från ordalydelsen i Rule 23 när detta framstår som lockande.[57] Således åläggs ibland de klassmedlemmar som anser sig ha skadestånd att fordra att komma med uppgift om yrkat belopp på särskilda formulär redan innan processen är avslutad vid (b)(3) class actions i vissa fall.[58]

Att man 1966 valde att byta opt-in mot opt-out ökade naturligtvis svarandens trygghet på så sätt att fler blir bundna av domen än tidigare; det var också denna effekt som var den avsedda.[59] Lagstiftaren kunde här lita på erfarenheterna att passivitet är vanligare än aktivitet och att följaktligen klasstorlekarna – och därmed domens subjektiva rättskraft – skulle öka om det ålades den som vill slippa undan rättskraften att vara aktiv i stället för tvärt om. Ett system med opt-in antas allmänt leda till mindre klasser än regler

55 Ontario Report II s 470 f.

56 Jfr ovan s 123 f. Skillnaden mellan dessa som det tycks principiellt helt olika system kan förefalla subtil i praktiken. Den som vill ha del av det skadestånd som kan komma att utdömas i ett class actionmål måste ju någon gång höra av sig och då kan det tyckas komma på ett ut om detta sker före eller efter det att dom fallit i målet. För den försiktige är dock möjligen denna skillnad inte helt utan betydelse.

57 Jfr däremot betr notice *Eisen* ovan s 217 f.

58 Se nedan s 279 ff och Ontario Report I s 476 not 2.

59 Ytterligare trygghetsverkan uppnås naturligtvis om opt-out inte tillåts, jfr ovan vid not 55 och Coffee i 62 Indiana Law Journal (1986–87) s 643 som påpekar att det är mest sannolikt att de klassmedlemmar, som har mycket att vinna och förlora, hoppar av för att driva egen process. Och det är denna kategori som det vore värdefullt för svaranden att uppnå skydd mot, se nedan s 344.

om opt-out.[60] Detta antagande vinner också stöd i de empiriska undersökningar som finns på området. Enligt *Senate Study*[61] skedde över huvud taget ingen opt-out i ungefär hälften av de undersökta målen,[62] vilket redan det ger en fingervisning om passivitetens omfattning.

Intressant är att *Senate Study* inbegrep några class actions där opt-out och opt-in kommit till parallell användning. Två class actions rörande diskriminering i arbetslivet fördes samtidigt. Opt-intekniken användes i den ena och opt-out i den andra. 8 % av klassmedlemmarna hoppade av processen genom opt-out medan anslutningen blev knappt 40 % (och "avgången" över 60 %) när opt-intekniken användes.[63] Denna avsevärda skillnad uppkom trots att det gällde samma kategori anställda och samma slags talan i båda målen. Passivitetsfenomenet kunde även iakttas i två andra class actions: målen var anhängiggjorda samma dag och båda gällde talan mot samma svarande som påstods ha lurat ett antal villaägare. I opt-outmålet reducerades klassen med 17 %, i opt-inmålet med 73 %![64]

Att tekniken med opt-out är att föredra framför opt-in för den som vill att class actiondomar skall omfatta så många som möjligt är således uppenbart. Vill man, som lagstiftaren 1966, förbättra svarandens skydd mot upprepade processer är opt-out att föredra framför opt-in. Men en bred anslutning är till fördel också för käranden och för class actioninstitutets möjlighet till funktionsuppfyllelse. De – eventuella – processekonomiska vinsterna ökar och därtill såväl den reparativa som den preventiva potentialen; större uppslutning kring processen vässar class actionvapnet och stärker följaktligen även positionen för käranden och hans klasskamrater. Genom att välja opt-out gjorde kanske lagstiftaren svaranden en björntjänst!

Att valet mellan opt-out och opt-in inte är någon renodlad teknisk fråga utan nämnvärd materiell betydelse märks klart i Ontario

60 Se t ex Ontario Report I s 468, 480, 491. Det behöver dock inte enbart bero på passivitet; som framhålls i Senate Study s 18 kan den aktivitet som opt-in förutsätter försvåra för t ex en arbetstagare att ansluta sig till en class action mot arbetsgivaren medan ett avstående från opt-out inte kräver fullt lika mycket "mod", jfr citatet nedan s 226.

61 Ovan s 139 f.

62 Senate Study s 27, jfr Pomeranz s 1266.

63 Senate Study s 19. – Det var således endast 40 % som avgav ett svar av innebörd att de ville delta i processen.

64 Det framgår ej av undersökningen varför inte dessa class actions hade slagits samman till en.

Report. I den kanadensiska kommitténs argumentation för att välja opt-out framgår tydligt att också denna fråga har ett klart samband med bl a class actioninstitutets funktion. Följande citat är inte hämtat från amerikansk litteratur men det hindrar inte att det passar bra som avslutning på det här avsnittet:

> "It is interesting to note that certain proponents of affirmative action are of the view that the purposes of the class action procedure are limited to the achievement of economies of time, effort and expense, and the fostering of uniformity in judicial decision-making. In other words, they are not willing to ascribe to class actions an 'access' function. A corollary of this view is the belief that only individually recoverable claims merit prosecution through the class action, because they represent injuries that otherwise might lead to separate actions, which in turn would lead to inefficient use of resources by the courts and litigants, and would pose the danger of inconsistent decisions. It follows, then, that an opt out regime would be objectionable because it would allow redress for individually nonrecoverable claims that, by definition, would not have been brought as individual suits.
>
> We do not find this argument persuasive. We do not agree that a failure to respond to an invitation to opt in to a class action necessarily demonstrates indifference to the harm inflicted by the defendant. In our view, many injured class members would inevitably fail to opt in for reasons having no relation to either their subjective intention or their sense of harm. The Commission believes that the operation of the same social and psychological factors that discourage persons from bringing their own civil actions will prevent them from taking other forms of affirmative action, particularly following certification, when the liability of the defendant is not settled and recovery appears to be in the distant future. Furthermore, the fact that class actions might be used to achieve compensation for persons having claims too small to justify individual actions does not trouble us. On the contrary, we believe that this represents an important benefit of class actions."[65]

4. Rättskraft

Som framgått av det föregående grundas bestämmelserna om notice framför allt på att dom i ett class actionmål är bindande för och emot samtliga medlemmar i klassen – med undantag för dem som begagnat möjligheten till opt-out vid (b)(3) class actions. Hur förhåller sig då denna bundenhet till vad som gäller i vanliga mål och hur förhåller sig de amerikanska rättskraftsreglerna till de svenska?

[65] Ontario Report I s 480, jfr rekommendationerna på s 491 f. Funktionsfrågorna tas upp närmare nedan i kap 12, förslaget i Ontario Report i kap 11 s 417 ff.

4.1 Allmänt om de amerikanska rättskraftsreglerna[66]

De amerikanska rättskraftsreglerna kan lämpligen presenteras med utgångspunkt från terminologin på området. Denna infallsvinkel har också den fördelen att den underlättar för läsaren att tillgodogöra sig de citat från praxis och doktrin som kan bli aktuella i det följande.

Låt oss börja med några vedertagna termer som *inte* gäller rättskraft, men ligger så nära att risk för sammanblandning föreligger. *Stare decisis* (eller "the doctrine of the precedent") är den lära som innefattar domstolar bundenhet vid tidigare avgöranden i rättsfrågor i samma och högre instans, dvs närmast vad vi i Sverige skulle kalla prejudikatsverkan (prejudikatsbundenhet). I ett land präglat av common law och case law är dock denna doktrin naturligtvis av större betydelse[67] än i de rättssystem som liksom vårt eget faller tillbaka på civil lawtraditionen.[68]

Domstolarnas bundenhet vid tidigare avgöranden har naturligtvis stor betydelse för den enskildes möjligheter att förutse den rättsliga betydelsen av sina handlingar. Men även om prejudikatsbundenheten är större än i Sverige är den dock ändå inte absolut: för det första kan det finnas avvikande omständigheter som medger att man kan särskilja ("distinguish") det aktuella fallet från de föregående, för det andra är det i princip bara ratio decidendi, dvs de resonemang ("holdings") som är av direkt betydelse för utgången i målet och inte diverse andra uttalanden som domstolarna förefaller strö frikostigt omkring sig (obiter) "dicta" som har prejudikatsvärde. Och för det tredje anses man i USA kunna avvika från det första avgörandet om domstolen anser att "the prior case was decided wrongly".[69]

Det sistnämnda undantaget måste naturligtvis tillämpas med ytterst stor restriktivitet för att inte hela "stare decisisteorin" skall ramla sönder och samman. Lägre domstolar har knappast möjlighet att på denna grund avvika från avgöranden i högre instans och

66 Se betr rättskraft t ex Casad, Robert, Res judicata, St Paul 1976, Wright & Miller s 4401 ff, Miller, Casebook s 1024 ff och Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 54 ff samt den komparativa framställningen i Engelman-Pilgers tyskspråkiga bok från 1974.

67 Jfr Zweigert & Kötz s 299 ff. Se även Jacobsson s 9 f.

68 Zweigert & Kötz s 302–304, se även Cappelletti, The doctrine s 381 ff. – En skillnad är dock att stare decisis inte hindrar ny process och kan kringås genom ett medgivande vilket däremot sannolikt inte är fallet med res judicata; ny rättegång är då förbjuden, så Glenn 1985 s 301.

69 Kane s 191, jfr Bergholtz s 273.

avgöranden i Supreme Court kan i princip bara omkullkastas av denna den högsta av domstolar själv. Det skall dock upprepas att det inte endast är Supreme Courtsdomar som innefattas i den amerikanska stare decisisdoktrinen – i det federala systemet har även avgörandena i första instans ("district courts") och givetvis i andra instans ("appellate courts") avsevärt, om än inte absolut, prejudikatsvärde åtminstone inom sitt jurisdiktionsområde. Detta tar sig bl a uttryck i att de publiceras i tryckta rättsfallssamlingar och är föremål för kontinuerliga (och, som det förefaller, oändliga) systematiseringar och kommentarer.

Från res judicata har man att skilja inte bara stare decisis utan även – och fastmer – *stare vulgaris,* dvs vår vanliga svenska stare som också den har en tendens att följa sina föregångare i ur och skur. Det vore dock olyckligt att sammanblanda detta fenomen med de amerikanska domherrarnas flockbeteenden.[70]

Domens rättskraft bör vidare skiljas från ytterligare två företeelser: "the doctrine of the law of the case" samt "election of remedies". *The doctrine of the law of the case* innebär att ett avgörande i rättsfrågor i högre instans är bindande för lägre instans om målet återkommer dit efter t ex återförvisning. Ungefär motsvarande bundenhet förekommer (troligen) i svensk rätt men ämnet tillhör de mindre väl utredda i vårt land. *Election of remedies* tilllämpas numera bara i vissa delstater och innebär att förbud i viss utsträckning råder mot att föra talan på oförenliga grunder (t ex att grunda en talan i första hand på kontrakt och i andra hand på quasikontrakt). Den som för talan på en grund saknar enligt denna lära möjlighet att under eller efter processen återkomma under åberopande av den andra. Men det är inte *domen* i det första målet utan snarare *anhängiggörandet* av talan nr 1 som har denna preklusionsverkan.[71] Jag har sannolikt inte förstått skillnaden mellan "election of remedies" och res judicata (samt förbud mot ändring av talan och litispendens) men det gör inte så mycket eftersom distinktionen (sannolikt) saknar betydelse för fortsättningen.[72]

[70] Jfr Michanek & Westerlund & Westman s 1988 med not 155400.

[71] Jfr Casad s 13 och res judicata i romersk rätt, varom Boman i Festskrift till Hasselberg s 26 ff.

[72] I brottmål förekommer ett förbud mot att åtala en person två gånger för samma gärning ("double jeopardy") oavsett om dom fälls i mål nr 1 eller ej, ett förbud som företer likheter med det ovan berörda åtminstone i så måtto att förbudet inte uppfattas som en fråga om res judicata. Det grundar sig på 5th amendment i konstitutionen, se vidare Casad s 10 f.

Detta om sådana former av bundenhet och preklusion som *inte* räknas som utslag av rättskraft i amerikansk rätt. En term som däremot avser rättskraft i (ungefärlig) svensk mening är – naturligtvis – *res judicata* (kallas även *claim estoppel*), dvs närmast förbud att ompröva yrkandet. Härifrån skiljer man *collateral estoppel,* en distinktion som är främmande ur svensk synvinkel. Något förenklat kan man kanske säga att medan res judicata (claim estoppel) gäller *the cause of action,* dvs partens talan, gäller collateral estoppel *issues,* alltså särskilda frågor som aktualiseras inom ramen för denna talan. Något erinrar distinktionen om skillnaden mellan domens prejudiciella betydelse och dess betydelse som processhinder, men den amerikanska uppdelningen förefaller mera atomiserad än den svenska.

Res judicata innebär, liksom i Sverige, att ny process om samma sak inte är tillåten och detta oavsett vilka frågor som avhandlades i process nr 1.[73] Man använder särskilda termer beroende på om rättskraften riktar sig mot segraren eller mot förloraren i den första processen. Den som vunnit process nr 1 kan inte komma åt att yrka mer eller annat i process nr 2; talan nr 2 sägs vara "merged into the first". *Merger* motsvarar alltså den ena biten av vad vi i Sverige kallar rättskraftens negativa betydelse eller dess betydelse som processhinder. Är det däremot förloraren i process nr 1 som gör ett nytt försök att väcka talan säger man att hans talan är *barred* av den första. *Bar* är alltså även det ett utslag av domens betydelse som processhinder. Och båda dessa former av res judicata gäller – givet - vis skulle vi säga i Sverige – inte bara i den domstol som avkunnat det första avgörandet utan enligt teorin om *"full faith and credit"* i alla domstolar, statliga såväl som federala.[74]

Frågan om i vilken utsträckning icke åberopade grunder och alternativa yrkanden prekluderas enligt amerikansk rättskraftsteori vore förvisso förtjänt av ett närmare studium. Här finns inte plats för att påstå annat än att man förefaller intressera sig mer för grundens än yrkandets (rättsföljdens) identitet och att preklusionen av icke åberopade grunder inte förefaller vara så långtgående som t ex Ekelöf anser vara fallet i svensk rätt.[75]

[73] Kane s 189

[74] Konstitutionen art IV, § 1 och Enabling Legislation 28 U.S.C. § 1738, Kane s 190.

[75] Se t ex Casad s 96 ff samt Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 55. Jfr dock citatet från Kane nedan s 230 f.

Låt oss så gå vidare till *collateral estoppel,* eller *issue estoppel,* som man också säger. Enligt Kane innebär denna teori att "any issue that was *actually* and *necessarily* litigated in one action will be estopped from being relitigated in a subsequent suit".[76] Denna teori innebär alltså ett avsteg från vår svenska regel att "domskäl vinner ej rättskraft" och intar ofta en dominerande plats i amerikanska framställningar rörande rättskraften.[77] Det blir anledning att återkomma till den s k offensiva varianten av collateral estoppel under 4.2 nedan.

Så långt om rättskraftens objektiva utsträckning. Av minst lika stort intresse ur class actionsynpunkt är naturligtvis rättskraftens subjektiva utsträckning enligt amerikansk rätt, dvs domens betydelse för och emot tredje man. Det är ju just i detta hänseende class actions erbjuder extraordinära möjligheter jämfört med talan i vanlig rättegång.

Liksom i Sverige är huvudregeln i USA att domen bara binder parterna i den första processen. Härutöver gäller en dom för och emot dem som är "in privity" ("privies") med parterna. Vilka är det då som faller inom denna kategori? Kane beskriver hur tillämpningen av privitybegreppet vidgats under senare år:

> "Historically, a person who was in privity with a party was one who acquired an interest in the subject matter of the suit after it had been brought. Successors in interest, whether they obtained their interests by virtue of an assignment, by inheritance or by law were treated as parties for res judicata purposes. Modern courts have extended privity concepts to a larger number of circumstances. For example, privity has been held to embrace employer-employee and indemnitor-indemnitee relationships. Indeed, persons whose liability, if any, is derivative have been held in privity with those from whom their liability derives. Additionally, if a person actually controls the first suit, he will be found to be in privity with the named parties to that suit. Appointed or legal representatives, such as guardians or administrators, are in privity with the person whom they are representing. While this listing of privity relationships is not exhaustive, it illustrates the modern trend to expand the scope of res judicata to bind persons whose interests are so wedded to those of existing parties that it would be a waste of judicial effort to allow a second action simply because they were not named in the first suit. However, because res judicata effects are so drastic – precluding issues that ought to have been litigated, as well as those that actually were litigated – courts still refuse to extend privity to embrace persons having similar, or

[76] Kane s 190, min kursivering. – Liksom man då det gäller prejudikatsverkan skiljer mellan "holdings" och "dicta" (ovan s 227), tycks man alltså även inom rättskraftsteorin fästa avseende vid om ett ställningstagande var nödvändigt för utgången eller inte.

[77] Casad s 122 ff.

even identical, interests if there is no special relationship existing between those individuals. The focus is on the type of relationship between the party and the alleged privy, as well as their identity of interest in light of that relationship."[78]

Utöver "privities" förekommer bundenhet för tredje man i vissa fall som vi – med ett undantag – kan bortse från här.[79] Undantaget är kärandens klasskamrater vid alla slags class actions enligt Rule 23; de räknas inte som "privies",[80] men ändå gäller ju domen för och emot dem försåvitt de inte begagnat sig av opt-out. Det blir strax anledning att återkomma till det.

Först skall emellertid konstateras att en doms rättskraft inte kan bestämmas förrän vid ett senare försök att bestrida den, vilket kan ske genom *collateral attack* (ej att förväxla med collateral estoppel). Tekniken är att man väcker ny talan och gör gällande att den tidigare domen på grund av vissa fel – t ex avsteg från principerna om "due process"[81] – inte utgör något hinder för ny process.

4.2 Rättskraft vid class actions

Uppenbart är att den subjektiva rättskraftsverkan domen har vid class actions sträcker sig längre än till vad som ryms inom ramen för begreppet "privies" – åtminstone i dess ursprungliga betydelse.[82] Enligt Rule 23 binds ju (efter 1966) alla medlemmar i klassen vid alla class actions med undantag för avhopparna. Att så är fallet framgår visserligen bara indirekt – och endast för (b)(3) fallen – av själva lagtexten (". . . the judgment, whether favorable or not, will include all members who do not request exclusion"). Att class actiondomar genomgående har denna vidsträckta rättskraft är dock numera helt ovedersägligt.[83] Ett av huvudsyftena med 1966 års

78 Kane s 200 f (min kursivering), se även Engelman-Pilger s 103 ff.

79 Se vidare Engelman-Pilger s 98 ff och, betr förhållandet till "due process", a a s 136 ff.

80 Jfr dock citatet ovan s 230 f.

81 Ovan s 190 och Bergholtz s 278.

82 Se dock ovan s 230.

83 Jfr ovan s 114 ff betr äldre rätt. Före 1938 års regler ansåg Advisory Committee (som ju är en av Supreme Court utsedd kommitté med uppgift att utarbeta regler för det processuella förfarandet, ovan s 110) att frågan om rättskraft var "substantive" och att därför varje försök att bestämma i frågan skulle strida mot Rules Enabling Act, som bara ger Supreme Court "rule-making power" i förfarandefrågo; se Note, Collateral Attack on the Binding Effect of Class Action Judgments s 591 i not 15.

ändringar av Rule 23 var ju, som jag berört i det föregående, att till skydd för *svaranden* utsträcka rättskraften till att gälla mot alla och omöjliggöra "one-way intervention", dvs en rätt att inträda i processen först då dom fallit och utnyttja dess rättskraft.[84] Att "one-way intervention" ansågs olämplig berodde sannolikt på att den utgjorde ett flagrant exempel på "lack of mutuality"; svaranden hade ingen möjlighet att binda klassmedlemmarna, men dessa kunde binda svaranden genom att hoppa in i kampen då denna redan var avgjord.[85] Class actioninstitutet tycks dock här åter[86] ha varit i otakt med omgivningen; principen om "mutuality" (dvs likabehandling av parterna i rättskraftshänseende) var på väg att uppges då den anfördes som argument för att utsträcka class actiondomens rättskraft i (b)(3) fallen.[87]

För att en class actiondom skall ha rättskraft måste kraven på "adequacy of representation" och notice enligt Rule 23 ha varit uppfyllda. Som jag berört tidigare skall inte bara domstolens bedömning av "adequacy" ha varit riktig i och för sig utan det krävs dessutom att käranden och hans ombud sedermera rent faktiskt skött sina representativa uppgifter på ett fullgott sätt.[88] Vad gäller notice räcker det däremot att domstolen förordnat om notice enligt Rule 23 på sätt som framstått som förenligt med regeln; att vissa klassmedlemmar faktiskt inte nåtts av meddelandet fråntar inte domen dess rättskraft mot dem.[89] En klassmedlem som vill väcka egen talan efter en ogillande class actiondom kan alltså ha framgång med sin "collateral attack" om det allmänt sett brustit i fråga om notice eller "adequacy of representation", varav det sistnämnda rekvisitet för en giltig class actiondom är ett utslag av det konstitutionella kravet på "due process".[90]

[84] Ovan s 123 f och nedan s 355 not 82. Beträffande one-way intervention se även Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 58 med not 230.

[85] Ovan s 123 f och Harvard Developments s 1395.

[86] Se betr andra paradoxer ovan s 73 ff och 131 ff.

[87] Jfr Harvard Developments s 1396.

[88] Se ovan s 191 betr adequacy of representation.

[89] Casad s 194 och rättsfallet *Hansberry* nedan vid not 92–93.

[90] Casad s 273 och 296 f och ovan s 190 och 211 ff. – Härutöver finns naturligtvis, för klassmedlemmar liksom för parterna i den första processen, andra allmänna brister som kan beta domen dess rättskraft, enligt Note, Collateral Attack s 589 ff finns det "certain fundamental defects – lack of subject matter jurisdiction, personal jurisdiction, or due process", som gör avgörandet "avoid" och öppet för attack när som helst.

Det klassiska – och fortfarande ledande[91] – rättsfallet vad gäller rättskraft i class actionmål är *Hansberry v. Lee* (1940).[92] Avgörandet är visserligen från tiden före de nu gällande class actionreglerna, men det innehåller grundläggande uttalanden som fortfarande citeras och så skall ske även här. Supreme Court anförde bl a:[93]

> "It is a principal of general application in Anglo-American jurisprudence that one is not bound by a judgment *in persona* in a litigation in which he is not designated as a party or to which he has not been made a party by service or process. . . To these general rules there is a recognized exception that, to an extent not precisely defined by judicial opinion, the judgment in a 'class' or 'representative' suit, to which some members of the class are parties, may bind members of the class or those represented who were not made parties to it. . . The class suit was an invention of equity to enable it to proceed to a decree in suits where the number of those interested in the subject of the litigation is so great that the joinder as parties inconformity to the usual rules of procedure is impracticable. . .
>
> Nevertheless, there is scope within the framework of the Constitution for holding in appropriate cases that a judgment rendered in as class suit is *res judicata* as to members of the class who are not formal parties to the suit. . .
>
> This court is justified in saying that there has been a failure of due process only in those cases but it cannot be said that the procedure adopted, fairly ensures the protection of the interests of absent parties who are to be bound by it. . .
>
> In all such cases, so far as it can be said that the members of the class who are present are, by general recognized rules of law, entitled to stand in judgment for those who are not, we may assume for present purposes that such procedure affords a protection to the parties who are represented, though absent, which would satisfy the requirements of due process and full faith and credit."

Detta om res judicata. Men hur är det då med *collateral estoppel*? Kan denna partiella rättskraftsverkan ha någon betydelse i class actionsammanhang?

Part som påstår bundenhet till följd av collateral estoppel måste visa att samma fråga ("identical issue") är aktuell i process 2 som i process 1 och att frågan "actually and necessarily" avgjordes i den första processen; motparten skall ha haft "a full opportunity to prove a given issue".[94] Kan man inte utläsa av domen att frågan

[91] Note, Collateral Attack s 590, betr äldre rätt se ovan i kap 3 s 114 ff.

[92] 311 US 31. – Class actiondomens rättskraft mot klassmedlem erkändes tidigt i engelsk rätt men först 1921 definitivt i USA i rättsfallet *Supreme Tribe of Ben Hur v. Cauble*, 255 US 356, 1921, varom ovan s 119 f.

[93] Rättsfallet s 40-43.

[94] Kane s 202.

varit föremål för bedömning föreligger inte heller collateral estoppel.

Tidigare ansågs den subjektiva utsträckningen vara densamma vid res judicata och collateral estoppel. Bara de som var parter – eller "in privity" med part – i process nr 1 bands genom domen och kunde åberopa collateral estoppel till sin fördel, andra inte.[95] Att collateral estoppel inte kunde åberopas mot tredje man, dvs någon som inte varit part i process nr 1 är också helt följdriktigt mot bakgrund av de konstitutionella kraven på "due process" (ovan s 190): den som inte haft möjlighet att processa om saken – "a day in court" – bör inte heller vara bunden.

Men skulle då inte collateral estoppel kunna göras gällande *av tredje man mot den som varit part*? Den som varit part har ju haft fulla möjligheter att påverka domstolens ställningstagande i process nr 1 och gick avgörandet honom emot får han s a s skylla sig själv. Och att den som vill åberopa domen inte var part i det första målet borde väl inte vara något hinder; han underkastar sig ju frivilligt.

Åtminstone tidigare gick det dock inte att göra gällande "collateral estoppel" på detta sätt och anledningen var även här att bundenhet skulle strida mot likhetsprincipen, "the doctrine of mutuality": eftersom den som var part i den första rättegången inte får åberopa collateral estoppel mot tredje man får tredje man inte heller åberopa collateral estoppel mot honom.[96]

Det låter ju fint med likställdhet, men total "mutuality" går inte att uppnå ens om collateral estoppel icke går att åberopa i den nämnda situationen; svaranden i den tidigare rättegången får då chans att processa två gånger om samma sak (visserligen mot olika parter) medan den nya parten blott har en chans.[97] "Mutualityprincipen" går inte att upprätthålla fullt ut hur man än vänder sig och den är också till stor del övergiven numera. Utvecklingen i den riktningen började, som nyss antytts, paradoxalt nog samtidigt som Rule 23 ändrades för att förhindra "one-way intervention", ett annat brott mot "mutuality".[98]

[95] Jfr Casad s 203.

[96] Casad s 203, jfr beträffande one-way intervention ovan s 123 f och 232 samt Furman s 1206 ff.

[97] Jfr Kane s 208.

[98] Ovan s 123. Jfr Casad s 210 ff och Harvard Developments s 1395 f. Se även Furman s 1191 ff.

Några delstater vägrar numera att acceptera "offensive collateral estoppel", dvs att bundenhet åberopas av tredje man.[99] I vissa delstater gör man skillnad på om collateral estoppel åberopas mot den som var kärande respektive svarande i process nr 1. Läget är idag oklart, även federalt, trots att man genom rättsfallet *Parklane Hosiery Co. v. Shore* (1979) fått visst stöd för att även offensivt bruk av collateral estoppel accepteras av Supreme Court:

> "The Court ruled that the trial court had broad discretion to determine this question and that collateral estoppel should be applied unless the court finds that the plaintiff easily could have joined in the first action or that its application of collateral estoppel would be unfair to the defendant. The federal standard thus looks not only to foreseeability, but also to other potential unfairness and it seeks not to reward a plaintiff who choose not to join in the first suit in order not to be bound by that judgment, if it were for the defendant. The majority of state courts have not gone so far."[100]

Läran om collateral estoppel och inskränkningarna i "mutuality"-principen har betydelse för class actionfallen på så sätt att en klassmedlem vid (b)(3) class actions genom en kombination av opt-out och collateral estoppel tycks kunna både äta upp kakan och ha den kvar på ungefär samma sätt som enligt reglerna om "one-way intervention" vid "spurious" class actions enligt Rule 23 i 1938 års tappning.[101] Antag att A väcker skadeståndstalan i form av en (b)(3) class action mot B och att T ingår i klassen. Efter notice utnyttjar T sin möjlighet att hoppa av (opt-out) enligt Rule 23. Förlorar sedan A processen är T inte bunden av domen och kan – i strid med intentionerna bakom 1966 års ändringar i Rule 23 – plåga B med ny rättegång. Och om A vinner den första processen skulle T möjligen kunna åberopa collateral estoppel beträffande de gemensamma frågorna i en egen eventuell process mot B, som ju har haft full chans att processa om dessa frågor i class actionmålet. T skulle då ha allt att vinna och inget att förlora, tycks det, på opt-out medan B har allt att förlora men inget att vinna mot den som hoppat av process nr 1!

Denna situation har uppmärksammats i doktrinen, där man i allmänhet anser att även om mutualitykravet numera är i stort sett övergivet bör collateral estoppel inte kunna åberopas av T i detta

[99] Betr defensiv och offensiv collateral estoppel, se Kane s 209 och Note, Offensive assertion s 1189 ff samt ovan i not 66 anförd litteratur.

[100] Här citerat efter Kane s 210. (99 S.CT. 645) Se betr *Parklane* även Furman s 1195 ff.

[101] Ovan s 123 f, jfr Kalven & Rosenfield s 713.

läge; det vore, anser Kaplan, "anamalous to give one who opts out collateral estoppel benefits of the action from which he deliberately removed himself".[102]

Kaplan har såvitt jag kunnat finna i stort sett fått stå oemotsagd i senare doktrin. Han anför även[103] att man bör vara restriktiv med att ge den som begagnat opt-out rätt att intervenera. Det kan förefalla som om det finns goda skäl att inta denna ståndpunkt, men jag tycker att saken är tveksam. Ger man en person som använder opt-out sämre läge vad gäller *både* collateral estoppel och interventionsrätt än vad som tillkommer tredje man vid vanlig process (t ex ett pilotmål) låter man ju de facto class actionmålet påverka alla oavsett deras uttalade önskan. Detta är dock konsekvent ur den synpunkten att möjlighet till opt-out (på goda grunder) saknas vid (b)(1) och (b)(2) class actions.[104] Klassmedlemmarnas processuella position kan alltså påverkas även mot deras vilja vid alla tre slagen av class actions enligt Rule 23, även vid (b)(3) class actions.

5. Sammanfattning och avslutande synpunkter

Rule 23 stadgar om notice vid alla slags class actions, men endast vid förlikning och i (b)(3)-fallen är notice obligatoriskt. Kraven på individuell notice i skadeståndsmål har fått en rigid tillämpning i *Eisen* och verkat sannolikt starkt avhållande på benägenheten att starta en class action enligt Rule 23 (b)(3).

De skärpta kraven på notice i (b)(3)-fall står i samband med den rätt till opt-out som endast föreligger vid sådana class actions. Genom opt-out kan klassmedlem undgå att bli bunden av domen i målet. Att dom i class actionmål annars äger rättskraft mot hela klassen är numera allmänt vedertaget.[105] Det är just denna vidsträckta

[102] Kaplan i 81 Harvard Law Review s 356 ff och s 391 not 136, jfr Casad s 218 och rättsfallet *Parklane* ovan vid not 100 samt Furman s 1212 f ang förarbetena till Rule 23 i 66 års appning. Jfr däremot Kalven & Rosenfield s 711 ff betr läget dessförinnan.

[103] Kaplan s 392 i not 136. – I Harvard Developments (s 1401) går man så långt att man anser att om "adequacy of representation" föreligger bör också intervention nekas även klassmedlemmar som inte begärt opt-out. Detta borde betyda att intervention aldrig kan förekomma – om domstolen anser att "adequacy" brister bör ju processen inte tillåtas fortsätta. Detta strider dock mot den allmänna uppfattningen om intervention i class actionmål, varom nedan s 264 ff.

[104] Ovan s 223.

[105] Se t ex Casad s 192 f.

subjektiva rättskraft som bildar underlag för de centrala reglerna om notice, opt-out och – kanske framför allt – adequacy of representation. Men den stora vikt rättskraften har för class actioninstitutet avspeglas numera varken i praxis eller doktrin. Det finns inte mycket material att hämta i frågan. Osäkerhet om vad som gäller råder i flera hänseenden.[106] Att framgångsrika fall av collateral attack (dvs ett bestridande av rättskraften) kan grundas på brister i adequacy of representation och – möjligen – notice förefaller dock vara klart.[107]

Det är följaktligen av yttersta vikt att domstolarna handlägger och avgör frågor om notice och adequacy of representation på ett sådant sätt att collateral attack inte blir möjlig. Så sker inte alltid och detta, i kombination med en frikostig inställning till collateral attack, kan innebära att man skapar "a post judgment election to opt out – a return to one-way intervention under a new quise".[108] Precis som före 1966 års ändringar i Rule 23 riskerar svaranden i så fall att behöva gå igenom en lång rättegång som tredje man kommer att skörda frukterna av om svaranden förlorar. Uppnår å andra sidan svaranden att kärandens talan ogillas kommer domen att kunna angripas med collateral attack. Osäkerhet i dessa hänseenden kan också bidra till att minska svarandens förlikningsbenägenhet eftersom han inte kan lita på att förlikningen står sig mot hela klassen.

Ytterligare inskränkningar i svarandens trygghet skapas av rätten till opt-out. Kanske kan avhopparen rent av parasitera på bifallande domar genom s k offensiv collateral estoppel. Röster har dock höjts mot detta i doktrinen och antalet avhoppare förefaller än så länge vara lågt.

Hur skall man då få class actioninstitutet att fungera tillfredsställande i rättskraftshänseende? Viktigt är naturligtvis att se till att reglerna om bl a adequacy of representation och notice följs och därmed förhindra att avgörandet förlorar sin rättskraft. Men det gäller att kryssa mellan Scylla och Charybdis! Är man alltför rigorös i denna kontroll stryps processen i sin linda; den blir för dyr och omständlig. Men är man alltför slapp följer så småningom en dödförklaring av domen via collateral attack.

Det har antytts att en väg mot säkrare class actiondomar vore att anse att fullgod "adequacy of representation" skulle kunna bota

106 Se t ex Note, Collateral Attack s 589 och 594.

107 Note, Collateral Attack s 596.

108 Note, Collateral Attack s 601.

felaktig notice.[109] Så långt förefaller dock de flesta inte vara beredda att gå.[110] Och att perfekt notice skulle kunna kompensera brister vad gäller adequacy of representation, vill nog ingen göra gällande.[111]

Avslutningsvis må det tillåtas mig att för ett ögonblick ifrågasätta betydelsen av att domen i class actionmål vinner rättskraft för och emot alla i klassen. Skulle man kunna tänka sig ett class action-institut utan den vidsträckta subjektiva rättskraftsverkan som nu gäller? Är det inte att ifrågasätta hela class actioninstitutet om man tänker bort rättskraften? Nej, ur historisk synpunkt förhåller det sig inte på det sättet.[112] Class actioninstitutets fördelar är inte uteslutande betingade av rättskraften.[113] Käranden kan tänkas föra process för hela klassens räkning trots avsaknaden av rättskraft mot alla; bevis-, prejudikats- och exekutionsverkan skulle däremot antas kvarstå. Och om rättskraften inskränks till parterna skulle man kunna förenkla class actionmålen genom att släppa på kraven vad gäller notice, adequacy of representation osv så långt domens preliminära exekutionsverkan tillåter. Är inte rättskraften övervärderad i class actionsammanhang (liksom kanske i alla andra sammanhang)?

Låt oss anta att en kärande för en förbuds-, fastställelse- eller fullgörelsetalan för hela klassens räkning och att domen bara vinner rättskraft mellan parterna. Om käranden förlorar målet kommer knappast flera i klassen att göra om försöket än vad som är troligt efter opt-out idag. Och om käranden i class actionmålet vinner bifall till sin talan tror jag att svaranden i de flesta fall skulle försöka göra rätt för sig mot alla i klassen hellre än att – för att värja sig mot exekutionen – starta ny process på egen bekostnad.[114] Vid förbuds- och fastställelsetalan blir skillnaderna mellan att rätta sig efter domen i förhållande till käranden ensam respektive i förhållande till samtliga liten i de flesta fall. Och vid fullgörelsetalan skulle den första domens bevis- och prejudikatseffekt inte stå långt efter rättskraften gentemot den som tredskas. Svaranden skulle – åtminstone i

109 Note, Collateral Attack s 605.

110 Ovan s 190.

111 Note, Collateral Attack s 605, jfr *Gonzales*, (474 F. 2d s 76), varom ovan s 191.

112 Ovan s 81 och 114 ff, se även Kalven & Rosenfield (s 711 ff) som – betr Rule 23 i 1938 års tappning – riktar sig mot överbetoningen av rättskraftens betydelse i class actionsammanhang.

113 Se nedan i kap 12 s 465 ff.

114 Jfr Harvard Developments s 1399 ff och Gottwald s 16 och 21.

USA – dessutom få svårt att hitta ett ombud som skulle vara villigt att ta på sig riskerna med en ny process.[115]

På grund av de amerikanska kostnadsreglerna[116] finns dock risk att även en solvent tappande svarande kan lockas att vägra betalning vid "individually non-recoverable" och "non-viable" claims i medvetande om att motparten sannolikt inte är beredd att begå ekonomisk harakiri bara för att framtvinga betalning av motparten.[117] Men detta gäller även om class actiondomen äger rättskraft till förmån för alla i klassen – svaranden kan ju sätta sig på tvären också i detta fall. Det förefaller snarare vara domens exekutionsverkan än dess rättskraftsverkan som utgör den yttersta grunden för class actioninstitutets möjlighet till funktionsuppfyllelse – preventivt och reparativt – vid små individuella anspråk. Att tänka sig exekutionsverkan på en icke rättskraftig dom kan dock möjligen förefalla djärvt. Men detta fenomen finns redan de lege lata i form av verkställighet av icke lagakraftvunna – och följaktligen ej heller rättskraftiga – domar.[118] Motpartens intresse anses tillräckligt tillgodosett genom rätten till överklagande och inhibition. Motsvarande möjligheter kan införas för class actionmålen.

Den ovan framkastade tanken skall naturligtvis inte uppfattas som mer än ett infall för att i någon mån motverka den fördomsfullhet som förefaller råda rörande rättskraftens omistlighet, också vid grupptalan. Ett inte lika djärvt men kanske (ännu?) mer tänkvärt alternativ är att arbeta vidare efter de principer om "ensidig" rättskraft som redan har viss tillämpning i verkligheten inte bara i USA ("non-mutuality") utan även i svensk rätt, så t ex vid talan enligt 9 kap 17 § 3 st. aktiebolagslagen och vid process enligt vissa immaterialrättsliga lagar.[119] Det kan finnas skäl att utöka tillämpningen till ytterligare några.

Rättskraften vid class actions är nog i första hand (ja kanske enbart) till fördel för svaranden; det var ju också av hänsyn till henne som man 1966 vidgade rättskraften till att gälla alla även i skadeståndsmål.[120] Men jag tror inte att svaranden vunnit något (och klassmedlemmarna ytterst litet) på denna nymodighet; rätts-

115 Jfr Harvard Developments s 1399.

116 Se nedan s 283 ff.

117 Harvard Developments s 1401 f.

118 Jfr SOU 1986:1 s 79 f.

119 Se Ekelöf, Rättegång III s 116.

120 Ovan s 124.

kraftens trygghetsverkan är, som framgått ovan, redan nu starkt begränsad av rätten till opt-out och collateral attack. Och även svaranden drabbas av de kostnader som bl a "the certification issue" förorsakar. De klassmedlemmar som bums vill få till stånd en bindande dom bör kunna välja opt-in. På så sätt skulle "mutuality" uppnås och rättskraftskonsekvenser inte behöva påverka och fördyra processen vid fler class actions än då detta framstår som befogat för åtminstone någon av parterna.

Kap. 7 Förfarandet m m

"Allt har sin tid, så även detta mörker,
och dessa katakomber. . ."
Gunnar Ekelöf

1. Inledning 241
2. Huvuddragen av förfarandet i tvistemål i allmänhet 242
   2.1 The pleadings 242
   2.2 Discovery 245
   2.3 Pretrial conference 247
   2.4 Avgöranden under förberedelsestadiet 248
   2.5 The trial 250
3. Förfarandet i class actionmål 251
   3.1 Allmänt 251
   3.2 Domarroll och officialprövning, förlikning och återkallelse 254
   3.3 Tillståndsfrågan ("the certification issue") 262
   3.4 Intervention i class actionmål 264
4. Sammanfattning och avslutande synpunkter 266

1. Inledning

Amerikansk civilprocess skiljer sig – åtminstone skenbart – avsevärt från kontinental och svensk tvistemålsrättegång. Det finns därför skäl att inleda det här kapitlet med att teckna en översiktlig bild av förfarandet i tvistemål i allmänhet och då främst den federala civilprocessen enligt The Federal Rules of Civil Procedure (FR). Mot denna bakgrund skall jag sedan beskriva processen i class actionmål, varvid det naturligtvis främst blir anledning att stanna vid sådant som inte förekommer i vanlig rättegång. Ett par speciella class actionfrågor – notice och opt-out – har jag redan behandlat i det föregående kapitlet. I nästa kapitel berörs en del särskilda förfarandefrågor i samband med beräkning och fördelning av skadestånd. Här skall jag nu ta upp bland annat frågor om rättens roll och den officialprövning som framför allt kommer till uttryck vid förlikning och återkallelse. Av dominerande betydelse i många class actionmål är tillståndsfrågan ("the certification issue"), dvs handlägg-

ningen av kärandens yrkande att få föra målet som en class action. Denna fråga diskuteras i avsnitt 3.3. Kapitlet avslutas med en redogörelse för intervention i class actionmål och en sammanfattning.

2. Huvuddragen av förfarandet i tvistemål[1]

Den amerikanska civilprocessen kan delas in i två stadier: *pretrial* och *trial*. "Pretrial" motsvaras av vår förberedelse och "trial" motsvarar huvudförhandlingen i svensk process. Alla mål går inte till huvudförhandling medan däremot förberedelse aldrig kan undvaras.

Pretrial, förberedelsen, kan i sin tur delas in i två faser: *the pleadings* och *the discovery*. Till detta kommer så i vissa fall en (eller flera) *pretrial conference(s)*, dvs sammanträde(n) för muntlig förberedelse.

Ibland avgörs, som nyss antytts, målet redan under förberedelsestadiet, dvs utan huvudförhandling: *adjudication without a trial* (eller "on preliminary motions"[2]). Detta kan ske genom *summary judgment* (som inte motsvarar avgörande i svensk summarisk process) och *default judgment* (ungefär motsvarande vår tredskodom). Dessutom kan ett mål avgöras genom t ex *penalty judgment, dismissals without prejudice* och *dismissals for lack of prosecution*. Det blir anledning att återkomma till allt detta i det följande.

2.1. The pleadings

Förberedelsen – "the pretrial" – inleds alltså med "*the pleadings*", som innefattar parternas inledande skriftväxling.[3] I tidig engelsk common law var pleadings snarare en fråga om "issue formulation" än "fact revelation";[4] under writ-processen gällde det för käranden att från början definiera sitt anspråk rätt, att välja rätt "form of action" för att ha chans till framgång.[5] Tonvikten låg alltså på typi-

1 Framställningen i avsnitt 2 bygger i huvudsak på Kane s 76 ff och Friedenthal & Miller s 101 ff. Se numera även Junker s 270 ff.

2 Se ovan i kapitel 4 s 151 ff.

3 Observera alltså att "the pleadings" alls inte motsvarar den svenska pläderingen utan snarare motsatsen: termen avser inte huvudförhandlingens avslutning utan förberedelsens inledande.

4 Kane s 79.

5 Ovan s 52 f.

seringen av anspråket, inte på att presentera det relevanta bakgrundsmaterialet. Den här inriktningen levde kvar vid common lawdomstolarna – även i USA – för att förlora betydelse först när man slog samman dessa domstolar med equitydomstolarna.[6] I linje med de principer som styrde utformningen av *New York Field Code* (1848) övergavs det rigida processtypsystemet i de flesta delstater i USA under mitten av 1800-talet och tonvikten lades i stället på att käranden i sin första skrift – *the complaint* – skulle presentera de rättsfakta[7] som låg till grund för hans talan. Fr o m detta tidsskede kunde käranden i de flesta delstater åberopa alternativa grunder (ja till och med inbördes motstridiga grunder), vilket inte var möjligt enligt det ursprungliga engelska systemet.[8]

I så måtto levde dock det gamla systemet kvar att om inte kärandens rättsfakta passade in i en accepterad rättsregel togs saken inte upp till prövning; därigenom kunde "the pleadings" fortfarande användas till att skilja ut och stoppa "cases based on vague or frivolous assertions".[9] Kraven på kärandens "complaint" enligt New York Field Code har sedan uttunnats ytterligare genom tillkomsten av Federal Rules of Civil Procedure; man talar om en övergång från "code pleading" till "notice pleading" och kravet på kärandens första skrift inskränker sig numera enligt Kane[10] till att den skall innehålla sådan information att svaranden kan förstå varför käranden har stämt honom och ge svaranden tillräckligt underlag för att utforma sitt svaromål. Detta förefaller dock vara att formulera kravet alltför slappt. Enligt Friedenthal & Miller skall käranden redan i "the complaint" inte bara åberopa de rättsfakta han har bevisbördan för utan ibland även vissa rättsfakta vars icke-existens svaranden har bevisbördan för. Argumentation i rättsfrågan får däremot inte förekomma på detta stadium av processen.[11]

6 Ovan s 62 f.

7 "Ultimate facts", däremot inte bevisfakta ("evidentiary facts") eller argument i rättsfrågor ("legal conclusions"); "Attempts to delineate the difference between these three terms fill the case reports", Kane s 80.

8 Beträffande "election of remedies" se ovan i kapitel 6 s 228.

9 A st, jfr Friedenthal & Miller s 101, som anser att ett av syftena med "the pleading" är att eliminera "legally defective contentions", en möjlighet vi fått i Sverige först genom 1984 års ändringar i rättegångsbalken (42:5). Antag t ex att käranden påstår att han skadats i anledning av att svaranden givit honom ett utmanande ögonkast. På yrkande av svaranden kan då rätten omedelbart ogilla kärandens talan, Friedenthal & Miller s 101 och nedan s 263.

10 Kane s 82.

11 Friedenthal & Miller s 112.

I sitt skriftliga svaromål – "*the answer*" – skall svaranden ta ställning till yrkandena och framföra sina sakinvändningar, "*defences*". Här kan både förnekanden ("denials") och åberopande av motfakta (som utgör ett exempel på "affirmative defence") förekomma.[12] Rättsinvändningar tas däremot systematiskt inte upp i litteraturen som ett tänkbart underlag för "the defence" under "the pleadings", kanske på gund av att inte heller käranden inte tillåts argumentera i rättsfrågan i sin "complaint". Motsvarigheten till våra rättsinvändningar systematiseras i stället som "challenges to pleadings" och framställs alltså sedan "skriftväxlingen" är avslutad. En rättsinvändning av denna typ betecknas i vissa delstater som "demurrer" men enligt Federal Rules of Civil Procedure som "a motion to dismiss for failure to state a claim".[13] Här finns en rest av "writ-systemet"; invändningar om att kärandens anspråk saknar rättslig grund hänförs alltså inte till "sakinvändningarna" utan bildar en grupp för sig, vilket ju mycket väl låter sig försvaras mot bakgrund av den officialprövning som präglar rättsfrågor i motsats till sakinvändningar i övrigt även i vårt land.

En "denial" kan, som nyss antytts, vara *affirmative,* dvs innebära att käranden erkänner existensen av vissa rättsfakta men samtidigt anför andra till stöd för sitt bestridande; en "affirmative defence" motsvarar alltså vad vi i Sverige kallar åberopande av motfakta. Förs nya frågor in i processen på detta sätt förekommer det att domstolen ålägger *käranden* att avge ett skriftligt svar på svaromålet – "*reply*" – också det alltså en skrift inom ramen för "the pleadings". Ytterligare skriftväxling får däremot inte förekomma på detta stadium i processen.

I och med att "the pleadings" avslutats skall ramen för processen vara fastlagd. Givetvis förekommer det att ändringar i parternas talan aktualiseras på ett senare stadium, men då krävs domstolens godkännande.[14]

[12] Kane skiljer på fem olika slags förnekanden, Friedenthal & Miller mellan två, men det saknas anledning att gå in närmare på detta här, se vidare Kane s 85 f och Friedenthal & Miller s 114 ff.

[13] Friedenthal & Miller s 120.

[14] A a s 127 ff.

2.2 *Discovery*

När "the pleadings" avslutats övergår rättegången i "discovery"-fasen. Med *discovery* menas det processuella instrument parterna utnyttjar för att få "erforderlig information" om de i målet aktuella sakförhållandena. "Discovery" förekom redan i tidig engelsk equity-process, men det var först genom tillkomsten (1938) av the Federal Rules of Civil Procedure som "discovery" blev det viktiga inslag i amerikansk process det är i dag. I de flesta delstater har man tagit efter de federala reglerna i detta avseende och amerikansk process lägger också generellt sett betydligt större vikt vid "discovery" än t ex engelsk.

Discovery anses ha (åtminstone) tre syften.[15] För det första tjänar "discovery" till att införskaffa och bevara bevis som annars inte skulle kunna förebringas vid huvudförhandlingen. "Discovery" fungerar här ungefär som våra regler om bevisupptagning utom huvudförhandlingen; det är endast om ett vittne inte kommer att kunna (eller inte lämpligen kan) närvara vid huvudförhandlingen som bevisningen får förebringas på detta sätt. Man talar inte heller om att "preserve *evidence*" utan om att "preserve *information*" i sådan form som tillåter dess "introduction into evidence" vid huvudförhandlingen; informationen blir alltså inte bevisning i teknisk mening förrän vid huvudförhandlingen. Rule 32 (a)(3)(B) innehåller dock en mycket liberal reglering vad gäller möjligheterna att använda "discovery" som bevisning vid huvudförhandlingen: ett förhör från "discovery"-fasen tillåts som bevisning vid huvudförhandlingen om vittnet bor mer än 100 engelska mil från platsen för huvudförhandlingen.

"Discovery" är emellertid mycket mer än en motsvarighet till vår bevisupptagning utom huvudförhandlingen. "Discovery" har också – för det andra – till syfte att fastställa vad som är ostridigt och till att fastlägga så många fakta som möjligt före huvudförhandlingen. Redan vid "the pleadings" skall man ju försöka fastställa vad som är ostridigt, men genom "efterforskningarna" under "discovery"-fasen kan man många gånger komma mycket längre i detta avseende. Vad så gäller det tredje och sista syftet med discovery, att fastlägga fakta, är man tydligen bland annat ute efter att binda upp vittnen vid vissa uttalanden för att sedan förhindra mened vid rättegången.[16]

[15] A a s 207 f, jfr Kane s 112 f.

[16] ". . . to freeze testimony so as to prevent purgery", Kane s 113. Jfr förundersökningsprotokollets betydelse i svensk brottmålsrättegång.

Att effekten ibland möjligen kan bli den motsatta verkar man inte bekymra sig om.

"Discovery"-fasen går alltså framför allt ut på "efterforskningar" i olika frågor och påminner i någon mån om den svenska förundersökningen i brottmål. En viktig skillnad är dock att den till övervägande del sköts av parterna själva. Efterforskningarna kan enligt Rule 26 (b) omfatta "all information relevant to subject matters of the action that is not privileged". Skyddat i sistnämnda hänseende är t ex arbetsmaterial framställt för rättegången.[17]

Men hur går då dessa efterforskningar till? Jo, "discovery" sker främst genom "depositions" och "interrogatories", dvs muntliga och skriftliga förhör. *Depositions* är muntliga förhör som kan gå till så att ombudet frågar ut förhörspersonen (motparten eller ett kommande vittne). Ett sådant förhör kallas *oral deposition*. Förhöret sker inför en tjänsteman ("clerk") och under ed. Det skrivs sedan ut och undertecknas av den hörde eller – om denne vägrar – av tjänstemannen. Det förekommer emellertid också *written depositions*, vilket innebär att parterna (eller deras ombud) formulerar sina frågor i skrift, varefter de framställs muntligen av tjänstemannen vid förhöret inför honom. Även i detta fall är alltså själva förhöret muntligt men det sköts inte av parten eller hans ombud.

Vid "depositions" gäller inte de begränsningar som följer av reglerna om "evidence" vid huvudförhandling; så är t ex frågor som innebär "hearsay" tillåtna.

En i verklig mening skriftlig "discovery" sker genom *interrogatories*. Tillvägagångssättet är här att den ena parten skickar den andre parten ett knippe frågor (ibland ett enormt antal) varvid det åligger den andre att under ed och efter bästa förmåga besvara dem skriftligen. Domstolen (eller annan offentlig myndighet) är inte alls inblandad på annat sätt än att rätten får tillgång till kopior och har att avgöra om part är skyldig att besvara viss fråga när detta förnekas av käranden. "Interrogatories" kan bara användas mot part, inte mot vittnen eller sakkunniga, och tillåts i allmänhet inte som bevisning vid huvudförhandlingen; det skulle strida mot "best evidence rules".[18]

Ytterligare ett sätt att bedriva "discovery" är "*inspection of documents* or other items", vilket ganska nära motsvarar våra editions-

17 Friedenthal & Miller s 210 ff.

18 Kane s 119.

förelägganden. Domstolsbeslut erfordras i detta fall, liksom för att tvinga motparten till fysisk eller psykisk läkarundersökning.[19]

Det bör åter understrykas att "discovery" i stort sett sker genom parternas egen försorg; rättens deltagande inskränker sig till att avkunna vissa beslut och till den ovan berörda tjänstemannens medverkan vid "depositions". Det förtjänar också betonas att "pleading" och "discovery" tycks förhålla sig som kommunicerande kärl till varandra: att kraven på "pleading" minskat från den rigida "common law-pleading" över "code pleading" till "notice pleading" förklaras nog, åtminstone delvis, av att "discovery" tagit över en del av de ursprungliga uppgifter som "pleading" hade att fullgöra. "Discovery" fungerar nu också som ett sätt att bespara domstolen arbete med målet medan det lägger avsevärda bördor på parterna. Enligt mångas uppfattning används inte sällan "discovery" i rent trakasseringssyfte; det talas om material som får mätas i hyllmeter i ett enda mål och som fraktas mellan parterna med lastbil. Förlikningsbenägenheten – som är större än i Sverige – torde stå i starkt samband med vilket mått av "discovery" som kan väntas i målet.

2.3 *Pretrial conference*

Under "pretrial"-stadiet anordnas ibland en – sällan flera – *pretrial conference(s)* enligt Rule 16. Syftet är då att förbereda målet för "the trial", vilket skall ske genom att man överväger processens fortsatta utformning.[20] Målsättningen är inte sällan att undvika huvudförhandling genom att förmå parterna att förlikas. "Pretrial conference" är fakultativ enligt Rule 16 men obligatorisk vid vissa delstatliga domstolar och detta då i allmänhet för att försöka minska domstolens arbetsbörda genom att uppnå förlikning på tidigt stadium.[21]

Domstolen har i allmänhet fria händer att bestämma de närmare formerna för en "pretrial conference". Variationerna är stora; allt,

[19] Kane s 121.

[20] Enligt Rule 16 kan "pretrial conference" användas för att överväga "The simplification of the issues; The necessity or desirability of amendments to the pleadings; The possibility of obtaining admissions of fact and of documents which will avoid unnecessary prove; The limitation of the number of expert witnesses; The advisability of a preliminary reference of issues to a master for findings to be used as evidence when the trial is to be by jury; Such other matters as may aid in the disposition of the action."

[21] Friedenthal & Miller s 242.

från formella förhandlingar i "the courtroom" till informella samtal i domarens arbetsrum ("in chambers"), förekommer.[22] I vissa domstolar sköts sammanträdet av den domare som skall leda huvudförhandlingen, i andra är förhållandet det motsatta. Vanligen avhålls "pretrial conference" först sedan "discovery"-fasen är avslutad.[23] Det är alltså visserligen i allmänhet fråga om en första inställelse inför rätten men alls inte på ett så tidigt stadium som ofta är fallet i svensk civilprocess.[24]

Intressant är att om en "pretrial conference" hålls skall den enligt Rule 16 avslutas med ett slags protokoll, en "pretrial order", undertecknad av domaren. Denna handling är alltså ett slags "summing-up" och den är synnerligen viktig eftersom den träder i stället för "the pleadings" och följaktligen styr det fortsatta förfarandet. I protokollet fastslås vad som är stridigt resp ostridigt, vilka förändringar som skett i parternas talan samt den bevisning parterna avser att förebringa vid huvudförhandlingen. Protokollet kan också förenas med preklusionsverkan.[25]

Studier av "the pretrial conference" har visat[26] att sådana sammanträden leder till bättre förberedda och skötta huvudförhandlingar. Men undersökningarna visar *inte* att man uppnår en förkortning av huvudförhandlingen. Tillspetsat uttryckt förfelar alltså "the pretrial conference" det syfte förberedelsen anses ha i svensk process, dvs att bidra till en koncentration av huvudförhandlingen. Däremot finns det tecken som tyder på att systemet med "pretrial conference" leder till fler förlikningar, men man vet inte säkert hur det förhåller sig med det. Man vet inte heller om sådana förlikningar tenderar att orättmätigt gynna den ena parten på den andres bekostnad.

2.5 Avgöranden under förberedelsestadiet

Som antyddes inledningsvis åtföljs inte alltid "pretrial" av "trial"; i en del fall – och betydligt oftare än i svensk process – avgörs målet

[22] A a s 242 f.

[23] Kane s 132, jfr ovan s 245 ff.

[24] Skillnaderna torde komma att utjämnas efter 1988 års ändringar i 42 kap RB.

[25] Friedenthal & Miller s 243, jfr rättegångsutredningens förslag i SOU 1982:26 s 519 f.

[26] Friedenthal & Miller s 244.

så att säga under förberedelsen. Låt mig ge några antydningar om hur dessa avgöranden skiljer sig från sina svenska motsvarigheter.

Summary judgment är ett viktigt exempel på avgöranden "under" förberedelsen och motsvarar alltså på intet sätt avgöranden i svensk summarisk process. Part kan påyrka en "summary judgment" då det inte finns någon "factual dispute".[27] Vad man först kommer att tänka på är naturligtvis sådana fall då fakta i målet är ostridiga och endast rättsfrågor återstår att besvara. Men det är inte endast då som "summary judgment" kan komma ifråga. Att det inte föreligger någon "factual dispute" inrymmer även det fallet att bevisning åberopas och saken enligt parts och rättens förmenande är uppenbar. Visar det sig under förberedelsen att det finns t ex två motstridiga vittnen bör dock "summary judgment" inte avkunnas, även om det ena vittnet verkar uppenbart mera sanningsenligt än det andra.[28]

"Summary judgment" används också för att avgöra delfrågor, alltså som en motsvarighet till vår del- och mellandom. Avgörandet har samma rättskraft som dom efter huvudförhandling.

Genom "summary judgment" vinner man inte bara att domare, parter och vittnen "slipper" huvudförhandling, man undgår också att inkalla en jury vilket givetvis är en väsentlig fördel för alla. Finns ingen "factual dispute" föreligger inte heller behov av jury (som endast bedömer sakfrågor) och då är det lika bra att klämma till direkt. Jag har en stark känsla av att det är så lockande att slippa jury i vissa fall att man tolkar uttrycket "no factual dispute" ganska extensivt av denna anledning.

"Summary judgment" avkunnas endast undantagsvis i början av förberedelsen. Det vanliga är att "discovery"-fasen avslutats så att parterna skall ha haft möjlighet att presentera bästa möjliga argument för sin sak.[29] (Hur denna presentation går till förstår jag däremot inte eftersom handlingarna från "discovery" normalt inte utgör processmaterial.)

En annan vanlig form av avgörande under förberedelsen är *default judgment* (ungefär detsamma som vår tredskodom). Ett sådant avgörande kan avkunnas sedan en tjänsteman vid domstolen konstaterat "default". Denna term betyder dock inte utevaro från huvudförhandlingen utan passivitet under förberedelsen. "Default" föreligger t ex om svaranden inte avger "answer" inom förelagd

[27] A a s 245, enligt Kane s 138 "no *genuine issue* of *material* fact", jfr FR 56 c.
[28] Friendenthal & Miller s 249.
[29] A a s 246.

tid. Utevaro från huvudförhandling däremot konstituerar inte "default" och den tillstädeskomne parten har i detta fall att genomföra processen och uppfylla sin bevisbörda.[30]

Dismissal without prejudice kan ske vid återkallande av talan; käranden har då kvar möjligheten att väcka ny talan om samma sak. Denna möjlighet till "avskrivningsbeslut" föreligger dock endast en gång (Rule 41 a (a)); ny återkallelse leder till "dismissal *with* prejudice", dvs ett rättskraftigt avgörande. Svaranden kan också få till stånd ett rättskraftigt avgörande till sin fördel om käranden inte lyckas föra fram processen till huvudförhandling inom viss närmare bestämd tid, *"lack of prosecution"*. I vissa delstater har svaranden rätt till sådan dom efter viss bestämd tid, men enligt de flesta processlagar finns ingen exakt tidsgräns definierad i lagtexten, däremot ofta en minimigräns.

Naturligtvis förekommer även förlikning ("settlement", "compromise") under förberedelsen och parterna kan begära att rätten fastställer uppgörelsen.

Sker inget avgörande under "the pretrial stage" går målet däremot till huvudförhandling, "trial". Tid för huvudförhandlingen sätts i allmänhet ut redan när den inledande skriftväxlingen ("the pleadings") är avslutad. Härigenom undviker man att "discovery"-fasen utnyttjas i förhalningssyfte.

2.5 The trial

Huvudförhandlingen i amerikansk civilprocess tillgår i allmänhet på ungefär samma sätt som den svenska: käranden och svaranden framlägger först sina "opening statements" och förklarar vad de har för avsikt att bevisa under huvudförhandlingen. Därefter sker bevisupptagning, varvid det material som insänts under "discovery"-fasen endast undantagsvis får utnyttjas som bevis; huvudprincipen är, som berörts ovan, att bevisupptagningen skall ske vid "the trial", där tekniken för vittnesförhör etc som bekant är betydligt mer utstuderad än i svensk process. Bevisupptagningen omgärdas också av en rad begränsningar och regler som det inte finns anledning att beröra närmare här.

Efter bevisupptagningen framlägger parterna sina "closing arguments"; tonvikten ligger då snarare på att summera den bevisning som stöder respektive parts talan än på en argumentation i rätts-

[30] A a s 253, Kane s 143.

frågorna. Anledningen till denna betoning av bevisningen är naturligtvis att sakfrågan normalt avgörs av juryn och rättsfrågorna av domaren ensam. Parterna anser nog att det i allmänhet finns större möjligheter att påverka bedömningen i sakfrågorna; kanske kan ett vidlyftigt pläderande i rättsfrågor rentav irritera den allvetande domaren.

Rättegångsbalkens grundläggande principer om muntlighet, omedelbarhet och koncentration präglar varken den amerikanska huvudförhandlingen eller processrättsdoktrinen, men de faktiska skillnaderna jämfört med vad vi är vana vid förefaller ändå vara relativt små. Det skulle emellertid kräva alltför mycket utrymme att gå närmare in på detta i här förevarande sammanhang. Domarrollen, processledningen och dispositionsprincipen kommer jag att diskutera nedan under 3.2. Här skall bara nämnas att "the trial" i hög grad präglas av "the adversary system", dvs ungefär vad vi kallar förhandlingsprincipen.[31] Domaren förhåller sig i stort sett passiv; hans aktivitet styrs i hög grad av ombudens yrkanden (se dock nedan avsnitt 3.2), åberopanden och invändningar.

Huvudförhandlingen avslutas med att domaren instruerar juryn i rättsfrågan: "finner ni att det och det är bevisat skall ni döma . . . etc". Domen avkunnas på ungefär samma sätt som i Sverige och kan i federal process överklagas till andra – och ibland – tredje instans. Överinstansernas funktion är inte att företa en total omprövning utan snarare att kontrollera att inga misstag skett.[32] I de allra flesta delstater sker överhuvudtaget ingen bevisupptagning eller bevisvärdering i högre rätt. Däremot tillåts parten framställa även sådana rättsinvändningar som inte aktualiserats i lägre rätt.[33]

3. Förfarandet i class actionmål

3.1 Allmänt

På vilka sätt avviker då processen i class actionmål från det ordinära förfarande som skildrats ovan? Avvikelserna är kanske inte så framträdande vid första ögonkastet; vad som kännetecknar class action-

[31] Jfr Ekelöf, Rättegång I s 47 f med not 68 a samt nedan s 252 och 254 ff.

[32] Bergholtz s 269 f, jfr Friendenthal & Miller s 333: "Their function is to determine whether reversible error has been committed – appellated courts do not retry cases." – I vissa delstater saknas mellaninstans, se ovan s 109 not 2.

[33] Friendenthal & Miller s 339.

processen är snarare de särskilda rättigheter och skyldigheter rätten har i dessa mål, särregler som tvingats fram av den speciella situationen och behovet av skydd för tredje man. Som framgår längre fram har detta framför allt betydelse för domarrollen. I detta hänseende är det också fråga om en markant avvikelse från vad som gäller i vanliga tvistemål.[34] Till detta kommer så handläggningen av de särskilda frågor rätten har att ta ställning till i class actionmål, som tillståndsfrågan ("the certification issue") notice, osv.

En class action genomgår alltså samma faser som ett vanligt mål. Visserligen tillkommer några extra moment, men processen erbjuder nog i normalfallet inte ett så spektakulärt skådespel som de jättelika klasserna kan ge intryck av.[35] En av finesserna med class actioninstitutet är ju just att man skall få en hanterlig process trots att så många är berörda. Stadierna i processen är "pretrial" i form av "pleading", "discovery" och – ibland – "pretrial conference" (jämte eventuella sammanträden – "hearings" – i olika frågor) och därefter "trial".

Reglerna om dessa olika steg i processen tillämpas ungefär som i andra mål; så är t ex de vanliga reglerna om "pleading" tillämpliga. Ledstjärnan är att försöka uppnå ett enkelt förfarande och en snabb process.[36] Kraven på "the complaint" sträcker sig inte längre än i vanliga mål och det är inte långt. Käranden behöver t ex inte precisera sina yrkanden på samma sätt som i svensk rättegång. Rättsfallet *Robinson v. Lorillard Corp.* (1971)[37] kan tjäna som exempel. Här tillerkändes kärandeklassen rätt till återbetalning av lön trots att detta inte yrkats explicit i normal tid; i sin "complaint" yrkade käranden helt enkelt "such other additional relief as may appear to the court to be equitable and just" och först *efter* huvudförhandlingen gjordes en framställan om återbetalning.[38]

Också vad gäller senare stadier i processen tillämpas i princip samma regler i class actionmål som i andra tvistemål, även om t ex "discovery"-fasen ofta blir mer omfattande då målet handläggs som

[34] Nedan s 254 ff och Ontario Report II s 444 ff.

[35] Jfr ovan s 159 ff.

[36] Jfr Wright & Miller § 1798 – Betr genkäromål se kap 12 s 476.

[37] 444 F. 2d 791.

[38] Se betr rättens frihet att utdöma annat och mera än part yrkat i sin "complaint" Rule 54 (c) (återgiven nedan i not 64) samt Wright & Miller § 2664 och Moore 54.62, se även Westberg s 347 ff och 822 samt nedan s 259 vid not 63 och i not 64.

en class action.[39] Sammanträden under förberedelsen torde också vara vanligare och huvudförhandlingen blir naturligtvis genomsnittligt sett mer omfattande, men skillnaderna är, som framgått i kapitel 4, mindre än man kan tro.[40]

Att class actionmål i allmänhet tar något mer (ibland mycket mer) tid i anspråk än vanliga mål beror naturligtvis inte endast på att processens traditionella delar tenderar att svälla ut något. Anledningen är främst tillåtlighetsfrågan och regleringen av "notice" samt det arbete som kan återstå efter dom i målet.[41] Även den särskilda domarroll med utökad officialprövning som utövas i class actionmål, och som särskilt gör sig märkbar i förlikningssituationer, bidrar säkert till viss extra tidsutdräkt. Jag skall återkomma till dessa frågor under 3.2–3.4. Men först skall påpekas att Rule 23 i avsnitt (d) ger domstolen ganska fria händer då det gäller att anpassa class actionprocessen efter behoven i det särskilda fallet. Domstolen kan hålla sammanträden över särskilda frågor och avkunna beslut som – ibland – kan överklagas särskilt. Och Rule 23 (d) anses inte uttömmande reglera domstolens möjligheter i detta hänseende utan är avsedd att vara exemplifierande; rätten kan således – med något undantag – styra och ställa efter behov i class actionmål.[42]

Av särskild vikt i det sammanhanget är möjligheten enligt Rule 23 (c)(4) att besluta om en uppdelning av målet genom att bilda underklasser ("subclasses"). Här finns ett sätt att lösa t ex de svåra problem som kan uppstå vid meningsskiljaktigheter inom klassen.[43] Det finns också andra sätt att avgränsa class actionmålet. I t ex ett skadeståndsmål kan domstolen förordna att målet skall behålla sin class actionkaraktär bara vad gäller frågan om svarandens skadeståndsskyldighet i sig gentemot klassen, varefter klass-

[39] Se betr discovery vid class actions Harvard Developments s 1429 ff och Wright & Miller § 1760 betr discovery rörande "class facts", jfr dock även ovan i kap 4 s 160 betr skillnaderna mot vanliga tvistemål i fråga om discovery.

[40] Se ovan i kap 4 s 159 ff.

[41] Se härom nedan i kap 8 s 274 ff.

[42] Wright & Miller § 1796. Se dock betr "preliminary hearing on the merits" nedan s 344 f.

[43] Se härom Garth, Conflict s 492 ff och ovan i kap 5 s 189 ff, jfr även Note, 99 Harvard Law Review (1986) s 619 ff.

medlemmarna har att stämma var och en för sig för att få dom på skadeståndens storlek i de individuella fallen.[44]

En viktig uppgift rätten har i class actionmål är således att definiera och avgränsa klassen på ett riktigt sätt.[45] Domstolens fria roll i detta hänseende är typisk för class actionmål; den formella och materiella processledningen kan anpassas efter målets karaktär i det enskilda fallet. Det finns anledning att här stanna ytterligare något inför domarrollen i class actionmål.

3.2 Domarroll och officialprövning, förlikning och återkallelse

Det har redan framgått att domaren – som i class actionmål anses böra vara densamma genom hela processen – har en fri roll med vittgående befogenheter att handlägga olika frågor på det sätt han finner lämpligt.[46] Denna frihet gäller inte endast i formellt hänseende; domaren "lägger sig i" även beträffande målets materiella delar på ett sätt som egentligen är helt främmande för amerikansk – liksom för engelsk – civilprocess.[47]

Enligt vad professor Arthur Miller (Harvard) uppgav vid samtal i maj 1982 kan domaren i class actionmål "do *anything* he wants to" och detta såväl i skriftväxling och "in chambers" som vid "the trial". Rule 23 har förvandlat domaren till "a very tough activist" både i fråga om yrkanden, åberopanden och bevisning samt vad gäller den formella processledningen.

I amerikansk tvistemålsprocess är alltså domaren normalt sett passiv och så att säga utlämnad åt parternas initiativ. Det är parterna som startar processen, som för den och som förliks om de så önskar; allt detta utan någon större inblandning från rättens sida.[48] Man har sagt att processens utformning i detta hänseende speglar

[44] Advisory Committee notes s 249. Det råder dock delade meningar om det fördelaktiga i denna modell.

[45] Jfr Wright & Miller § 1798 och ovan i kap 5 s 180 ff. – Då dom meddelas åvilar det sedan rätten att beskriva klassen på ett sådant sätt att t ex rättskraften kan bedömas, men beskrivningen får göras generell. Att identifiera de enskilda klassmedlemmarna vid t ex skadeståndsfördelning överlåts vanligen till en särskild person, en s k master (jfr nedan i kap 8 s 274 ff och Møgelvang-Hansen 1979 s 10).

[46] Att domaren bör var densamme hela vägen framgår av Harvard Developments s 1417 och Ontario Report II s 456, jfr däremot ovan s 248.

[47] Jfr nedan i kap 11 s 378 ff.

[48] Ontario Report II s 444 och ovan s 251, jfr dock nedan s 259 not 64.

värderingar i det sena 1800-talssamhället, processen är liberalistiskt laissez-faire betonad, individualistisk och tvåpartscentrerad.[49] Men class actionprocessen passar inte in i detta mönster; rättegången rör uppenbarligen många fler än dem som är parter i processen och angår även "det allmänna"; "society's interests are served when public regulatory policy is enforced by private law suits".[50] På samma gång som samhället överlåter "the vindication of public interests" på enskilda i form av class actions uppstår ett behov att skydda det offentliga intresset mot missbruk eller vanskötsel av den part som just anförtrotts uppgiften att genomdriva detta intresse.[51] Man ger med den ena handen men tar tillbaka en del genom "judicial control".

Class actionprocessen innebär alltså ett djärvt avsteg[52] från traditionell process just då det gäller domarrollen och denna skillnad kommer nog att bestå även i framtiden. Chayes har i sin betydelsefulla essä om "public law litigation" (1976) uttryckt saken på följande sätt.

> "Whatever the resolution of the current controversies surrounding class actions, I think it unlikely that the class action will ever be taught to behave in accordance with the precepts of the traditional model of adjudication. The class suit is a reflection of our growing awareness that the host of important public and private inter actions – perhaps the most important in defining the conditions and opportunities of life for most people – are conducted on a routine or bureaucratized basis and can no longer be visualized as bilateral transactions between private individuals. From another angle, the class action responds to the proliferation of more or less well-organized groups in our society and the tendency to perceive interests as group interests at least in very important aspects."[53]

Att domaren måste agera mera aktivt i class actionmål än i andra rättegångar förklaras ibland med den allmänna betydelsen av att avvägningarna bakom materiell lagstiftning kommer till adekvat uttryck. Det är ju också detta som ligger bakom bland annat den ovan i kapitel 3 presenterade "substantive theory" som fått styra framställningen i den väkända artikeln Harvard Developments.[54]

[49] Ontario Report a st, Chayes 1976 s 1285 samt ovan i kap 1 s 4 f och nedan s 378 ff och 440.

[50] Harvard Developments s 1373.

[51] A a s 1373.

[52] Jfr dock Homburger (s 13 f) som påpekar att en ovanligt aktiv domare krävs ("leans toward court-prosecution") men ändå anser att class actions är förenliga med "the adversary system".

[53] Se t ex Chayes 1976 s 1291.

[54] Ovan s 135.

Men såvitt jag kunnat se sträcker man sig aldrig längre än till att domaren skall beakta de frånvarande klassmedlemmarnas intressen; en uppgift som i och för sig också åvilar käranden.[55] Någon skyldighet att tillvarata även motpartssidans – alltså svarandens – intressen tycks inte föreligga för domaren. Detta framstår som i viss mån inkonsekvent (och "partiskt") från nyss angivna utgångspunkter. Även om svaranden i ett class actionmål inte ingår i en (av domstolen närmare beskriven) klass borde det ju vara i samhällets intresse att processen inte heller får en utgång som ger ett missvisande uttryck för svarandens (och hans likars) rättigheter och skyldigheter. Detta borde gälla inte bara en dom som gynnar svaranden mer än lagstiftaren avsett utan även en utgång som missgynnar honom, dvs en dom som ger käranden – och klassen – mer än den förtjänar.

Man kan föra resonemanget vidare och fråga sig om inte den motivering för en aktiv domarroll som anfördes inledningsvis borde gälla även i vanlig individuell process. Bör domaren beakta också den "klasslöse" svarandens intresse vid class actions finns det kanske ingen anledning att inskränka aktiviteten till fall av grupptalan. Även ett "normalt" tvistemål med traditionell partsställning kan gälla ett stort antal personer (åtminstone indirekt) och i vart fall om processen antas ha en handlingsdirigerande funktion borde det ligga i samhällets intresse att utgången i målet rätt speglar värderingarna bakom lagstiftningen i fråga. En aktiv domarroll (i form av inskränkningar i dispositionsprincipen och/eller en kraftfull materiell processledning[56]) låter sig ur denna synpunkt lika väl – eller bättre – försvaras om den utövas till förmån för båda parterna. En dylik attityd skulle också befria domaren från misstankarna om partiskhet, åtminstone på lång sikt. Men har Chayes verkligen rätt?

Det tillhör undantagen att man – som Chayes – ser en aktiv domarroll i det perspektiv som skisserats ovan. Domarens aktivitet i class actionmål motiveras dels med att den möjliggör en snabb och effektiv handläggning i så omfattande tvistemål som det här kan bli fråga om, dels ock med behovet att tillvarata de frånvarande klassmedlemmarnas intressen.[57] Och att de frånvarande klassmedlemmarnas intressen måste tillvaratas har säkert sin främsta grund i att de träffas av domens rättskraft trots att de inte deltar i processen. Ur denna synpunkt är det konsekvent att det aldrig sägs att domaren

[55] Harvard Developments s 1371 f och Ontario Report II s 445 f.

[56] Att jag föredrar det senare framgår t ex i Konsumentmål s 146 ff.

[57] Se t ex Ontario Report II s 446 med i not 38 anförd litteratur och praxis.

skall agera för att skydda svarandens likar; de träffas ju inte heller av rättskraften.[58] Det är tydligen inte skäl nog för en partsjämlik domaraktivitet att processen kan ha stark stare decisis- och bevisverkan även på "svarandesidan" i vissa fall.

Man frågar sig dock här om det är riktigt att knyta domaraktiviteten till skillnader mellan rättskraft och bevisverkan, åtminstone om bevisverkan antas avse blott *sakfrågor*. Är det rättens handlingsdirigerande funktion (åtminstone på vissa rättsområden) som är relevant borde snarare eventuella skillnader i bundenhet i *rättsfrågor* vara avgörande. Men här råder ju ingen skillnad – stare decisis-effekten har ingen koppling till rättskraftens subjektiva utsträckning.[59] Ur den synpunkten finns det alltså inte några skäl att göra skillnad mellan käranden och svaranden i fråga om officialprövning och materiell processledning. Och det sker inte heller; rätten har – i USA liksom i Sverige – att beakta rättsreglerna ex officio. Mot denna bakgrund kan rättens officialprövning vid class actions knappast motiveras med att de materiella reglerna bör få genomslag *allmänt sett* (handlingsdirigering) utan enbart av omsorg att så sker i *det aktuella fallet,* dvs gentemot parterna och klassmedlemmarna. Och eftersom klassmedlemmarna binds av rättskraften utan att vara tillstädes är det konsekvent att domaren (liksom i svensk jävs- och expropriationsprocess) agerar ex officio för att tillvarata deras intresse men överlåter åt svaranden att klara sig själv.

Anledningen till att domaren bara skall beakta de frånvarande klassmedlemmarnas intresse är nog ytterst grundad på författningen; att rättskraften träffar tredje man strider ju mot vars och ens rätt till rättegång ("a day in court") och hotar därmed "due process".[60] Kontrollen av "adequacy of representation" samt notice och opt-out räcker inte ända fram i det hänseendet; man törs inte lita på att käranden sköter sina – och därmed *klassens* – kort på bästa sätt.

[58] Se även Harvard Developments s 1388 f där "judicial control" anges fylla tre funktioner:

> "(1) to promote efficiency – *e.g.* compulsory counterclaims, mandatory joinder of claims arising out of the same transaction or occurrence, consolidation and multidistrict litigation; (2) to protect the integrity of the factfinding process – *e.g.* the best evidence rules, hearsay rules, the character evidence rules; (3) to protect absentees *e.g.* necessary party rules, intervention rules, rules limiting discovery against nonparties".

[59] Se ovan s 227.

[60] Jfr Friedenthal & Miller s 190 och punkt 3 ovan i not 58.

Men låt oss nu lämna dessa allmänna synpunkter och återvända till hur domarrollen faktiskt är utformad i class actionmål. Om man vill tillvarata tredje mans intresse genom en aktiv domarroll kan detta, enligt svenskt sätt att se, ske genom en kraftfull processledning och/eller genom inskränkningar i dispositionsprincipen. Vad först gäller processledningen har vi redan kunnat konstatera[61] att möjligheterna till en stark *formell* processledning är stora i class actionmål. Men att så är fallet torde inte bero på hänsyn till tredje man; här är det snarare kravet på en aktiv formell processledning i omfattande mål överhuvudtaget som gör sig gällande. I den halvofficiella "Manual for Complex Litigation"[62] betonas saken på följande sätt:

> "Both the bench and bar have long been in nearly unanimous agreement on the fundamental principle that a complex case must be managed by a judge with *a firm hand*. . .
>
> The trial judge has the undoubted power and inescapable duty to control the processing of a case from the time it is filed. In the complex case, the judge must assume *an active role in managing all steps of the proceedings.* The control exercise must be fair as well as firm and must continue from the time of the filing of the complex case to its disposition. Under the adversary system, each advocate has a mission and a committment to process and to present the case in the manner most favorable to his client, consistant with ethics and good faith. It is the mission and committment of the judge only to ensure that justice results as speedily and economically as possible without regard to the special interest of any party. Opposing advocates, if left to themselves, each persuing that course which is most favorable to his particular client, should not be expected to conceive, agree upon, present and execute a plan which will expeditiously, economically and justly determine a complex case. Nor is it likely that the judge will be able to agree at all times throughout the litigation with either or both of the opposing advocates on the precise manner of processing the litigation or on rulings on the pretrial questions. The parties and the advocates expect the judge fairly and efficiently to perform his mission and committment. Failure by the judge to do so leads to disappointment, confusion, inordinate delay, and injustice." (mina kursiveringar)

Vad så gäller den *materiella* processledningen och *dispositionsprincipen* resonerar man här inte i samma termer som i svensk doktrin och överhuvudtaget är det svårt att få grepp om i vilken utsträckning rätten aktivt verkar för att komplettera processmaterialet, i vilken mån man utnyttjar sin frågerätt och i vilken mån rättegången präglas av dispositionsprincipen (dvs främst rättens bundenhet av parternas

61 Se ovan s 254.

62 Här citerad efter Ontario Report II s 447.

yrkanden och åberopanden). Amerikanska framställningar om civilprocessen håller sig i allmänhet på ett mycket allmänt och abstrakt plan då man – om man – diskuterar dessa frågor. Motsvarigheterna till vad vi kallar förhandlingsprincip, kontradiktorisk princip, materiell processledning och dispositionsprincip tycks flyta ihop i vad man (se t ex citatet ovan) kallar "the adversary system", som kan beskrivas på följande sätt:

> "In studying the procedures by which legal rights are vindicated, it also is important to remember that the Anglo-American judicial system is *based on the adversary model*. The judge sits solely to rule on disputed questions, as presented by the parties, and to *apply sanctions when they are properly requested by a party*. The lawyers shape the contours of the action. Issues not raised, objections not made, or points not challenged are, with very few exceptions, waved. The case moves forward only in response to the demands of the parties. While *modern judges have tended to take a somewhat more active role in guiding litigation* before them, it still remains true that the ultimate responsibility for each case rests with the litigants."[63]

Det är mycket svårt att förklara den rätta innebörden av RB 17:3 för en amerikansk jurist. Lika svårt är det kanske för en svensk att förstå vad som kommer ut av mötet mellan den traditionella passiva anglo-amerikanska domarrollen och det handlingsutrymme domaren ändå har i kraft av sin i jämförelse med våra förhållanden synnerligen starka auktoritet. Mitt allmänna intryck är att domaren vanligen förhåller sig passiv men att utvecklingen i USA, liksom i de flesta länder, går mot en mer aktiv domarroll. Särskilt påtaglig är denna utveckling i omfattande mål som rör stora grupper, som t ex just class actions. Eftersom det här åligger domaren att genom officialprövning tillvarata frånvarande klassmedlemmars intressen kan han inte vara bunden av parternas dispositioner; han måste stå friare i förhållande både till yrkanden och åberopanden än i andra mål.[64]

[63] Kane s 2, mina kursiveringar. Se även citatet nedan i kap 11 s 378 f. Enligt Rapoport (s 28) innebär "the adversary system" en "reduction of right to might", jfr Lindblom, Formsak s 82 betr rysk rätt.

[64] Jfr betr England nedan i kap 11 s 378 f. – Vad gäller yrkanden kan Rule 54 (c) ge intryck av att rätten står helt obunden i alla tvistemål, men regeln gäller främst (se dock ovan s 252 vid not 37) en frihet i förhållande till den inledande skriftväxlingen ("the pleadings"). Regeln lyder: "Except as to a party against whom a judgment is entered by default, every final judgment shall grant the relief to which the party in whose favor it is rendered is entitled, even if the party has not demanded such relief in his pleadings." Klart förefaller dock vara att Rule 54(c) åtminstone teoretiskt ger domaren större svängrum än RB 17:3 p 1, jfr ovan s 252 vid not 37 och Westberg s 347 ff, se däremot citatet ovan vid not 63 (". . . properly requested by a party").

Det har inte gått att uppnå precision ovan då det gäller att beskriva dispositionsprincipens tillämpning i amerikansk rätt. Ett par konkreta situationer finns emellertid att redovisa och de gäller *förlikning och återkallelse vid class actions*. Rule 23 (d) stadgar här explicit att återkallelse av talan och förlikning inte får ske utan domstolens godkännande, vilket i sin tur kan ges först sedan klassmedlemmarna genom "notice" fått meddelande om förlikningsförslagets innehåll och givits tillfälle att reagera på det till rätten.

Förlikning (och återkallelse av andra skäl) i class actionmål aktualiserar en lång rad frågor som det skulle föra för långt att diskutera närmare här. Man har t ex diskuterat om även en förlikning som sker innan målet godkänts som en class action kräver rättens godkännande, och om det finns möjlighet att hindra förlikningar som inte rör klassen i sin helhet utan endast käranden. Så är i princip inte fallet,[65] men riskerna för att käranden skall spela under täcket med svaranden på klassens bekostnad har ansetts så stora att röster har höjts för att godkännande bör krävas även i dessa fall.[66]

Frekvensen av förlikningar och risken för missbruk har jag diskuterat i kapitel 4. Här skall bara nämnas att man ganska allmänt har uppfattningen att de flesta class actions slutar med förlikning,[67] men att detta i och för sig inte skiljer class actions från övriga tvistemål. Det speciella i class actionmål är förlikningssituationen och förlikningens omfattning i många fall.[68]

Domstolens roll vid förlikningar i class actionmål avviker bjärt från vad som gäller i tvistemål i allmänhet; grundregeln enligt FR 41 (a) är nämligen att det står parterna fritt att återkalla sin talan utan rättens godkännande. Men domstolens aktivitet vid class actions inskränker sig till att sända meddelande till klassmedlemmarna om det förlikningsförslag parterna själva arbetat fram för att sedan – efter att ha tagit del av eventuella synpunkter från dem – godkänna eller förkasta förlikningen; rätten medverkar alltså inte vid utarbetandet

65 Se ovan i kap 6 s 221 f och Almond s 310.

66 Jfr ovan i kapitel 4 s 151 ff. – Se betr förlikning i class actionmål t ex Harvard Developments s 1536-1577, Ontario Report III s 785-808, Miller Overview s 56 ff, Alpert s 284 ff och Wright & Miller § 1797.

67 Se t ex Harvard Developments s 1536.

68 Se ovan s 151 ff och 166 ff. – Ett av de mest kända class actionmålen, "The Pfizer Case" ("antibiotikamålet") utmynnade i en förlikning där svaranden erbjöd 100 milj dollar, ett förslag som sedermera godkändes av domstolen. Se härom Wright & Miller § 1797 och Bartsh's bok om fallet.

av själva förlikningsförslaget.[69] Ordföranden håller dock i allmänhet en "hearing" innan beslutet tas.[70]

Vid prövningen av frågan om förlikningen bör godkännas skall en rad faktorer beaktas, t ex

> "The absence of any opposition to the settlement, the likelihood of the class being successful in the litigation, the points of law on which the settlement is based, the amount proposed as compared to the amount that might be recovered, less litigation costs, if the action went forward, the plan for distributing the settlement, where the proper procedures were adopted for giving notice to members of the class, and whether a settlement would waive other viable claims."[71]

Förlikningar som inte uppfyller kraven enligt Rule 23 (d) och som inte godkänns av rätten betraktas som en nullitet.[72] Godkänd förlikning däremot binder alla klassmedlemmarna.[73]

Som framgått ovan kan man knappast hindra att svaranden och käranden träffar en uppgörelse sig emellan – käranden kan ju inte gärna *tvingas* att fortsätta processen med de besvär och kostnader det för med sig.[74] Men class actionmålet lever tydligen vidare även efter en sådan uppgörelse – en av fördelarna med class actions är ju att de inte drabbas av "mootness" om käranden "faller ifrån" av ett eller annat skäl.[75] Någon annan i klassen kan ta över och svaranden blir alltså inte alltid av med målet genom att köpa ut den första käranden.

Till sist skall nämnas att det också åvilar domaren att ex officio ta ställning till frågan om rättegångskostnaderna, så även ombudsersättningen vid en framgångsrik class action.[76] Eftersom sistnämnda arvode vid (b)(3) class actions betalas med del av de inprocessade medlen och ej av tappande part har vi här ytterligare ett exempel på officialprövning av hänsyn till tredje man (klassmedlemmarna). Jag återkommer till denna prövning i kapitel 9.

69 Wright & Miller § 1797.

70 Alpert s 284.

71 Wright & Miller § 1797 s 230 f, jfr Alpert s 285.

72 Alpert s 286.

73 Betr förlikning med blott en del av klassen och "class redefinition", se Thumann 1981 s 105 ff.

74 Se Almond s 303 ff.

75 Se nedan s 467 f.

76 Så Coffee 1987 s 62, se vidare nedan i kap 9 s 321 ff.

3.3 Tillståndsfrågan ("the certification issue")

I kapitel 5 om forumspärren och de sju prövostenarna har jag presenterat och diskuterat de förutsättningar som skall vara uppfyllda för att en talan skall accepteras som en class action. Vad som nu skall beröras är hur (och när) bedömningen av frågan om dessa rekvisit är uppfyllda – "the certification issue" – skall prövas. Prövningen av denna tillståndsfråga är ju ett av de särdrag som skiljer handläggningen av class actionmål från vanliga tvistemål.

Tillståndsfrågan är, som torde ha framgått av kapitel 5, många gånger jämförelsevis komplicerad. Det underlag domstolen har i sin bedömning är naturligtvis i första hand parternas skriftväxling under "the pleadings". Även om kraven på "the pleadings i allmänhet" inte anses höga[77] torde argumentationen i tillståndsfrågan kräva en avsevärd insats i många fall. I Newbergs stora arbete om class actions finns som bilaga en "complaint" i ett verkligt class actionmål, som uppenbarligen inte är medtagen för att verka avskräckande utan snarare skall ses som en modell. Denna "stämningsansökan" omfattar 35 stora trycksidor enbart vad gäller tillståndsfrågan. Jag föreställer mig att svaranden inte sällan känner sig föranlåten att producera minst lika mycket i sitt "answer". Och utöver det skriftliga underlaget kan parterna ges tillfälle att belysa tillståndsfrågan vid den särskilda "hearing" som ofta anordnas under förberedelsen. Men förfarandet är till övervägande del skriftligt.[78]

Enligt Rule 23 (c)(1) skall rätten avkunna beslut i tillståndsfrågan "as soon as practicable after the commencement of an action brought as a class action". I doktrinen har man kritiserat att avgörandet skall ske så tidigt. Man har även frågat sig om inte tillståndsfrågan tillmäts alltför stor vikt överhuvudtaget.[79]

Ger då lokutionen "as soon as practicable" i Rule 23 utrymme för en anpassning till situationen och det processekonomiskt mest fördelaktiga? Antag t ex att kärandens talan förefaller illa underbyggd i materiellt hänseende, medan tillståndsfrågan framstår som komplicerad (vilket väl torde vara det vanliga). I sådana lägen har det då och då förekommit att domstolen förordnat om en "preliminary hearing on the merits", där käranden ålagts att visa att han har en

77 Se ovan s 243.

78 Glenn 1985 s 296 f.

79 Se Harvard Developments s 1416 ff och Ontario Report II s 417 ff.

rimlig chans att vinna målet innan man ger sig in på prövningen av frågan om processen skall få föras som en class action.[80] Något stöd för den tekniken finns emellertid inte i FR och i *Eisen* gav domstolen uttryck för den nu härskande meningen att en sådan "hearing on the merits" inte är tillåten.[81] Skulle det vara helt uppenbart att kärandens talan saknar rättslig grund kan dock avvisning av svarandens yrkande ske omedelbart under åberopande av "failure to state a claim upon which relief can be granted".[82] Däremot anses i allmänhet ogillande genom "summary judgement" inte kunna ske förrän – men väl efter – rätten avgjort "the certification issue".[83]

I Harvard Developments anser man att gällande rätt i dessa hänseenden borde ändras så att tidig aktivitet i tillståndsfrågan under förberedelsen inskränks till att tillse att kravet på "adequacy of representation" är uppfyllt; uppgiften borde f ö främst vara att samla in information om de frånvarande, en verksamhet där rätten inte kan lita enbart till parternas uppgifter.[84] För övrigt saknas, hävdar man, anledning att tvinga fram en tidig bedömning av tillståndsfrågan.

Det blir anledning att återkomma till synpunkter de lege ferenda nedan i kapitel 10. Här skall bara konstateras att det förefaller finnas goda skäl att tillåta en fri ordningsföljd på så sätt att ogillande, åtminstone i form av "summary judgment", kan ske utan att tillståndsfrågan fått sin slutliga bedömning. Naturligtvis kan domen inte få rättskraft mot de presumtiva klassmedlemmarna i sådana fall. Är kärandens talan uppenbart materiellt ogrundad ligger det ju i allas intresse – rättens såväl som parternas – att få ett så snabbt slut på processen som möjligt för att därigenom slippa den kanske omständliga och dyrbara tillståndsfrågan (jämte andra speciella class actionproblem som t ex rörande "notice"). Vidare skulle en fri ordningsföljd motverka risken att oseriösa käranden tar till class actionformen som påtryckning i mål med bräckligt materiellt underlag och då för att försöka pressa fram en förlikning. Och trots att svaranden endast kan uppnå skydd mot ny process från alla klassmedlemmar

80 Wright & Miller § 1798 s 244 f samt § 1785. Se även *Dolgow v. Anderson*, 1968, 43 F.R.D. 472 och Harvard Developments s 1418 f samt Senate Study s 14.

81 Ovan s 217, Newberg vol 2 s 547 f, se även Harvard Developments s 1418 f. Jfr däremot nedan i kap 11 s 414 f betr förhållandena i Quebec och kritiken mot dem, varom Glenn 1986 s 269 f.

82 Ovan s 243.

83 Harvard Developments s 1419.

84 Harvard Developments s 1427 och 1429.

genom en rättskraftig class actiondom kan i praktiken ett ogillande säkert verka tillräckligt avskräckande även om domen inte är förenad med en vidsträckt rättskraftsverkan i subjektivt hänseende.[85] Det skall dock till sist påpekas att tillståndsfrågan inte är dispositiv – svarandens inställning spelar ingen roll för om en class action skall tillåtas. Det är ju de frånvarande klassmedlemmarnas intressen (och inte svarandens) som skall tillvaratas av rätten.

3.4 Intervention i class actionmål

I Federal Rules regleras intervention i Rule 24. Före 1966 års ändringar i Rule 23 (som ju gäller class actions)[86] var det Rule 24 som tillämpades när frågan om intervention aktualiserades i ett class actionmål. Men numera tas intervention även upp på tre ställen i Rule 23: i 23 (d)(2) sägs att domstolen i alla slags class actions kan förordna att "notice" skall sändas till klassmedlemmarna för att ge dem möjlighet "to intervene and present claims or defences, or otherwise to come into the action" och detta sker "for the protection of the members of the class or otherwise for the fair conduct of the action". Vid (b)(3) class actions gäller vidare enligt (c)(2) att "notice" skall riktas till alla klassmedlemmar och att alla som inte begär att uteslutas ("opt-out") får "enter an appearance through this counsel". Men i (d)(3) ges också domstolen rätt att "(i)mpose conditions on the representative parties or on interveners".

Rule 23 verkar alltså erbjuda generösa möjligheter till intervention och intervenienten tycks ha vittgående möjligheter att agera i processen. Detta stämmer också väl med t ex svenska principer för självständig intervention: tredje man får intervenera självständigt om han blir bunden av domens rättskraft trots att parterna inte kunnat uppnå motsvarande bundenhet för honom på utomprocessuell väg.[87] Men den amerikanske klassmedlemmens skydd verkar bättre än den svenske tredje mannens: reglerna om notice i Rule 23 fungerar som litis denuntiation, medan den presumtive svenske intervenienten – märkligt nog[88] – alls inte har någon garanti för att få underrättelse om rättegången.

[85] Senate Study s 14, jfr ovan i kapitel 6 s 238 f.

[86] Härom ovan i kap 3 s 120 ff.

[87] Se Ekelöf, Rättegång II s 195.

[88] Jfr Lindblom, Processhinder s 204 not 8 a a.

Syftet med notice vid class actions är emellertid knappast i första hand att animera till intervention utan att ge möjlighet till opt-out där så kan ske, dvs vid (b)(3) class actions. Och kan klassmedlemmarna hoppa av och därmed undgå bundenhet finns det inte längre några starka skäl att belasta class actionmålet med en massa invervenienter med vittgående processuella befogenheter; man skulle då få just en så soppig process som class actioninstitutet är avsett att förhindra. Däremot tvingas man väl – antar jag – acceptera intervention i större utsträckning vid (b)(1) och (b)(2) class actions, där opt-out ej kan ske men rättskraft ändå drabbar alla i klassen. Å andra sidan bör bl a prövningen av "adequacy of representation" och den aktiva domarrollen göra att interventionen ändå kan begränsas i olika hänseenden

I konsekvens med det ovanstående har oenigheten i litteraturen främst gällt rätten till intervention vid (b)(3) class actions. Å ena sidan har det hävdats att alla klassmedlemmar har en absolut rätt att intervenera utan att fylla rekvisiten för obligatorisk intervention i vanliga mål enligt Rule 24 st 1.[89] Andra (se t ex Harvard Developments s 1401) påstår däremot att enligt Rule 23 kan intervention i allmänhet vägras om klassrepresentanten (käranden) anses uppfylla kravet på "adequacy of representation", så även om interventionsrekvisiten enligt Rule 24 är uppfyllda. Och en inflytelserik kommentator, Benjamin Kaplan, har framfört uppfattningen att rätten enligt Rule 23 till intervention vid (b)(3) class actions enbart ger intervenienten rätt att få kopior av handlingarna i målet och annan information om processen så att kan avgöra om han bör låta sig nöja med klassrepresentanten eller ansöka om "riktig" intervention enligt reglerna i Rule 24,[90] en åsikt som Wright & Miller ansluter sig till.

Förvirringen förefaller total; rätten till invervention bedöms ömsom som absolut, ömsom som beroende av rättens godtycke, åtminstone när intervenientens anspråk på deltagande sträcker sig längre än till att få insyn i handlingarna i målet. Men eftersom Rule 23 (d)(2) och (d)(3) tillsammans ger domstolen makt att bestämma graden av intervenientens inflytande från fall till fall tycks man kunna nå fram till samma slutresultat vilken principiell utgångspunkt man än startar från. Möjligheterna till intervention vid class actions och intervenientens processuella befogenheter låter sig alltså inte

[89] Wright & Miller § 1799 – Rule 24 skiljer mellan obligatorisk och fakultativ intervention ("intervention of a right", och "permissive intervention").

[90] Kaplan citerad efter Wright & Miller § 1799 i not 38, jfr ovan s 236 not 103.

beskrivas i generella termer, reglerna kan varken tvingas in under Rule 24 eller i de former av intervention vi känner till i svensk rätt. Domaren förefaller ha utrymme för en flexibel tillämpning anpassad till behovet i det aktuella class actionmålet.

4. Sammanfattning och avslutande synpunkter

Den amerikanska tvistemålsrättegången är, när det kommer till kritan, ganska lik en svensk civilprocess. Åtskillnaden mellan förberedelse och huvudförhandling ("trial"), blandningen mellan muntlighet och skriftlighet på förberedelsestadiet samt huvudförhandlingens närmare gestaltning, allt detta känner vi väl från den svenska rättegångsbalken. Åtminstone efter 1988 års ändringar i RB (förberedelsens utformning, de vidgade möjligheterna till avgöranden på handlingarna, gången av huvudförhandlingen samt den ökade inriktningen på flexibilitet ö h t) framstår knappast förfarandet i ett federalt tvistemål som särskilt exotiskt i en svensk betraktares ögon.

Men visst finns det skillnader och detta även bortsett från sådana fundamentala företeelser som jurysystemet och bevisrätten, angloamerikanska käpphästar som knappast kunnat rastas alls i det föregående. Det märkliga (stundom groteska) discoveryförfarandet, de omfattande möjligheterna till "summary judgement", den utpräglat individualistiska synen på processens utformning så som den kommer till uttryck i "the adversary system", allt detta har endast i begränsad omfattning svenska motsvarigheter.

Det är intressant att konstatera att dessa amerikanska särdrag alls inte utgör några nödvändiga förutsättningar för class actioninstitutet.[91] Tvärt om är det så att vissa avsteg varit nödvändiga för att garantera en effektiv och rättssäker process av det slag som erfordras då gruppintressen, och därmed skyddet för tredje man aktualiseras. Den mest markanta skillnaden mellan vanliga tvistemål och class actions (bortsett från "the certification issue") framträder således vad gäller domarrollen; en aktiv formell och materiell processledning, liksom väsentliga avsteg från dispositionsprincipen, är nödvändiga inslag i en rättegång där domen kommer att gälla även

[91] Discoveryförfarandet kan naturligtvis utnyttjas för att t ex skaffa fram uppgifter om klassen, svarandens omsättning m m (Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 7), men ungefär motsvarande resultat kan uppnås med hjälp av editionsföreläggande. Och discoverysystemet har även nackdelar i class actionsammanhang, se ovan s 252 f, nedan i kap 12 s 476 och Newberg s 30.

mot tredje man trots att parterna inte kan uppnå en motsvarande bundenhet på utomprocessuell väg.

Nu är det i och för sig inte ägnat att förvåna att de flesta (?) amerikanska domare funnit sig ganska väl tillrätta även i den aktiva och flexibla ordföranderoll class actioninstitutet förutsätter. I anglo-amerikansk rätt har jurister i domarsäte en auktoritet och självklar överhöghet som alla vi andra bara kan drömma om. Och det är inte framgångsrika fackliga strävanden som fört fram domstolsjuristerna till denna position. Den vilar på ett månghundraårigt historiskt fundament där den kanske tyngsta byggstenen utgörs av arvet från de gamla equitydomstolarna med kanslerns vittgående befogenheter både att fatta beslut med verkan för alla berörda och att utöva "discretion" i enskilda fall.[92] Det är en händelse som ser ut som en tanke att class actioninstitutet uppkom just i denna historiska miljö. Men det hindrar inte att class actions skulle kunna hanteras i processuella förfaranden också på andra håll där rättens ordförande har erfarenhet av en aktiv domarroll och av att processen rör stora grupper. En svensk domare med erfarenhet från t ex konkurs-, expropriations- eller vattenmål framstår som fullt tänkbar i sammanhanget. . .

92 Se ovan i kap 2 s 57 ff.

Kap. 8 Beräkning och fördelning av skadestånd

"– ett kilo vägde 700 gram inte mer."
Tomas Tranströmer

1. Inledning: "compensation", "restitution" och "deterrence" 268
2. Beräkning av skadestånd: klumpsummor, "masters" och "minitrials" 274
3. Fördelning av skadestånd: "cy-pres" och "fluid recovery" 278
4. Sammanfattning och avslutande synpunkter 282

1. Inledning: "compensation", "restitution" och "deterrence"

Den som är negativt inställd till class actioninstitutet kan hävda att representativ grupptalan av detta slag skapar en rad problem i skadeståndsmål. Svårigheter inställer sig först vad gäller *beräkningen* av skadeståndets storlek. Skall varje skada bestämmas individuellt och bevisas fullt ut? Eller får man t ex döma ut en klumpsumma kalkylerad utifrån svarandens bokföring? Då väl skadeståndsberäkningen klarats av återstår att lösa en rad *fördelningsproblem.* Vem skall sköta distributionen av pengarna: domstolen, käranden, svaranden eller särskilt utsedd person? Måste betalningen ske individuellt till varje klassmedlem eller kan pengarna användas på annat sätt, t ex så att de endast kommer de skadade till nytta indirekt? Vad skall man göra med eventuella överskott?

Man kan emellertid också hävda att class actions lämpar sig särskilt väl i just skadeståndsfall: class actionformen kan här erbjuda fördelar som inte går att uppnå med hjälp av några alternativa förfaranden. Om radikala lösningar i beräknings- och fördelningsfrågorna accepteras kan class actioninstitutet särskilt väl fylla sina funktioner i just skadeståndsmål. Vid individuellt processbara anspråk ("individually recoverable"[1]) kan betydande processekono-

[1] Se betr terminologin nedan i kap 12 s 449 f.

miska vinster göras för både parterna och domstolen och processen fyller såväl reparativa som preventiva funktioner. Vid individuellt oprocessbara anspråk ("individually non-recoverable") är class actioninstitutet kanske det enda sättet att uppnå reparation och prevention. Det är då i hög grad möjligheten att begagna radikala principer för beräkning och fördelning av skadeståndet som gör att process kan komma till stånd, även om t ex kostnaderna för individuell distribution skulle överstiga processvinsten.

Det har hävdats att class actions rörande skadestånd förutsätter en helt ny skadeståndsrätt, att gällande regler om "tort and delict" är individualistiska till sin natur och att det är främmande för den principiella uppbyggnaden av skadeståndsrätten att släppa kravet på individuell beräkning och bevisning rörande varje enskild skadas storlek, kausaliteten osv. Man har rent av gjort gällande att class actionanpassade regler på det området kan strida mot konstitutionen och dessutom mot såväl skadeståndets som civilprocessens funktion. Andra menar att de konstitutionella kraven tillgodoses via "adequacy", "notice" och "opt-out", att en funktionsomvandling är på gång inom skadeståndsrätten även class actioninstitutet förutan och att detsamma gäller utvecklingen mot nya tekniker och beviskrav vad gäller kollektiv beräkning och fördelning av skadestånd.[2] Vidare har class actions rörande skadestånd ett existensberättigande oavsett de nya teknikerna; en annan sak är att användningsområdet minskar.[3] Även i diskussionen de lege ferenda intar frågor om beräkning och fördelning av skadestånd en viktig plats.[4]

Inställningen till class actions i skadeståndsmål är naturligtvis starkt avhängig av attityden till class actions överhuvudtaget; uppfattningen avslöjar vilka funktioner man anser att institutet kan och bör fylla. Ser man processens funktioner att verka handlingsdirigerande och avskräckande som väsentliga – och det tenderar många av class actioninstitutets tillskyndare att göra[5] – finns mycket att

[2] Se i denna debatt t ex Glenn (mest kritisk) 1985 s 288 ff och 293 ff, Rosenberg och Coffee i 62 Indiana Law Journal (1986–87) s 586 f resp 645 ff samt Koch, Prozessführung s 203 f, 207 f och 300 ff, som bl a påpekar att särskilda beräkningsprinciper redan tillämpas inom tysk immaterialrätt. Se även RB 35:5 och DsJu 1986:10 ang nya svenska regler på området samt nedan s 275 och 513 ff. Jfr vidare det nedan s 685 not 150 nämnda HD-avgörandet.

[3] Se t ex nedan i kap 10 s 346.

[4] Se nedan i kap 10 avsnitt 2.5 samt i kap 15 avsnitt 5.6.

[5] Se t ex Ontario Report II s 589 ff.

uträtta med hjälp av class actions i skadeståndsmål. Antag t ex att de som betalat ett för högt pris för en vara är svåra att uppspåra och att de individuella skadorna inte kan bära en vanlig process. Om det då med hjälp av t ex datateknik och skadevållarens bokföring går att få fram tämligen exakta siffror på den totala skadan – eller den obehöriga vinsten för näringsidkaren[6] – och om det kan anses tillåtet att använda den inprocessade klumpsumman till gruppens nytta utan att försöka spåra upp alla berörda blir naturligtvis en class action röran-de skadestånd praktiskt och principiellt intressant. Frågan om den bör tillåtas blir i hög grad beroende av bedömarens principiella inställning till skadeståndets och civilprocessens funktion i allmänhet samt dess uppgift i class actionmål i synnerhet.[7]

Ekelöf diskuterade redan på 1940-talet processens funktion utifrån en principiell syn på straffet, skadeståndet och vitet.[8] Intressant är att samma koppling kommer fram i den stora kanadensiska rapporten om class actions (Ontario Report), men då i samband med problemet hur ett eventuellt överskott ("residue") av skadestånd skall fördelas. Denna fråga diskuteras[9] utifrån en genomgång av "the propriety of behaviour modification in individual actions" och man skiljer då mellan tre slags "monetary relief", nämligen "compensatory damages", "restitution" och "punitive damages".

Vid *"compensatory damages"* skall det belopp utdömas som svarar mot den förlust käranden lidit till följd av svarandens beteende. Även om det kan tyckas som om kompensation (reparation) är skadeståndets enda funktion i dessa fall, understryks att man också har att räkna med "a deterrent function", dvs en avskräckningsfunktion av handlingsdirigerande art:

> "... at a practical level, civil damage awards also fulfil a 'deterrent' function, through the desire of *potential* defendants to avoid substantial damage awards .... Thus a compensatory judgment in an individual suit automatically achieves the goals of both compensation and cost internalization, since the payment measured by the loss to the individual plaintiff

6 Detta är inte alltid samma belopp, se härom a a s 584 f.

7 Jfr Harvard Developments s 1517 ff och Ontario Report II s 589 f samt nedan s 380, 446 f, 456 ff, 513 ff och 685 ff.

8 Ekelöf, Straffet, skadeståndet och vitet, se senast densamme i festskrift till Jan Hellner s 229 ff samt Rättegång I s 7 ff och Hellner i festskrift till Ekelöf s 321 ff och 325 ff.

9 För det följande, se Ontario Report II s 583 ff.

operates simultaneously to compensate the victim and to impose upon the wrongdoer the cost of the harm done."[10] (min kursivering)

Tanken att en talan om "compensatory damages" också kan fylla en handlingsdirigerande funktion är inte bara accepterad i svensk och kanadensisk rätt utan också – i varierande grad – i t ex amerikansk och engelsk doktrin och praxis.[11] Den roll skadeståndet har som handlingsdirigent vid "compensatory damages" är alltså observerad och accepterad men faller kanske inte i ögonen omedelbart, åtminstone inte om man vant sig att betrakta processen som enbart en fråga om individuell konfliktlösning. Härtill kommer de motverkande effekter som följer av ett omfattande bruk av ansvarsförsäkringar.[12]

Då det gäller *"restitution"* är det normativa sambandet möjligen mer uppenbart. Med "restitution" menas att svarandens "obehöriga vinst" ("unjust enrichment") skall fråntas honom; han skall m a o berövas sina "unjust ('ilgotten') gains".[13] Avsikten med detta är inte främst att kompensera den som skadats. Det framgår bl a av att "restitution" ibland kan avse större belopp än motpartens skada (som t ex då någon missbrukat sin ställning i "fiduciary relationships" och gjort sig avsevärda vinster som inte direkt motsvaras av förluster till samma belopp för "the beneficiaries"). Domstolarnas benägenhet att "prevent unjust enrichment" fullt ut anses här snarare vara ett resultat av deras önskan att "deter others from temptation"; domstolarna använder "monetary relief" i form av "restitution" "to deter improper behaviour" även då effekten blir att käranden å sin sida gör ett slags obehörig vinst (= skillnaden mellan hans faktiska skada och svarandens vinst eftersom det är sistnämnda belopp som döms ut).[14] Att den skadade s a s överkompenseras förefaller överhuvudtaget vara vanligt i amerikansk rätt.

10 Ontario Report II s 583, se även Ekelöf, Rättegång I s 8.

11 Se t ex Lord Devlin i det engelska rättsfallet *Rookes v. Banard* (1964) enligt Ontario Report II s 587. Jfr dock vidare nedan i kap 11 s 378 ff: i t ex England går man inte lika långt som i USA och då det gäller "punitive damages" är inställningen i allmänhet avvisande. Betr tysk rätt se t ex Koch ovan i not 2 a st samt densamme, Kollektiver Rechtsschutz s 80 ff, Gottwald s 27 ff och Mertens s 440.

12 Jfr Ekelöf, Rättegång I s 8, debatten i Svensk Juristtidning 1987 s 397 ff och nedan i kap 13 s 514.

13 Ontario Report II s 584.

14 Jfr Ontario Report II s 585.

"Restitution" och "compensatory damages" sammanfaller naturligtvis ofta till innebörd och verkan eftersom svarandens obehöriga vinst i allmänhet – men inte alltid – är identisk med kärandens skada. Med *"punitive damages"* förhåller det sig däremot annorlunda; "by definition, punitive damages are non-compensatory".[15] Såvitt jag kan förstå föreligger det dock bara en gradskillnad mellan "restitution" och "punitive damages" i det hänseendet; i båda fallen blir nämligen käranden kompenserad för skadan, vid "restitution" ibland överkompenserad, ibland blott delvis; vid "punitive damages" blir han alltid överkompenserad och då vanligen i större utsträckning än vid "restitution". Både "restitution" och "punitive damages" syftar till "deterrence" (avskräckning) och har alltså primärt en preventiv, handlingsdirigerande funktion som i allmänhet förefaller bygga på marknadsekonomiska teorier om "cost-internalization"; det gäller att skapa ett kostnadshot som gör att det blir lönsamt att avstå från det rättsstridiga beteendet.[16]

"Punitive damages" (fortsättningsvis "straffskadestånd") förekommer på t ex antitrust- och kontokreditområdet och intresset för straffskadestånd förefaller vara stigande i bl a USA.[17] Det belopp som döms ut brukar uppgå till tre gånger den faktiska skadan för den enskilde. I konsumentkreditsammanhang förekommer dessutom regler om minimibelopp oavsett den faktiska skadan för den enskilde ("minimum damages"), en företeelse som har ansetts representera "an anomalous confusion of the civil and criminal functions of the law".[18] Uppenbart är att "straffskadestånd" i första hand har en handlingsdirigerande funktion. Som en sidoeffekt tillkommer dock även en kompensatorisk, reparativ, effekt. Lockades inte den skadade till aktivitet av den generösa kompensationen skulle den preventiva effekten utebli.

Det förefaller inte erbjuda några betänkligheter i och för sig att acceptera tanken på class actions rörande skadestånd såväl då det gäller "compensatory damages" som "restitution" och detta oavsett om man bara vill betona skadeståndets – och processens – repara-

15 Ontario Report II s 585.

16 Jfr t ex Hellner ovan i not 8 a st och Dufwa i SvJT 1987 s 414, 417 och 419, den sistnämnde även i TfR 1987 s 832 ff. Se vidare nedan i kap 12 s 437 ff och 445 ff betr termen "preventiv funktion" och Ekelöfs synsätt.

17 Så Koch, Prozessführung s 37 och 203 ff, se även nedan i kap 10 s 346 f.

18 Lord Devlin ovan i not 11 anförda rättsfall. Lord Devlin ansåg dock denna anomali berättigad i vissa fall, jfr Ontario Report II s 586.

tiva eller dess preventiva funktion eller rent av anser båda viktiga i sammanhanget. Då det gäller straffskadestånd kan däremot en class action ibland bli alltför effektiv ("legal overkill"). Är klassen stor kan resultatet oftare än vid andra former av skadestånd bli att svarandeföretaget går i konkurs.[19] Ett sådant resultat får naturligtvis en betydande handlingsdirigerande effekt för andra företag i branschen men kan samtidigt vara samhällsekonomiskt olyckligt. Det har därför också förekommit att möjligheten till class actionprocesser uteslutits i lagstiftning som innehåller regler om straffskadestånd.

Men att talan om straffskadestånd ibland inte får föras som en class action innebär inte att class actionformen skulle anses vara oförenlig med skadestånd i allmänhet eller straffskadestånd (med dess inriktning på handlingsdirigering) i synnerhet. Class actioninstitutets handlingsdirigerande effekt är i allmänhet fullt accepterad och (av några) eftersträvad.[20] Vad som föranlett begränsningar då det gäller rätten till class actions i fråga om straffskadestånd är snarare en önskan att undvika "over-deterrence".[21] Och om en class action rörande straffskadestånd tillåts anses domstolen vidare – liksom vid class actions överhuvudtaget – ha möjlighet att förordna att jättelika skadestånd skall få betalas genom avbetalningar eller på andra, skonsamma, sätt. Sådana föreskrifter kan ges även om denna möjlighet inte omnämns i den aktuella materiellrättsliga lagstiftningen eller i avtalet parterna emellan.[22]

Man kan alltså konstatera att skadeståndet fyller flera olika funktioner också i amerikansk rätt och att man satsat särskilt hårt på den preventiva uppgiften inom vissa rättsområden.[23]. Detta förhållande harmonierar väl med – och resulterar i – class actioninstitutets motsvarande funktioner. Ett sådant samspel tycks dock stundom förutsätta att man accepterar radikala principer för beräkning och fördelning av skadestånd i class actionmål. Låt oss nu se närmare på hur man går tillväga därvidlag.

19 Se ovan i kap 5 s 203.

20 Se vidare nedan i kapitel 12 s 456 ff.

21 Harvard Developments s 1532.

22 Se härom Ontario Report II s 597 ff.

23 Jfr Conradi i SvJT 1987 s 416 och Bengtsson i samma årgång s 418, den sistnämnde ansluter sig till tanken att preventionen är större vid ren förmögenhetsskada och miljöskador. Se även Dufwa s 414 betr företagens mottaglighet för ekonomisk prevention; Dufwa förordar ökad användning av preventivt skadestånd i företagarsammanhang.

2. Beräkning av skadestånd: klumpsummor, "masters" och "minitrials"

Rule 23 erbjuder idag möjlighet till talan om skadestånd både enligt st (b)(1) och (b)(3). Vid (b)(1) class actions erbjuder frågan om beräkningen av skadeståndets storlek mera sällan några särskilda problem.[24] Klassen är väl sammanhållen och alla är i allmänhet berörda av det påtalade beteendet på samma sätt och i samma utsträckning. Annorlunda är det vid (b)(3) class actions; klassen är då ofta löst sammanbunden via en eller flera gemensamma sak- eller rättsfrågor. Kanske är detta moment det enda som klassmedlemmarna har gemensamt.[25] Det skadestånd klassmedlemmarna är berättigade till kan växla från fall till fall både vad gäller storlek och karaktär[26] och svaranden kan ha skilda invändningar rörande såväl skadeståndsskyldigheten i sig som det yrkade beloppets skälighet mot olika gruppmedlemmar. Att så är fallet hindrar nämligen i och för sig inte att en class action kan tillåtas.[27]

I class actions rörande skadestånd enligt Rule 23 (b)(3) brukar förfarandet ibland anordnas så att domstolen redan i processens början – innan man avgjort frågan om skadeståndsskyldighet föreligger överhuvudtaget – utformar en "notice" av innebörd att enskilda klassmedlemmar som gör anspråk på skadestånd skall höra av sig till domstolen med preciserade krav med påföljd att deras rätt annars prekluderas.[28] Med denna metod föreligger dock en risk att en rad klassmedlemmar hör av sig i onödan; kärandens talan kan ju komma att ogillas. Vanligare är därför att domstolen – efter sedvanlig notice[29] men utan krav på att klassmedlemmarna hör av sig med sina krav redan på detta stadium – först avgör frågan om skadeståndsskyldigheten i sig. Därefter löser man antingen upp class actionprocessen ("decertification") och hänvisar klassmedlemmarna

24 Miller, Problems in Administering Judicial Relief in Class Actions under Federal Rule 23 (b)(3), i 54 F.R.D. 501 s 503, beträffande (b)(1) class actions se ovan i kapitel 3 s 125 f.

25 Jfr ovan i kapitel 2 s 73 f beträffande epok 3.

26 Miller a a s 501 ff.

27 Se ovan s 194 ff och de i Miller a a s 504 f i not 16 angivna rättsfallen.

28 Effekten blir ett slags "opt-in"-krav. Den som vill stå helt utanför processen måste begära "opt-out" och den som vill ha skadestånd måste anmäla sitt krav. Den passive går alltså sin rätt förlustig, jfr ovan s 223 ff.

29 Se ovan i kapitel 6 s 212 ff.

till individuell process rörande deras respektive skadestånd eller fortsätter rättegången i form av en rad "mini-trials" med ny notice till de berörda och med utgångspunkt från deras krav såsom de framställts i särskilda av domstolen utformade formulär.[30]

De ovan skisserade metoderna har det gemensamt att alla skadeståndsanspråk prövas individuellt; varje klassmedlem måste yrka ersättning, precisera sitt anspråk och bevisa den individuella skadans omfattning. Detta medför i sin tur att små ersättningsanspråk kan bli oprocessbara eftersom kostnaderna kommer att överstiga intäkten trots att talan förs som en class action. Detta gäller även om, som ibland sker, den individuella skadeståndsprövningen flyttas över till en "master" som får domstolens uppdrag att beräkna de individuella skadorna på ett jämförelsevis fritt sätt. "Mastern" själv skall ju ha betalt för sitt arbete och på detta sätt minskar de belopp som han tilldömmer var och en i klassen eftersom rättegångskostnader av detta slag inte ersätts av den tappande.[31] "Master"-systemet passar alltså inte vid individuellt låga skadeståndsanspråk.

Ett sätt att förenkla och förbilliga den individuella skadeståndsbedömningen har varit att arbeta med schabloniserade skadestånd och "strömlinjeformade" (förenklade) processformer, ibland kombinerade med sänkt beviskrav, omvänd bevisbörda och/eller presumtioner som lägger på svaranden att visa när anledning finns att avvika från det förenklade räknesättet.[32] En utveckling i den riktningen förekommer även utanför class actionområdet.[33]

Ibland är dock läget det att inte något av de ovan antydda sätten är tillräckligt för att göra de individuella anspråken processbara ens i class actionform. Kravet på individuell beräkning av skadorna hotar då processens reparativa och preventiva potential. För att möjliggöra rättegång även i dessa fall – och för att öka nettobehållningen i andra – har man utvecklat nya tekniker för skadeståndsberäkningen. Dessa metoder har naturligtvis särskilda fördelar i de fall då det är svårt att spåra upp alla klassmedlemmar. Kravet på att klassen skall

30 Jfr Miller, Problems, s 505, jfr även ovan i kap 6 s 224 betr valet mellan opt-out och opt-in.

31 Jfr Miller, Problems, s 506.

32 Se t ex Harvard Developments s 1517.

33 Se t ex vad gäller svensk rätt RB 35:5 och DsJU 1986:10, jfr betr tysk rätt § 287 ZPO och nedan i kap 15 avsnitt 5.6.

vara väl avgränsbar[34] hindrar inte att den situationen kan uppkomma att klassen låter sig väl beskrivas och avgränsas utan att det är möjligt att med rimlig arbetsinsats och kostnad ta fram namn och adress på varje medlem i klassen. De metoder som står till buds i dessa fall bygger inte på en addition av alla individuella skador. Man börjar i stället från andra hållet och försöker beräkna skadan så att säga i producentledet.

Vid kollektiva skadeståndsberäkningar av detta slag försöker man alltså räkna fram en "klumpsumma" som svaranden har att betala. Denna summa styckas sedan – efter processen – och sprids ut på de enskilda klassmedlemmarna eller hålls samman och används till de skadades gemensamma bästa; de skadade får s a s en indirekt ersättning. Jag återkommer till dessa tekniker för *fördelningen* av skadeståndet i nästa avsnitt.

Vid uträkning av den klumpsumma svaranden har att erlägga har man begagnat olika statistiska metoder som t ex stickprov, genomsnittsberäkningar osv.[35] Det förekommer också – som antytts ovan – att man arbetar med utgångspunkt från svarandens bokföring i stället för klassmedlemmarnas påstådda skador; vid "restitution", då det ju gäller att plocka av skadevållaren den extra vinst han uppnått med det påtalade beteendet,[36] borde väl detta för övrigt vara huvudregeln. Men praxis har inte entydigt accepterat radikala grepp av det här slaget. I *Eisen*[37] skulle svarandenas (börsmäklarnas) "obehöriga vinst" till följd av det påtalade beteendet vid försäljning av småposter av aktier lätt ha kunnat räknas fram via deras egen datoriserade bokföring, men ett sådant förfaringssätt godkändes bara i första instans. Court of Appeals ville inte acceptera att en så radikal beräkningsmetod kom till användning.

Att döma av andra rättsfall är dock klumpsummetekniken godtagen i åtminstone viss utsträckning. I rättsfallet *Samuel v. University of Pittsburgh* (1976)[38] accepterade Court of Appeals att kärandeklassens skador beräknades utifrån svarandens räkenskaper (universitetet hade debiterat för höga avgifter för en viss kategori studenter). Man ålade därefter universitetsförvaltningen att meddela

34 Ovan i kap 5 s 180 f.

35 Harvard Developments s 1517 och 1520 samt Ontario Report II s 531 ff.

36 Ovan s 272.

37 Ovan s 217 ff.

38 538 F. 2d 991.

klassmedlemmarna vilket skadestånd de var berättigade till i stället för att kräva att varje berörd student själv definierade storleken av sitt anspråk och framställda krav på ersättning.[39] Och de fyra rättsfallen *Van Gemert v. Boeing Company* (1977–1980)[40] utgör ytterligare stöd för att radikala beräkningsmetoder använts i praxis. Även *Roper v. Consurve, Inc.* (1978)[41] och – mest känt – *Daar v. Yellow Cab Company*[42] erbjuder exempel på hur radikala beräkningsmetoder har kommit till användning.

Det sistnämnda rättsfallet gällde en delstatlig class action (Kalifornien) med yrkande om skadestånd för överdebitering vid taxiresor. Man beräknade taxibolagets obehöriga vinst och kundernas skada genom att räkna fram den totala förhöjning av framkörningsavgiften bolaget felaktigt debiterat alla sina kunder under flera års lopp. Högsta domstolen accepterade att talan fördes som en class action och domstolen i första instans ("the trial court") fastställde sedermera en förlikning av innebörd att skadeståndsskyldigheten bestämdes till 1.400.000 dollar (1970), varav 450.000 åtgick till advokatarvoden och resterande 950.000 skulle "utges" på så sätt att taxibolaget ålades att sänka priset under en så lång tid att den "obehöriga vinsten" successivt återgick till passagerarkollektivet under kommande år.

Tydligt är att möjligheterna till en meningsfylld class actionprocess rörande skadestånd många gånger är helt beroende av domstolens inställning till radikala principer för beräkning (och även fördelning) av skadestånd. *Daar* visar hur långtgående principer vissa domstolar är beredda att acceptera. Och att *Eisen* skulle fungera som en bromskloss är inte ägnat att förvåna mot bakgrund av den class actionfientliga inställning som kom till uttryck rörande flera frågor i detta mål.[43]

Det ligger väl i linje med domarens fria ställning och common lawsystemets positiva syn på "judge-made law" att nya tekniker för skadeståndsberäkning kan växa fram i praxis på det sätt som varit

39 Jfr Ontario Report II s 540 f. – I Harvard Developments s 1518 får man det felaktiga intrycket att utgången var den motsatta, vilket beror på att endast domen i första instans var tillgänglig vid tiden för denna framställning.

40 Se vidare Ontario Report II s 542 not 118.

41 578 F. 2d 1106, som gällde kreditkortskunder. Skadorna var mycket lättare att beräkna med utgångspunkt i kreditkortföretagets register än genom att summera individuella anspråk, se Ontario Report II s 541, jfr f ö även *Katz v. Carte Blanche*, ovan s 203 och nedan s 630 ff. Se även Harvard Developments s 1530 f.

42 Beträffande denna class action se t ex Durand s 181, Berk s 651 ff och Gordon s 729.

43 Ovan s 217 f.

fallet. Men kritik har givetvis förekommit och det har hävdats att metoder av det här slaget kan ändra materiell rätt på ett otillåtet sätt och rentav strida mot konstitutionen. I allmänhet betraktas dock sådana invändningar som ogrundade.[44] En så inflytelserik kommentator som professor Arthur Miller har – visserligen i en numera ganska gammal (1973) artikel – hävdat att det är domarens rätt och skyldighet att ställa sig positiv till utvecklingen av nya effektiva tekniker för skadeståndsberäkning och skadeståndsfördelning:

> "Except in the most unusual circumstances, alleged difficulties in measuring or distributing damages should not be accepted as an excuse for not proceeding with an action that otherwise is appropriate for class action treatment. Even when relief cannot be administered easily or with precision, the court must undertake to do the best it can if the prospect of civil liability is to serve as an effective deterrent to wrongdoing."[45]

3. Fördelning av skadestånd; "cy-pres" och "fluid recovery"

Det har framgått av det nyss anförda att inte bara beräkningsprinciperna utan även frågan om fördelning av skadestånd vid class actions har varit föremål för diskussion i praxis och doktrin. Den härskande meningen förefaller vara att man kan sträcka sig ganska långt bortom traditionella metoder även vid avgörande av hur de inprocessade pengarna skall fördelas och användas. Det skulle föra för långt att här gå in på detta i detalj.[46] Några antydningar om hur man ser på saken kan dock vara på sin plats.

I de fall skadestånd bestäms individuellt (av domstolen, via "master" eller genom "mini-trials"[47]) erbjuder i allmänhet inte fördelning och distribution av skadeståndet några – för class actionmål speciella – problem annat än då det uppstår ett överskott. Jag återkommer strax till det. Men det är framför allt då en eller annan

44 Se Harvard Developments s 1523 och s 1517 med i not 323 anförd litteratur samt Ontario Report II s 536 och ovan s 274 ff. – Møgelvang-Hansen har hävdat (1979 s 12) att en kollektiv beräkning av skadestånd innebär en sänkning av beviskravet. Jämförelser av det slaget förefaller dock vanskliga eftersom det blir fråga om ett annat bevistema när intresset flyttas från den individuella skadan till den kollektiva.

45 Miller, Problems s 512 f, se även s 510 f.

46 Se vidare t ex Ontario Report II s 558–600, jfr även nedan i kap 10 s 348 ff betr Bill 1978 och UCAA.

47 Se ovan s 275.

"klumpsummemetod" kommit till användning som svårigheter uppstått. En rad varianter är här tänkbara. Klumpsumman kan upplösas efter processen via en individuell utdelning till klassmedlemmarna i den mån dessa kan uppspåras eller förmås höra av sig på egen hand. Man kan också tänka sig att skadeståndet (som i *Daar*) används – helt eller delvis – på ett sådant sätt att det blott "indirekt" kommer de berörda till del. Kombinationer av dessa båda metoder förekommer också på så sätt att man först ersätter vissa klassmedlemmar och sedan använder en eventuell återstående del av den inprocessade summan – "fonden" – till klassens "gemensamma bästa" (varvid den som även fått individuell ersättning i viss mån blir dubbelkompenserad). Administrationen av själva utbetalningen kan skötas av domstolen, av svaranden själv eller av en särskilt utsedd person som fått i uppdrag att förvalta och distribuera den "fond" som skapats genom class actionprocessen.

Att skadestånd bestäms till en klumpsumma innebär i vissa fall på sätt och vis bara att beräkningsproblemet skjutits över från själva rättegången till det postprocessuella stadiet. I detta läge kan alltså den situationen uppstå att den fond processen skapat inte tas i anspråk fullt ut.[48] I de class actions som ingick i undersökningen "Senate Study"[49] lyckades man distribuera allt skadestånd ut till klassmedlemmarna i tio av de tjugo fall då skadestånd utdömdes. I sex av de återstående var det mindre än fem procent av fonden som förblev "unclaimed".[50]

Hur som helst, överskott förekommer även då beräkningstekniken eller målsättningen är individuell ersättning. Och i de fall klassmedlemmarna är svåra att spåra eller de utdömda beloppen är för små för att bära ens låga distributionskostnader uppstår frågan hur överskottet skall användas.[51] Svaret får – åter – sökas mot bakgrund av class actioninstitutets funktion och meningarna om vad som bör ske är följaktligen delade. I de nyssnämnda fallen i Senate Study lät man pengarna gå tillbaka till svaranden i sex fall och till-

48 Jag har inte någonstans stött på någon synpunkt på den motsatta situationen, dvs hur man skall agera om pengarna inte räcker till.

49 Ovan s 139 f.

50 Senate Study s 28.

51 Jfr Harvard Developments s 1523 och Ontario Report II s 558, där man hävdar att det är klassmedlemmarna som bör betraktas som ägare till "fonden" och följaktligen också till överskottet. Se även Ontario Report II s 589 f och 594 samt Harvard Developments s 1524.

lämpade ett slags *"fluid recovery"*- eller *"cy-pres"*-teknik i ett par andra.[52]

Vad betyder då dessa termer? Gemensamt är att ersättning endast kommer klassmedlemmarna till godo indirekt. *"Cy-pres"*-doktrinen är ett (franskspråkigt) uttryck för en amerikansk princip vid testamentstolkning: om det är omöjligt att verkställa ett testamente exakt så som testator avsett skall man sträva efter "the next best use".[53]

Termen "cy-pres" används ibland som ekvivalent med (ibland som en av flera former av) *"fluid recovery"*. Jag avstår från att ta ställning i debatten rörande termernas rätta innebörd[54] och konstaterar blott att skadeståndsfördelningar av här aktuella slag förekom-

52 Senate Study s 28.

53 Harvard Developments s 1522, ("cy près que possible", så nära som möjligt). Trots språkdräkten torde det här vara fråga om en gammal equity-princip, jfr Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 83.

54 Den terminologiska förvirringen når sin höjdpunkt då man kommer till uttrycket "fluid recovery" (jfr Ontario Report II s 537). Beträffande fluid recovery i olika former och deras ekonomiska konsekvenser, se Durand, Anna, An Economic Analysis of Fluid Class Recovery Mechanisms, 34 Stanford Law Review (1981) s 173-201. Durands slutsats är att prismekanismer (t ex prissänkning) är underlägsna andra metoder:

> "In summary, reducing price to redistribute income imparts no real benefit to the consumer class unless the defendant increases output above the normal market equilibrium level. Since a competive firm will never voluntarily increase output, and a monopolist will do so only if the reduced price is greater than the marginal revenue the monopolist was enjoying on the last unit sold before the price reduction, a court must mandate an output increase in order to ensure that consumers benefit from the damage distribution.
>
> If a court orders a single firm in a competitive industry to meet the demand for its good at the reduced price, innocent competitors of the defendant who are not subject to the price reduction provision will be forced to lower their price or lose their business to the defendant. Thus, innocent competitors will be harmed by the market effect of damage distribution through the price mechanism. . .
>
> . . . the price mechanism is economically inferior to nonprice mechanisms both in compensating the injured consumer class and in divesting the defendant of unlawfully received income. The price mechanism effectively meets the goal of compensating the injured plaintiff only when the defendant is a monopolist and the reduced price is greater than the cost of producing the good.
>
> But even under these limited conditions, the price mechanism imposes substantial operating costs on both the defendant and the courts by requiring extensive information and sophisticated skills of economic analysis. Taken together, the price mechanism's ineffectiveness in distributing damages and its high operating cost make nonprice mechanisms the preferable form of damage distribution." (Durand s 201) – Betr "fluid recovery" se även t ex Ward i 81 F.R.D. (1978) s 265, Homburger s 32 f, Goldberg s 1641 ff och Ontario Report II s 558 ff samt De Jarlais s 729 ff.

mer i huvudsak i två former. Enligt den ena fördelas fonden via marknaden ("price mechanism") t ex i form av sänkt pris på en vara som tidigare varit "overpriced".[55] Enligt den andra metoden får pengarna gå till en särskild fond eller till staten för att användas i ett syfte som kan tänkas komma klassmedlemmarna till nytta ("non-price mechanism").[56] Detta kan t ex ske genom att medlen satsas på forskning rörande skador av den art processen gällt eller t o m så att pengarna får gå till ett allmännyttigt ändamål utan närmare anknytning till de aktuella skadorna.[57]

"Cy-pres" och "fluid class recovery" används alltså såväl då individuell ersättning inte kommer ifråga överhuvudtaget som då det uppstått ett överskott efter det att framställda individuella krav tillgodosetts. Tekniken används även i förlikningssituationer. Tydligt är att en positiv inställning till "cy-pres" och "fluid recovery" förutsätter att skadeståndets funktion inte anses vara enbart "compensation". Som framgått ovan i avsnitt 1 är ju så ej heller fallet i amerikansk rätt och "behaviour modification" (eller "deterrence") accepteras som ensam funktion för en class action rörande skadestånd åtminstone på vissa håll.[58] Tillåter man en extrem tillämpning av "fluid recovery" har man också i praktiken accepterat tanken att class actioninstitutet har en handlingsdirigerande funktion. Här uppstår åter den situationen att den enskilde domarens privata värderingar rörande skadeståndets, civilprocessens och/eller class actioninstitutets funktioner lätt kan komma att påverka beslutet om en class action skall tillåtas. Avgörande borde i stället vara ändamålen bakom den lag som är aktuell i sammanhanget; funktionerna kan mycket väl växla mellan olika rättsområden:

> "Although courts have an obligation to develop remedies which effectuate statutory policies, the potential for greater deterrence, compensation, or disgorgement of unjust enrichment is not sufficient in and of itself to justify judicial creation of expensive systems for delivering damages. In the presence of a relevant statute courts are not free to attach whatever weights they choose to enforcement policies, but must tailor class action remedies to fit the matrix of policies they have attributed to the statute in interpreting its substantive provisions. Thus, the process of determining appropriate methods for delivering damages in class actions should proceed by analyzing whether the

55 Så i *Daar* (ovan s 277).

56 Harvard Developments s 1522, jfr s 1517 samt Durand s 179 f och De Jarlais s 729 ff.

57 Se även nedan i kap 10 s 356 betr "public actions".

58 Jfr Ontario Report II s 590.

policies served by particular mechanisms for calculating and distributing damages match statutory policies."[59]

4. Sammanfattning och avslutande synpunkter

Class actions rörande skadestånd kan – men behöver inte alltid – ge upphov till svåra problem då det gäller att beräkna uppkomna skador och fördela utdömda belopp. I båda dessa hänseenden har radikala metoder utvecklats; så t ex klumpsummemetoder för beräkningen samt olika former av "fluid recovery"- och "cy-prestekniker" för fördelningen.

Inställningen till sådana radikala metoder står i starkt samband med principiella uppfattningar om skadeståndets, civilprocessens och class actioninstitutets funktion. Synen på hur långt man skall kunna avvika från traditionella beräknings- och fördelningsprinciper skiftar därför avsevärt. Men enligt en av de ledande framställningarna på class actionområdet – citerad omedelbart i det föregående – bör det inte vara den enskilde domarens värderingar i olika hänseenden (hans inställning i funktionsavseende eller till class actioninstitutet eller det materiella rättsområdet) som fäller utslaget. Avgörande för vilka beräkningsmetoder som kan accepteras bör i stället vara ändamålet bakom de materiella reglerna.

Det hävdas ibland att class actions rörande skadestånd nödvändiggör en reformering av ersättningsrätten i ovan angivna hänseenden. Klart är att de reparativa och preventiva potentialerna – diskuterade närmare nedan i kapitel 12 – ökar avsevärt i takt med en sådan utveckling. Men det bör påpekas att class actioninstitutet visat sig kunna fungera också dessa radikala metoder förutan, så även i skadeståndssammanhang. Och den här diskuterade utvecklingen av skadeståndsrätten förefaller vara på gång även i länder där class actions inte existerar. Det är knappast class actioninstitutet i sig utan den samhällsutveckling processformen speglar som utgör drivkraften; urbanisering, kollektivisering, "massification" etc föranleder krav på ökat tillgodoseende av gruppintressen inom allt fler områden av juridiken.

59 Harvard Developments s 1526 f, se även Du Val 1983 s 433 vid not 2. – Jfr däremot American College of Trial Lawyers s 17: "In practice, however, some courts appear willing to sacrifice substantive legal doctrine in order to facilitate implementation of the class action rule. Examples are available in both the antitrust and securities areas." Se även (den notoriske – kanadensiske – class actionfienden) Glenn 1985 s 288 ff och nedan i kap 15 avsnitt 5.6.

Kap. 9 Rättegångskostnaderna – särskilt ombudskostnaderna

"A law suit is a fruit-tree planted in the lawyer's garden."

Okänd tänkare

1. Inledning 284
2. De amerikanska reglerna om rättegångskostnader i tvistemål 284
3. Rule 54 och dess historiska bakgrund 286
4. Särskilt om ombudskostnader – undantagen från "the American Rule" och arvodesberäkningen 290
   - 4.1 Inledning 290
   - 4.2 Undantagen 290
     - 4.2.1 "Statuary provisions" 291
     - 4.2.2 Partsavtal och kostnadsersättning som skadestånd 294
     - 4.2.3 Undantag utbildade i domstolspraxis 294
       Ond tro och vårdslöshet 295, "Common fund" och "common benefit"-teorierna 296, "Private Attorney General"-teorin och Alyeska 299, Ombudsersättning för *tappande* part 303
   - 4.3 Arvodesprövning, "contingent fees" och "maintenance" 308
     - 4.3.1 Arvodesprövningen 308
     - 4.3.2 "Contingent fees" och "maintenance" 310
   - 4.4 Sammanfattning och utvecklingstendenser 313
5. Rättegångskostnader i class actionmål 315
   - 5.1 Inledning 315
   - 5.2 När kan ersättning utgå? 317
     - 5.2.1 "Statuary provisions" 317
     - 5.2.2 Partsavtal, kostnadsersättning som skadestånd 317
     - 5.2.3 Undantag utbildade i domstolspraxis 318
       Ond tro och vårdslöshet 318, "Common fund" och "common benefit"-teorierna 319, "Private Attorney General"-teorin 319, Ersättning för *tappande* part 320
   - 5.3 Arvodesprövning, "contingent fees" och "maintenance". Jättearvoden 321
   - 5.4 Sammanfattning och utvecklingstendenser 326
6. Kostnadsreglernas betydelse för class actioninstitutet 327

1. Inledning

En viss kännedom om de amerikanska rättegångskostnadsreglerna är en viktig förutsättning för förståelsen av class actioninstitutets framväxt, betydelse och framtid. Men class actioninstitutet står och faller inte med de amerikanska kostnadsreglerna; att class actioninstitut existerat och existerar även i rättssystem med andra kostnadsregler utgör ett belägg för motsatsen.[1] Ombudskostnadernas betydelse i sammanhanget är dock obestridlig och i den delvis inflammerade debatt som förs rörande modern amerikansk gruppprättegång är ekonomiska argument självfallet av central betydelse.[2] Meningen med det här kapitlet är *dels* att ge läsaren ett kunskapsunderlag som tilllåter egna slutsatser på området, *dels ock* att diskutera om de amerikanska kostnadsreglerna – jämförda med t ex de svenska – verkar stimulerande eller avhållande för den som överväger att starta en class action.

Kapitlet inleds med – och domineras av – en orientering om de amerikanska kostnadsreglerna i tvistemål i allmänhet. Framställningen är lagd på ett allmänt plan och tar, liksom den amerikanska diskussionen, i huvudsak sikte på ombudsersättningar. De senaste årens utvecklingstendenser tas upp i ett särskilt avsnitt (4.4). Därefter, då underlag skapats för en mer komprimerad framställning, diskuteras frågan om ersättning för rättegångskostnaderna i class actionmål. Också här blir det mest fråga om ombudsersättningar; vem ansvarar för sådana kostnader och hur bestäms arvodena? Kapitlet avslutas med ett diskuterande avsnitt rörande kostnadsreglernas betydelse för class actioninstitutet.

2. De amerikanska reglerna om rättegångskostnader i tvistemål

Utgångspunkten i amerikansk – liksom i svensk – processrätt är att den vinnande parten får sina kostnader ersatta av motparten; "(i)n the typical case, costs will be allowed to the 'prevailing party' as of course under Rule 54 (d)."[3] Men medan utgångspunkten också är

[1] Se nedan s 368 ff.

[2] Se nedan s 283 ff.

[3] Wright & Miller § 2667.

huvudregel i svensk process är motsatsen fallet i USA. När det kommer till kritan får parterna i allmänhet svara för merparten av sina egna kostnader i rättegången och detta gäller i såväl federal som delstatlig process.[4] Att det inledningsvis återgivna citatet ändå stämmer med verkligheten beror på att kostnaderna för ombud inte räknas som "costs".[5] Denna huvudregel – "the American (no-fee) rule"[6] är dock i sin tur försedd med en rad undantag och det är dessa undantag som är en viktig del av den ekonomiska grogrunden för class actioninstitutet.

Men låt oss nu återvända till utgångspunkten. Även i de fall vinnande part tillerkänns ersättning för rättegångskostnader blir han alltså endast undantagsvis kompenserad fullt ut; "costs almost always amount to less than the successful litigant's total expences in connection with a lawsuit".[7]

Man skiljer alltså terminologiskt mellan "costs" och "expences". Med *expences* avses alla utgifter parten haft i anledning av rättegången medan *costs* eller "taxeable costs" betecknar sådana utlägg som är ersättningsgilla i det särskilda fallet. Till denna ersättningsgilla kategori räknas främst vissa *fees,* dvs belopp som parten betalat till rätten i form av stämpelavgifter etc, men också vittnesersättningar ("witnessfees").[8] Tillerkänns parten ersättning för rättegångskostnader ingår alltså i allmänhet "fees" av nyssnämnda slag i det ersättningsgilla beloppet.

Men ombudskostnader *(attorney's fees)* räknas alltså i allmänhet inte som *costs.* Ombudskostnader stannar därför oftast – liksom partens inställelsekostnader och hans utgifter för egna undersökningar – på den part som haft dem och detta oavsett processens utgång.[9] Låt oss ta en snabb titt på bakgrunden till denna ur modern svensk synpunkt egendomliga ordning.

4 Miller, Fees s 12.

5 A a s 12.

6 Kallas i fortsättningen "the American rule".

7 Wright & Miller § 2666.

8 A st.

9 Jfr dock nedan s 296 betr Rule 11 och 68.

3. Rule 54 och dess historiska bakgrund

Man söker förgäves stöd för att ombudskostnader inte är ersättningsgilla i den relevanta federala lagtexten. Principen förefaller snarare vara att full ersättning skall utgå till den vinnande parten. Rule 54 lyder:

> "*Costs.* Except one express provision therefore is made either in a statute of the United States or in these rules, costs shall be allowed as of course to the prevailing party unless the court otherwise directs; but costs against the United States, its officers, and agencies shall be imposed only to the extent permitted by law. Costs may be taxed by the clerk on one day's notice. On motion served within 5 days thereafter, the action of the clerk may be reviewed by the court."

Formuleringen av Rule 54 tycks således inte bara ge vid handen att huvudregeln är att ersättning skall utgå till den vinnande; något undantag görs inte heller för den viktigaste kostnadsposten, dvs ombudskostnaderna. Men i texten definieras inte vad som är costs och därmed ges domstolen utrymme för en skönsmässig bedömning av kostnadsfrågan. Att regeln har denna utformning går tillbaka på den historiska utvecklingen av anglo-amerikansk kostnadsrätt.[10] I tidig engelsk *common law* utdömdes över huvudtaget inte ersättning för rättegångskostnader; parterna skulle själva föra sin talan och ersättning för ombudskostnader kom följaktligen inte i fråga.[11] Men redan 1278 tillkom en "statute" som tillerkände vinnande *kärande* ersättning för vissa kostnader, så även ersättning för ombud. Det skulle dock dröja ända till 1607 innan vinnande *svarande* fick samma möjlighet till ersättning.[12]

10 Se härom t ex Wright & Miller § 2665 och Goodhart, A, Cost s 851 ff och 872 ff (i 38 Yale Law Journal (1929) s 849 ff). En utmärkt redogörelse för de amerikanska kostnadsreglerna och deras historia finns också i Justice White's votum i *Alyeska Pipeline Service Company v. The Wilderness Society* (421 U.S. 241, 1975) ett rättsfall som jag återkommer till nedan under 4.2.3). Se även den ambitiösa redogörelsen i 122 Univ. of Pennsylvania Law Review (1974) s 636-713 ("Comment, Court Awarded Attorney's Fees and Equal Access to the Courts"), som dock lider av den bristen att den är publicerad före det viktiga rättsfallet *Alyeska*. Jfr även Proctor, D, Attorney's Fees – Award of Attorney's Fees From Entire Common Fund in Class Action Judgements Does Not Violate No-Fee American Rule. *Boeing Co. v. Van Gemert*, 414 U.S. 472 (1980), i 11 Cumberland Law Review (1980) s 501-519 samt Note, Award of Attorneys Fees to Unsuccessful Environmental Litigants, i 96 Harvard Law Review (1983) s 677-696.

11 Se Polloc-Maitland (2:a uppl 1968) s 211 f.

12 Proctor s 504.

Inom *equity* överlämnades frågan om ersättning för rättegångskostnader helt till domarens fria skön[13] och denna flexibla princip kom att gälla för samtliga engelska domstolar fr o m slutet av 1800-talet, då ju equity- och common law-domstolarna slogs samman. Huvudprincipen var enligt equity – och är fortfarande i England – att full ersättning (inkl ombudskostnader) skall utgå till den vinnande parten ("the English Rule"). Denna inställning präglar numera alla slags mål i öriket.

I USA följde man i den *delstatliga* rättskipningen till en början engelsk praxis. Men efter revolutionen började en utveckling bort från de engelska reglerna (även i detta hänseende) och i de stater som anslöt sig till unionen efter frihetskriget utdömdes sällan ersättning för ombudskostnader.[14] Med tiden har man i de flesta stater inskränkt rätten till ombudskostnader i så hög grad att den närmast upphört att existera. Huvudregeln i dag är att sådan ersättning inte beviljas, det är alltså detta som är innebörden av "the American rule".[15]

Vid de *federala* domstolarna utdömdes till en början ersättning för vissa rättegångskostnader så att säga automatiskt i common-lawfall medan domstolarna – i enlighet med den engelska traditionen – ansåg sig fria att döma efter billighet i detta hänseende i *equity*-mål. Det är denna möjlighet till skönsmässig bedömning som kommer till uttryck i Rule 54, som ju gäller i alla slags federala tvistemål. Domarens fria skön i kostnadsfrågor fick därigenom en mera generell räckvidd i och med tillkomsten (1938) av the Federal Rules of Civil Procedure.[16]

Men även de federala domstolarna hade långt tidigare avlägsnat sig dramatiskt från den engelska huvudregeln om full kostnadsersättning. Vad gäller ombudskostnader konstaterade Supreme Court redan 1796 att "the general practice" i USA var att utesluta ombudskostnader från det ersättningsgilla beloppet och att federala domstolar inte kunde avvika från denna praxis utan uttryckligt stöd från kongressen.[17] Denna princip har man i stort sett hållit fast vid sedan dess. Skönsmässigheten enligt Rule 24 är alltså så gott som

13 Goodhart s 854.

14 Jfr Proctor s 503 i not 22 och 96 HLR (1983) s 678.

15 Proctor a st.

16 Se ovan i kap 3 s 110.

17 *Arcambel v. Wiseman* 3 U.S. 306 (1796) och Wright & Miller § 2665.

fiktiv vad gäller ombudsersättningar. Numera har domstolens handlingsutrymme inskränkts ytterligare i praxis.[18] Möjligheterna att tillerkänna part ersättning för ombudskostnader kräver i allmänhet direkt stöd i författning.

Också då det gäller andra kostnader begränsas stundom utrymmet för domarens[19] skönsmässighet av en federal "statute" eller "rule". Det kan även vara "materiella" regler som får sådana konsekvenser.[20] För övrigt finns dock utrymme både att på skönsmässiga grunder helt vägra kostnadsersättning för den vinnande och att kvitta alla kostnader, t ex om ingen eller båda parterna kan sägas ha vunnit, eller om rättegången berott på bådas slarv på det utomprocessuella planet. Även vid onödig rättegång, liksom då domen motsvarar ett förlikningsbud givet före rättegången,[21] kan den vinnande avskäras från sina (begränsade) möjligheter att få ersättning för kostnaderna.

I dag är läget det att som huvudregel ingen ersättning för rättegångskostnader tilldöms den vinnande och i de fall ersättning kommer i fråga avser den i allmänhet inte de viktigaste posterna, dvs ombudskostnaderna och ersättning för eget arbete och utredningsinsatser.

Hur kan det komma sig att man i USA tagit så klart avstånd från de regler engelsk rätt traditionellt präglas av på det här området? Det finns en rad teorier om det i den amerikanska doktrinen.[22] Man har föreslagit att de amerikanska nybyggarna skulle ha misstrott en lärd advokatkår och hellre litat på sin "own rugged individuallistic spirit to achieve court room justice". Och man har påstått att advokater uppfattades som en lyxvara och som ett verktyg utnyttjat av rika för att straffa den tappande parten. Men den vanligaste förklaringen tycks vara att avvikelsen från de engelska reglerna baserades på en allmän misstro gentemot engelsk processrätt![23]

18 Ett exempel – och det kanske viktigaste – på hur man prejudikatsvägen minskat domstolarnas möjligheter att på skönsmässiga grunder utdöma ersättning för ombudskostnader är rättsfallet *Alyeska* (nedan s 300).

19 Jury medverkar inte vid avgörande av frågor om rättegångskostnader, Wright & Miller § 2665.

20 Se härom Wright & Miller § 2670.

21 Ytterligare steg i sistnämnda riktning togs för några år sedan, se nedan s 296 betr Rule 11 och 68; den sistnämnda gäller dock ej vid class actions (s 319).

22 Se för det följande Proctor s 503 f i not 22.

23 A st.

Självfallet kan man dock inte se de amerikanska kostnadsreglerna såsom de framträder i dag enbart som uttryck för en trotsreaktion. Det saknas numera inte sofistikerade motiveringar för att vägra kostnadstäckning. Den vanligaste är att den förhöjda processrisk full kostnadstäckning medför ("raising the stakes") kan avskräcka folk från att starta process eller försvara sin sak som svarande.[24] Man har till och med hävdat att det är "odemokratiskt" att låta den tappande svara för samtliga kostnader eftersom detta får effekt på den fattige som kan avstå från att processa av detta skäl medan den rike inte skulle låta sig hindras.[25] Häremot har emellertid invänts att just den fattige kan ha svårt att klara sig utan ombud och att vissa anspråk blir oprocessbara eftersom processen kommer att gå med förlust även vid bifall; "the American rule" gör det omöjligt för "lower and middle class litigants" att föra rättegångar om små anspråk.[26] Miller har sammanfattat debatten i följande avsnitt:

> "The English system is asserted to be more equitable in as much as it makes the successful party completely whole. It also is said to have the virtue of discouraging the institution of baseless claims and defences because it imposes the litigation expenses of both parties on an unsuccessful plaintiff. However, this argument probably has little weight in the context of litigants who are extremely wealthy or who are financially incapable of paying costs. The arguments in favour of the American approach are founded on the egalitarian concept of providing relatively easy access to the courts to all citizens and reducing the threat of liability for litigation expenses as an obstacle to the commencement of a lawsuit or the assertion of a defence that might have some merit. A frequently suggested middle position is that the court be given discretion to award complete reimbursement when the loosing party has demonstrated bad faith or abuse of the judicial process in his prosecution or defence of the action. Arguably, this power already exists, particu-

24 Se t ex Proctor s 504 i not 27. Andra anser denna effekt positiv, så t ex Posner (s 137 f) som av denna anledning vill lägga större kostnadsansvar på tapande part. Jfr Kötz i Homburger & Kötz s 73 ff. Ekelöf (festskrift till Hellner s 241 f) anser att kostnadsansvar för tappande part är effektivare än kvittning för att åstadkomma handlingsdirigering, jfr SOU 1982:26 s 223 ff.

25 Se Note, Promoting s 347.

26 Hoak s 737, jfr nedan 327 ff. Tongångarna känns igen från diskussionen kring kostnadsregeln i den svenska småmålslagen, se t ex Lindblom, Procedure s 103 ff och Konsumentmål s 48 ff samt SOU 1982:26 (s 212 ff) ett betänkande som – liksom SOU 1984:66 (s 43 ff – innehåller mycket intressanta resonemang kring kostnadsreglerna och deras effekter. Se även 5:2 lagen om rättegången i arbetstvister och nedan s 398 f. Också i England och i USA har det hävdats att småmålsdomstolarna förvandlats till inkassoinstrument för producenten och distributören från att ursprungligen ha varit tänkta som ett konsumentprocessuellt instrument, se t ex nedan s 384 och 548 f.

larly with regard to the award of attorney's fees persuant to principles developed in equity, although the cases indicate that it is rarely fully invoked."[27]

4. Särskilt om ombudskostnader – undantagen från "the American Rule" och arvodesberäkningen

4.1 Inledning

Man kan alltså konstatera att möjligheterna för vinnande part att få ersättning för sina rättegångskostnader är starkt begränsade i amerikansk rätt, särskilt vad gäller ombudskostnader. Men "the American rule" är försedd med undantag. Dessa undantag, liksom frågan om hur advokatarvodena beräknas i USA – skall diskuteras här under 4. Under 5. får vi så anledning ta upp motsvarande frågor om ombudskostnader i class actionmål.

4.2 Undantagen

Undantagen från "the American rule" kan systematiseras enligt följande:[28]

1. Rätt till ersättning enligt lag eller författning (statuary provisions)
2. Rätt till ersättning enligt avtal mellan parterna
3. Undantag utbildade i domstolspraxis ("judicially created") nämligen vid
   - 3.1 ond tro och vårdslöshet[29]
   - 3.2 gemensam fond eller vinst ("common fund or benefit")
   - 3.3 process av allmänt intresse ("private attorney general")
   - 3.4 ombudsersättning till *tappande* part

Dessa undantag, dessa möjligheter att få ersättning för ombudskostnaderna, aktualiseras ofta i class actionmål; redan här skall nämnas att det förs få class actionprocesser som inte på något sätt anknyter till ett eller flera av undantagen i fråga.

Viktigt är att i de fall ombudsersättning kommer ifråga är det i allmänhet bara käranden som kan komma i åtnjutande av denna viktiga förmån; käranden har en (mer eller mindre förutsebar) möjlighet att få sina ombudskostnader ersatta medan svaranden sällan kan hop-

27 Wright & Miller § 2665. Jfr även Hoak s 717-738.

28 Jfr Hoak s 717 ff.

29 Hoak nämner inte vårdslöshet, jfr däremot Proctor s 504 och nedan s 295 f.

pas på sådan ersättning ens för det fall att han vinner processen. Det råder alltså en obalans mellan parterna på ett sätt som är främmande för t ex svensk processrätt (om inte rättshjälp finns med i bilden). Det blir anledning att återkomma till detta längre fram.

4.2.1 "Statuary provisions"

Redan i the Federal Rules of Civil Procedure finns några regler (utöver Rule 54) som ger möjlighet till ersättning för ombudskostnader i vissa fall, nämligen Rule 11 och 68 som jag återkommer till under 4.2.3.1.[30] Men minst lika viktiga är de bestämmelser om rättegångskostnader som finns i av kongressen utfärdade "statutes" för olika rättsområden. Antalet författningar med sådana regler är numera uppe i över 100.[31] Här kan t ex nämnas the Fair Labor Standards Act (29 U.S.C. § 216 (b)), the Truth in Lending Act (15 U.S.C. § 1640 (a)), the Merchant Marine Act (46 U.S.C. § 1227), 1974 års ändringar i Freedom of Information Act, § 1365 (d) i Water Pollution Prevention and Control Act (1975), § 1415 (g) i Ocean Dumping Act (1975), 1973 års ändringar i Clean Air Act (§ 1857 h - 2 (d)), 1970 års ändringar i 1964 års Civil Rights Act (§ 2000 a - 3 (b) och 2000 e - 5 (k) och § 3612 (c) i Fair Housing Act från 1968 samt regeln i § 4911 (d) i Noise Control Act från 1972.

Författningar rörande civil rights och miljö intar en särställning då det gäller regler om rätt till ombudsersättning för framgångsrika käranden, men även t ex konsument-, arbets- och tryckfrihetsrätten innehåller på sina håll likartade bestämmelser. I vissa fall, som t ex enligt the Truth in Lending Act 1970 och the Railway Labor Act, har en framgångsrik kärande *obligatorisk* rätt till ersättning för ombudskostnaderna. Avsikten har varit att uppmuntra enskilda att genomdriva anspråk som också – eller kanske främst – ligger i det allmännas intresse. Det gäller då i allmänhet situationer när svaranden brutit mot en federal lag eller när käranden genom processen tvingar svaranden att rätta sig efter en förvaltningsmyndighets påbud ("comply with the order of an administrative agency"). Genom att

30 Nedan s 296. – Härutöver kan nämnas Rule 37(a) och (c) samt 56(g) med viss betydelse för rätt till ersättning för kostnader vid "discovery" och "summary judgements".

31 Note, Award s 680. – Intressant är att på miljöskyddsområdet innehåller ifrågavarande regler i allmänhet inte någon begränsning av innebörd att ersättning bara kan utgå till *vinnande* part, se härom nedan s 303 ff.

utfärda ersättningsbestämmelser för sådana fall försöker alltså kongressen uppmuntra enskilda att processa för att "implement public policy".[32] Och särskild anledning till processstimulans föreligger naturligtvis om käranden inte kan räkna med att processen mynnar ut i ett betydande skadestånd till honom personligen. Ersättning för ombudskostnader fungerar då som ett surrogat för skadestånd i så måtto att en framgångsrik kärande åtminstone inte behöver göra personlig förlust till följd av den allmännyttiga processen.

Men ibland framstår inte ersättning för ombudskostnader som något surrogat för ekonomisk kompensation av annat slag utan som ett komplement, så t ex i antitrustmål där ersättning för skäliga advokatkostnader skall utgå utöver skadestånd (som på detta rättsområde kan uppgå till tre gånger den faktiska skadan, "treble damage"):

> "Any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore . . . and shall recover three fold the damages by him sustained, *and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee.*"[33]

Enligt andra författningar är domstolen inte skyldig att utdöma ombudsersättning utan regeln är *fakultativ* och ger alltså en möjlighet till ersättning när domstolen finner förutsättningarna härför föreligga. Så är t ex fallet i patentmål där domaren enligt lag har möjlighet att döma ut skäliga ombudskostnader till vinnande part (i detta fall även till svaranden) men bara "in exceptional cases".[34]

En särställning intar numera mål rörande medborgerliga fri- och rättigheter (civil rights) genom att man här 1976 tillskapade en särskild lag rörande ombudsersättning, "the Civil Rights Attorney's Fees Awards Act".[35] Men möjlighet till ersättning har funnits betydligt längre än så på detta område, där privata rättegångsinitiativ uppfattas som nödvändiga för att inte de lagfästa medborgerliga fri- och rättigheterna skall stanna på papperet. Saken uttrycks på följande sätt av Supreme Court i ett välkänt class actionmål, *Newman v. Piggie Park Enterprises* (1967):

32 Hoak s 718.

33 15 U.S.C. § 15, citerad efter *Alyeska* (nedan s 300) s 1623 not 34 (min kursivering). Betr "treble damage" se ovan i kap 8 s 272.

34 *Alyeska* a st.

35 Se vidare Note, 80 Columbia Law Review (1980) s 346 ff.

"When the Civil Rights Act of 1964 was passed, it was evident that inforcement would prove difficult and that the Nation would have to rely in part upon private litigation as a means of securing broad compliance with the law. A Title II suit is thus private in form only. When a plaintiff brings an action under that Title, he cannot recover damages. If he obtains an injunction, he does so not for himself alone but also as a 'private attorney general', vindicating a policy that Congress considerered of the highest priority. If successful plaintiffs were routinely forced to bear their own attorneys' fees, few aggrieved parties would be in a position to advance the public interest by invoking the injunctive powers of the federal courts. Congress therefore enacted the provision for counsel fees – not simply to penalize litigants who deliberately advance arguments they know to be untenable but, more broadly, to encourage individuals injured by racial discrimination to seek judical relief under Title II.

It follows that one who succeeds in obtaining an injunction under that Title should ordinarily recover an attorney's fee unless special circumstances would render such an award unjust."[36]

Vi möter här uttrycket "private attorney general" och Supreme Court intar uppenbarligen en positiv attityd till denna begreppsliga contradictio in adiecto. Men det skall observeras att rätten till ombudsersättning här fanns fastslagen i den "statute" (rörande rasdiskriminering) som tillämpats i målet; frågan om "private attorney generals" bör stödjas med hjälp av ombudsersättning även då sådant författningsunderlag saknas återkommer jag till nedan under 4.2.3.3.

I den författning som var aktuell i *Newman v. Piggie Park* stadgades att "the prevailing party is entitled to a reasonable attorney's fee in the courts discretion", en bestämmelse som Court of Appeals tillämpade i målet på så sätt att ersättning endast skulle utgå i den mån svaranden processat "for purposes of delay and not in good faith". Supreme Court ansåg däremot, som framgår i slutet av citatet ovan, att presumtionen var för att ombudskostnader skulle utgå. Och detta gällde även om svaranden processat i god tro, så länge inte särskilda omständigheter gjorde att dylik ersättning framstod som "unjust". Rätten till ombudsersättningar skall alltså vara huvudregel – inte undantag på det sätt Court of Appeals menat – då det finns författningsstöd för ersättning och käranden bidragit till att genomdriva "public policy".

Det är således i första hand *käranden* som gynnats på civil rights området då det gäller ersättning för ombudskostnader; man initierar ju inte heller någon rättegång genom att uppmuntra svaranden. I *Wright v. Stone Container Corp.* (1975) vägrades *svaranden* ersätt-

36 390 U.S. 400, s 401 f. Se om detta rättsfall Garth, The institution s 309 ff.

ning för ombudskostnader eftersom en sådan rätt "would discourage future litigation under Title VII" (i 1964 års Civil Rights Act). Men det påpekades särskilt att käranden hade presenterat en talan i god tro.[37] Det finns dock även exempel på att ersättning utdömts till förmån för svaranden, så t ex i *Parkan v. South Western Bell Telephone Co.* (1970).[38]

Även på miljöskyddsområdet[39] har kärandens möjligheter till ersättning för ombudskostnader motiverats på liknande grunder, så t ex med att käranden bidrar till att uppfylla "statutory goals".[40] I *Natural Resources Defence Council v. EPA* (1973)[41] uttalade sig domstolen (Court of Appeals) på följande sätt:

> "The purpose of an award of costs and fees is not mainly punitive. It is to allocate the costs of litigation equitably, to encourage the achievement of staturtory goals. When the government is attempting to carry out a programme of such vast and unchartered dimensions, there are roles for both the official agency and a private watchdog. The legislation is itself novel and complex. Giving the implementation dates, its early interpretation is desirable. It is our impression overall, that petitioners, in their watchdog role, have performed a service."[42]

Intressant är att domstolen betonar vikten av att en ny lag snabbt prövas i praxis; brist på prejudikat kan lätt bli till nackdel för den svagare parten.[43] En lag måste vara tydlig i konturen för att fungera väl och praxis har här naturligtvis en viktig funktion att fylla. Men för att åstadkomma rättspraxis krävs rätt till ersättning för ombudskostnader åtminstone i de fall då det saknas direkta ekonomiska incitament – i form av t ex skadestånd – att processa.

4.2.2 Partsavtal och kostnadsersättning som skadestånd

Det är givetvis i och för sig möjligt att i ett avtal – redan innan tvist uppkommit – stipulera rätt till ersättning för ombudskostnader för

37 524 F. 2d s 1058, jfr även Fiss s 1074 f m not 9.

38 433 F. 2d s 421, jfr Hoak s 721.

39 En god översikt över möjligheterna till ersättning för ombudskostnader i miljöskyddsmål – med tonvikt på tappande part – finns i den ovan nämnda Note Award s 677 ff (1983), se dock vidare nedan s 308.

40 Jfr Hoak s 722 f.

41 484 F. 2d. 1331 (1973).

42 Rättsfallet s 1338.

43 Jfr Lindblom , Konsumentmål s 27.

det fall avtalet skulle föranleda rättegång mellan parterna. Men domstolen följer inte utan vidare ett sådant kontrakt; är avtalet i dessa delar "indefinite" eller "contrary to public policy" kan den vinnande parten inte vara säker på att ersättning döms ut.[44] Frågan ställs dock sällan på sin spets eftersom privata kontraktsbestämmelser rörande rättegångskostnader är sällsynta.

Det står givetvis också käranden fritt att grunda ett yrkande om ersättning för ombudskostnader på skadeståndsrättsliga principer, men vanligtvis går det inte att nå framgång på denna väg.[45] Skulle svarandens kontraktsbrott ha föranlett rättegång mellan kontraktsparten och *tredje man* är dock möjligheterna goda att få ersättning för kostnaderna i den rättegången, men då inte av motparten utan av avtalspartnern i det ursprungliga kontraktsförhållandet.[46]

4.2.3 Undantag utbildade i domstolspraxis

I rättspraxis har utbildats i princip tre olika möjligheter för vinnande part att få ersättning för ombudskostnader trots att det saknas uttryckligt underlag i "statute" eller i avtal, nämligen vid 1) motpartens onda tro, 2) enligt "common fund"- resp "common benefit"-teorin och 3) enligt "private attorney general"-teorin.

4.2.3.1 Ond tro och vårdslöshet

Möjligheten till ersättning i de fall motparten föranlett processen i ond tro är det äldsta undantaget från "the American rule" och brukar uppfattas som ett utslag av den "discretion" domaren kan utöva enligt "equity"-traditionen.[47] Av relevans är inte enbart om själva processen startas mot bättre vetande utan även om det beteende som givit upphov till rättegången utförts i ond tro. Tillämpning av "ond tro" som ersättningsgrund har tilltagit under senare år[48] och har kommit till användning till förmån för såväl käranden som svaranden.[49] Även i class actionsammanhang är "bad faith"-teorin av viss

44 Hoak s 725.

45 Moore 54.77(2).

46 A st.

47 Jfr ovan s 61. – Proctor (s 504), använder beteckningen "bad faith and groundless litigation" och förefaller mena att uttrycken inte är helt synonyma. Jfr dock Hoak s 726 i not 100.

48 Jfr *Piggie Park* ovan s 292 f och nedan s 296 betr Rule 11 och 68.

49 Hoak s 727 f.

– ehuru ganska begränsad – betydelse och det blir anledning att återkomma till den längre fram.

I linje med utvecklingen i praxis ligger ett par viktiga lagändringar under senare år. 1983 ändrades Rule 11 (om "signing of pleadings") i FR på så sätt att tappade parts ombud kan åläggas att betala den vinnandes kostnader om "reasonable inquiry" skulle ha visat att partens talan var "not well grounded in fact or suffering from other defects".[50] Vissa federala domare – t ex Posner[51] – har tillämpat denna nya regel på ett tufft sätt i avskräckningssyfte och enligt Garth har regeln haft en avsevärd nedkylande effekt åtminstone vad gäller vanlig rättegång. En viss dämpning av processbenägenheten torde också ha blivit följden av att Rule 68 nu ändrats så att part som inte uppnår mer genom dom än han erbjudits i förlikning minst trettio dagar före huvudförhandlingen löper stor risk att få betala motpartens kostnader inklusive ombudsarvode; regeln gäller dock inte vid class actions.[52]

4.2.3.2 "Common fund"- och "common benefit"-teorierna

Då det gäller hittills berörda undantag från "the American rule" är det motparten som får stå för ombudskostnaderna i de fall ersättning döms ut. Så är däremot inte fallet enligt "common fund"- och "common benefit"-teorierna (i fortsättningen även kallade fond- och nyttoteorierna) som följaktligen tekniskt sett egentligen inte är undantag från "the American rule" eftersom tappande part inte bidrar till den vinnandes kostnader.[53] Fondteorin innebär att ombudskostnaderna betalas ur den "fond" som en framgångsrik process kan skapa och grundas närmast på principen om obehörig vinst ("unjust enrichment").[54]

Det är alltså inte motpartens felaktiga beteende som är underlag för ersättningsrätten utan den positiva nytta andra än parten har av kärandens talan och ersättning tas därför ur den fond som skapats genom processen. Det grundläggande rättsfallet på området är från

50 Härom Garth, Privatization s 11 och Schwarzer i 101 HLR (1988) s 1013 ff.

51 A a i not 21. – Posner var tidigare professor med bl a ekonomiska aspekter på juridik och processrätt som specialitet, se hans i litteraturförteckningen upptagna arbeten och den välkända "Economic analysis of law".

52 Se härom Fiss, Against settlement s 1080 med not 22, jfr nedan s 319, RB 18:3 st 1 och Ekelöf, Rättegång III s 157 f.

53 Se Proctor s 505 not 35.

54 Se Proctor s 505, Hoak s 729 f.

1882 (*Trustees v. Greenough*)[55] då Supreme Court anförde att om den vinnande vägrades ersättning för sina kostnader skulle detta inte bara vara orättvist mot honom utan även vara att ge de övriga som skulle få del av fonden "unfair advantage".[56] Principen har sedan utvidgats genom flera rättsfall. I ett av de viktigaste (*Mills v. Electric Auto-Light* (1970)[57]) uttalade Supreme Court bl a:

> "While the general American rule is that attorneys' fees are not ordinarily recoverable as costs, both the courts and Congress have developed exceptions to this rule for situations in which overriding considerations indicate the need for such a recovery. A primary judge-created exception has been to award expences where a plaintiff has successfully maintained a suit, usually on behalf of a class, that benefits a group of others in the same manner as himself . . . To allow the others to obtain full benefit from the plaintiff's efforts without contributing equally to the litigation expences would be to enrich the others unjustly at the plaintiff's expense. This suit presents such a situation."[58]

Anmärkningsvärt i *Mills* var att ombudsersättning utdömdes trots att processen inte skapade någon fond ur vilken kostnaderna kunde ersättas; fallet gällde en talan förd av aktieägare med yrkande att en fusion mellan svarandebolaget (som käranden alltså ägde aktier i) och ett annat företag skulle förklaras ogiltig. Processen ansågs vara till gemensam nytta för alla aktieägare i svarandebolaget. Därför ålade man svarande*bolaget* att betala kärandens ombudskostnader; på detta sätt kom ju kostnaderna att drabba alla aktieägare lika! Det behövde således inte ha uppstått en gemensam fond för att ersättning skulle kunna utdömas; det var tillräckligt att processen åstadkommit "a substantial benefit on the members of an ascertainable class".[59] Fondteorin hade vidareutvecklats till en nyttoteori.

Nyttoteorin kan läggas till grund för att lyfta av vinnande part (huvuddelen av) ombudskostnaderna också i andra slags processer än vid talan förd av aktieägare, men hittills är det nästan bara i associationsrättsliga sammanhang teorin kommit till användning. Genom att debitera kostnaderna på svaranden kan man då indirekt åstadkomma att kärandens likar (dvs de som har nytta av processen)

55 105 U.S. 527.

56 Rättsfallet s 532.

57 396 U.S. 375.

58 Rättsfallet s 391.

59 Rättsfallet s 393 f.

får vara med om att finansiera densamma. Käranden är alltså också med och betalar en del av sina ombudskostnader även i detta fall (liksom enligt fondteorin); ersättningen tas ju ur hans egendom – aktiebolaget – precis som då fondteorin kommer till användning. Och genom att ombudskostnaderna ersätts ur den inprocessade fonden i detta fall drabbas den vinnande parten i proportion till sin andel i fonden.[60]

Man har betecknat nyttoteorin – liksom fondteorin – som "fee-spreading" i stället för "fee-shifting". En förutsättning för att denna beteckning skall vara träffande är dock att den utdömda fondens storlek inte beräknats med hänsyn tagen till att den skall räcka även för ombudskostnader. Såvitt jag förstår är det inte heller avsikten att så skall vara fallet.[61] Men den amerikanska vanan att döma ut generösa skadestånd fungerar nog i praktiken som en god kompensation för den stränga huvudregeln att den vinnande inte tilldöms kostnadsersättning.

Ett problem vid tillämpningen av fondteorin är frågan om ombudsarvodena skall betalas ur fonden som helhet eller bara ur den del av fonden som faktiskt tas i anspråk. Med andra ord: skall även den, som är helt ovetande om processen och inte gör anspråk på del i vinsten, medverka till betalning av ombudet genom att en viss del av hans (innestående, ännu icke ianspråktagna) del av "fonden" tas i anspråk? Fondteorin grundas ju på principen om obehörig vinst, och det kan då förefalla egendomligt att utnyttja även medel som ingen gjort anspråk på och som följaktligen inte heller kunnat konstituera någon obehörig vinst.[62] I *Van Gemert v. Boeing Co.* (1980)[63] intog Supreme Court ståndpunkten att ombudsersättning skulle "drabba" hela fonden oavsett i vilken mån den kom att tas i anspråk. För att så skall kunna ske krävs dock i allmänhet förekomsten av de tre ganska snäva rekvisit för fondteorins tillämpning vilka slogs fast i det kända rättsfallet *Alyeska*,[64] nämligen 1) att den

60 Jfr Ontario Report III s 669.

61 Uttryckssättet kan dock ibland föranleda tvekan, se t ex Justice White i *Alyeska* (nedan s 300) som beträffande ett mål från 1872 konstaterade att "a counsel's fee of $ 6.000 was *included* (min kursivering) by the jury in the damages award".

62 Se Proctor s 515 f (se även s 513 not 81 ang definition av obehörig vinst i amerikansk rätt), jfr Golbey s 370 ff.

63 444 U.S. 472.

64 421 U.S. 240 (1975) s 265 i not 39, varom mera nedan s 300 ff.

klass som kan göra anspråk på del i fonden skall vara relativt liten och lätt att identifiera, 2) att det skall gå att spåra vilken nytta respektive klassmedlem kommer att få ur fonden, och 3) att det går att relatera ombudskostnaderna med någorlunda precision till den som haft sådan nytta.

4.2.3.3 "Private Attorney General"-teorin och *Alyeska Pipeline*

I rättsfallet *Newman v. Piggie Park* (1967)[65] ställde sig Supreme Court positiv till "Private Attorney General"-teorin (= PAG), dvs att enskilda som medverkar till att "public policy" genomdrivs bör kunna få ersättning för ombudskostnader, åtminstone om underlag för det finns i "statute law".[66] Och efter *Piggie Park* följde en rad rättsfall där man utvecklade möjligheterna att "lyfta av" ombudskostnaderna för vinnande part som genom rättegång "undertakes to inforce statutes embodying important public rights".[67] Den teoretiska motiveringen för att medge ombudsersättning i sådana fall ligger egentligen ganska nära den nyss berörda nyttoteorin; skillnaderna kan beskrivas på följande sätt:

> "In concept, the benefit theory is defensive, preventing unjust enrichment by taxing the true beneficiaries of the litigation, while the private attorney general theory is offensive, promoting the effective implementation or public policy by taxing the defendant. Since the defendant often, as in apportionment and much corporate and labor litigation, is also representative of the beneficiaries, the two approaches coalesce in result. So long as the court has within its jurisdiction the means of distributing the costs of the litigation, the benefit theory is adequate. The private attorney general theory becomes necessary only when the court cannot feasibly match the costs with the benefits which are created or protected by judicial action."[68]

Att det i PAG-fallen är den tappande som får stå för den vinnandes ombudskostnader är dock en nog så betydelsefull skillnad gentemot

65 390 U.S. 400, ovan s 292 f.

66 The attorney general betyder egentligen ungefär justitieministern (i USA eller delstaten), i praktiken tjänstemän vid ministeriet som bl a har till uppgift att deiva vissa rättegångar och bevaka delstatens eller USA:s intresse i andra mål (se t ex nedan i kap 14 s 576 ff betr *Hawaii*). En "privat attorney general" är en privat person, organisation el dyl som – av ekonomiska eller idéella skäl – tar på sig liknande uppgifter. Betr "PAG" se t ex Garth, The institution s 306 ff och Coffee i 42 Maryland Law Review (1983) s 215–288 samt nedan s 303 i not 83 och Meltzer i 88 Columbia Law Review (1988) s 247 ff.

67 Hoak s 734, jfr ovan s 293.

68 Comment, 122 Univ. of Pennsylvania Law Review (1974) s 668.

fondteorin och borde leda till att de som för allmännyttiga processer i första hand bör försöka få sina kostnader täckta på förstnämnda väg. I början av 1970-talet kunde man också märka en betydande aktivitet i denna riktning. En stark kritik gentemot "the American rule" i doktrinen[69] torde ha medverkat till att domstolarna började bli alltmer liberala vad gäller utdömande av ombudsersättning i PAG-fall.[70] Men försöken att utvidga ersättningsmöjligheterna till situationer då författningsunderlag saknades att avvika från "the American rule" skulle stöta på patrull i *Alyeska Pipeline Service Co. v. The Wilderness Society* (1975).[71] I detta mål hade vissa miljöorganisationer – bl a The Wilderness Society – stämt det bolag som avsåg att bygga en oljerörledning genom Alaska och yrkat att projektet skulle stoppas. Miljöorganisationen vann i Court of Appeals, som med tillämpning av PAG-teorin ålade bolaget att bekosta häften av organisationens rättegångskostnader, trots att i målet aktuella lagar inte innehöll någon regel till stöd för en sådan ersättningsrätt. Supreme Courts majoritet var emellertid av annan mening än Court of Appeals. Justice White, som dikterade majoritetens votum, konstaterade helt kallt att:

> ". . . congressional utilization of the private-attorney general concept can in no sense be construed as a grant of authority to the Judiciary to jettison the traditional rule against nonstatutory allowances to the prevailing party and to award attorneys' fees whenever the courts deem the public policy furthered by a particular statute important enough to warrant the award."[72]

White radade därefter upp några problem som måste lösas om domstolen skulle anse sig ha rätt att tillämpa "fee-shifting" enligt PAG-teorin. Hur skulle man i praxis skilja ut de författningar, som är så viktiga att PAG-teorin passade in, från dem som inte var det? Skulle ersättning bara utgå till vinnande kärande eller också till vinnande svarande? Skulle ersättningen vara obligatorisk eller ej? Skulle presumtionen vara för eller emot ersättning?

White konstaterade att det skulle innebära intrång på ett intresseområde reserverat för kongressen att låta domstolen tillämpa PAG-teorin och slutade:

69 Se den i *Alyeska* s 270 i not 45 nämnda litteraturen.

70 Se de i *Alyeska* s 270 i not 46 nämnda rättsfallen.

71 421 U.S. 240.

72 Rättsfallet s 263 f.

"We do not purport to assess the merits or demerits of the 'American Rule' with respect to the allowance of attorneys' fees. It has been critized in recent years, and courts have been urged to find exceptions to it. It is also apparent from our national experience that the encouragement of private action to implement public policy has been viewed as desirable in a variety of circumstances. But the rule followed in our courts with the respect to attorneys' fees has survived. It is deeply rooted in our history and in congressional policy; and *it is not for us to invade the legislature's province* by redistributing litigation costs in the manner suggested by respondents and followed by the Court of Appeals."[73] (min kursivering)

Något som förvånat mig är att White så hårt argumenterar utifrån maktfördelning mellan kongressen och rättspraxis. Inte ens Supreme Court anser sig alltså ha möjlighet att utvidga tillämpningen av PAG-teorin utöver de områden där den har stöd i av kongressen utfärdade "statutes". Möjligheten fanns att motivera utgången t ex med rättsfallet *Arcambel v. Wiseman* från 1796,[74] men detta fall nämns endast i den – utmärkta – historiska översikt som föregår Whites domskäl.

Läget är nu alltså det att PAG-teorin kan omsättas i praktisk verklighet bara när det finns författningsunderlag för ett sådant avsteg från "the American rule". Domstolen kan på egen hand – dvs utan underlag i "statutes" – göra avsteg från den amerikanska huvudregeln endast vid den tappandes onda tro och vårdslöshet samt genom att tillämpa fond-nyttoteorin. PAG-teorin tycks ha mist sin självständiga betydelse;[75] det som återstår kan ju numera inrymmas under "statuary provisions" (4.2.1 ovan). *Alyeska* framstod som ett kraftigt bakslag för "public interest litigation". Rättsfallet gavs också generell betydelse; försöken att inskränka *Alyeskas* giltighet till miljöskyddsområdet stäcktes i *Gilliam v. City of Omaha* som gällde civil rights.[76]

Men det skulle visa sig att *Alyeska* inte bara var ett bakslag för "public interest litigation"; rättfallet har säkert bidragit till den avsevärda ökning av antalet statutes med laglig rätt till ombudsersättning som tillkommit under det senaste decenniet.[77] Även 1976 års Civil Rights Attorneys´ Fees Award Act är att uppfatta som ett svar på

73 Rättsfallet s 270 f.

74 Ovan s 287 not 17.

75 Se t ex Alpert s 372 och 377, Miller, Fees s 19.

76 524 F. 2d s 1013.

77 Se ovan s 291 ff. Betr "public law litigation", se nedan s 441.

Alyeska.[78] Vidare förefaller den hårda linjen i *Alyeska* ha lett till en utvidgad tillämpning av ond tro- och fond-nyttoteorierna. *Alyeska* åstadkom dock ändå en nedgång i antalet processer av "public interest"-typ i USA.[79] Men det kan inte uteslutas att praxis så småningom kan komma att ifrågsätta *Alyeska*. Låt oss till sist se hur de två dissidenterna i målet resonerade. Justice Marshall anförde i sitt votum:

> "In reversing the award of attorneys' fees to the respondent environmentalist groups, the Court today disavows the well-established power of federal equity courts to award attorneys' fees when the interests of justice so require . . . I see no basis in precedent or policy for holding that the courts cannot award attorneys' fees where the interests of justice require recovery, simply because the claim does not fit comfortably within one of the previosly sanctioned judicial exceptions to the American Rule. The Court has not in the past regarded the award of attorneys' fees as a matter reserved for the Legislature, and it has certainly not read the docketing-fees statute as a general bar to judicial fee shifting."[80]

Enligt Marshall är det alltså inte bara lagstiftaren som kan tillskapa undantag från "the American rule". Och den andra dissidenten, Justice Brennan, gav PAG-teorin sitt fulla stöd och anslöt sig till domen i Court of Appeals där Judge Wright anförde:

> "Acting as a private attorneys general, not only have (respondents) ensured the proper functioning of our system of government, but they have advanced and protected in a very concrete manner substantial public interests. An award of fees would not have unjustly discouraged (petitioner) Alyeska from defending its case in court. And denying fees might well have deterred (respondents) from undertaking the heavy burden of this litigation."[81]

Klimatet i Supreme Court är sedan något decennium inte särskilt gynnsamt för "public law litigation", men frågan är om ens Supreme Court kan stå emot utvecklingens tryck; kanske kan man säga att "public law litigation" snarare vuxit fram trots inställningen i högsta domstolen än som ett resultat av värderingarna där.[82] "The private attorney general" har ännu inte gett upp andan, "the private watch

78 Se Dreyffus s 350 f.

79 Note, Award s 686.

80 *Alyeska* s 272 f, jfr Garth, The institution s 309 ff.

81 Rättsfallet s 272.

82 Jfr nedan s 442.

dog" kan fortfarande bita ifrån sig.[83] Och på det delstatliga planet har PAG-teorin fått kraftigt fotfäste, ibland även legislativt, som t ex i Kalifornien[84] där § 1021.5 i California Civil Procedure Code lyder:

> "Upon motion, a court may award attorneys´ fees to a successful party against one or more opposing parties in any action which has resulted in the enforcement of an important right affecting the public interest if: (a) a significant benefit, whether pecuniary or nonpecuniary, has been conferred on the general public or a large class of persons, (b) the necessity and financial burden of private enforcement are such as to make the award appropriate, and (c) such fees should not in the interest of justice be paid out of the recovery, if any. With respect to actions involving public entities, this section applies to allowances against, but not in favor of public entities, and no claim shall be made required to be filed therefore."

4.2.3.4 Ombudsersättning för tappande part

Mot bakgrund av "the American rule" och den stundom njugga tillämpningen av undantagen från denna regel framstår det som överraskande att det finns visst utrymme i USA att få ersättning för ombudskostnader för *tappande* part. I svensk rätt kan sådan ersättning i princip bara utdömas som en processuell sanktion (RB 18:6), dvs som "straff" för att den vinnande fört en onödig process eller misskött sig på något sätt under rättegången; även i USA kan för övrigt ersättning till den tappande komma ifråga på denna grund.[85] Men därutöver har det faktiskt förekommit att den tappande tilldöms ombudsersättning för att *uppmuntra* till rättegång av liknande slag. Även om situationen kan förefalla apart är diskussionen kring denna ersättningsrätt så principiellt intressant – och med så få motstycken i

83 Här skall påpekas att "the private attorney general" är en företeelse som existerar även bortom kostnadsreglerna. PAG är ett slags privat entreprenör på områden av allmänt intresse, en entreprenör som vanligen drivs mer av ekonomiska än idealistiska motiv. Garth (The Institution s 344) är pessimistisk vad gäller PAG:s framtid eftersom PAG så att säga replierar på det slags statliga initiativ som avtagit drastiskt under Reagan. Se även Coffee 1983 s 215 ff som understryker de ekonomiska incitamenten. Landes & Posner (s 1 ff) diskuterar möjligheterna att lägga ut all "law enforcement" (även brottmål) på privat entreprenad.

84 Se härom Thomas, J, The Privat Attorney General in California – an Evolution of the Species, i 18 San Diego Law Journal (1981) s 843-865, se även Goodman s 65 ff.

85 Ovan s 295 f samt Comment, 122 University of Pennsylvania Law Review (1974) s 712.

svensk rätt – att det förefaller motiverat att ägna frågan några sidor (trots att saken efter 1983 kommit i ett delvis nytt läge).[86]

Det är särskilt på miljöskyddsområdet man i praxis vid några tillfällen tillerkänt tappande part ersättning för rättegångskostnader. Den ideologiska bakgrunden är delvis ungefär densamma som enligt PAG-teorin: rättegång har ansetts önskvärd ur allmän synpunkt.[87] Som nyss framgått krävs dock efter *Alyeska* i allmänhet stöd i "statute" för att ombudsersättning skall kunna utgå överhuvudtaget. Dylika regler – som idag finns i mer än 100 olika författningar[88] – är i allmänhet utformade på sådant sätt att ersättning kan utgå till vinnande, eller i huvudsak vinnande, part.[89] På miljöskyddsområdet har emellertid författningsregleringen i allmänhet givits en annan utformning; den ger möjligheter till ersättning på mer öppet skönsmässiga grunder: ersättning kan utgå när domstolen anser detta "appropriate".[90] Och i förarbetena till dessa regler finns visst, men synnerligen magert, stöd för att avsikten varit att även helt tappande kärande skall kunna tilldömas ersättning för ombudskostnaderna. Det mesta i förarbetena talar dock snarare för motsatsen.

Nu är emellertid lagförarbeten inte alls av samma dignitet (eller kvalitet) som rättskälla i USA som i Sverige och i och med att författningen i fråga inte heller uttryckligen utesluter möjligheten för tappande kärande att få ersättning för ombudkostnader har problemet kunnat komma upp till behandling i praxis och doktrin.

Den ideologiska grunden för ersättning i här diskuterade extremfall (alltså till helt tappande part) har varit att uppmuntra socialt önskvärda processer. Och eftersom det inte gärna kan vara det uppnådda resultatet i den enskilda processen som uppfattas som angeläget är det närmast behovet att klarlägga rättsläget på socialt angelägna rättsområden som varit styrande; den tappande käranden

86 Se nedan s 308, jfr betr svensk rätt s 333 och 557.

87 Framställningen i förevarande avsnitt bygger (förutom avslutningsvis) genomgående på Note, Award s 677 ff. I det följande inskränker jag mig till att ge några få sidhänvisningar till denna utmärkta uppsats, för texten ovan hänvisas först till a a s 682.

88 Ovan s 291.

89 Detta inkluderar även fall då någon egentlig materiell prövning inte skett, som t ex vid förlikning, medgivande och avvisning, a a s 680 not 22 och 681 f med not 27.

90 A a s 680 med not 23.

har genom processen bidragit till att "settle the law by adjucating the court and hearing important arguments".[91]

Att vinnande svarande skall stå för kärandens kostnader är förvisso en radikal tanke. Den vinnande svaranden har säkerligen svårt att känna mer än en dämpad glädje över att behöva betala kalaset för att argumenten vädras och lagen klarläggs. Att parterna i en prejudikatprocess avstår från att yrka ersättning för rättegångskostnader kan nog förekomma även i Sverige när parterna har ett gemensamt intresse av att få en viss rättsfråga klarlagd. Men längre än till kvittning av kostnader torde åtminstone inte en privatperson vilja sträcka sig. I princip är det väl också främst när ett offentligt organ står som svarande som en sådan intressegemenskap kan tänkas mellan parterna att tanken på kostnadsansvar för den vinnande inte blir helt orimlig. I USA är det också huvudsakligen i sådana fall (dvs då offentliga organ är inblandade) som regeln aktualiserats.

Men varför räcker det inte med att uppmuntra *framgångsrika* processer, dvs medge ombudsersättning till *vinnande* part? Rättsläget kan ju klarläggas också på detta sätt och anledning saknas väl att premiera den som väckt talan på ett allför svagt underlag? Jovisst, men att tillerkänna tappande kärande ersättning kan vara ett sätt att uppmuntra andra personer till framgångsrika processer, åtminstone på miljöskyddsområdet:

> "Fee awards to losing parties, however, can help to encourage successful suits. Because of the unpredictability of judges, the complexity of environmental litigation, and the long duration of environmental suits – with the accompanying potential for intervening events and collateral legal developments that may alter the chances for success – even the most astute and responsible environmental groups will often be enable to predict accurately which of their suits will succeed. Such groups therefore may often be deterred from filing potentially successful suits by the prospect of having to pay the litigation expenses if the suits prove unsuccessful. This deterrent can be reduced by assuring public interest plaintiffs that, within certain bounds, they will be compensated for the litigation costs even if they lose."[92]

Här utgår man från att det inte är enskilda personer utan organisationer som för processerna. I det läget finns det naturligtvis även andra sätt att uppmuntra process, t ex att medge så kraftig ersättning då käranden (= organisationen) vinner att pengarna räcker

91 A a s 683 med i not 35 anmärkta rättsfall, jfr ovan s 294.

92 A a s 685 f.

också för en eller annan rättegång som slutar med ogillande.[93] Men om man accepterar kostnadsersättning endast i vinstfallen riskerar man ändå att organisationerna avstår från de svåraste fallen, dvs process rörande frågor som är i särskilt stort behov av en klarläggande praxis. Ur prejudikatssynpunkt är det naturligtvis ointressant om det är käranden eller svaranden som vinner: huvudsaken är att process kommer till stånd. Och då prejudikatsbehovet tillgodosetts kommer presumtiva käranden inte att avstå från berättigade anspråk till följd av ovisshet om rättsläget.

Nu finns det emellertid – tycker man – åtminstone tre uppenbara invändningar mot en regel som ger möjlighet att tillerkänna tappande part ersättning för rättegångskostnader för att förbättra prejudikatbildningen: 1. incitamentseffekten är svår att förutse och uppskatta, 2. även icke önskvärda rättegångar kan komma att uppmuntras och 3. en orättfärdig börda läggs på vinnande part. Men, påpekar man i doktrinen,[94] ingen av dessa invändningar motiverar ett undantagslöst förbud mot att gynna tappande part i rättegångskostnadshänseende. Låt oss dock ändå dröja något vid dessa invändningar eftersom de ger utrymme för vissa kostnadsresonemang av generellt intresse.

1. Vad gäller incitamentseffekten är det givetvis svårt att belägga att kostnadsreglerna kan ha en avsevärd styreffekt på det sätt man allmänt antar. Nedgången i "public interest litigation" efter *Alyeska* tyder dock på att kostnadsreglerna verkligen har stor betydelse vad gäller benägenheten att starta rättegång av här aktuellt slag. Av intresse även för svenska förhållanden är den jämförelse som här gjorts med "the English rule" (dvs densamma som vår) beträffande kostnadsreglernas betydelse för processbenägenheten; regeln att tappande part skall betala bådas ombudskostnader anses ha mer eller mindre lamslagit "public interest litigation" i England.[95]

2. Den andra invändningen – att ersättningsmöjligheten kan uppmuntra även "unproductive litigation" – kan också formuleras som att avsaknaden av ersättningsrätt är bra för att den hindrar icke önskvärda processer; käranden tänker sig noga för och alla avhåller sig från att processa i chikanöst, eller på annat sätt otillbörligt, syfte. Men denna effekt måste då betalas med att även önskvärda processer

93 Jfr a a s 686 not 51.

94 A a s 686.

95 A a s 686 med not 51.

hindras, liksom redan en regel om ersättning till *vinnande* part kan uppmuntra icke önskvärda rättegångar. Det finns ingen säker korrelation mellan önskvärda – icke önskvärda processer å ena sidan och möjligheten till ersättning för kostnader å den andra, hur en sådan regel än utformas. Och eftersom just prejudikatsmagra områden kan komma att drabbas vid en restriktiv möjlighet till kostnadsersättning är det möjligt att en regel av det amerikanska slaget får positiva effekter. En regel som verkar processavhållande kommer att åstadkomma en gråzon där parterna törs – respektive inte törs – agera på ett sätt som strider mot lagens ändamål (jfr nedan s 464). Och även om ersättning utdöms till den tappande i vissa fall behöver det inte leda till att processer startas i trakasserisyfte; den risken kan motverkas med andra medel, t ex summariskt avgörande på tidigt stadium, ersättning för kostnader till den vinnande om inte de särskilda rekvisiten för ersättning till den tappande är uppfyllda osv.

3. Ingen av de två invändningarna ovan förefaller utesluta att ersättning ibland – självfallet absolut inte generellt – utdöms till tappande part. Allvarligare förefaller invändning nr 3, att regeln är orättfärdig (eller rent av "pervers") och innebär en oacceptabel börda från den vinnandes synpunkt:

> "After a court has vindicated a defendant's behaviour, it may seem perverse to charge the defendant for the plaintiff's legal expenses."[96]

Som antytts tidigare är det i första hand statliga och kommunala organ som utsatts för processer av ovannämnt slag, men det har även förekommit ersättning till tappande kärande då svaranden har varit ett privat rättsobjekt. Är svaranden t ex ett stort företag kan processer av det här slaget möjligen ses som en del av kostnaderna för rörelsen. Argumenten i doktrinen för ersättning i sådana fall är dock – begripligt nog – påfallande få och magra.[97] Att man är försiktigare vid privata än vid offentliga motparter är tydligt.

Fram till 1983 hade frågan om ersättning till tappande kärande aldrig prövats i Supreme Court, men i federala rättsfall på lägre nivåer hade ersättning utdömts. I ett känt rättsfall motiverades ersättningsrätt med att käranden (eller kärandena, – ofta har det varit fråga om grupper) hade "helped to enforce, refine and clarify the

96 A a s 687.

97 A a s 688, jfr även s 693.

law".[98] Och i ett senare fall ålades det allmänna rättegångskostnadsansvar gentemot tappande kärande med motiveringen att

> "the suits furthered the goals of relevant federal statutes by educating the court or the public or by aiding judicial interpretation of statutory ambiguities".[99]

Även här tycks man ytterst falla tillbaka på prejudikatsbehovet. Utgången blev dock den motsatta i *Ruckelshaus v. Sierra Club* (1983),[100] där frågan om ersättning till tappande part – kanske – fick sin slutgiltiga lösning. I detta miljömål utdömde Court of Appeals ersättning med motiveringen att det var så viktigt för domstolarna att ha tillgång till "articulate spokesmen for environmental as well as industrial interests". Men Supreme Court ändrade avgörandet; man ansåg att Sierra Club måste vara åtminstone *delvis* vinnande för att kunna tillerkännas ersättning för sina kostnader.[101] Och samtidigt som praxis stramat åt möjligheterna att få ersättning för ombudskostnader har Reaganregimen arbetat för en ännu kraftigare nedskärning av möjligheterna till ersättning enligt "statutory provisions" liksom av rättshjälpen.[102]

4.3 Arvodesprövning, "contingent fees" och maintenance"

4.3.1 Arvodesprövningen

Typiskt sett regleras advokatarvodet i USA i ett avtal mellan advokaten och hans klient.[103] I de flesta tvistemål saknar domstolen anledning att gå in på en prövning av detta avtal och den ombudsersättning det stipulerar eftersom ersättningen inte är ersättningsgill rättegångskostnad. Men föreligger ett av de ovan diskuterade

98 *Natural Resources Defence Council, Inc. v. EPA*, 484 F. 2d 1331 (1973) s 1334.

99 Se Note, 96 HLR (1983) s 689 med i not 68 nämnda rättsfall.

100 463 US 680.

101 Se Garth, The institution s 312. Betr en mera försiktig regel för att åtminstone inte avskräcka från process i konsumentmål se SOU 1982:26 s 228 f; där föreslogs en möjlighet till kvittning av kostnaderna då konsument haft skälig anledning att väcka talan. Förslaget föranledde ej lagstiftning, jfr däremot 5:2 lagen om rättegången i arbetstvister och förslag från Kötz i Komburger & Kötz s 77 not 17 samt densamme i Welfare state s 95 och nedan s 398 f.

102 Se Note, Award s 677 not 4 och Garth, Introduction s 397.

103 Harvard Developments 1976 s 1606.

undantagsfallen då ombudskostnader skall ersättas av tappande part måste naturligtvis domstolen pröva skäligheten av det yrkade beloppet om inte detta vitsordas av motparten. Och i de fall det inte är fråga om "fee-shifting" utan "fee-spreading" (dvs då det är fond- eller nyttoteorin som kommer till användning) måste domstolen pröva det yrkade arvodet oavsett motpartens (eller kärandens) inställning till beloppet. Så är ofta fallet vid (b)(3) class actions.

De faktorer som anses relevanta vid arvodesprövningen sammanfattas väl av Judge Wolsley i ett känt konkursmål från 1931 *(In re Osofsky)*. Hans uttalanden är klassiska, de står sig än i dag och förtjänar därför relativt utförliga direktcitat. Wolsley hänför sig till ett par föregångare i domstolen och räknar upp sex faktorer som sedan diskuteras vad gäller deras inbördes betydelse:

> "(1) The time which has fairly and properly to be used in dealing with the case; because this represents the amount of work necessary. (2) The quality of skill which the situation facing the attorney demanded. (3) The skill employed in meeting that situation. (4) The amount involved; because that determines the risk of the client and the commensurate responsibility of the lawyer. (5) The result of the case, because that determines the real benefit to the client. (6) The eminence of the lawyer at the bar, or in the speciality in which he may be practising.
>
> Each case, of course, differs to some extent from every other case in respect of the importance of these several elements.
>
> In some cases the time element is dominant; in others the skill used seems specially to stand out; and in others still, the amount which a defendant has been saved, or which a plaintiff has recovered, may be the dominating consideration in the charge. But if all these elements are considered together, and relative importance of each element is fairly weighed by an attorney, it is possible to arrive at a proper charge in almost any case without much difficulty."[104]

Wolsleys sätt att se på syftet med att tillerkänna ombudet relativt riklig ersättning för kostnader framgår av den berömda parallell han anlägger mellan rättegångskostnadsersättning och bärgarlön vid olyckor till sjöss:

> "Indeed the situation may very well be compared, as I have just hinted, to salvage at sea.
>
> In salvage cases courts have wisely come to think that, as a matter of public policy, it is necessary to give such adequate reward to a successful salvor as will make others to whom salvage situations are presented interested in attempting salvage operations. There must always be a flavour of

104 *In re Osofsky*, 50 F. 2d 925 (1931) s 927, jfr nedan s 321 i not 151.

generosity in the awards to success in order that an appetite for effort may be stimulated.

This attitude involves a wise public policy and is as beneficial to shipowners, cargo owners, and underwriters in admiralty law as a similar attitude is to creditors in bankruptcy proceedings."[105]

Wolsleys halvsekelgamla yttrande citeras fortfarande som den kanske bästa kända sammanfattningen rörande relevanta faktorer för arvodesberäkning.[106] Men vilken eller vilka av de nyssnämnda faktorerna skall tillmätas störst betydelse? Har det skett någon förändring av faktorernas inbördes vikt? Enligt Wright & Miller är "the benefit the law suit has produced" helt klart den faktor som väger tyngst att döma av domstolspraxis.[107] Detta förhållande är av synnerligen stor betydelse för förståelsen av class actioninstitutet. Men som snart skall framgå har detta sätt att se på saken satts ifråga på senare tid och då just i class actionsituationer. Stundom gör ombudet anspråk på ersättning helt på provisionsbasis, dvs med viss procent av det inprocessade beloppet *("contingent fee")*. Detta beräkningssätt – som ju ansluter till den enligt Wright & Miller viktigaste faktorn – accepteras inte sällan av domstolarna och har gamla traditioner i USA. I linje med detta sätt att utforma arvodet ligger vidare att advokaterna ofta processar med löfte att endast kräva arvode vid framgångsrik process för huvudmannen, alltså ett slags "rent" contingent fee-avtal.[108] Förhållandena på det här området är av stor betydelse för class actioninstitutet och presenteras närmare i nästa avsnitt.

4.3.2 "Contingent fees" och "maintenance"

I Sverige, liksom i t ex England, anses avtal av innebörd att ett ombud arbetar på provisionsbasis – "contingent fee" – oetiska utom i vissa undantagssituationer (som t ex då advokaten uppträder som ett slags mäklare). Avtal om provisionsarvode i process är dock inte explicit förbjudna i stadgarna för Sveriges Advokatsamfund,[109] vilket däremot är fallet i t ex England där ett avtal om ersättning på

105 A st.

106 Så Wright & Miller § 1803, jfr Hoak s 719.

107 Wright & Miller a st.

108 Hornstein (1956) s 659.

109 Se Vägledande regler om god advokatsed (utfärdade av Sveriges Advokatsamfunds styrelse den 9 november 1984) §§ 1, 20, 22, 27 och 29.

provisionsbasis inte heller kan genomdrivas på rättslig väg. I USA däremot är förhållandet, som nyss framgått, det motsatta (åter en trotsreaktion gentemot moderlandet?[110]); avtal om "contingent fees" är mycket vanliga och anses inte oetiska; åtminstone har inte en sådan uppfattning vunnit allmän anslutning.

Debatten om för- och nackdelar med "contingent fees" är intressant och även om man i England fortfarande intar en negativ hållning är inriktningen i dag inte så starkt avvisande som den har varit tidigare.[111] I Kanada har man tidigare intagit samma position som i England, men på senare tid har den hårda attityden mjukats upp och arvode på provisionsbasis godkänns – eller föreslås bli godkända – i vissa sammanhang. Samma utveckling kan skönjas även i Australien.[112]

De som försvarar systemet med provisionsarvode brukar hävda *att* det fungerar bra i praktiken, *att* det skapar ett konkurrensläge som passar väl in i en "competitive economy", *att* advokaterna uppmuntras att använda sin begåvning, tid och sina administrativa resurser på bästa tänkbara sätt för klienten *och att* provisionssystemet gör det möjligt för alla oavsett ekonomiskt läge att få tillgång till bästa möjliga juridiska biträde. En skadad person behöver inte dra sig för att tidigt konsultera en jurist och juristen ifråga får anledning att så snabbt som möjligt ta ställning till om en process bör inledas eller inte. Arbetar advokaten helt på "löpande räkning" finns däremot en risk att det sker en försening av detta viktiga avgörande eftersom advokaten då inte arbetar gratis innan beslutet tagits.

De som kritiserar provisionssystemet brukar hävda att det har negativa effekter på advokaternas agerande både i det enskilda fallet och på längre sikt. Advokater kan gräva fram processer som annars inte skulle bli av, man uppmuntrar även försonligt inställda klienter att processa; advokaternas ekonomiska intresse i processen blir en processpådrivande faktor. Vidare lockas advokaterna att ta till olämpliga metoder, att processa oetiskt, att "konstruera" bevisning, påverka vittnen osv. Konkurrensen advokaterna emellan kan också

110 Jfr ovan s 288; utgångspunkten ("the American rule") torde dock vara huvudskälet.

111 Se t ex Jacobs 1987 s 278 ff.

112 Nedan s 399 ff.

leda till olämpliga beteenden, t ex "ambulance chasing" och "solicitation".[113]

Men det uppstår inte bara en konflikt advokaterna emellan vid en tillämpning av provisionssystemet. Även mellan advokaten och klienten kan det, som ovan antytts, uppkomma motsättningar. Detta anses av vissa vara den allvarligaste invändningen mot provisionssystemet. Och man tänker då inte bara på den ovan nämnda risken att ombudet driver fram processer också då klienten är beredd att träffa en uppgörelse. Advokaten kan också bli intresserad av förlikning då detta inte bäst gagnar hans klient;[114] ombudets intresse av att snabbt och säkert få ett arvode (om än inte lika högt som vid en total framgång i processen) kan skymma sikten för vad som bör vara ombudets enda ledstjärna, nämligen klientens bästa.[115] Ytterligare en nackdel med provisionsarvoden är att det blir mycket svårt att få kvalificerade ombud att åta sig uppdrag som inte gäller process om jättebelopp. Provisionsarvoden är ett hot mot skyddet för diffusa och fragmentariska intressen[116] i de fall grupptalan är utesluten.

Ett avtal om "contingent fees" i sin rena form innebär att ombudet blir helt utan ersättning om han förlorar processen. Detta medför dock inte att klienten processar helt riskfritt. Rättegång är ju förenad med också andra kostnader än ombudsarvoden och tappande part har här i normalfallet att både stå sina egna kostnader och (ibland) vissa av motpartens, t ex vittneslöner, stämpelavgifter etc.[117] Förekommer det då inte att avtal mellan parten och hans ombud även innehåller bestämmelser om att ombudet förskotterar och står risken även för sådana kostnader? Jo, säkerligen är det inte ovanligt. *"Maintenance"*, dvs att ekonomiskt stödja en part i en process, är en gammal företeelse i engelsk och amerikansk rätt (sker understödet i utbyte mot ett provisionsarvode betecknas det som "champerty").

113 Betr ambulansjägare se nedan i not 162 a st samt Widmark i Advokaten 1987 s 438 f, vad gäller "solicitation" ("anstiftan av rättegång") se ovan i kap 4 s 167. Se även nedan i kap 15 avsnitt 5.4.

114 Ovan s 166 ff, jfr Ontario Report III s 729 f, se även Harvard Developments 1976 s 1605 där man pekar på risken att advokater vill förlikas, jfr dock Miller, Fees, s 381 f som anser att ett *avskaffande* av provisionssystemet kan leda till att advokaterna förliks på alltför låga belopp!

115 Jfr Ontario Report III s 716 ff.

116 Se härom Lindblom, Konsumentmål s 49.

117 Ovan s 284 f.

Sådana avtal – liksom "contingent fees" – var tidigare inte bara ogiltiga utan fram till 1967 t o m brottsliga i England. I USA, där "contingent fees" är helt accepterade, förbjuds i "the Code of Professional Responsibility" (motsvarande advokatsamfundets stadgar) advokater att förskottera eller garantera klientens rättegångskostnader om inte klienten svarar för dem slutligen. Detta förbud efterlevs emellertid knappast efter bokstaven. Debatten om hur långt advokaten bör få gå i form av "maintenance" erinrar starkt om den ovan refererade diskussionen rörande "contingent fees". Enligt vissa bedömare måste "maintenance" tillåtas i viss utsträckning om class actioninstitutet skall kunna fullgöra sin funktion.[118] Det blir snart anledning att återkomma till det. Låt mig dock sammanfatta de allmänna kostnadsreglerna innan framställningen inriktas helt på class actions.

4.4 Sammanfattning och utvecklingstendenser

Vinnande part får ersättning för vissa rättegångskostnader, dock inte de utlägg han har för ombud. Denna huvudregel är emellertid försedd med undantag. Ganska ofta finns möjlighet till ombudsersättning fastslagen i en "statute" och i några fall kan ersättning utgå på grund av avtal mellan parterna, som skadestånd eller – enligt FR och praxis – till följd av motpartens onda tro eller vårdslöshet. Förutom dessa grunder för ombudsersättning kan vinnande kärande åberopa nytto- och fondteorierna, som dock egentligen inte innebär något avsteg från "the American rule" eftersom kostnaden inte drabbar motparten ("fee-spreading" och inte "fee-shifting"). I praxis har vidare utvecklats en princip att ombudsersättning kan utdömas när vinnande kärande framstår som en "Private Attorney General", men denna doktrin ger numera inte underlag för ersättning på områden där författningsstöd saknas. I vissa extrema fall, särskilt på miljöskyddsområdet, har ersättning för ombudskostnader utdömts även till *tappande* kärande, men numera torde fordras att käranden vunnit åtminstone till någon del.

Ombudsersättningens storlek bedöms mot bakgrund av en rad faktorer, av vilka "the benefit of the lawsuit" fortfarande är den

118 Harvard Developments 1976 s 1606 och 1618 ff med not 173, Du Val 1983 s 418 med not 16, Homburger i Homburger & Kötz s 35 och nedan s 314 och 323 ff.

viktigaste. "Contingent fees" (provisionsarvoden) är vanliga och advokater arbetar ofta med löfte att debitera klienten arvode endast vid framgång i processen. "Maintenance" (ekonomiskt understöd till klient från ombud) har i princip varit förbjudet, men förekommer och accepteras ändå i praktiken.

Utvecklingstendenserna under 1980-talet – dvs tiden för Reaganregeringen – har varit sådana att det förefaller riktigare att tala om avskräckning från än uppmuntran till rättegång. Ändringen i Rule 11 gör att advokaterna numera står ett betydligt större personligt kostnadsansvar än tidigare; anser rätten att ombudet undertecknat en illa underbyggd stämningsansökan kan ombudet förpliktas betala motsidans kostnader. Och lyckas käranden inte uppnå mer genom dom än han erbjudits i förlikning viss tid före huvudförhandlingen måste han enligt den nya lydelsen av Rule 68 betala motpartens rättegångskostnader inklusive utgifter för ombudet; också det en skärpning med processdämpande effekter.[119] Vidare har möjligheterna till "fee-shifting" enligt bestämmelser i "statutes" på t ex civil rights och miljöskyddsområdena minskat och ersättning till *tappande* part är knappast längre att tänka på.[120] "The private attorney general" är alls inte lika inne som han var på 60- och 70-talet; medan man tidigare ansåg att stöd till denne stundom idealistiske processentreprenör borde ses som uttryck för "non-partisan balancing" på områden av allmänt intresse uppfattas numera hjälp till verksamhet av det slaget snarare som exempel på "partisan politics".[121] Och, slutligen, på rättshjälpsområdet – som är svårt att överblicka och inte kan beröras närmare här[122] – går det att iakta en ". . . public policy shift from publicly funded legal services organizations and foundation – sponsored public interest law firms to private firms that can be termed mercenary law enforcers."[123] Man har rent av tyckt sig skönja tecken på mordförsök på hela rättshjälpssystemet.[124]

Minskningen av statliga insatser vad gäller federal process ligger väl i linje med den sittande administrationens restriktiva inställning

119 Se betr dessa båda ändringar ovan s 296 och nedan s 318 f.

120 Ovan s 308.

121 Garth, The institution s 301 och 308.

122 Se härom t ex nedan s 444 not 30 och s 558.

123 Garth, Privatization s 13.

124 Ovan i not 122 a st.

till nära nog allt på det federala området – utom försvaret och utrikespolitiken. Även utvecklingen vad gäller kostnadsregler och rättshjälp förefaller styrka tesen om ett samband mellan politik och processrätt.

5. Rättegångskostnader i class actionmål

5.1 Inledning

Vad gäller andra rättegångskostnader än ombudsersättning erbjuder inte class actionmål några särdrag; principen är att vinnande part – förutom kostnader för notice[125] – får ersättning för bl a diverse "fees" som t ex vittneslöner och dylikt.[126] Utredningskostnader följer i allmänhet samma regler som gäller för ombudsersättning, dvs huvudregeln är att vinnande part inte får ersättning för utgifter av detta slag. Utgår ersättning för ombud följer dock ofta utredningsutgifterna så att säga med på köpet antingen separat eller inbakade som en del av ombudskostnaden.[127]

Trots den amerikanska huvudregeln att ersättning för ombudskostnader inte utgår aktualiseras frågan om sådan ersättning i praktiskt taget samtliga class actionmål. Ersättning utdöms nästan alltid vid bifallande talan, åtminstone vid de federala domstolarna.[128] Denna skenbara motsättning kan man förklara med att ett eller flera av undantagen från "the American rule" oftast passar in vid class actions. Men att så är fallet beror naturligtvis till största delen på att få personer startar en class action om det inte finns möjlighet att få de betydande ombudskostnaderna ersatta ens vid vinst.

Class actioninstitutet tycks alltså klamra sig fast vid den nisch som bildas av undantagen från "the American rule", men det vore förhastat att säga att det alltid går att finna något sätt att få ersättning för ombudskostnader om man startar och vinner en class action. Reglerna om rättegångskostnader – Rule 23 tiger i ämnet – kan

125 Se ovan s 212 ff.

126 Ovan s 285.

127 Så t ex ersättning för "any experts used in the actions", Wright & Miller § 1803; i *Monaghan v. Hill* (1944), 104 F. 2d s 31 utdömdes t ex 10 000 dollar i ersättning för anlitande av en revisor, en stor summa pengar på den tiden.

128 Miller, Fees s 13 och 21.

mycket väl utgöra ett hinder för en potentiell class actionkärande. Det kan inte uteslutas att en generell regel av innebörd att vinnande kärande alltid skall få ersättning för ombudskostnader skulle resultera i en dramatisk ökning av antalet class actions. Inför man däremot en regel motsvarande vår huvudregel i RB 18:1 – dvs att även vinnande svarande äger rätt till full kostnadstäckning – kan effekterna bli de rakt motsatta. Jag återkommer till detta nedan i avsnitt 6 om class actioninstitutets beroende av kostnadsreglerna.

Ytterligare ett påpekande bör emellertid göras redan här, nämligen att det sannolikt också vore en farlig förenkling att påstå att man skulle bli av med samtliga class actions om man tog bort möjligheterna för den vinnande att få ersättning för ombudskostnader helt och hållet. Att antalet class actions ökade så markant efter 1966 års ändringar i Rule 23 kan nämligen till viss del förklaras med att class actions ibland initieras av personer med andra incitament än rent ekonomiska (t ex ideella). Vidare förekommer det att class actions finansieras av andra än parterna (eller ombuden),[129] t ex av ideella organisationer som miljö- och konsumentgrupper. Även fackföreningar "sponsrar" ibland class actions inom sitt intresseområde i fullt medvetande om att det kan komma att kosta saffran. Lägg till detta att advokater ofta åtar sig – ja nästan slåss om – att föra processer om stora belopp på provisionsbasis (contingent fees) och "the American rule" framstår inte längre som något avgörande hinder för den som vill väcka en talan av det här slaget.

Nu skulle emellertid class actionmål kunna erbjuda särskilda svårigheter på det sättet att huvudmannen kanske inte äger rätt att erbjuda ombudet provision på övriga klassmedlemmars bekostnad. Även om en class actionkärande har möjlighet att representera alla klassmedlemmar på det processuella planet är det ju inte självklart att han skulle kunna disponera annat än sin egen del av en eventuell processvinst. Gäller processen stora belopp totalt sett – men en liten summa för käranden – kan det därför framstå som ointressant för advokaten att åta sig fallet om inte någon av undantagsreglerna från "the American rule" är tillämplig. Det finns således anledning undersöka i vilken mån dessa undantag har aktualitet i class actionmål, liksom om contingent fees tillåts i detta sammanhang. Framställningen replierar helt på föregående avsnitt (4) och kan därför hållas kortfattad.

129 Jfr Miller, Overview s 52.

5.2 När kan ersättning utgå?

5.2.1 "Statuary provisions"

Class actions startas ofta just på rättsområden där undantag från "no-fee"-regeln finns stadgade i särskilda "statutes" (försäkrings-, antitrust-, civil rights-, patent-, miljö-, och, i någon mån, konsumentmål). Majoriteten av class actions vid federal domstol är (som framgått i kapitel 4) koncentrerade till just dessa rättsområden. I allmänhet torde det vara class actions enligt (b)(1) och (b)(2) – dvs oftast fastställelse- eller förbudstalan – som förs med denna ersättningsmöjlighet. I de fall ombudsersättning utgår drabbas alltså den tappande parten; en "fond" att hämta pengarna ur kan ju bara skapas genom en fullgörelsetalan. Och den tappande parten är nästan alltid ett stort företag eller en statlig kommunal myndighet av något slag (fängelse, skolstyrelse, offentlig arbetsgivare etc). Möjligheterna att få ersättning enligt "statutes" torde dock ha minskat under senare år.[130]

5.2.2. Partsavtal, kostnadsersättning som skadestånd

Partsavtal som reglerar frågan om ombudsersättning i anledning av en eventuell uppkommande tvist är ovanliga i class actionsammanhang (liksom i vanliga mål). Däremot ingås inte sällan – för att inte säga i allmänhet – sådana avtal i samband med en förlikning.[131] Uppgörelser av det slaget godtas inte alltid av domstolen, som har att pröva frågan om ombudsersättning ex officio även i sådana fall.[132] Domstolen har då att bedöma förlikningsavtalets kostnadsreglering i enlighet med de grunder som diskuteras nedan i avsnitt 5.3.

Att ersättning för ombudskostnader utdöms i form av skadestånd har såvitt jag vet aldrig förekommit i class actionmål. En förutsättning för att så skall kunna ske är ju att anspråket riktas mot tredje man.[133]

130 Note, Award s 677 not 4.

131 Alpert s 373.

132 Ovan s 130, jfr Harvard Developments 1976 s 1607.

133 Ovan s 295.

5.2.3 Undantag utbildade i domstolspraxis

Låt oss så övergå till de undantag från "the American rule" som utbildats i domstolspraxis, nämligen 1. ond tro-regeln (jämte Rule 11 och 68), 2. fond- och nyttoteorierna samt 3. PAG-teorin.

5.2.3.1 Ond tro och vårdslöshet

Ombudsersättning i class actions har visserligen sällan grundats på den tappande partens onda tro, men regelns betydelse vid "public interest litigation" har ökat efter *Alyeska*.[134] Bland annat i class actions rörande civil rights har det förekommit att tappande part ålagts att ersätta class actionkärandens ombudkostnader på den grunden att svaranden handlat i ond tro när han brutit mot civil rights-bestämmelsen ifråga.[135] Om den tappande däremot anses ha gjort skäliga ansträngningar att leva upp till lagstiftningen händer det att den vinnande vägras ersättning.[136] En svaghet med den här ersättningsgrunden från kärandens synpunkt är givetvis att det är svårt att förutse om den kommer att tillämpas eller inte i det enskilda fallet.[137]

Ond tro-regeln har förlorat en del av sin betydelse på civil rights-området efter tillkomsten av 1976 års Civil Rights Attorney's Act.[138] Men denna lag täcker inte alla områden, och ond tro-regeln kan också tillämpas utanför civil rights-området. Jag föreställer mig – utan att kunna belägga påståendet – att miljöskyddsområdet borde vara av intresse i sammanhanget; visserligen finns det numera en rad författningsbestämmelser som grundar rätt till ersättning för ombud men täckningen här är nog sämre än vad gäller civil rights. Och tanken att miljöförstöring stundom sker avsiktligen och i ond tro verkar inte helt orealistisk.

Det kan inte heller uteslutas att den nya regeln om vårdslöshet (Rule 11, 4.2.3.1 ovan) kan få betydelse, dels genom att avskräcka från medvetet illa underbyggda class actions, dels ock genom att ge möjlighet till ersättning från tredskande svarande. Jag har dock inte

134 Ovan s 300 ff.

135 Wright & Miller § 1893 och t ex *Bell v. School Bd of Powhatan County*, (1963) 321 F. 2d 494, se även Alpert s 373 och Hoak s 728.

136 Wright & Miller a st med i not 50 anförda rättsfall.

137 Jfr Newberg § 7440 d.

138 Ovan s 292.

något empiriskt stöd för detta antagande och regelns effekter vid class actions har såvitt jag vet ännu inte diskuterats i doktrinen. Däremot är det klart att ändringarna i Rule 68 (att motpart kan tilldömas ersättning om dom ej ger mer än dennes förlikningsbud) *inte* gäller vid class actions.[139] Detta kan möjligen öka class actioninstitutets attraktionskraft något i vissa fall.

5.2.3.2 "Common fund"- och "common benefit"-teorierna

"Common fund"- och "common benefit"-teorierna är av särskild betydelse vid (b)(3) class actions, dvs skadeståndstalan. Det är i själva verket typiskt för dessa mål att det skapas en "fond" som inte tillhör uteslutande den vinnande parten – käranden – utan den klass han representerar. Den som skapar en sådan fond har rätt till ersättning ur den för sin ombudskostnad och, som tidigare berörts, grundas denna rätt i allmänhet på ett resonemang om obehörig vinst.[140] Men "common fund"-teorin har också satts i samband med uppfattningen i common law att en "trustee" är berättigad till ersättning för sitt arbete för andra.[141] Parallellen till class actions blir här ganska tydlig.

Det skall åter understrykas att det vid tillämpning av fondteorin inte äger rum någon "fee shifting" utan endast en "fee spreading", dvs kostnaderna kastas inte över på motparten utan delas mellan alla dem som vunnit på processen och detta även om de inte varit parter i denna.[142] Detta verkar passa class actions som hand i handske. De ledande rättsfallen rörande fondteorin har inte avsett class actions men anses ändå ha en kraftig prejudikatsverkan även för dem.[143]

Fondteorin har, som tidigare berörts, utvecklats till att omfatta även situationer när någon fond inte skapats, men processen ändå

139 Fiss, Against settlement s 1080 not 22. Se vidare betr Rule 11 och 68 ovan s 296.

140 Se ovan s 296.

141 Miller, Fees s 16, Newberg § 7245 och Dawson, Lawyers and Involuntary Clients: Attorney's Fees for Funds, i 87 Harvard Law Review (1974) s 1597.

142 Miller, Fees s 17 och t ex *National Treasury Employees Union v. Richard M. Nixon* (521 F. 2d 317, 1975, s 321 där domstolen anförde:
"Millions of federal employees tangibly benefited directly because plaintiff persevered in this litigation. Were the members of the distinct class of persons, such as these federal employees, derive a significant sum of money from the efforts of a few, it is only just to permit the few to spread their reasonable expences to all members of the class".

143 Newberg § 7245a.

lett till gemensam nytta för gruppen, "nyttoteorin".[144] Detta gör att man även vid class actions rörande fastställelse- och förbudstalan har viss möjlighet till ombudsersättning också utanför de rättsområden där sådan ersättning kan grundas på "statuary provisions".[145] Och det är inte bara i associationsrättsliga sammanhang det förekommit att klassmedlemmar som inte varit parter i målet ålagts att bidra till ombudskostnader vid class actions.[146] Hur detta går till i praktiken har jag dock inte lyckats få klarhet i. De flesta class actionmål där nyttoteorin har kommit till användning har gällt civil rights och konstitutionella frågor.[147] Vissa begränsningar i teorins användningsområde slogs fast i *Alyeska,* bl a att klassen inte får vara för stor.[148]

5.2.3.3 "Private Attorney General"-terorin

"Private Attorney General "-teorin – dvs ombudsersättning på grund av att rättegången tjänat allmänna syften – framstod länge som synnerligen intressant ur class actionsynpunkt. Men sedan den nära nog förintades i *Alyeska* – som dock inte var en class action – finns inte anledning att diskutera den mer än redan skett.[149] Dess betydelse för class actioninstitutet ligger numera helt i de många nya författningsstöd för ombudsersättning som rättsfallet gav upphov till. Den sittande administrationens negativa attityd till "private attorney generals" har dock sannolikt, i kombination med motsvarande inställning vad gäller rättshjälp, i hög grad bidragit till att antalet class actions hållit sig på en relativt låg nivå under 1980-talet.[150]

5.2.3.4 Ombudsersättning för tappande part

Ombudsersättning för tappande part är en fråga som behandlats relativt utförligt ovan under 4.2.3.4. Några särskilda synpunkter på class actionmål i detta hänseende har jag inte kunnat finna i litteraturen; tydligt är dock att det inte finns någon anledning att utesluta

144 Ovan s 297 f.

145 Harvard Developments s 1606.

146 Wright & Miller § 1803.

147 Miller, Fees s 17.

148 Se ovan s 300 ff och Harvard Developments s 1607 not 128.

149 Ovan s 299 ff.

150 Ovan i kap 4 s 143 f.

class actions från de ersättningsmöjligheter som tappande part kan ha enligt denna teori, åtminstone inte då processen förs med ett offentligt organ som svarande. För att möjlighet skall finnas till ersättning krävs säkert – efter *Alyeska* och *Ruckelshaus* – inte bara att processen förs för att genomdriva "public policies" utan i första hand ett markant behov av vägledande avgöranden. Numera kan dock knappast *helt* tappande part påräkna ersättning ens i sådana fall.

5.3 Arvodesprövning, "contingent fees" och "maintenance". Jättearvoden

Som framgått i avsnitt 4.3 ovan är det en hel rad faktorer (tidsåtgång, målets svårighetsgrad, arbetets kvalitet, det aktuella utdömda beloppet, ombudets ställning inom advokatkåren och hans specialkunskaper etc)[151] som kan tas i beaktande vid beräkning av hur mycket ersättning som skall utgå för ombudskostnaderna. Domstolarna har traditionellt haft utrymme för betydande skönsmässighet vad gäller avvägning mellan de aktuella faktorernas inbördes vikt.[152]

Class actions är i allmänhet att betrakta som komplicerade mål och ledning för arvodesbestämning kan därför hämtas från den halvofficiella "Manual for Complex Litigation",[153] där ersättningskriterierna formuleras på följande sätt:

> "The guiding principles in determining awards of attorney's fees should be to provide compensation sufficient to stimulate the motive for representation of classes and to insure that the fees awarded are consistent with the degree of

151 Se Judge Wolsley ovan s 309 och t ex rättsfallet *Johnson v. Georgia Highway Express Inc.* 1974 (408 f. 2d 714) där man räknar upp 12 faktorer att beakta i sammanhanget: 1. the time and labor required, 2. the novelty and difficulty of the questions, 3. the skill requisite to perform the legal service properly, 4. the preclusion of other employment caused by accepting the case, 5. the customary fee, 6. whether the private fee agreement is fixed or contingent, 7. time limitations imposed by the client or the circumstances, 8. the amount involved and the recovery obtained, 9. the experience and ability of the attorneys, 10. "undesirability" of the case, 11. the nature and length of the attorney's professional relationship with the client och 12. awards in similar cases.

152 Miller, Fees s 21.

153 Detta arbete utges av "Federal Judicial Center", New York. Den version som jag tagit del av är från 1981.

benefits bestowed upon the class insofar as the bestowing of those benefits can be shown to be the product of the lawyer's work."[154]

Detta uttalande avser massprocesser i allmänhet och erinrar något om den tidigare berörda parallellen med bärgarlön.[155] Vad gäller class actions betonas bland annat att det ibland ligger i det allmännas intresse att class actions kommer till stånd och att det kan behövas särskilda incitament för att uppmuntra advokaterna att uppträda som class actionombud.[156] Men det råder säkert delade meningar rörande behovet av sådan uppmuntran.

Vad gäller ombudsersättning vid class actions har utvecklingen gått från att tillerkänna det uppnådda resultatet dominerande betydelse[157] till att tillmäta tidsåtgången i det aktuella målet ökad vikt. Domstolen prövar arvodena vid class actions ex officio och kan därför inskrida mot oskäliga avtal om arvode på ren provisionsbasis. Contingent fees är således bara möjliga i kontrollerad utsträckning; käranden kan inte "lova bort" klassmedlemmarnas processvinst hur som helst.[158] Och inställningen till renodlat provisionstänkande har alltså hårdnat. Miller, som på uppdrag av the Federal Judicial Center, utarbetat en studie med rekommendationer på området anser att man bör gå vidare på denna väg.[159] Det har också på senare år skett dramatiska förändringar i domstolarnas sätt att handlägga frågor om ombudskostnader i class actionsammanhang och numera krävs nästan genomgående detaljerade tidsplaner som visar tidsåtgången dag för dag, timme för timme.[160] Men tidsåtgången är fortfarande inte ensam avgörande faktor utan fungerar bara som en utgångspunkt, som kan justeras på grund av den vinst rättegången givit, varvid inte bara strikt ekonomiska beräknings-

154 A a s 96, avsnitt 1.47.

155 Ovan s 309 f.

156 S 96.1 i supplementet till ovan i not 153 a a.

157 Se t ex Wright & Miller § 1803 s 290.

158 Jfr ovan s 310 ff.

159 Miller, Fees s 333 ff. – Enligt Miller (a a s 373) multiplicerar vissa domstolar tidslönen upp till 4 ggr för att kompensera för processutgången, medan andra inte ger en cent utöver arbetad timme ggr timtaxan. Enligt J Cooper i 50 Antitrust Law Journal (1981) s 101 kan en strikt timmemätning utan resultatpåslag leda till att advokaterna föredrar fortsatt process framför förlikning, jfr ovan s 312. Risken för detta är, på grund av överetableringen inom yrket, måhända större i USA än i t ex Sverige.

160 Wright & Miller § 1803 s 246, se även Smith, Standards s 21 ff.

grunder tillämpas utan även t ex det önskvärda i att skapa incitament för processer på rättsområdet.[161] Bedömningen av ersättningsfrågan sker alltså fortfarande genom en komplicerad viktning mellan flera relevanta faktorer.

"Maintenance" förekommer säkerligen vid class actions i minst lika stor utsträckning som i vanliga mål. Presumtiva ombud är stundom så angelägna att få föra en class action att de t o m erbjuder att betala klienten betydligt mer än vad kostnaderna för denne kan komma att uppgå till ("solicitation"). Osmakliga historier om advokater som jagar lämpliga skadeståndsmål ("ambulance chasers") har figurerat även i relativt seriösa tidningar, bl a i samband med den ohyggliga gasolyckan i Bhopal. Amerikanska advokater påstås där ha erbjudit skadade indier företagsekonomiskt väl avvägda belopp för att få föra deras talan och därmed också få chans till den uppmärksamhet och de ombudsersättningar som kan förekomma vid en class action.[162]

Beteenden av nyssnämnt slag strider naturligtvis mot yrkesetiken. Men att ombudet förskotterar partens löpande kostnader (t ex för notice) är numera ganska allmänt accepterat. Regler som tillåter detta – t o m i den formen att återbetalning bara behöver ske vid framgång i processen – är på väg att införas i flera delstaters advokatorganisationer.[163] Och vid förbud mot att förskottera kostnader skulle uppenbarligen många class actions bli praktiskt ogenomförbara; de flesta skulle inte våga uppträda som kärande, många skulle inte vara rika nog.[164] Detta framstår som ett betydande problem. Rättshjälp och rättsskyddsförsäkringar kan hjälpa i vissa fall,[165] men man kan naturligtvis aldrig eliminera problemet helt.

I kapitel 4 ovan diskuterades *ombudsersättningarnas storlek* och relationen till processresultatet vid class actions. Att döma av tillgängliga undersökningar är myten om att ombuden i allmänhet äter

161 A a s 249 f.

162 En på många sätt skakande skildring av förhållandena kring den rättsliga prövningen av Bhopalkatastrofen finns i Washington Post 21 april 1985.

163 Se DuVal 1983 s 418 med not 16.

164 Jfr Harvard Developments s 1606 och 1618 med not 173.

165 I Garth's undersökning (ovan i kap 4 s 140) hade rättshjälp beviljats i 15 av 46 class actions, ytterligare 3 var offentligt finansierade på annat sätt. Sedan dess har rättshjälpen gått mot (ytterligare) privatisering, se Garth, Privatization s 9.

upp hela processvinsten just en myt.[166] Det skall dock inte förnekas att de belopp som tilldöms ombuden ibland kan vara svindlande höga.[167] Vad som också kan medverka till en kritisk syn på class actioninstitutet är förhållandet mellan vad den enskilde klassmedlemmen får ut av processen och vad som utgår i ombudsersättningar.[168] I t ex ett av de stora antibiotikamålen ingick man en förlikning av innebörd att klassmedlemmarna fick i genomsnitt 364 dollar var i ersättning medan deras ombud delade på 10 miljoner dollar.[169] Och i *Landau v. Chase Manhattan Bank* (1977)[170] förpliktades svaranden utge totalt 25 000 dollar, varav varje klassmedlem fick 35 cent medan advokaterna tillerkändes 12 500 dollar av beloppet. Rättsfall som detta kan ligga bakom ett tillspetsat yttrande av en av domarna i *Eisen:* "Obviously the only persons to gain from a class suit are not the potential plaintiffs, but the attorneys who will represent them."[171]

Kritik av det här slaget kan vara träffande i enskilda fall men domstolskontrollen är numera sådan att ombudsarvoden inte gärna kan anföras som ett skäl att avskaffa class actioninstitutet.[172] Tidsåtgången spelar ökad roll vid (b)(3) class actions och vid andra former (t ex förbudstalan) finns inte utrymme för de effekter provisionsarvoden kan medföra. Det är vidare viktigt att erinra sig att tidsåtgången vid class action alls inte behöver bli så enorm som många föreställer sig; målen tar i genomsnitt bara ungefär dubbelt så lång tid som individuella processer.[173] Man måste också beakta att det många gånger är ovisst för ombudet om ersättning kommer att utgå; avtal av innebörd att advokaten får betalt endast om han har

166 Ovan s 163 ff, se även Wright & Miller, Supplement § 1803. Jfr däremot American College of Trial Lawyers Study (ovan s 141) s 22.

167 Se t ex *TWA v. Hughes*, 312 F. Supp 478, (1970) där motsv ca 50 miljoner svenska kronor utdömdes i ombudsersättning, jfr även Fitzgerald s 95.

168 Jfr Harvard Developments 1976 s 1604.

169 A st. Se även *Daar* ovan i kap 8 s 277: ombudsersättningen uppgick till nära en halv million dollar, den "återbetalning" prisnedsättningen åstadkom uppgick till 3 1/3 cent (!) per taxiresa i genomsnitt.

170 556 F. 2d 664.

171 Betr Eisen s ovan s 217 ff.

172 Däremot har nedgången i antalet class actions under senare år satts i samband med bl a ökad domstolskontroll av räkningarna, Harvard Developments s 1605.

173 Se ovan i kap 4 s 159 ff.

framgång i processen är vanliga. I detta läge skall arvodet vid en framgångsrik process också räcka till för att betala ett eller annat misslyckande, om man inte vill att ombuden enbart skall åta sig solklara fall. Härtill skall dessutom läggas att advokaterna ofta får ligga ute med betydande arvodesfordringar i många år – ibland i decennier. Om man lägger samman alla dessa faktorer får man en bättre förståelse för att ombudsersättningarna ibland kan te sig mycket höga. Men visst är det fråga om en svår balansgång; de lege ferenda varnar man i auktoritativa doktrinuttalanden för en alltför generös inställning vad gäller ombudsersättningarna överhuvudtaget:

> "On the other hand, unless and until our existing general philosophy toward the taxability of attorney's fees and other costs is reconsidered and altered, the federal courts should exercise care and restraint in awarding attorney's fees. Indeed, undue generosity might encourage some members of the Bar to seek out clients and encourage litigation over disputes that otherwise might not reach the courts. Were this to become a widespread practice both the American system of civil litigation and the legal profession might fall into public disrepute."[174]

Man kan tycka att tiden nu skulle vara mogen att söka nå en mera enhetlig praxis och bättre förutsebarhet i arvodesbedömningen genom att tillskapa en lagregel i frågan; Rule 23 ger idag ingen vägledning alls. Professor Miller, en av medlemmarna i den till Supreme Court knutna kommitté ("Advisory Committee"[175]) som förbereder ändringar i the Federal Rules of Civil Procedure, har i ett memorandum daterat den 19 maj 1982 berört frågan om behovet av lagstiftning på området och uttalat följande:

> "The current Rule does not mention attorney's fees in class action, yet the practice on this matter has been one of the major irritants to everyone during the last fifteen years. A great deal has been done judicially to reform the practice in this area, although many aspects of it are characterized by inconsistency, uncertainty, and confusion ... The Committee might wish to consider the possible utility of establishing certain principles or providing guidelines in the Rule itself. One cannot help but feel, however, that this might well prove to be a dubious and risky undertaking."[176]

174 Wright & Miller § 2675, jfr Suppl 1981 s 56, båda citaten avser ombudsersättningar i allmänhet och inte enbart i class actionmål.

175 Se ovan s 110 not 5.

176 A Memorandum to the Members of the Advisory Committee on Civil Rules, Subject Class Actions, May 19, 1982.

Millers uppfattning torde vara representativ för vad de flesta advokater och domare anser[177] och någon ändring i eller komplettering av Rule 23 har inte heller tillkommit. Man anser det tydligen minst "dubious and risky" att låta praxis ta hand om frågan även fortsättningsvis.

5.4 Sammanfattning och utvecklingstendenser

Class actions anhängiggörs i allmänhet endast då det finns möjlighet till ombudsersättning enligt något av undantagen från "the American rule". "Statuary provisions" med denna innebörd, samt (i någon mån) teorin om ond tro har varit av betydelse i detta sammanhang, särskilt då det gäller (b)(1) och (b)(2) class actions på civil rights och miljöområdena. Fond- och nyttoteorierna är dominerande ersättningsgrund vid (b)(3) class actions, dvs i de fall skadestånd utdöms.

Arvodesprövning sker fortfarande med tyngdpunkt på det uppnådda resultatet, men tidsfaktorn tillerkänns numera ökad vikt. Bindande avtal om "contingent fees" kan inte träffas av käranden för de övriga klassmedlemmarnas räkning eftersom domstolen har att pröva yrkat arvode ex officio, men provisionsarvoden är ändå vanliga i praktiken eftersom rätten fäster så stor vikt vid utgången. Ombuden åtar sig säkert ofta att svara för partens kostnader vid processförlust, trots att "maintenance" åtminstone tidigare ansetts strida mot "god advokatsed".

De allmänna utvecklingstendenser som berördes ovan i avsnitt 4.4 gör sig gällande också på class actionområdet. Nedgången i antalet class actions under 1980-talet ligger i linje med den sittande administrationens inriktning på att avskräcka från process i många fall och dess negativa attityd till class actionrelevanta faktorer som "private attorney generals", rättshjälp och statliga processuella initiativ.[178]

177 Jfr Miller, Fees s 4; det föreligger en övervåldigande majoritet bland advokater och domare för "judicial evolution rather than congressional definition". Detta torde inte bara gälla frågor om rättegångskostnader, jfr nedan i kap 10 s 360 f.

178 Se ovan s 143 f och nedan s 442 f och 335 ff.

6. Kostnadsreglernas betydelse för class actioninstitutet

Det är dags att dra några slutsatser av det föregående. Två frågor bör besvaras. Den första gäller de amerikanska kostnadsreglernas betydelse för class actionfrekvensen. Den andra gäller om t ex våra svenska kostnadsregler – i mångt och mycket desamma som de engelska – är class actionvänliga eller inte. Jag har funnit det bäst att diskutera dessa frågor samtidigt eftersom en löpande jämförelse mellan de två kostnadssystemens betydelse för class actioninstitutet gör både frågeställningarna och svaren klarare. Och även om delar av de följande resonemangen – särskilt vad gäller förutsättningarna för en svensk reception – även skulle kunna föras i kapitel 15 är det att föredra att ta upp kostnadsaspekterna redan nu i omedelbart samband med beskrivningen av regelsystemet. Avslutningskapitlet kan också ges en något mindre volyminös utformning på det sättet. Jag anser att ombudskostnaderna intar en så dominerande betydelse på rättegångskostnadsområdet att jag helt koncentrerar mig på dem.

Huvudregeln i USA är – som den begåvade läsaren möjligen erinrar sig – att ombudskostnader inte utgör ersättningsgill rättegångskostnad. Den vinnande får själv stå för advokatarvodet. Man kan därför tro att det amerikanska kostnadssystemet skulle verka starkt avskräckande för den som vill starta en class action. En individuell talan är enklare och borde dra mindre ombudskostnader.

Vid ett närmare studium finner man emellertid att de amerikanska reglerna fungerar på rakt motsatt sätt och detta av framför allt följande fem skäl:

1. Huvudregeln är försedd med undantag (bl a författningsstöd, ond tro-regel samt fond- och nyttoteorierna) som tillsammans erbjuder goda möjligheter att få ombudskostnaderna vid alla slags class actions ersatta vid en framgångsrik process. Undantagen passar särskilt väl in vid class actions, så t ex fondteorin, som inte kan komma till användning vid individuell process annat än i mycket speciella fall men passar desto bättre in vid class actions rörande skadestånd.

2. Dessa undantag är inte alls öppna för svaranden i samma utsträckning som för käranden i en class actionprocess. Tappande kärande behöver alltså inte frukta att drabbas av ansvar för motpartskostnader. Class actionkäranden processar med en för honom gynnsam *kombination* av "the American" och "the English rule". Då ersättning grundas på författningsstöd får käranden på detta sätt ett övertag gentemot svaranden. Också då fondteorin kommer till

användning är käranden den mest kostnadsokänslige av parterna, även om det inte är svaranden som drabbas av kostnadsansvaret i dessa fall.

3. Kostnadstrycket på svaranden blir större vid en class action än vid individuell talan eftersom class actions är särskilt dyra. I så måtto uppkommer en gynnsam förlikningssituation för käranden. Att processen gäller höga belopp kan dock mer än väl väga upp denna fördel i en del fall; en förlikning blir ofta dyr för svaranden.

4. "Contingent fee"-systemet är accepterat i amerikansk rätt. Och även om käranden inte i förväg kan utlova viss procent av de övriga klassmedlemmarnas processvinst i arvode intar provisionstänkandet fortfarande en betydelsefull plats vid domstolens beräkning av ombudsersättning vid class actions. Eftersom processen ofta gäller mycket stora belopp (totalt sett) blir class actions särskilt attraktiva för advokaterna. Käranden har följaktligen större möjligheter att få bästa möjliga juridiska biträde om han väljer class actionformen.

5. Class actions är – även av andra skäl – så attraktiva för advokater att käranden lättare än i vanlig process kan avkräva ombudet ett löfte att ersättning endast skall utgå vid vinst i processen. Ja, käranden kan de facto säkert ibland även förmå ombudet att ansvara också för partens egna kostnader för den händelse processen förloras; det torde rent av förekomma att käranden arvoderas av ombudet (i stället för tvärt om) för att figurera i processen.

Samtliga dessa incitament att välja class actionformen saknas vid en tillämpning av gällande svenska och engelska kostnadsregler. Vinnande class actionkärande skulle (jag bortser t v från småmålen) visserligen få ersättning för ombudskostnader, men det får han även om han väljer individuell process. Vad gäller faktor 2 skulle den svenska huvudregeln om ansvar för motpartskostnader säkert verka starkt avhållande då det gäller att välja class actionformen: förlust i en class action skulle kunna få katastrofala ekonomiska följder för käranden och detta även om han har rättshjälp eftersom (svensk) rättshjälp inte omfattar ansvar för motpartskostnader. Endast rättsskyddsförsäkring skulle kunna dämpa processrädslan – om nu försäkringsbolagen skulle acceptera att inkludera class actions i rättsskyddet. Individuell talan framstår som ett mera attraktivt – eller åtminstone som ett mindre skrämmande – alternativ om nu käranden inte är bombsäker på att vinna processen.

Även faktor 3 är mindre tungt vägande i svensk kostnadsmiljö än i den amerikanska. Visserligen blir kostnadstrycket större på svaranden vid en class action än vid individuell process, men trycket

gäller endast förutsatt att svaranden räknar med förlustrisk. Parterna är därför jämspelta i förlikningsförhandlingarna i detta hänseende.

Faktor 4 och 5 saknar helt relevans i svensk process eftersom provisionsavtal inte förekommer; arvode beräknas aldrig procentuellt. Att ombudet skulle stå för klientens – och kanske t o m motpartens – kostnader är uteslutet. En svensk kärande kan aldrig vara säker på att processa helt gratis, inte ens om han har rättshjälp och rättsskyddsförsäkring. Och class actionformen skulle visserligen kunna tänkas locka kvalificerade ombud även i Sverige, men i så fall inte på grund av kostnadsreglerna. Risk föreligger rentav att skickliga advokater skulle tacka nej till class actions på grund av tidsbrist. Däremot är de svenska reglerna mer positiva på så sätt att vinnande kärande (förutsatt att svaranden är solvent) inte behöver betala en del av sina ombudskostnader själv, vilket faktiskt i någon mån blir fallet vid en tillämpning av fondteorin.

Class actioninstitutet har, som framgår nedan i kapitel 12, en lång rad för- och nackdelar som kan påverka kärandens val av processform. Men begränsar vi synfältet till *kostnadsreglernas* effekter kan vi konstatera att medan de amerikanska kostnadsreglerna har en stark styreffekt till förmån för class actions skulle våra kostnadsregler i vissa fall få rakt motsatt verkan. Inför vi i dag class actions *med oförändrade kostnadsregler* skulle sannolikt ganska få ta till detta processvapen.

Nu kan man tycka, att antagandet att class actions sällan skulle komma till användning i ett land med samma kostnadsregler som det svenska, inte är mer än en gissning. Den som inte känner sig övertygad av hypotetiska resonemang av ovan exemplifierat slag önskar sig säkert ett bättre verklighetsunderlag för prognosen. Och ett sådant underlag finns faktiskt! Låt oss se på förhållandena i England, Australien och Kanada. I dessa länder har man nämligen (i stort sett) i praktisk tillämpning den för en nyfiken svensk ideala kombinationen svenska kostnadsregler[179] (= "the English rule") och ett class actioninstitut ("representative actions") som erinrar om det amerikanska. Det var ju t o m i England som class actioninstitutet föddes![180]

[179] Dock sker kvittning oftare i Kanada än i Sverige, se Ontario Report III s 649 (så bl a i prejudikatsmål). Se betr kostnadsreglernas betydelse även nedan s 397 ff och 401 f.

[180] Ovan i kap 2 s 64 ff.

Hur har det gått? Jo, i dessa länder har class actioninstitutet hittills under 1900-talet fört en – mer (England och Australien) eller mindre (Kanada) – tynande tillvaro. Jag återkommer till det i kapitel 11. Orsaken behöver dock alls inte vara enbart kostnadsreglerna; de rigida kraven på att anspråken skall stödja sig på "väsentligen samma grund" har nog minst lika stor betydelse.[181] Men redan här kan konstateras att vi i Sverige sannolikt har de mest class actionfientliga kostnadsregler man kan tänka sig![182] Denna tes bestyrks av en ytterst intressant undersökning som utförts av tre kanadensiska professorer (varav två i juridik och en i ekonomi).[183] Man jämför "the English rule" med åtta andra kostnadsregler och finner vårt system vara det sämsta vad gäller möjligheterna att stimulera class actionprocesser. Varje generell förändring av våra kostnadsregler skulle öka class actionbenägenheten.

Här kan man känna en frestelse att snabbt konstatera att class actioninstitutet inte är något för Sverige – inför vi det skulle det ju ändå inte komma till någon användning. En sådan slutsats vore dock minst sagt förhastad och detta av bl a följande skäl:

1. "The English rule" gäller inte generellt i Sverige – vi har t ex en annan kostnadsregel vid marknadsdomstolen, arbetsdomstolen och i småmål.[184]
2. Rättshjälp och rättsskyddsförsäkring kan lindra den svenska huvudregelns class actionfientliga karaktär.
3. Class actionalternativet kan vara attraktivt ur andra synpunkter än i rättegångskostnadshänseende och dessa fördelar kan ta över kostnadsnackdelarna.
4. Det finns även människor som kan vara beredda att bortse från de svenska kostnadsreglernas konstruktion, som ju för övrigt (om svaranden är solvent) inte bör ha någon avskräckande effekt på den som är alldeles säker på att vinna processen. Vidare kan class actions initieras eller stödjas av kostnadsokänsliga rättssubjekt som t ex organisationer.

181 Se nedan i kap 11 s 371 ff, jfr ovan i kap 2 s 101 ff.

182 Se nedan s 331, jfr Dewees, Prichard och Trebilcock, An Economic Analysis of Costs and Fee Rules for Class actions, i 10 Journal of Legal Studies (1981) s 155 ff.

183 A a s 183 ff, jfr Ontario Report III s 659 betr Kanada och Australien. Enighet föreligger om att reglerna avskräcker från att använda class actions.

184 Se SOU 1982:26 s 221 ff. –Regeln i den upphävda småmålslagen § 8 återfinns numera i RB 18:8a och kallas i fortsättningen småmålsregeln.

5. Läget i England, Australien och Kanada är trots allt inte det slutgiltiga beviset för att class actioninstitutet skulle vara helt ointressant för ett rättssystem som vårt. Man kan till och med påstå motsatsen. I Kanada är class actions inte direkt sällsynta. Ett nytt class actioninstitut infördes för ett antal år sedan i Quebec. Och i Ontario, liksom i Australien, pågår ambitiösa försök att vitalisera class actioninstitutet.[185]

6. Kostnadsregler går att ändra! Ett statiskt synsätt bör undvikas vid diskussioner de lege ferenda. Man kan tänka sig såväl generella förändringar som särskilda regler för just class actions. Exempel på bådadera kan hämtas från reformarbetet i Australien och Kanada.

Låt mig till sist helt kort kommentera några av dessa sex punkter och då särskilt den första. Småmålsregeln – att ombudskostnaderna inte är ersättningsgilla i mål rörande mindre än halva basbeloppet – påminner om "the American rule". Däremot överensstämmer den inte med den "one-way"-regel som i allmänhet är aktuell vid class actions, dvs att käranden men inte svaranden kan räkna med ersättning för ombudskostnader vid framgång i processen. Småmålsregeln erbjuder alltså en helt ny jämförelsesituation. Detta har sitt intresse eftersom class actions ofta aktualiseras just då det individuella anspråket är litet, dvs vid process rörande "diffuse, fragmented and collective interests".[186] Skulle nu möjlighet ges att föra class actions i sådana fall i Sverige framstår småmålsregeln faktiskt som ännu sämre för käranden än både den svenska huvudregeln ("the English rule") och de amerikanska reglerna för class actions. Käranden måste räkna med att betala egna (säkert dryga) ombudskostnader hur processen än slutar och kan inte räkna med att klasskamraterna får vara med om att dela bördorna; någon fond-nyttoteori finns ju inte i svensk rätt. Eftersom det individuella anspråket är lågt i småmålsfallen blir en grupptalan så gott som alltid oförsvarbar ur ekonomisk synpunkt.

Här slår läsaren säkert bakut och tänker: även om småmålsregeln belyser kostnadsproblematiken kan den sannolikt aldrig bli aktuell vid class actions. Tvisteföremålets ackumulerade värde gör rimligen att processen lämnar småmålsstadiet och kommer in i finrummet, där RB 18:1 ("the English rule") tillämpas. Den regeln erbjuder i alla

185 Se vidare nedan i kapitel 11, särskilt s 397 ff.

186 Se härom ovan i kap 1 s 11 ff och Lindblom, Konsumentmål s 3 ff.

fall full kostnadstäckning vid bifall och kan därför vara attraktiv åtminstone vid skyhöga vinstodds.

Småmålsregeln skulle följaktligen kunna vara class actionstimulerande på så sätt att käranden föredrar en kollektiv processform för att få möjlighet till ersättning för ombudskostnader. Att välja class actions enbart för att komma i åtnjutande av kostnadsregleringen i 18:1 förefaller dock åtminstone ibland vara att gå över ån efter vatten; har processen en så vittgående betydelse erbjuder RB 1:3a redan i dag möjlighet att föra över tvisten till "stor" process i en del fall.

Men alltid går inte det. Och småmålsregeln är intressant ur class actionsynpunkt framför allt för att den skapat ett behov av en kollektiv taleform vid små individuella anspråk i tvister av någorlunda – eller mycket – komplicerat slag. Att ersättning ej utgår för ombudskostnader i småmål har höjt gränsen för att ett anspråk skall vara individuellt processbart[187] i de fall processen inte kan föras utan ombud. Det kan inte uteslutas att detta i sin tur verkar handlingsdirigerande på så sätt att vissa olagliga och illojala beteenden som inte är kriminaliserade framstår som mer lockande än före småmålsregelns tillkomst, åtminstone då beteendet ifråga är någorlunda svårbedömbart i juridiskt hänseende eller då den som utsätts för åtgärden kan antas sakna förmåga att klara sig utan ombud av andra skäl.

Genom att småmålsregeln inte beaktar målets komplexitet har det således – förhoppningsvis tvärt emot lagstiftarens intentioner – uppkommit ett rättsskyddsvakuum som drabbar den svagare parten (t ex konsumenter) i vissa, säkert inte sällsynta fall: många småmål är svåra och ännu fler parter saknar tillräckliga incitament och resurser att processa om småsummor helt på egen hand. Class actioninstitutet skulle möjligen kunna utfylla en del av detta rättsliga tomrum.

En reception av class actioninstitutet förefaller alltså intressant redan ur rättegångskostnadssynpunkt, inte *trots*, utan *tack vare* småmålslagens och sedermera småmålsregelns, tillkomst. Men skulle inte vår huvudregel i RB 18:1 göra en sådan reform helt ointressant ur "avnämarnas" (de presumtiva kärandenas) synpunkt? Är inte ansvaret för motpartskostnaderna alltför avskräckande? Nej, inte då käranden är säker på att vinna eller om han kan få upp-

187 Betr denna term se t ex nedan i kap 12 s 449 f.

backning från t ex en organisation eller stiftelse. Men kanske är regeln processhämmande i den ena gruppen av de fall jag nyss berört, nämligen vid små individuella anspråk i relativt svårbedömda mål med många berörda. Denna ur såväl prejudikats- som samhällssynpunkt (handlingsdirigering) högintressanta målkategori förefaller alltså hemlös även om rätt till grupptalan skulle införas. Men det finns andra intressanta målgrupper och framför allt: särskilda kostnadsregler för t ex konsumentmål kan införas,[188] liksom särskilda regler för class actions. Man bör inte ens utesluta möjligheten av att lansera provisionsarvoden ("contingent fees") i viss utsträckning. Man kan vidare tänka sig rättshjälp eller bidrag från statliga och privata fonder med uppgift att stödja vissa slags class actionmål[189]. Ett stort personligt kostnadsansvar för käranden redan i processens inledningsskede (t ex för notice) medför en drastisk begränsning av den krets som kan tänkas starta en class action, ett urval som hotar att drabba just den målkategori där institutet har en särskilt viktig funktion att fylla, t ex vid små individuella anspråk hos en stor grupp låg- eller medelinkomsttagare.

Mycket talar för att en av de viktigaste och svåraste frågorna vid en reception av class actioninstitutet är att på olika sätt minska de potentiella parternas – även svarandens – benägenhet att avstå från process (respektive förlikas) till följd av kostnadsregler som motverkar institutets funktion. Problemet är betydande men inte olösligt. Det finns också tecken som tyder på att kostnadsreglernas vikt i sammanhanget lätt överdrivs. Man kan åtminstone konstatera att förbättrade ekonomiska förutsättningar för att starta class actions[190] – eller för att processa över huvud taget – inte alltid leder till den ökning i processbenägenheten som man väntar sig.[191]

Sammanfattningsvis kan man konstatera att den i Europa dominerande kostnadsregeln ("the English rule", RB 18:1) inte gynnar en reception eller expansion av class actioninstitutet. Det kan därför ligga nära till hands att enbart med hänvisning till kostnadsreglerna avfärda tanken på att införa class actions. Klara tendenser i den

188 Jfr SOU 1982:26 s 228 f. Se även 5:2 lag om medbestämmande i arbetslivet, ovan s 304 och 308 samt betr läkemedelsskador SOU 1982:26 s 228.

189 Sedan 1977 är det möjligt med rättshjälp i Kanada vid class actions, men frågan har aldrig prövats i praxis, Ontario Report III s 661. Betr statliga fonder se nedan s 415 betr Quebec.

190 Glenn 1986 s 286 betr läget i Quebec.

191 Jfr Lindblom, Procedure s 103 ff.

riktningen har också förmärkts i den internationella diskussionen.[192] Att utan vidare resonemang inta en så negativ attityd framstår dock som klart förhastat, åtminstone från svensk synpunkt och detta av en hel rad skäl. *För det första* visar förhållandena i Kanada (och i någon mån England och Australien) att amerikanska kostnadsregler inte är någon nödvändig betingelse för ett fungerande class actioninstitut. *För det andra* har småmålslagens (sedermera småmålsregelns) tillkomst skapat behov av representativ grupptalan i vissa fall. *För det tredje* kan huvudregelns avskräckande effekt vid class actions mildras genom rättshjälp, rättsskyddsförsäkring och statlig eller privat "sponsring". *För det fjärde* är det fullt tänkbart att införa särskilda kostnadsregler vid class actions vad gäller såväl ansvarsfördelningen som arvodesberäkningen. *För det femte* torde vissa måltyper vara mindre känsliga för kostnadsreglerna än andra. Och *för det sjätte* (eller ett annat sätt att uttrycka vad som nyss kallats *för det första*) kan det tänkas att class actioninstitutets fördelar överväger dess nackdelar även med en kostnadsreglering som den svenska.

Alla dessa frågor kommer att beröras i de följande kapitlen. I nästa kapitel (10) får den amerikanska debatten de lege ferenda illustrera vilka nackdelar class actions har i dag och hur de kan avhjälpas. I kapitel 11 får aktuella förhållandena och reformsträvanden i England, Australien och Kanada bl a visa på hur class actions fungerar i länder med kostnadsregler liknande våra. I kapitel 12 skall class actioninstitutets funktioner samt dess för- och nackdelar inventeras och penetreras för att sedan ställas mot class actionalternativen som de beskrivs i kapitel 13 och 14. Först därefter finns tillräckligt underlag för en bredare diskussion om möjligheterna till en svensk reception av grupptalan i en eller annan form. Avsikten i det här kapitlet har främst varit att presentera de amerikanska kostnadsreglerna i tvistemål i allmänhet och vid class actions i synnerhet samt att diskutera dessa reglers betydelse för class actioninstitutet de lege lata och de lege ferenda.

192 Se nedan i kap 15 avsnitt 3.1 och 5.5, jfr däremot nedan t ex s 397 ff och 401 f, 415 f och 423.

Kap. 10 Den amerikanska diskussionen de lege ferenda – kritik, förslag och kritik av förslag

"Sometimes a great poem can do more than legislation"

Herbert Hoover

1. Inledning: 1966 års ändringar i Rule 23 och det allmänna debattklimatet 335
2. Kritik på enskilda punkter 339
   - 2.1 Allmänt 339
   - 2.2 Forumspärren och de sju prövostenarna 340
     - 2.2.1 Forumspärren 340
     - 2.2.2 Prövostenarna 342
   - 2.3 Notice, opt-out och rättskraft 343
   - 2.4 Förfarandet 344
   - 2.5 Skadeståndsberäkning och skadeståndsfördelning 346
   - 2.6 Rättegångskostnaderna 347
3. Alternativ till Rule 23 348
   - 3.1 Allmänt 348
   - 3.2 Bill 1978 348
     - 3.2.1 Inledning 348
     - 3.2.2 Public action – en preventiv class action 349
     - 3.2.3 Class compensatory action – en reparativ class action 356
     - 3.2.4 Förslagets fortsatta öde. Reformvägar 358
   - 3.3 The Uniform Class Actions Act 361
4. Sammanfattning och avslutande synpunkter 364

1. Inledning: 1966 års ändringar i Rule 23 och det allmänna debattklimatet

Class actioninstitutet har alltid varit omstritt såväl vad gäller existensberättigande som beträffande utformningen i olika hänseenden. På få områden – om ens på något – inom civilprocessen har känslorna svallat så högt som här; beteckningar som "a Frankenstein monster", "legalized blackmail", "a potential engine of destruction"

respektive "shining knights" och "the only economical route to justice"[1] anger debattklimatet. Överord har inte saknats på någondera sidan och man har beskrivit kampen mellan fraktioner av domar- och advokatkåren som ett heligt krig.[2] Invektiven har haglat och motsättningarna har varit starkt emotionellt betingade och/eller bottnat i skilda ideologiska grundvärderingar rörande civilprocessen i allmänhet och class actioninstitutet i synnerhet. Det har, som Miller formulerat det, varit en debatt "producing more heat than light".[3]

Den hätska stämningen kan föras tillbaka på att class actioninstitutet varit av särskild betydelse på så politiskt laddade rättsområden som konsument- och miljörätten samt för frågor om medborgerliga fri- och rättigheter. En rad myter om class actioninstitutet har fått bilda underlag för olika påståenden, myter som det visat sig svårt att belägga i verkligheten; åsikterna tycks inte sällan ha grundat sig på enstaka mer eller mindre sanna historier rörande atypiska class actions.[4]

Men även i den mer sansade diskussionen går meningarna om class actioninstitutet starkt isär. Begrunda t ex följande två jämförelsevis auktoritativa uttalanden, båda från 1972 då 1966 års ändringar i Rule 23 slagit igenom:

> "The conclusion of this Committee is that Rule 23, as written and as applied over the last half decade, has failed to achieve its purposes. We suggest that in the areas of judicial economy and fairness to the parties, the experienced results have been directly contrary to the intended purposes. The (b)(3) class suit has mandated heavy expenditures of judicial time, effort and expense. The expenditures have been sustained only by sacrifizing procedural and substantive fairness to the party opposing the class. Nor does it appear that these burdens can in any sense be justified by the limited benefits accruing the class claimants."[5]

En månad senare kommenterar en känd federal domare, Jack B. Weinstein, den rapport ovanstående citat är hämtat från och anförde bl a:

1 Se ovan s 29.

2 Miller, Frankenstein s 664.

3 Miller, Hearings s 102.

4 Jfr Miller, Frankenstein s 665.

5 American College of Trial Lawyers, Report and Recommendations of the Special Committee on Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure 6 (1972).

"I suggest that the monster (class actioninstitutet, min anm) is neither so large or as terrible as some would have us believe. The procedure is merely one means for transforming legal rights into effective remedies. As a general principle, and the 1966 revision of Rule 23 is no exception, procedural change has substantive inpact. It makes litigation easier either for plaintiffs or defendants, thereby effecting the substantive balance between the two. Whether recaracterize any revised practice as an "abuse" or a "reform" depends largely on our evaluation or policies underlying the type of litigation likely to be affected . . .

The fact that there are advantages to a group of litigants as a result of these changes in procedures is not unique. It runs right through our history, right from Magna Charta through The Federal Rules of Civil Procedure in the 30's, which made it easier for a certain class of litigants to bring and prove their cases.

Most judges would agree that the class actions serve their intended function when they accomplish either of two purposes: when they prevent a multiplicity of suits or when they expedite the disposition of otherwise unredressable legally cognizable grievances.

Where the public authorities are remiss for a variety of reasons – in adequate legal authority, too heavy work load, or what have you – the class action does furnish a desirable remedy. It seems to me that this matter touches on the credibility of our judicial system. Either we are committed to make reasonable efforts to provide a forum for the adjudication of disputes involving all our citizens – including those deprived of human rights, consumers who overpay for products because of antitrust violations, and investors who are victimized by misleading information – or we are not. There are those who will not ignore the irony of courts ready to imprison a man who steals some goods in interstate commerce, while unwilling to grant a civil remedy against the co-operation, which has benefited to the extent of many millions of dollars from collusive, illegal prizing of goods. When the organization of a modern society, such as ours, affords the possibility of illegal behaviour, accompanied by widespread diffuse consequences, some procedural means should exsist to remedy or at least deter that conduct."[6]

Ja, motsättningarna var förvisso skarpa. Så här drygt ett decennium senare kan man konstatera att debatten lugnat ner sig betydligt; såväl kraven att vässa class actionvapnet som förslagen att desarmera processformen helt eller delvis har blivit betydligt hovsammare. Den dramatiska ökning av antalet class actions man kunde iaktta under åren omedelbart efter 1966 års ändringar i Rule 23 kulminerade ganska snabbt och i dag kan man tala om stagnation eller kanske snarare stabilisering på en nivå, som knappast kan påstås hota de federala domstolarnas arbetssituation på något mer grundläggande sätt. Detta har framgått i kap 4 och här skall jag bara tillfoga en

6 Hon. Jack B. Weinstein, "Some Reflections On The 'Abusiveness of Class Actions'. Remarks before the Judicial Conference of the Fifth Judicial Circuit 58 F.R.D., (1972) s 299 ff.

belysande uppgift ur tidskriften Class Action Reports 1980: antalet federala class actions minskade med 23 % från 30 juni 1974 till 30 juni 1979 medan det totala antalet tvistemål under samma tid steg med 49 %![7] Utvecklingen därefter har inneburit en fortsatt nedgång till en stabilisering av antalet class actions på mindre än en halv procent av det totala antalet tvistemål vid de federala domstolarna.[8]

Den här utvecklingen har i stort sett tagit loven av den kritik som hävdade att 1966 års ändringar skulle få katastrofala konsekvenser. Frågan är om ökningen av antalet class actions i slutet av 60-talet berodde på regeländringen överhuvudtaget. Miller hävdade redan 1979 – då även siffermaterialet började dämpa de mest högröstade – att ökningen i slutet av 60-talet hade helt andra orsaker än regeländringen, så t ex intensifierad kamp mot ras- och könsdiskriminering över huvud taget och ett stegrat allmänt intresse för konsument- och miljöskydd. Att antalet class actions gick upp efter 1966 ser Miller också som en följd av att principen om strikt ansvar fick ökad betydelse på flera rättsområden och att många advokater sökte sig över till nya arbetsområden och då bl a de ovan nämnda. Vidare ökade antalet utexaminerade jurister under denna tid, vilket hade liknande effekter.[9]

Miller förefaller dock ha varit ganska ensam i sina försök att avdramatisera konsekvenserna av 1966 års ändringar i Rule 23, en regeländring som Becker så sent som 1977 betecknade som den mest dramatiska processuella nyheten i USA under hela 1900-talet, t o m viktigare än utfärdande av the Federal Rules of Civil Procedure.[10]

Men inte ens under de oroliga åren i slutet av 1960-talet och i början av 1970-talet framställdes såvitt jag vet något seriöst förslag att avskaffa class actioninstitutet helt och hållet; de kritiska rösterna var snarare ute efter en begränsning än en begravning. Och idag då det *låga* antalet class actions anförs som ett bevis för processformens dåliga framtidsutsikter är det framför allt i utländsk doktrin man visar skepsis rörande class actioninstitutets existensberättigan-

[7] Se 6 Class Action Reports (1980) s 212, jfr Miller PM s 4.

[8] Se ovan s 143 f.

[9] Miller, Overview s 2 och densamme, Frankenstein s 665 ff, jfr ovan s 143 f.

[10] Se ovan i kap 3 s 30. – Miller ansåg vid samtal i maj 1982 att ökningen skulle ha kommit 1966 års ändringar förutan; dessa hade främst betydelse som ett klarläggande av rättsläget i vissa hänseenden.

de.[11] På hemmafronten ser initierade bedömare nedgången som en logisk följd av den sittande regimens negativa attityd till statliga (federala) engagemang på de rättsområden det här gäller; privata class actions är av allt att döma starkt beroende av offentlig aktivitet.[12]

Den kritik som framförts i USA och som kan anses vara relevant än i dag mynnar oftast ut i relativt begränsade förslag till ändringar och justeringar av Rule 23. Det har dock inte heller saknats förslag till helt ny lagstiftning på området. Ett par sådana lagtekniska alternativ kommer att tas upp i avsnitt 3. Dessförinnan skall jag dock helt kort och i anslutning till dispositionen i det föregående återge de förslag till ändringar i Rule 23 som presenterats i debatten. Några av dessa synpunkter de lege ferenda har redan framskymtat i respektive kapitel; avsikten här är att ge en mer samlad bild av den förda diskussionen[13].

2. Kritik på enskilda punkter

2.1 Allmänt

När man tar del av synpunkter de lege ferenda rörande class actioninstitutet visar det sig att utgångspunkten nästan alltid är en konstruktiv inställning. Man vill försöka *förbättra* processformens användbarhet; förslagen till förändringar syftar oftast till att uppnå förenklingar dels för käranden då det gäller att få en talan accepterad som en class action, dels ock för domstolen vad gäller handläggningen av mål av det här slaget. Det är väl så att den som är avogt inställd till class actioninstitutet inte anser sig ha anledning att komma med detaljkritik; bättre då att hoppas på att institutet s a s

11 Se t ex Glenn (Kanada) 1986 s 286 ff.

12 Se Garth, The institution s 301 ff, jfr även Bogart, Questioning s 665 ff och ovan s 143 f. Miller förutspådde vid samtal i maj 1982 att det skulle bli tyst ett tag framöver på den federala class actionfronten och han har förvisso fått rätt.

13 Miller menade (vid samtal i maj 1982) att läget var påfallande lugnt, vilket även (se not 10) bl a kunde tillskrivas det förhållandet att domare och ombud lärt sig vad som passade för class actions och hur de skulle hanteras.

avskaffar sig själv genom att avslöja sina fel och brister.[14] De som gillar processmodellen däremot putsar och reparerar entusiastiskt för att den skall kunna anpassas till aktuella och kommande behov. Räkna därför med en klar slagsida mot en positiv grundinställning till class actioninstitutet i de synpunkter som följer.

2.2 Forumspärren och de sju prövostenarna

2.2.1 Forumspärren

Att antalet federala class actions åter började minska några år efter den våldsamma stegringen strax efter 1966 års ändringar kan enligt mångas förmenande till betydande del tillskrivas Supreme Court, som i en rad rättsfall gjorde vägen till federal domstol allt smalare och knaggligare.[15] I *Alyeska* fastställdes att rätt till ersättning för ombud enligt "private attorney general"-principen inte förelåg; författningsstöd ansågs nödvändigt för att tillerkänna vinnande kärande ersättning för ombudskostnader i t ex mål rörande medborgerliga fri- och rättigheter eller konsument- och miljöskydd. Att porten sedermera åter vidgats genom att särskilt författningsstöd för ombudsersättning tillskapats i en mängd fall[16] hindrar inte att *Alyeska* fortfarande måste ses som en aktuell spärr för den som önskar väcka talan i federal domstol i åtminstone vissa mål. Och genom Supreme Courts rigida inställning till noticekravet *(Eisen),* till nya principer för skadeståndsberäkning och skadeståndsfördelning samt till en "preliminary hearing on the merits"[17] bromsade man ytterligare utvecklingen mot flera class actions, ja man kanske till och med vände den till en nedgång.

Genom dessa avgöranden har man alltså i rättspraxis minskat de praktiska möjligheterna att föra en federal class action och därigenom också rent faktiskt minskat tillträdet till federal domstol. Men

14 Se dock Newberg s 1426 med hänvisning till the American College of Trial Lawyers (ovan i not 5) som vill inskränka möjligheterna till class actions, jfr även den kritik som redovisas av Miller, Frankenstein s 628 f.

15 Jfr ovan s 174 ff betr *Zahn* och *Snyder*. Se dock Miller PM s 15: enligt Class Action Reports (1978) s 133 och 237 fördes ungefär lika många (b)(3) class actions efter dessa rättsfall som före.

16 Se ovan s 291.

17 Ovan s 217 och nedan s 344 f.

detta har skett på ett indirekt sätt; en forumspärr i egentlig mening är det inte fråga om i dessa fall. En direkt forumspärr utgör däremot – fortfarande – rättsfallen *Snyder* och *Zahn,*[18] där det fastslogs att om federal domstols behörighet grundas på att parterna kommer från olika delstater ("diversity cases") måste var och en i klassen ha ett anspråk överstigande 10 000 dollar för att målet skall accepteras som en federal class action.

Snyder och *Zahn* har kritiserats,[19] men frågan om även t ex vanliga konsumentmål rörande småbelopp skall släppas in när nu läget är fastlåst är ett rättspolitiskt problem som inte kan lösas i praxis eller via the Advisory Committee utan blott genom ett beslut i kongressen.[20] Huruvida detta bör ske är, som jag återkommer till nedan,[21] föremål för skilda åsikter.

Avgörande för om man bör släppa in class actions rörande konsumenträttsliga frågor till prövning vid de federala domstolarna är nog numera snarare vilken inställning till konsumenträtt man har på styrande håll och vilket intresse som finns i väljarkåren än t ex hänsynen till de federala domstolarnas arbetssituation; dessa domstolar skulle nog i och för sig klara det merarbete en sådan expansion skulle leda till.[22] Bilden kompliceras dock av att det politiska trycket kan växla från delstat till delstat allt efter den politiska situationen där och i vilken utsträckning man har ett fungerande delstatligt class actioninstitut.[23] På det federala planet har, som nämndes inledningsvis, intresset för en progressiv rättsutveckling på här aktuella rättsområden varit minst sagt magert under den senaste åttaårsperioden. Men situationen kan komma att ändras redan i slutet av 1988, dvs efter presidentvalet.

18 Se ovan s 177 f.

19 Se t ex Newbergs 1415 f, Homburger i Homburger & Kötz s 22 ff och Harvard Developments s 000.

20 Jfr Weinstein s 301 och Miller PM s 13 och 15. – Det finns dock vissa kringgångsmöjligheter, se Newberg a st.

21 Se nedan vid not 22 samt s 353, 355 och 358 ff.

22 Så Weinstein – själv federal domare – s 301: "This is a policy decision, and I do not think the federal judges ought to tell Congress that consumers do not need this kind of protection. If we are given the burden, we can develop procedures to handle it adequately."

23 I t ex Kalifornien och New York finns goda möjligheter till class actions vid delstatlig domstol, jfr ovan s 111 m där anförda arbeten.

2.2.2 Prövostenarna

Många, för att inte säga de flesta, av de förutsättningar som gäller för att en talan skall få föras som en class action enligt Rule 23 har utsatts för kritik. Anledningen till kritiken förefaller dock snarare vara att rekvisiten är luddiga och överlappar varandra än att några av dem är onödiga i och för sig.[24] Vad gäller *"typicality"* tycks det dock vara en allmän uppfattning att denna förutsättning bör elimineras; de domstolar som överhuvudtaget bryr sig om rekvisitet i fråga tvingas ändå göra samma bedömningar inom ramen för prövningen av "adequacy of representation" eller – om det gäller en (b)(3) class action – "commonality" och/eller "predominance"; det som mot förmodan återstår av prövning av "typicality" efter dessa omgångar torde konsumeras av talerättsprövningen.[25]

Förhållandet mellan den talerättsprövning som alltid skall ske och vissa av de "sju prövostenarna" är problematiskt[26] i flera fall än det nyss nämnda. Detta är inte överraskande eftersom frågan om käranden skall få föra sin talan i form av en class action – "the certification issue" – naturligt nog i stor utsträckning får en talerättsliknande karaktär; i själva verket är (om man vill anlägga ett begreppsjuridiskt synsätt) betydande delar av tillståndsfrågan en särskild form av talerättsprövning. Och denna specialprövning behövs naturligtvis i det intrikata representationsläge det här är frågan om. Att vissa av de frågor som regleras i Rule 23 "ändå" skulle bli föremål för viss uppmärksamhet inom ramen för talerättsprövningen tycker jag därför är ett dåligt kriterium på att denna regel skulle vara onödig i långa stycken. Och att ge sig på Rule 23 enbart av det skälet att kravet på "typicality" är överflödigt förefaller vara att ta till mer våld än nöden kräver eftersom rekvisitet ifråga knappast vållar någon huvudbry vid tillämpningen;[27] "typicality" är snarare en systematisk skönhetsfläck än ett problem i den processuella praktiken.

Intressantare är den i flera sammanhang framförda åsikten att de krav som nu enbart gäller (b)(3) class actions, dvs *"predominance"*, *"superiority"* och *"manageability"* bör gälla generellt, vilket i sin tur

24 Se ovan s 208.

25 Miller PM s 22 och Overview s 26 f samt Harvard Developments s 1625 och ovan s 186 ff.

26 Jfr ovan s 182 f m not 35.

27 Miller PM s 22.

skulle möjliggöra ett avskaffande av uppdelningen i tre class action-kategorier (b)(1) – (b)(3), en uppdelning som för övrigt saknas i vissa delstatliga motsvarigheter till Rule 23.[28] Men man har också föreslagit[29] att det i dag gällande kravet på "predominance" – dvs att de gemensamma frågorna skall dominera för att en (b)(3) class action skall tillåtas – skall mildras till att klassmedlemmens krav skall innehålla "a substantial common question of law or fact".[30] I dag finns det nämligen anledning för smarta class actionrädda "skurkar" att satsa på rättsområden där den materiella lagstiftningen kräver individuell beräkning av skadestånd, eftersom sådan beräkning ofta leder till att "predominance"-kravet är svårt att uppfylla.

2.3. Notice, opt-out och rättskraft

Några krav på att rättskraftsreglerna skall inskränkas vad gäller class actions har såvitt jag vet inte framförts; rättskraftens vidsträckta subjektiva omfattning vid class actions framstår för många som institutets kärna trots att nästan lika långtgående effekter kan uppnås via "offensiv collateral estoppel" och "stare decisis".[31] Vad man vill är snarare att stärka svarandens ställning genom att ytterligare befästa principen att domen i målet skall gälla hela klassen. Så kan ske genom att reglerna om såväl opt-out som notice vid (b)(3) class actions görs mer flexibla än de är i dag! Slås alla class actions ihop till en kategori förefaller för övrigt en sådan flexibel reglering ganska naturlig eftersom rätt till opt-out inte existerar vid (b)(1) och (b)(2) class actions och noticereglerna ändå är betydligt mindre rigida i dessa fall. Individuell notice i den utsträckning *Eisen* kräver anses inte erforderligt av konstitutionella skäl; kravet på "due process" uppfylls framför allt genom prövningen av "adequacy of representation".[32] Vad man rekommenderar är en regel liknande den som gäller i New Yorks delstatliga class actioninstitut, dvs att noticeregeln är fakultativ vid förbuds- och fastställelsetalan (liksom enligt Rule 23) och att "reasonable" notice skall krävas vid skade-

28 Se Harvard Developments s 1626 f.

29 Berry s 302.

30 Miller PM s 20.

31 Jfr ovan s 227 ff och 238.

32 Se ovan s 190 och Miller PM s 15 samt densamme i 58 F.R.D. (1973) s 313.

ståndstalan.[33] Det har också föreslagits att svaranden skall kunna åläggas att svara preliminärt för en del av noticekostnaderna om käranden har visat sannolika skäl för sin talan.[34]

Meningen med notice är ju att klassmedlemmarna skall kunna tillvarata sina intressen t ex genom att intervenera eller – vid (b)(3) class actions – genom att begära opt-out, som ju har till följd att avhopparen inte drabbas (eller kan begagna sig av) rättskraften. Konsekvent är därför kanske att många av dem som anser att individuell notice inte är nödvändigt av konstitutionella skäl även vill inskränka, eller helt upphäva, rätten till opt-out; att tredje man binds av domen mot sin vilja anses, som nyss nämnts, inte strida mot konstitutionen så länge kravet på "adequacy of representation" är uppfyllt.[35] Och det framhålls vidare att det är inkonsekvent att opt-out inte kan ske vid (b)(1) och (b)(2) class actions, då oenigheten i klassen kan antas vara större än vid (b)(3) class actions. Man har å andra sidan också föreslagit opt-in i stället för opt-out i vissa fall och hotar därigenom att förvandla class actioninstitutet till en form av kumulation, ett förslag som har fått stöd av flera federala domare.[36] En reform i den riktningen kan också betecknas som en atavism, ett återfall i ett lägre utvecklingsstadium (t ex "spurious class actions enligt Rule 23 i 1938 års lydelse).

2.4 Förfarandet

Vad gäller själva förfarandet i class actionmål har många anslutit sig till tanken att man borde tillåta en slags förberedande förhandling, "preliminary hearing", "mini-hearing on the merits", för att avgöra om kärandens talan är så pass välgrundad att den kan motivera alla de processuella besvärligheter en class action kan medföra för de inblandade.[37] Vid en enkät som redovisas av Berry[38] anslöt sig över 60 % av tillfrågade advokater och över 80 % av tillfrågade

33 Jfr "the Hart-Scott-Rodino Act", återgiven i bil 2.

34 Miller PM s 17.

35 Harvard Developments s 1628.

36 Miller PM s 19 och 6 Class Action Reports (1978) s 18.

37 Se t ex Miller PM s 20 f (jfr dock nedan not 39) samt Berry s 313: "A preliminary hearing on the merits prior to entry of a certification order is potentially the most effective technique for managing massive class actions."

38 Berry s 314 i not 91.

federala domare till tanken att käranden skulle åläggas att visa "reasonable likelihood" för sin talan för att en class action skall tillåtas.[39]

En utveckling i riktning mot "mini-hearings on the merits" av det här slaget var på väg i praxis men stoppades i *Eisen*.[40] Att såväl käranden som svaranden skulle kunna vinna på motsatt inställning förefaller inte ha varit tillräckligt skäl att ens i amerikansk överrättspraxis frångå den nödtvungna ordningsföljd som tycks följa av några ord i Rule 23 ("as soon as practicable after the commencement of an action brought as a class action, the court shall be determined by order whether it is to be so maintained").

Ett annat förslag som dyker upp ibland i debatten[41] är att utvidga rätten till särskild fullföljd mot avgörandet i "the certification issue" (dvs beslutet att bifalla eller avslå en begäran att få föra talan som en class action). Nu tycks sådan rätt – möjligen – finnas blott för det fallet att talan gäller individuellt oprocessbara anspråk; att tillåta fullföljd kan då ske enligt "the death knell doctrine", dvs bristande rätt till fullföljd skulle rent faktiskt bli dödsstöten för kärandens talan även i materiellt hänseende.

Till oreglerade frågor som pockar på en lösning hör i vilken utsträckning genkäromål skall tillåtas och hur de skall handläggas inom ramen för class actionprocessen.[42] Även class actions på svarandesidan ("defendants class actions") anses vara i behov av överväganden; att de så sällan kommer till användning kan bero bl a på den osäkerhet som råder på området till följd av att Rule 23 inte förefaller vara utformad med sikte på sådana mål. Man kan t ex fråga sig om en "defendants class action" enligt Rule 23 (b)(3) är möjlig över huvud taget eftersom (b)(3) ger klassmedlemmarna oinskränkt rätt till opt-out![43]

39 Jfr däremot Miller, Frankenstein s 689 och – betr erfarenheterna i Quebec – Glenn 1986 s 269 f samt nedan i kap 11 s 414 f m not 184, se även nedan s 355.

40 Se ovan s 217. I första instans tilläts ett förhör av denna sort, men Supreme Court ansåg (417 U.S. 177 f) att det stred mot Rule 23 (c)(1) att gå in på själva saken utan att först bevisa att förutsättningarna enligt Rule 23 var uppfyllda.

41 Se t ex Newberg s 1418 och Berry s 307 f, jfr även nedan i kap 11 s 417 betr Quebec och i kap 14 s 577 betr *Hawaii*, ett rättsfall som innehåller mycket av intresse även om denna fråga.

42 Newberg s 1420.

43 A st.

2.5 Skadeståndsberäkning och skadeståndsfördelning

Som framgick ovan i kapitel 8 föreligger en splittrad praxis rörande möjligheterna att använda radikala tekniker för beräkning och fördelning av skadestånd vid class actions. I de federala domstolarna är läget oklart; det förefaller som om såväl "fluid class" som "cy-pres" har svårt att bli accepterade fullt ut och varken statistiska beräkningar eller stickprovsmetoder anses tillåtna i 2:a och 9:e "hovrättsområdena".[44] Såväl *Snyder* som *Eisen* har tagits till intäkt för att klassen inte får behandlas som en klump, varför "class-wide damage mechanisms" skulle vara uteslutna.[45] Uppenbarligen är denna negativa inställning dyster för den som bejakar class actioninstitutets reparativa och preventiva funktioner; krav på individuell beräkning och fördelning av skadestånd höjer gränsen avsevärt för vad som är processbart och gör en hel rad beteenden omöjliga att angripa på civilprocessuell väg.[46] Och om rätten ställer sig negativ till "moderna" metoder för beräkning och fördelning av skadestånd kan det få till effekt att class actions vägras i många fall eftersom grupptalan då framstår som "unmanageable".[47]

Miller anser att denna negativa inställning hos domstolarna inte bara minskar class actioninstitutets reparativa och preventiva potential utan att man dessutom riskerar att allmänheten tappar förtroendet för "the legal system".[48] På flera håll har det föreslagits att Rule 23 borde ändras så att t ex cy-pres och fluid recovery tillåts explicit.[49] Såvitt jag förstår är det dock tveksamt om det ligger inom Advisory Committee's befogenhet att reformera skadeståndsfrågor av detta slag genom ändringar i Rule 23. Berry har för det motsatta fallet – dvs risken för att class actionformen ibland leder till en alltför effektiv skadeståndsrätt[50] – anfört att det åligger kongressen att via lag-

44 Se Miller PM s 25. – med "hovrättsområde" menar jag här "circuit", varom ovan s 110 not 2.

45 Harvard Developments s 1526 not 373, jfr däremot nedan s 356 och Wells s 562 f.

46 Ovan s 268 f, jfr dock nedan kap 15 avsnitt 5.6.

47 Miller PM s 25.

48 Miller PM s 26.

49 Se Newberg s 1425 med not 26 och Berry s 316 ff.

50 Jfr *Katz*, ovan s 203 f och redan s 631 f.

stiftning möta sådana effekter,[51] vilket också skett på bl a konsumentkreditområdet. Överlåter man åt domstolarna att "hålla igen" kan resultatet enligt honom bli att "overdeterrence" förbyts i "underterrence".

2.6 Rättegångskostnaderna

Rule 23 innehåller inga bestämmelser om rättegångskostnader; man har att utgå från de vanliga reglerna, vilket föranlett en del reformkrav. I kapitel 9 har framkommit att *Alyeska* stäckte de lovande försöken att via praxis skapa en rätt till ombudsersättning då talan fördes i allmänt intresse; i stället har en rad särbestämmelser om rätt till ersättning för ombudskostnader i mål rörande miljöskydd och civil rights sett dagens ljus.

Så långt som till att föreslå att man skulle överge "the American Rule" (dvs att vinnande part står för sina egna kostnader) har dock ingen sträckt sig. Däremot förefaller "contingent fee"-systemet inte vara en lika helig ko; bl a Miller förordat att man skall fästa ökad vikt vid en rad andra faktorer än processvinsten, så t ex tidsåtgång, ombudets skicklighet osv. Och utvecklingen har otvivelaktigt gått i den riktningen.[52] Samtidigt erkänns alltmer advokaternas rätt att förskottera löpande kostnader (för t ex notice) och t o m att slutligt stå för dem vid processförlust i utbyte mot att arvodet vid bifall åtminstone delvis beräknas på provisionsbasis.[53] Röster har också höjts för att vissa kostnader preliminärt skall kunna åläggas svaranden, åtminstone efter en positiv "preliminary hearing on the merits." I detta sammanhang får man dock hålla i minnet att domstolen alltid prövar vinnande kärandes kostnadsanspråk ex officio vid class actions; några "äkta" contingent fees är det alltså inte fråga om.

51 Se Berry s 320: "The potential for massive overdeterrence is a problem to be remedied by Congress, and it should not be used as an excuse for egregious underdeterrence".

52 Se ovan s 324 f, jfr även Miller PM s 26 och Newberg s 1442.

53 Ovan s 323.

3. Alternativ till Rule 23

3.1 Allmänt

Ett sätt att få grepp om i vilka avseenden Rule 23 är utsatt för kritik är att se på några av de förslag till nya class actioninstitut som lagts fram under senare år och de reaktioner förslagen föranlett. Här finns en hel del att välja på men jag har stannat för att ta upp de två, såvitt jag kan bedöma, mest betydelsefulla förslagen i sammanhanget, 1978 års förslag till ändringar i Rule 23 (b)(3) *(Bill 1978)* och det förslag till en mönsterlag för delstatliga class actions – "a Uniform Class Actions Act" *(UCAA)* – som lades fram 1976 och numera antagits i några stater.[54] Att *Bill 1978* ännu inte föranlett lagstiftning har inte fått hindra en relativt utförlig presentation; förslaget är så illustrativt och principiellt intressant att utrymmet i det följande är väl motiverat.

Ytterligare ett sätt att belysa Rule 23 är att ta upp de förslag som utarbetats utanför USA (främst i Kanada och Australien). En sådan redogörelse platsar dock bättre i anslutning till en beskrivning av gällande rätt i landet i fråga och får därför anstå till nästa kapitel. Den som vill ha bredast möjliga perspektiv på Rule 23 i 1966 års tappning har därför anledning att ta del även av det kapitlet.

3.2 Bill 1978

3.2.1 Inledning

I sitt budskap till kongressen 1977 förutskickade president Jimmy Carter att han avsåg att initiera ett lagförslag för att förbättra "the availability and effectiveness of class action remedies for consumers" och följande år presenterade senatorerna De Concini och Ted Kennedy det omfattande förslag som blev resultatet, ett förslag som dock inte endast kom att gälla konsumentmål utan var avsett att ersätta alla class actions rörande skadestånd enligt Rule 23 (b)(3).[55] Det var inte fråga om en totalrevision av Rule 23 – (b)(1) och (b)(2) class actions lämnas oförändrade av förslaget. Det federala class actioninstitutet skulle, om förslaget genomfördes, regleras dels i

54 Se ovan s 111 och nedan i kap 14 s 581 ff betr "the Hart-Scott-Rodino Act".

55 95th Congress 2d Session S. 3475, August 25, 1978.

Rule 23, dels ock i ett kapitel infogat efter kapitel 175 Title 28 i United States Codes.[56]

Förslagets omfattning (ca 30 maskinskrivna sidor lagtext) gör att det skulle föra för långt att återge det helt här. Den sammanfattning som nu följer har utarbetats på grundval av den officiella "departementspromemorian" i ämnet.[57]

Förslaget utgår från att Rule 23 (b)(3) i dag reglerar två olika situationer och att detta föranlett tillämpningsproblem. Vad man sannolikt menar, men inte säger explicit, är att en class action rörande skadestånd enligt Rule 23 (b)(3) fyller (minst) två olika funktioner[58] och att det finns anledning att göra detta klart för sig. Man ville nu ersätta Rule 23 (b)(3) med två slags class actions, dels en "civil public action", dels ock en "civil class compensatory action".

Med den, som det kan verka, motsägelsefulla beteckningen *civil public action* (i fortsättningen *PA*) beskriver man en processform med den primära funktionen att avskräcka från olagliga beteenden som förorsakar "wide spread harm in small amounts to each individual".[59] Huvudsyftet är alltså snarare preventivt än reparativt.[60] *The civil class compensatory action* (i fortsättningen *CCA*) skall däremot fylla funktionen att kompensera enskilda personer för betydande ekonomiska skador. Här är det således den reparativa funktionen som är primär.

3.2.2 Public action – en preventiv class action

Namnet "civil public action" framstår ju som en contradictio in adiecto: hur kan något "public" vara "civil" och/eller vice versa? Ja, här har vi tydligen att göra med en blandform, en class action med betydande offentliga inslag. Man kan rent av hävda att det inte är fråga om en *class* action eftersom den taleberättigade inte själv är medlem i klassen. Tanken är nämligen att (en federal eller delstatlig)

56 Federal Rules of Civil Procedure revideras vid behov av Supreme Court (via the Advisory Committee) och inte av kongressen, ovan s 110 m not 5.

57 Departementspromemorian i fråga (i fortsättningen Dep PM) har som officiell beteckning United States Departement of Justice for Improvements in the Administration of Justice. Washington D.C. 20530. August 25, 1978. Summary of Draft Bill to Revise Class Damage Procedures (finns bara i stencil). Skulle någon vilja ta del av själva lagtexten går det bra att vända sig till mig.

58 Se nedan s 448 ff.

59 Se sammanfattningen Dep PM s 1.

60 Jfr Wells s 546.

"attorney general"[61] skall kunna väcka talan om skadestånd mot t ex producenter eller andra näringsidkare (det måste vara fråga om en "commercial suit") då de individuella anspråken är många men av begränsad storlek. I händelse av framgång kommer näringsidkaren att åläggas att betala in ett belopp motsvarande den totala skadan (eller den orättmätiga vinsten) till staten. Beloppet betalas alltså inte in till domstolen; rätten befrias följaktligen från uppgiften att förvalta och distribuera skadeståndet. Det blir i stället en uppgift för den statliga myndigheten att fördela skadeståndet och bedöma inkommande anspråk från dem som påstår sig vara berörda.

En PA tillåts[62] bara om den individuella skadan är högst 300 dollar men är å andra sidan obligatorisk inom detta område. Vidare skall minst tvåhundra personer vara skadade och det sammanlagda ersättningsbeloppet uppgå till minst 60 000 dollar. Skadorna skall härstamma från "the same transaction or occurance or series of transactions or occurances". Anspråken måste innehålla "a substantial question of law or fact common to the injured persons". Dom i målet får rättskraft för och mot alla berörda.

En PA enligt detta förslag skall inte bara kunna startas av en AG (attorney general) utan även av enskilda privatpersoner. Om det är en enskild som vill ta initiativ till rättegången skall dock AG meddelas och få tillgång till allt aktuellt processmaterial. AG kan sedan välja mellan att

1. ta kontroll över processen, varvid den enskilde utesluts från vidare processföring,
2. tillåta den enskilde att föra talan som en PA,[63]
3. rekommendera domstolen att inte tillåta en PA i det aktuella fallet eller
4. utse en delstatlig AG att biträda den enskilde i processen.

En PA uppfattas enligt förslaget som en "single claim"; det är alltså egentligen inte fråga om en class action eftersom det inte finns någon klass i vanlig mening. Därför anses – begreppsjuridiskt nog – individuell "notice" inte behövas; man har ju också en viss garanti

61 "The Attorney General" motsvaras närmast av justitieministern i den speciella roll denne har som ombud för staten i juridiska frågor, en uppgift som till viss del innehas av justitiekanslern i svensk rätt (jfr ovan kap 9 s 299 not 66). Attorney General förkortas i fortsättningen AG.

62 Presensformen i det följande hindrar inte att *Bill 1978* ännu inte lett till lagstiftning.

63 Jfr "relator actions" nedan s 354 i not 76 samt s 586 och 593.

för att den som för processen är en kvalificerad representant för gruppmedlemmarna och följaktligen uppfyller sedvanliga krav på "adequacy of representation". Skulle talan föras av privatperson måste däremot en sådan prövning ske i processen varvid även bör bedömas om processen ligger i allmänt intresse. Man slipper vidare den besvärliga proceduren att bestämma klassen och dess omkrets; klassen kommer bara att definieras närmare då eventuellt skadestånd skall fördelas och i senare rättegång om frågan om den tidigare domens rättskraft skulle aktualiseras.

För att enskilda skall uppmuntras att starta en PA skall de kunna få ersättning för egna rättegångskostnader av svaranden. Sådant ombudsarvode utgår dock bara om ersättning är medgiven "by law". Däremot har käranden vid framgång till sin talan rätt till ett "incitamentsarvode" på 20 % av de första 25 000 dollar som utdömts i processen. Privat kärande får inte ingå förlikning utan godkännande från AG.

Som synes är förslaget om PA ett försök att göra något positivt av den kritik som riktats mot Rule 23 (b)(3). Processen blir enklare (och därmed snabbare och billigare) eftersom bl a frågor om notice och "adequacy" inte alls aktualiseras i samma utsträckning som vid en vanlig class action. Förslaget innehåller vidare en regel om "preliminary hearing on the merits" som skall hållas inom 4 månader; då prövas om förutsättningarna för en PA föreligger vari bl a ingår att det skall föreligga åtminstone viss sannolikhet för att käranden vinner bifall till sin talan. Beräkningen av skadeståndet kan, som redan nämnts, grundas på radikala metoder som t ex genom beräkning av näringsidkarens "obehöriga vinst", eller genom stickprov etc. Den slutliga fördelningen av skadeståndet ombesörjs av den amerikanska motsvarigheten till vårt domstolsverk och detta sker efter dom i målet; eventuellt överskott tillfaller statskassan, uppkommande underskott kan ersättas ur samma källa.

Man kan, som redan antytts, diskutera om en PA bör uppfattas som en class action överhuvudtaget; käranden är inte alltid klassmedlem och de statliga inslagen är ju så markanta att taleformen snarare framstår som ett uttryck för statens rätt och behov av att ingripa än som en (privat) civilprocess.[64] Det blir därför också anled-

64 Jfr Miller, Frankenstein s 686 som anger att förslaget påminner om en talemöjlighet för delstatlig AG enligt Antitrust Improvement Act 1976. – Även Miller (a st) drar begreppsjuridiska slutsatser av att "the claim is conceived as a unitary".

ning att återkomma till det här förslaget i kapitel 14 om alternativ till class actioninstitutet; en PA är snarare en utveckling av doktrinen om "parens patriae" än en traditionell class action. Man skulle rent av kunna göra gällande att processen innehåller starka drag av straffprocess (det statliga engagemanget, vissa av de utdömda beloppens oberoende av den faktiska skadan etc).[65]

De fördelar och nackdelar som är förenade med en PA av det slag förslaget innefattar skall jag återkomma till i kapitel 14.[66] Här har förslaget presenterats som ett inslag i debatten om class actioninstitutet de lege ferenda. Det finns därför skäl att också redovisa vilka reaktioner som mötte *Bill 1978* vad avser förslaget om en PA.

Bill 1978 har ännu inte lett fram till någon lagstiftning och åtminstone för några år sedan betraktades förslaget som "essentially dead".[67] Att förslaget togs fram under den tid då det demokratiska partiet innehade presidentposten har knappast varit befrämjande för möjligheten att få det genomfört under Reaganadministrationens maktinnehav. Man inför inte en ny byråkrati samtidigt som man försöker krympa den gamla. Och politiken under Reagan har snarare varit avvaktande, kanske rent av negativ till vidgad "access to justice".[68] Konsument-, miljö- och diskrimineringsfrågor anses – kanske felaktigt – inte befrämjande för den ekonomiska tillväxten.

Men i den diskussion kring förslaget som förekommit i den juridiska doktrinen förekommer inte – annat än undantagsvis – politiskt färgade argument och misstänkliggöranden av ovan exemplifierat slag. Allmänt sett fick Bill 1978 ett ganska positivt bemötande vad gäller förslaget till en preventiv class action, dvs PA. *Miller*[69] anser tanken att samla in små anspråk och driva in dem på statlig väg attraktiv "from the view point of social justice, efficiency, and avoiding abuse". Men han är också bekymrad över tanken att bygga upp en ny byråkratisk struktur inom justitiedepartementet för att ta hand om sådana här "penalty actions";[70] de faktiska kostnaderna är

65 Civilprocessen företer utvecklingsdrag som påminner om straffprocessen, som ju också till en början var "privat" för att senare bli offentlig. Jfr beträffande dessa paralleller Ekelöf i Svensk Juristtidning 1981 s 113 och Lindblom, Konsumentmål s 20 f samt Millers nedan vid not 70 återgivna yttrande.

66 Nedan s 587 ff.

67 Miller PM s 2 samt vid samtal i maj 1982.

68 Jfr ovan s 143 f och nedan s 444.

69 Miller, Frankenstein s 687 f.

70 A st.

svåra att överblicka, insyn behövs över myndighetens "policy-making" och dessutom kan det bli svårt att få tillgång till högklassiga juridiska krafter för att driva statliga processer av det här slaget. Förslaget är dock enligt Miller bra ur den synpunkten, att det medverkar till att undanröja de hinder för ett effektivt class actioninstitut som reglerna om forum och notice ställt upp; om förslaget hade inskränkt sig till att i första hand angripa dessa frågor skulle det enligt Miller[71] ha varit värt kraftigt stöd.

Miller vänder sig också mot tanken att domaren – om nu inte AG vill föra talan – skall avgöra om en enskild person skall få driva processen. En PA skall i så fall tillåtas om domaren anser att en process ligger i allmänt intresse ("public interest"); med ett så vagt rekvisit kan, menar Miller,[72] den kamoflerade personliga antipati vissa domare hyser gentemot class actioninstitutet och den materiella lagstiftning som aktualiseras i sådana processer, få avgörande betydelse.

Även *Wells*[73] vänder sig mot att man anknyter till uttrycket "public interest"; enligt henne "a nebulous concept and the one behind which improper motivations might easily be consealed".[74] Och att talan skall avvisas om AG anser att det inte ligger i allmänt intresse att den enskilde får föra en PA är enligt Wells riskabelt; det finns risk att AG, som är mottaglig för politiska påtryckningar, kommer att missbruka sin makt i detta hänseende, särskilt eftersom man inte arbetat fram några närmare regler om vilka hänsyn som skall tas i sammanhanget.[75]

Här kan man alltså se hur Miller riktar kritik mot att *domaren* skall få bestämma om en talan ligger i allmänt intresse, medan Wells anför ungefär liknande betänkligheter mot att *AG* tillagts samma befogenhet. Såvitt jag kan förstå beror denna motsägelse på att Wells missat fortsättningen på den regel i lagtextförslaget hon citerar inledningen på. Hon påpekar att om AG anser att talan inte ligger i allmänt intresse "the suit *shall* be dismissed" (Wells kursivering),

71 A a s 688.

72 A a s 688 i not 102, jfr i kap 1 s 14 med not 52 och i kap 14 s 592 ff.

73 Wells, Patricia, Note, Reforming Federal Class Action Procedure: An Analysis of the Justice Department Proposal, i 16 Harvard Journal on Legislation (1979) s 543 ff.

74 A a s 551.

75 A a s 552 med not 73.

medan det i fortsättningen heter "unless the relator demonstrates to the court's satisfaction that the public interest would be served by allowing the action to proceed as a public action".[76] Det slutliga avgörandet ligger tydligen i domarens hand; AG:s uppfattning har möjligen en bevisbördeomkastande verkan.

Om nu Miller inte vill ge domaren rätt att bedöma vad som är i allmänt intresse, och Wells inte vill ge AG samma befogenhet, kan man tycka att förslagets uppdelning av makten mellan dessa för mänskliga svagheter så mottagliga maktcentra skulle vara en god kompromiss. Men risk finns naturligtvis för samtidigt missbruk på båda håll och vill man låta det bästa bli det godas fiende är det naturligtvis säkrast att låta allt förbli vid det gamla. Detta låter sig också göra i USA eftersom man där har nu gällande Rule 23 (b)(3) att falla tillbaka på.

En annan kommentator i doktrinen, *Kennedy*,[77] vill satsa på ett bredare offentligt inflytande i sammanhanget genom att låta även andra statliga myndigheter än AG processa på områden inom sina kompetensområden och starta en talan av PA-typ.[78] Talan skall dock enligt honom även kunna föras av en privatperson (med privat ombud) men i statens namn; på detta sätt uppfyller man bäst syftet:

> ". . . (t)o provide deterrence, disgorgement of unjust enrichment, and victim compensation in accordance with the policies of the substantive statutes to which the remedy attaches".[79]

Berry[80] är allmänt positiv till Bill 1978, vilket kanske inte är så förvånande eftersom han (då han skrev artikeln) var anställd vid den avdelning inom justitiedepartementet där förslaget arbetats fram. Berry anser att förslaget ger uttryck för en väl avvägd blandning av

76 Wells s 551 resp lagförslaget § 3002 (b)(4). Detsamma gäller om AG delegerat beslutet till delstatlig AG, § 3002 (b)(3) c. Man använder för övrigt termen "relator" precis som i engelsk rätt, jfr ovan s 350 vid not 63 och nedan s 385 not 56 samt s 586 och 593.

77 Kennedy (inte senatorn utan professorn) i 33 South Western Law Journal (1979) s 1213 ff.

78 Kennedy s 1219.

79 Kennedy s 1239.

80 Berry s 299. Bill 1978 är enligt honom (s 344) det enda aktuella förslag där man insett att det behövs två olika förfaranden för att förverkliga de preventiva och reparativa behoven; "It thus offers solutions to the substantive, managerial, and the remedial problems now crippling class damage actions."

privat och offentligt inflytande, anknyter till det engelska rättsfallet *Gouriet* och antyder t o m att förslaget alls inte behöver innebära några kostnader för det allmänna utan snarare kan ge en nettovinst som kan användas till ytterligare "deterrence".[81]

Så långt om inställningen till förslaget i stort och tanken på ett statligt engagemang överhuvudtaget. Då det gäller detaljfrågor kan man se att förslaget var ett försök att svara upp mot den kritik som Rule 23 (b)(3) föranlett inom doktrinen. Men de föreslagna lösningarna har föranlett negativa kommentarer i sin tur och detta även på de punkter där reformidéerna har täckning i tidigare doktrinuttalanden.

Att förslaget skulle innebära ett undanröjande av de forum- och noticespärrar Supreme Court åstadkommit genom *Zahn, Snyder* och *Eisen* möter naturligtvis inte kritik bland de författare som är positiva till class actioninstitutet i grunden.[82] Vad gäller möjligheterna till en "preliminary hearing" befarar bl a Wells[83] att denna förhandling kommer att få alltför stor praktisk betydelse; klarar inte käranden denna spärr är ju loppet kört för hans del, åtminstone om det gäller individuellt oprocessbara anspråk. För svaranden blir det då att processa under ökat och starkt förlikningstryck om domstolen tillåter att målet passerar detta stadium; man har ju då indirekt deklarerat att käranden har visst fog för sin talan.

Samma betänkligheter hyser Miller,[84] som dessutom betraktar regeln att förhandlingen skall hållas inom 120 dagar som helt orealistisk; man kommer enligt honom att hamna i samma utdragna och svåra problem som tillåtlighetsfrågan enligt Rule 23 skapar i dag. Berry däremot menar att Miller är föga övertygande på denna punkt eftersom rekvisiten enligt Bill 1978 alls inte är så krångliga som enligt Rule 23 (b)(3); en "serious question test" av det slag som föreslås i Bill 1978 har enligt Berry visat sig fungera inom andra områden.

Tanken på radikala principer för beräkning och fördelning av skadestånd vinner däremot ganska allmän anklang. Att bestämma

81 Berry s 327 ff, särskilt s 329 med not 193 och 194.

82 Se t ex ovan s 341 och Lyons s 217 f, som betraktar regeln om rättskraft mot alla som en förmån för svaranden och domstolen; han nämner överhuvudtaget inte klassmedlemmarna själva i sammanhanget.

83 Wells s 558 ff.

84 Miller, Frankenstein s 689, jfr dock ovan s 344 f och nedan i kap 11 s 414 f.

skadestånd individuellt framstår som ett helt orealistiskt alternativ.[85] Wells uppfattar förslaget att bestämma skadestånd kollektivt som en form av "fluid class recovery"[86] (och liksom Berry[87]) anser hon – i motsats till "the defence bar" (dvs advokater som arbetar som svarandeombud) – att detta är möjligt redan de lege lata enligt praxis och alls inte strider mot "due process":

> "Defendants cannot be permitted to argue that individual proof of damages is their inalienable right and then use the resulting complexity and unmanagebility of suits involving large numbers of plaintiffs to justify eliminating such suits entirely."[88]

Wells noterar[89] att förslaget visserligen detaljreglerar hur ombudskostnaderna skall beräknas men däremot alls inte löser problemet att ersättning efter *Alyeska* bara kan utgå i vissa fall. Att lagstiftaren tillskapat ett ekonomiskt incitament för käranden att starta process[90] är enligt henne inte tillräckligt, även rätt till ombudsersättning borde tas med i sammanhanget. Hon betraktar vidare förslaget att ersättning skall kunna utgå från statskassan som "ett orealistiskt förslag".[91]

3.2.3 Class Compensatory Action – en reparativ class action

Som nämnts ovan innehåller Bill 1978 också en Class Compensatory Action (CCA) som skall ta vid när den för PA bestämda beloppsgränsen överskrids. Medan en public action främst har en preventiv funktion vid små individuella anspråk är det meningen att

85 Se t ex Lyons s 234 f.

86 Wells s 561.

87 Berry s 340.

88 Wells s 562 f, citatet å s 563.

89 Wells s 564.

90 Se ovan s 351.

91 Wells a st – Den offentliga sammanfattningen av förslaget som justitiedepartementet svarar för ger det felaktiga intrycket att ersättning för ombudskostnader alltid skall utgå: "A private person initiating a public action for the United States is awarded costs and attorney's fees if the action is successful" (s 7). Men av § 3005 i Bill 1978 (själva lagtextförslaget) följer att arvode skall utgå bara om det är tillåtet "by law", och förslaget rubbar alltså i själva verket inte alls en av stötestenarna för privata initiativ på class actionområdet.

CCA skall tillfredsställa de reparativa behov som nu, enligt förslagsställarna, på ett olyckligt sätt blandats samman med de preventiva i Rule 23 (b)(3).[92]

För att en CCA skall tillåtas måste klassen bestå av minst 40 personer. Deras individuella skador skall uppgå till lägst 300 dollar. Inga särskilda incitament för käranden ges i form av premier eller dylikt; det anses inte behövas när de individuella anspråken är höga.

Förutsättningarna för att en CCA skall få föras är förenklade jämfört med vad som gäller enligt Rule 23 (b)(3) i dag. Användningsområdet är inte, som vid PA, inskränkt till "commercial suits", utan möjlighet finns att väcka talan rörande skadestånd även i mål om t ex civil rights och på det arbetsrättsliga området.

Förslaget är oerhört detaljerat och jag nöjer mig här med att konstatera att ungefär samma regler om förfarandet skall gälla som vid PA, så t ex rörande "preliminary hearing". En viktig skillnad gentemot Rule 23 är att individuell notice inte krävs generellt i den utsträckning som är fallet vid en traditionell (b)(3) class action och att opt-inteknik skall användas i vissa fall. Samma radikala principer för beräkning och fördelning av skadestånd gäller som vid PA. Fördelningen ombesörjs dock inte av motsvarigheten till domstolsverket på det sätt som sker vid den offentliga taleformen.[93] För beräkning av ombudsersättning gäller samma detaljerade regler som vid PA.

Både Miller och Wells har en hel rad anmärkningar mot förslaget om CCA. *Miller*[94] anser att förslagets detaljartade utformning och "inflexible tone" kommer att ge upphov till en rad nya bekymmer. *Wells*[95] noterar att CCA bryter igenom forumspärren, men påpekar också att detta redan skett på många områden genom annan lagstiftning (så t ex i antitrust och civil rights mål). Hon påpekar i positiv ton att man slipper såväl "typicality" som "predominance"- och "superiority"-bedömningarna och anser att den "preliminary hearing" som följer enligt förslaget sannolikt kommer att ge underlag för ett enklare avgörande än dagens tillståndsfråga. Däremot är hon kritisk till att domstolen skall kunna välja opt-in i vissa fall. Hon riktar sig även mot att ombud måste ha tidigare erfarenhet av

92 Se ovan s 349.

93 Se ovan s 351.

94 Se Miller, Frankenstein s 688 ff.

95 För det följande se Wells s 569 ff.

komplexa mål för att fylla kravet på "adequacy" enligt förslaget; tillämpas denna regel fullt ut kommer den enligt Wells att leda till att unga jurister inte anförtros uppgiften som ombud, vilket i sin tur enligt henne skulle få till följd att kvinnor och jurister från minoritetsgrupper utesluts från arbetet med class actions av det här slaget.

Förslaget om en CCA har nog totalt sett mött mindre entusiasm än den PA som presenterades i föregående avsnitt. Så tycker t ex *Kennedy* att man bör börja med att införa en PA av ungefär det slag Bill 1978 innehåller och sedan ge Supreme Court i uppdrag att modifiera Rule 23 (b)(3) för att passa de class actions som faller utom ramen för en PA.[96]

3.2.4 Förslagets fortsatta öde. Reformvägar

Bill 1978 fick avsevärd publicitet och speglar, liksom den kritik det föranledde, väl stämningarna i slutet av 1970-talet. Förslaget introducerades i den 95:e kongressens andra session och återkom i den 96:e kongressens första session. Därifrån remitterades det till the Committee on Judiciary and Small Business.[97] Hearings hölls och denna kommitté ställde sig bakom förslaget den 16 maj 1980 men sedan hände ingenting och 1982 kunde Miller,[98] som redan framgått, förklara förslaget "essentially dead".

Att denna dystra utveckling torde ha sina politiska undertoner har jag antytt i avsnitt 3.2.1. Det finns också anledning tro att majoriteten i Supreme Court inte precis beklagar det minskade utrymme class actioninstitutet fått i såväl lagstiftning som praxis och doktrin under senare år.[99] Men oavsett det politiska klimatet för eller emot class actions förs en debatt om hur den fortsatta utvecklingen bör gestaltas, och om eventuella brister bör avhjälpas genom lagändringar. Alternativet är att vänta på att nödvändig avslipning och utveckling sker via den rättsbildning i praxis man traditionellt litar till i så stor utsträckning i anglo-amerikansk rätt.

Miller förespråkade i sin artikel 1979 att man skulle förlita sig på att problemen löstes i praxis; enligt honom var ju för övrigt det mesta av turbulensen kring Rule 23 en storm i ett vattenglas. Man

96 Kennedy s 1239 f, se även s 1217 med not 55 där Kennedy diskuterar tillämpningsområdet för Rule 23 (b)(3) jämfört med Bill 1978.

97 Jfr Berry s 322 i not 155-156.

98 Miller PM s 2.

99 Jfr Chayes 1982 ovan s 442.

var redan på väg mot att domstolarna började lära sig att hantera skalpellen och snickra till hanterliga klasser.[100] Miller menar att här liksom så ofta "there are numerous reasons why judicial rather than legislative rulemaking is desirable".[101]

Millers ställningstagande kan förefalla överraskande mot bakgrund av att han anser att avgörandena i praxis i så hög grad präglas av domarens egna åsikter[102] och han får mothugg i doktrinen, så t ex av Berry som inte tror på Millers passiva attityd utan förordar lagstiftning: enligt Berry är Miller överoptimistisk då han förlitar sig på utvecklingen i praxis. Millers vänta-och-se-strategi kan Berry inte acceptera:

> "But this waiting strategy has not worked. In the last few years, it has led to uncertainty, unfairness, and inefficiency generated by certification disputes, inadequate representation of class members interests, cynicism among practitioners, and less than rational merits management. It thus seems clear that the waiting strategy, predicated on a hope that the federal judiciary will eventually achieve coherent reform in this complex and emotionally charged area, is misguided, because the flaws are inherent in the rule itself and not attributable to the judges who have unhappily been caught up in its application. The prevailing sentiment in favour of comprehensive legislative revision is well founded."[103]

Men Berrys vädjan förklingade ohörd. En utomordentlig insidebeskrivning av läget ett par år senare (maj 1982) får man i en opublicerad PM professor Miller skrev för the Advisory Committee vid denna tidpunkt. Här ges också en intressant inblick i arbetet och övervägandena i the Advisory Committee och det finns skäl att referera detta interna aktstycke, som Miller haft vänligheten att låta mig ta del av, ganska utförligt.

100 Miller, Frankenstein s 699 f.

101 Miller hänvisar till Harvard Developments s 1630 f vad gäller denna prioritering överhuvudtaget; skälen är kanske inte självklara för oss men det skulle föra för långt att utveckla dem närmare här. Jfr betr Millers inställning ovan i kap 9 s 325 f.

102 Se t ex ovan s 196. – Berry (s 306 i not 34) hänvisar till Miller, som vid offentliga hearings har konstaterat att:". . . in the hand of district judges the questions of pre-dominance and superiority become highly individualistic; each case turns on its particular facts and, *I honestly believe, the result may turn on the identity of the particular judges.* What is predominance to one judge is not to another; what is class action superiority to one judge proves to be inferiority to another. And discrepant treatment often appears within a circuit, occasionally even within a district." (min kursivering)

103 Berry s 321 med not 145 f.

I PM:n konstateras först att the Advisory Committee redan 1977 efter noggranna överväganden beslöt att inte genomföra någon revision av Rule 23. Detta beslut grundades bl a på att det inte förelåg någon enhet inom kommittén om i vilken riktning en reform borde gå. Därtill kom att det "bara" gått 11 år sedan 1966 års ändringar infördes och att det enligt Kaplan (som bidrog aktivt vid tillkomsten av 1966 års ändringar) skulle ta "a generation or so before we can fully appreciate the scope, the virtues and the wises of the new Rule 23".[104] Vid denna tid betecknades debatten om Rule 23 som i stor utsträckning ideologisk och "substantive" och som en fråga om class actioninstitutets funktion. Det var därför, menade man 1977, snarare en uppgift för kongressen än för the Advisory Committee att företa en avvägning mellan de motstridiga intressena. Kommittén rekommenderade därför den gången the Standing Committee on Practice and Procedure vid the Judicial Conferences att ändringar borde komma från kongressen och the Judicial Conference utformade en resolution i enlighet därmed.[105]

Detta var 1977. Bill 1978 var ju då på gång och the Advisory Committee hade därför särskilda skäl att ligga lågt. Då nu förslaget inte ledde till någonting togs frågan om Rule 23 alltså upp igen, och Miller anger i sin PM 1982 tre tänkbara strategier i det uppkomna läget:

1. att fortsätta att göra ingenting i förtröstan på att "the Rule still is working itself out in the wake of the Supreme Court decisions in *Eisen, Snyder* and *Zahn*". Ett av de starkaste skälen för dylik inaktivitet ansåg Miller vara bristen på ett fullgott empiriskt underlag för en reform. Det han ansåg tala mot att vara passiv var den växande kritiken, åtminstone vad gäller Rule 23 (b)(3). Miller anbefallde därför en ny stor professionell statistisk undersökning för att få mer på fötterna i den fortsatta diskussionen.

2. Den andra tänkbara strategin för Advisory Committee var enligt Miller att göra vissa ändringar utan att för den skull företa en komplett omvärdering av Rule 23 (b)(3) med alla de svåra problem och risker det skulle föra med sig. Man skulle t ex kunna eliminera "typicality"-kravet och mjuka upp fordringarna på individuell notice. En fördel med denna handlingslinje skulle vara att ändringarna klart

104 Frankel, Some Preliminary Observations Concerning Civil Rule 23, 43 F.R.D. (1967) s 39 och 52.

105 Jfr Kennedy s 1215.

faller inom the Advisory Committee's "Rule-making Authority" och att det i stort sett råder enighet i debatten om det berättigade i dessa ändringar. Men man skulle för lång tid missa chansen att göra en grundläggande omarbetning av regeln.

3. Den tredje strategin är givetvis att företa en komplett revision av Rule 23. En nackdel med en sådan reform är dock att alla är ense om[106] att 23 (b)(1) och (b)(2) fungerar ganska väl; det är 23(b)(3) class actions som har problem med notice, opt-out, skadeståndsberäkning etc. Det är också 23 (b)(3) som ställer frågorna om processens funktion och skillnaden mellan formell och materiell rätt (och därmed the Advisory Committee's befogenhet att ingripa)[107] på sin spets:

> "The debate over the (b)(3) damage action is at heart philosophical – an argument about the goals of our litigation system, as opposed to precise questions of procedures and language."[108]

Miller tar i sin PM inte ställning till vilken handlingslinje som bör väljas. Men tydligen föredrogs den passiva linje 1: då detta skrivs april 1988 har inga ändringar företagits och – såvitt jag kunnat utröna – inga nya förslag presenterats från the Advisory Comittee.

3.3 The Uniform Class Actions Act

Som nyss framgått tycks det för närvarande vara relativt dött på class actionfronten, åtminstone sett ur federal lagstiftningssynpunkt. Frågan är om något kommer att göras eller om federala class actions enligt Rule 23 skall tappa sin dominerande ställning mer än redan skett. Åtminstone under åren omedelbart efter 1966 var det nog korrekt att påstå att de federala domstolarna var class actioninstitutets främsta hemvist. Men efter *Zahn, Snyder* och *Eisen* har trycket på de delstatliga domstolarna ökat.[109] Det är inte min ambition att gå närmare in på de delstatliga varianterna av class actions i den här boken. Ändå finns skäl att ägna de delstatliga reglerna några sidor här.

106 Miller PM s 8.

107 Jfr ovan s 360.

108 Miller, PM s 8.

109 Alpert, UCAA s 584 och 587.

Den delstatliga regleringen är splittrad (även) då det gäller class actioninstitutet.[110] Vissa stater "tillämpar" Rule 23 i 1966 års tappning; i en del stater har man mer eller mindre kopierat Rule 23 i 1966 års version, i andra fungerar den som en slags ledstjärna utan att ha upphöjts till lag. I åter andra delstater håller man fortfarande fast vid Rule 23 i 1938 års utformning. Men i vissa delstater saknar Rule 23 betydelse; man har infört helt egna regler med en mycket positiv inställning till class actions (så t ex i New York, Kalifornien och Illinois[111]) medan man i andra delstater intar en betydligt snålare hållning (så t ex i Arkansas).

Även om det naturligtvis är upp till varje delstat att välja sina egna regler har den bristande enhetligheten medfört en del problem. Det är i detta ljus man skall se det förslag till ett gemensamt delstatligt class actioninstitut – *The Uniform Class Actions Act (i forts UCAA)* – som presenterades 1976 och rekommenderades för lagstiftning i respektive delstat av "The National conference of Commissioners on Uniform State Laws" enligt följande:

> "The Act is designed to make the legal system more responsive to those with small claims or limited means, to facilitate the proper handling of multistate class actions, and to foster uniformity among states. Its primary purpose is to encourage the handling of class actions in state courts in response to the narrowing of the opportunities in federal courts. States which desire to encourage class relief or "modernize" their procedure may adopt the Act as a pattern of class action procedure. Alternatively they may turn to Rule 23, which, although subject to some criticism, has proved workable and has generally expedited class relief. States could also adopt a combination of the better features of Rule 23 and the Act, or be guided further by other states innovative efforts."[112]

Åtminstone en stat, Nord-Dakota, har antagit UCAA medan andra överväger frågan eller antagit modifierade versioner (så t ex Pennsylvania).[113]

Förslaget – som alltså numera är lag i vissa delstater – speglar en del av kritiken mot Rule 23 och en jämförelse försvarar därför sin plats i detta kapitel om den amerikanska diskussionen de lege ferenda.

110 Jfr ovan s 111.

111 Se, betr förhållanden i Illinois, Forde 1976 s 211 ff och 1977 s 120 ff.

112 Alpert, UCAA s 588 f.

113 Se numera ovan i kap 3 s 111 not 7 a a.

UCAA skiljer sig från Rule 23 på i huvudsak följande sätt: reglerna är mer detaljerade vad gäller förutsättningarna för om en class action skall få föras (tillståndsfrågan) och innehåller också mer om själva förfarandet än Rule 23.[114] Betämmelserna är i vissa hänseenden mer liberala än Rule 23, i andra mer restriktiva. Enligt *Alpert*[115] innebär UCAA fyra förbättringar i förhållande till Rule 23, nämligen:

1. Notice-reglerna är flexibla.
2. Domstolen har vittgående befogenheter vad gäller beräkning och fördelning av skadestånd.
3. Käranden har rätt att överklaga beslut att vägra "certification".
4. Domstolen har möjlighet att tillerkänna käranden ersättning för ombudskostnader om käranden genom en förbuds- eller fastställelsetalan har "vindicated an important public policy".

En nackdel enligt Alpert är att UCAA ändå kräver notice i onödan i vissa fall samt att de 13 (!) faktorer som räknas upp i § 3, och som skall beaktas vid avgörande av tillståndsfrågan, innebär en så vag(!) standard att man kan hamna i en – enligt Alpert – alltför snäv tillämpning.[116]

Enligt UCAA krävs däremot inte "typicality"; UCAA är därmed inte mottaglig för den kritik som riktats mot Rule 23 i det hänseendet. På samma sätt kan bestämmelserna om opt-out sägas svara upp mot kritiken av de federala reglerna: UCAA ger inte klassmedlemmarna någon obetingad rätt till opt-out. En obegränsad opt-outrätt begränsar class actioninstitutets värde för såväl käranden och svaranden som för domstolen.[117] Enligt UCAA är opt-out förbjudet vid defentant's class actions.[118]

114 Lagtexten, ca 10 s, finns återgiven i 62 Harvard Journal on Legislation (1979) s 656 ff där den (s 583 ff) presenteras och diskuteras av Alpert, vars artikel jag byggt den fortsatta framställningen på (observera att de kursiverade partierna i den angivna lagtexten är Alperts egna förslag till tillägg). Se betr UCAA även Vestal, Scher och Moore i 63 American Bar Association Journal (1977) s 837 ff, Scher även i 32 Business Laywer (1976/77) s 77 ff där även lagtexten återges, samt Gordon s 730 ff.

115 Alpert a a s 588 f. – Nämnas bör kanske att Alpert arbetar inom konsumentskyddsområdet och därför möjligen kan framstå som partisk.

116 Alpert a a s 591, 595 ff och 655.

117 Opt-out är i första hand till nackdel för svaranden. Vinner han den första processen kan han inte känna sig säker trots att han dragit ett tungt class actionlass. Men det kan också förhålla sig så att svaranden genom påtryckningar kan få vissa att hoppa av (a a s 611) och därigenom underminera

Liksom Rule 23 kräver UCAA domstolens godkännande för att förlikning skall få ske; notice måste äga rum innan sådant godkännande kan ges.[119]

UCAA ansluter sig till principen i Bill 1978 att frågan om ombudsersättningar i class actionmål skall underkastas noggrann domstolsprövning. De faktorer domstolen skall ta i beaktande vid bestämmande av ersättning räknas upp och ersättning kan utgå ur det utdömda skadeståndet. När det är fråga om en förbudstalan kan svaranden bli ersättningsskyldig om talan tjänar ett viktigt allmänt intresse; PAG-teorin får här legislativt stöd.[120] Även frågan om svarandens möjligheter till ersättning för ombudskostnader regleras; kärandens klasskamrater ansvarar inte för svarandens kostnader, medan däremot gruppmedlemmarna vid en class action på svarandesidan kan bli ansvariga för vissa av en framgångsrik kärandes kostnader (dock inte ombudskostnaderna).

Reglerna i sektion 15 c ger, som nämnts, domstolen stor frihet då det gäller beräkning och fördelning av skadestånd. Ersättning kan fördelas efter individuell skada eller på pro rata-basis. Det som återstår av fonden efter en sådan fördelning överlämnas till svaranden eller delstaten.[121]

4. Sammanfattning och avslutande synpunkter

Class actioninstitutet har haft och har fortfarande avsevärd betydelse i USA.[122] Även om kritiken tidvis varit hård[123] måste man nog konstatera att denna processform fyllt sina uppgifter – processekonomiska, reparativa och preventiva – förvånansvärt väl. De – vis-

kärandens class action. Vidare kräver opt-out att det ges notice, även det enligt Alpert (s 611) ett skäl att mjuka upp regeln. Jfr ovan i kapitel 6 s 223 ff.

118 Alpert a a s 613.

119 A a s 642 ff.

120 Jfr ovan i kap 9 s 299 ff.

121 A a s 648 f.

122 Se t ex Alpert a a s 583.

123 Se t ex (kanadensaren) Glenn 1986 (s 274) "Effective class action reform, like other forms of Utopian social engineering, is impossible". Se å andra sidan en annan kanadensisk iakttagare av den amerikanska utvecklingen, Bogart, Questioning s 665 ff med tung kritik av Glenns argument.

serligen bristfälliga och delvis föråldrade – statistiska undersökningar som gjorts stöder också ett sådant antagande.[124]

I samband med 1966 års ändringar i Rule 23 skedde en dramatisk ökning av antalet federala class actions, men det framstår som högst diskutabelt om skälet härtill var ändringarna i sig; ökningen skulle sannolikt ha kommit även dem förutan. Ett sådant antagande stöds av att ökningen förefaller ha varit tillfällig. Efter en nästan lika dramatisk nedgång verkar class actioninstitutet nu ha stabiliserat sig på en för de flesta acceptabel, för några kanske rent av för låg, nivå.

Många vill sätta denna stabilisering – eller stagnation – i samband med Supreme Courts avgöranden i *Snyder, Zahn, Eisen* och *Alyeska,* andra anser att också denna förklaringsgrund givits alltför stort utrymme. Att dessa rättsfall utgjort ett viktigt underlag för diskussionen de lege ferenda är oomtvistligt; krav på ökad federal behörighet och smidigare regler om notice och skadeståndsberäkning startar i allmänhet just i dessa avgöranden. Och Supreme Courts negativa attityd till ombudsersättning i *Alyeska* (som dock inte var en class action) har medfört såväl reformförslag som faktiska lagändringar som kraftigt förbättrat möjligheterna för vinnande part att erhålla ersättning för ombudskostnader vid "public law litigation".[125]

Vad som blivit kvar av debatten de lege ferenda efter de stormiga åren i början på 70-talet är nog främst kraven på förändringar just i nyssnämnda hänseenden: ökad federal behörighet, smidigare notice och förbättrade möjligheter till ombudsersättningar och skadeståndsberäkningar. Till detta kommer detaljkritik på en rad punkter i Rule 23: avskaffande av "typicality"-rekvisitet, slopande av kategoriindelningen (b)(1) - (b)(3) etc. Införande av möjlighet till en "preliminary hearing" med viss materiell förprövning är också ett vanligt, ehuru ganska omstritt, förslag; man fruktar att de processekonomiska vinsterna skall ätas upp genom en förskjutning av processens tyngdpunkt till dess inledningsskede. Och då det gäller vidgad användning av radikala metoder för beräkning och fördelning av skadestånd finns – förutom principiella invändningar av annat slag – risk för att the Advisory Committee överskrider sina befogenheter om man reglerar frågan i the Federal Rules of Civil Procedure; man fruktar också på sina håll att alltför effektiva

124 Miller, Overview s 4 och ovan i kap 4 s 169.

125 Se t ex ovan s 301 ff.

skadeståndsregler kan leda till "overdeterrence" och "legal overkill", men andra klagar på "underterrence" de lege lata.[126]

Bill 1978 illustrerar väl de krav och synpunkter som förts fram i debatten de lege ferenda; däremot har endast någon enstaka röst höjts för att avskaffa class actioninstitutet eller för att ta ett eller flera steg tillbaka jämfört med 1966 års ändringar. Bill 1978 renodlar tanken på att (b)(3) class actions har två olika uppgifter och tillskapar en "public action" för den preventiva, en "class compensatory action" för den reparativa funktionen. Förslaget om en public action innebär "egentligen" en inskränkning i class actioninstitutet, dels eftersom grupptalan om skadestånd rörande småbelopp bara skulle kunna föras vid "commercial suits", dels också på så sätt att talan i de fall den kan föras uppfattas som en "single claim". Class actioninstitutets ursprungliga gruppkaraktär är – åtminstone terminologiskt – borta, ersatt av en paternalistisk statlig kontroll kompletterad med vissa möjligheter till enskilda initiativ. Jag återkommer till "public actions" av detta slag i kapitel 14. Det andra "benet" i Bill 1978 är en renodlat privat class action rörande större belopp med detaljerade regler för t ex tillåtlighetsfrågan och beräkningen av ombudsarvoden. Funktionen är klart reparativ.

Bill 1978 har varit föremål för stort intresse men ännu inte lett till någon lagstiftning. Detta bör ses mot bakgrund av att förslaget tillkom i en annan politisk situation än den nuvarande. Förslaget om en public action är uttryck för en strävan att hjälpa bl a "the smaller guy" via statligt engagemang på ett sätt som aldrig kan vara politiskt okontroversiellt.

Men kraven på åtminstone en viss revision av Rule 23 lever kvar; debatten tycks dock numera framför allt gälla om man bör gå fram med lagstiftning eller lita på att processformen får sin nödvändiga avslipning i domstolarna. Att praxis redan blockerat vissa utvecklingsmöjligheter på centrala områden som federal behörighet, notice och rättegångskostnader gör dock att passivitet i lagstiftningshänseende knappast kan kompenseras fullt ut genom en rättsutveckling i praxis. Den enskilde domarens (rätts-)politiska värderingar förefaller nu inte sällan påverka utgången i "rent processuella" frågor som t ex "the certification issue".[127] "Hoppet" om legislativ reform

126 Ovan s 335 ff och 346 f.

127 Se t ex ovan 196 och 359 not 102.

förefaller dock ännu svagare idag (åtminstone före presidentvalet) än tidigare.

De hinder Supreme Court ställt upp för class actions på det federala planet har lett till en förskjutning mot det delstatliga; antalet delstatliga class actions har sannolikt ökat i ungefär samma takt som det federala minskat.[128] Men här är bilden svåröverblickbar eftersom olika regler gäller i olika delstater. Ett försök att råda bot på denna splittring är det förslag till en "uniform" class action som lades fram 1977 *(UCAA)* och som lett till lagstiftning i flera delstater. Någon större enhetlighet har det dock inte varit möjligt att uppnå ens på det här sättet. Även *UCAA* speglar väl kritiken mot Rule 23 och illustrerar de alternativa lösningar som tycks vara gångbara i dag.[129]

Ytterligare ett sätt att närma sig Rule 23 och de problem denna centrala regel aktualiserar[130] är att studera förhållandena i England, Australien och Kanada. Också där förekommer nämligen en intressant diskussion de lege ferenda. Men för att de förändringar som diskuterats i dessa länder skall framstå i rätt relief krävs först en redogörelse för situationen de lege lata. Att diskutera class actions utanför USA – de lege lata och de lege ferenda – blir därför den uppgift som skall fullgöras i nästa kapitel.

128 Jfr ovan i kap 3 s 111 och kap 4 s 141.

129 Betr läget i delstaterna idag se Skirnick & Avery 1985 s 750 ff.

130 Vad gäller senare reformförslag se Coffee i 62 Indiana Law Journal (1986/87) s 625 f.

Kap. 11 Class (representative) actions i England, Australien och Kanada

"Du drömmer en dröm
i främmande land. . ."
Gunnar Ekelöf

1. Inledning 368
2. England 371
   2.1 Utveckling och dagsläge 371
   2.2 Civilprocessens funktion i England 378
   2.3 Reformdiskussion 382
3. Australien 386
   3.1 Utveckling och dagsläge 386
   3.2 Ny lagstiftning och aktuella reformer 392
      3.2.1 Delstaten Victoria 392
      3.2.2 Delstaten South Australia 396
      3.2.3 Federala förslag 400
      3.2.4 Grupptalan rörande könsdiskriminering 405
4. Kanada 407
   4.1 Utveckling och dagsläge 407
   4.2 Ny lagstiftning och aktuella reformer 413
      4.2.1 Provinsen Quebec 413
      4.2.2 Provinsen Ontario 417
      4.2.3 Grupptalan rörande konkurrensbegränsning 427
5. Sammanfattning och avslutande synpunkter 428

1. Inledning

Det är inte möjligt att skriva en något så när heltäckande framställning om class actions utan att gå utanför USA:s gränser. Class actioninstitutet föddes ju inte i amerikansk, utan i engelsk, rätt.[1] Dessutom förekommer class actions i dag även i andra rättssystem än de engelska och amerikanska. I Australien och Kanada är det

[1] Härom ovan i kap 2 s 64 ff.

betydligt livligare på class actionfronten än i England och för närvarande pågår alltså en mer eller mindre livlig debatt de lege ferenda om representativ process i åtminstone tre världsdelar.[2]

Låt oss börja i Europa. Man kan – om än med viss tvekan – fortfarande tala om en *engelsk* class action (i England används i allmänhet termen "representative action"). Även om antalet representativa processer av denna typ inte ens kommer i närheten av de amerikanska siffrorna finns alltså faktiskt ett gällande legislativt underlag för ett fungerande class actioninstitut. På senare tid har också (enskilda) röster höjts för en utökad användning de lege ferenda.

Vad gäller diskussionen *de lege ferenda* intar inte England någon unik ställning i Europa medan man däremot får leta förgäves efter *existerande* class actioninstitut på andra håll i vår världsdel.[3] Men den som är beredd att lämna Europa kan, som redan antytts, finna intressanta paralleller till engelsk och amerikansk grupptalan i framför allt Australien och Kanada. Överhuvudtaget är det naturligtvis de gamla engelska kolonierna och samväldesländerna man har anledning att rikta blickarna mot om man söker system för grupptalan av den typ class actioninstitutet representerar; bland mycket annat förde den engelska kolonialismen med sig common law och equity över världshaven och därmed också class actioninstitutet. Att de politiska banden med England sedan slaknat – eller rent av klippts av helt – har inte alltid inneburit några dramatiska förändringar i rättssystemen; i flera länder förefaller det mer rättvisande att tala om uppkomsten av nya rättsliga dialekter än att påstå att man övergivit det rättsliga modersmålet, dvs common law.

I USA har dock utvecklingen medfört en nästan total rättslig frigörelse i många hänseenden och vissa delstater har inte ens behövt frigöra sig eftersom man redan från början byggt på en annan rättslig tradition än den engelska. En del amerikanska rättsfigurer har ingen motsvarighet i England överhuvudtaget, andra har visserligen sina rötter i common law och equity men har vuxit ut och blommat upp helt självständigt. Class actioninstitutet utgör ett

[2] Jag avstår av flera skäl från att beröra förhållandena i Asien och Afrika, även om det tidigare engelska inflytandet i dessa världsdelar förefaller ha satt vissa spår även på grupprocessens område. Betr Japan och Israel se Cappelletti & Garth, The protection s 144 samt Homburger & Kötz s 113 f, vad gäller Holland se nedan i Tillägg efter kap 15.

[3] Att man i t ex Sverige (nedan i kap 15 avsnitt 5.1) har processformer som delvis liknar class actions är inte tillräckligt för att frånfalla den bedömningen.

exempel på en sådan utvecklingsprocess. Det är inte mycket som förenar engelsk och amerikansk representativ process numera.

I andra länder är banden till moderlandet fastare i såväl stort som smått. *Australien* visar delvis upp en sådan bild. I dag är läget i de flesta delstater och territorier ungefär detsamma som i England: trots att class actioninstitutet har viss förankring i (framför allt äldre) lag och praxis har detta rättsinstitut inte någon framträdande praktisk betydelse. Däremot är reformintresset betydligt större än i moderlandet. En lagändring som de facto kan komma att innebära tillkomsten av ett nytt class actioninstitut genomfördes så nyligen som 1985 i delstaten Victoria (med Melbourne som huvudstad) och sedan ett tiotal år tillbaka figurerar, som snart skall framgå, långt framskridna tankar på en utbyggnad av class actioninstitutet såväl i doktrinen som inom det officiella utredningsväsendet, så även på det federala planet.

Situationen i Australien påminner om vad som händer och hänt på class actionscenen i *Kanada*. Trots att den historiska bakgrunden där (liksom i USA) inte alltid får sökas i äldre engelsk rätt – provinsen Quebec präglas ju i hög grad av kontinental (fransk) rätt – är class actioninstitutet en levande och inte så sällan (som i England och Australien) använd rättsfigur. En knapphändig class actionregel finns i alla common lawpräglade provinser och en helt ny lagreglering genomfördes – paradoxalt nog – just i provinsen Quebec (med Montreal som huvudstad) så sent som i slutet av 1970-talet. USA ligger visserligen långt före Kanada vad gäller class actioninstitutets praktiska betydelse de lege lata. Men den kanadensiska diskussionen de lege ferenda är åtminstone proportionellt sett av minst samma omfattning, intensitet och kvalitet som reformdebatten i USA. "The Ontario Report"[4] (1982) är säkert bland det mest genomarbetade som hittills publicerats om class actions överhuvudtaget.

Även i andra länder går det att finna exempel på åtminstone rudimentära class actioninstitut och en mer eller mindre intensiv reformdiskussion.[5] I första hand är det common lawländer (man borde egentligen skriva f d equity-länder) som figurerar i detta sammanhang. Men då jag nu avgränsar det här kapitlet till i huvudsak England, Australien och Kanada så är säkert de ur class action-

[4] Nedan s 417 ff.

[5] Se ovan not 2.

synpunkt viktigaste rättssystemen med. Och att representativ process uppmärksammats och diskuterats de lege ferenda även i vissa oss mer närliggande rättssystem (framför allt i Tyskland) föranleder tills vidare inga utflykter åt det hållet. Den diskussionen rör nämligen främst förutsättningarna för en reception i nya rättsliga miljöer och kan därför lämpligen sparas till kapitel 15.

2. England

2.1 Utveckling och dagsläge

I kapitel 2 skildrades den engelska utvecklingen fram till sekelskiftet. Där anfördes att framväxten av representativ grupptalan anses hänga samman med kumulationsreglerna i common law och equity: medan processen inom common law syftade till att isolera och avgöra en snävt begränsad fråga enbart mellan de två parterna i processen och – helt följdriktigt – innehöll snåla regler om kumulation, var det equity's uppgift. . .

> ". . . to do complete justice by deciding upon and settling the rights of *all* persons interested in the subject-matter of the suit, so as to make the performance of the order of the Court perfectly safe, to those who were compelled to obey it, *and to prevent future litigation.* For this purpose it was necessary that all persons materially interested in the subject should generally be made parties to the suit either as plaintiffs or as defendants."[6]

Denna vittomfamnande målsättning gjorde emellertid processen ohanterlig och tvingade fram en representativ process där en i gruppen tilläts processa för allas räkning. På så sätt blev rättegången inför kanslern praktiskt genomförbar utan att man för den skull behövde ge upp ambitionen att lösa frågan för alla berörda och en gång för alla.

Medan class actioninstitutet under 1600- och 1700-talen främst användes för att åstadkomma hanterliga processer för permanenta grupper som levde under likartade förhållanden (arrendatorer, gruvarbetare, församlingsbor osv[7]) kom institutet under senare delen av 1700- och första hälften av 1800-talet att tillgripas vid mer tillfälliga

6 Daniell's Chancery Practice, 8 uppl, 1914, s 147, här citerad efter Jolowicz, Protection s 13 (mina kursiveringar).

7 Jfr dock ovan s 93 f.

gruppbildningar och då för att kompensera brister i den materiella – främst associationsrättsliga – regleringen; sammanslutningar som "friendly societies" och "joint stock companies" saknade associationsrättsligt erkännande men kunde ändå agera samfällt i class actionprocessens form, vilket i sin tur så småningom banade väg för ett motsvarande materiellrättsligt erkännande. När så de associationsrättsliga regleringen var ett faktum kunde partsställningen i processen anknytas till den juridiska personen i stället för till kollektivet av fysiska personer; en representativ process var inte längre nödvändig och class actioninstitutet förlorade en stor del av sitt existensberättigande. Till detta kom så att de politiska representationsteorier som motiverat en radikal processuell representation förlorade terräng. Och då de särskilda equitydomstolarna avskaffades på 1870-talet och en liberal – och därmed individualistisk – syn på processens funktion tog överhand begränsades livsrummet för en paternalistisk process av den typ class actioninstitutet utgör ett exempel på, åtminstone i sin mest extrema form. Avsaknaden av "punitive" och "minimum damages" i England kan också ha spelat in. Processformen gick nästan i ide; de gånger class (representative) actions förekommit under det senaste halvseklet ger processformen närmast ett sömndrucket intryck.[8]

Med class actioninstitutets equity-bakgrund var det naturligt att engelska class actions till en början enbart gällde "injunctions"; för talan om skadestånd var man i princip hänvisad till common lawdomstolarna.[9] När så equity- och common lawdomstolarna 1873 smältes samman genom *Supreme Court of Judicature Act* kom såväl "injunctions" som skadestånd att bli föremål för prövning vid samma domstol.[10] Och därmed aktualiserades också skadeståndstalan i class actionsammanhang.

I *Rule* 10 i de processuella regler som utfärdades i anslutning till nyssnämnda *Judicature Act* fick class actioninstitutet sin legislativa grundval. Där formulerades det stränga rekvisit som i stort sett fortfarande gäller för att en "representative action" skall få föras i England:

8 Se vidare ovan i kap 2 s 101 ff betr skälen till denna utveckling.

9 Se ovan s 60.

10 Jolowicz, Protection s 34. Vad gäller the Judicature Acts se Jolowicz, General idea s 298 ff och ovan i kap 2 s 63.

"where there are numerous parties having *the same interest* in one action, one or more of such parties may sue or be sued or may be authorized by the Court to defend in such action on behalf of or for the benefit of all parties so interested."[11]

Rule 10 har sedermera ersatts av *Order 15 Rule 12 i Rules of the Supreme Court*. Denna bestämmelse är mer utförlig än sin föregångare men intar, som nyss antytts, i stort sett samma rigida attityd gentemot representativ process som den ursprungliga regeln. I 1965 års tappning lyder bestämmelsen:

"12. -(1) Where numerous persons have the same interest in any proceedings, not being such proceedings as are mentioned in Rule 13, the proceedings may be begun, and, unless the Court otherwise orders, continued by or against any one or more of them as representing all or as representing all except one or more of them."

Så följer en rad regler om bl a möjligheterna till representative actions på svarandesidan ("defendants class actions")[12] och om rättskraftsverkningarna men utan några ytterligare bestämmelser rörande förutsättningarna för att en representative action skall få föras:

"(2) At any stage of proceedings under this Rule the Court may, on the application of the plaintiff, and on such terms, if any, as it thinks fit, appoint any one or more of the defendants or other persons as representing whom the defendants are sued to represent all, or all except one or more, of those persons in the proceedings; and where, in exercise of the power conferred by this paragraph, the Court appoints a person not named as a defendant, it shall make an order under Rule 6 adding that person as a defendant.

(3) A judgment or order given in proceedings under this Rule shall be binding on all the persons as representing whom the plaintiffs sue or, as the case may be, the defendants are sued, but shall not be enforced against any person not a party to the proceedings except with the leave of the Court.

(4) An application for the grant of leave under paragraph (3) must be made by summons which must be served personally on the person against whom it is sought to enforce the judgment or order.

(5) Notwithstanding that a judgment or order to which any such application relates is binding on the person against whom the application is made, that person may dispute liability to have the judgment or order enforced against him on the ground that by reason of facts and matters particular to his case he is entitled to be exempted from such liability.

11 Min kursivering.

12 Jfr betr läget i Australien Williams Supreme Court Practice s 1232.2. (service 60: July 1984).

(6) The Court hearing an application for the grant of leave under paragraph (3) may order the question whether the judgment or order is enforceable against the person against whom the application is made to be tried and determined in any manner in which any issue or question in an action may be tried and determined."

Reglerna innehåller alltså bestämmelser om res judicata och det grundläggande rekvisitet ("the same interest") för att en "representative action" skall få föras. Däremot saknas regler om "notice" och "opt-out". Detta har uppfattats så att notice inte erfordras och att opt-out inte är tillåtet (vilket ju inte heller är fallet vid amerikanska federala class actions enligt Rule 23(b)(1) och (b)(2)).[13] Som redan påpekats är inte heller "the certification issue" (tillståndsfrågan) så noggrant reglerad som i amerikansk rätt. Vilka egenskaper käranden måste besitta lämnas helt öppet med undantag för att han – liksom alla gruppmedlemmar – skall ha "the same interest" som de övriga i gruppen. Detta har uttolkats så att anspråken måste stödja sig på *samma* grund; det får inte vara frågan om "separate contracts", även om dessa konstituerar vad vi skulle kalla "väsentligen *likartade* grunder".[14]

Det skulle emellertid ta sin tid innan praxis gav klart uttryck för denna snäva tillämpning av reglerna om "representative actions". När equity- och common lawdomstolarna slogs samman (och därigenom också de båda rättssystemen) fortlevde tydligen till en början den generösa attityd gentemot class actions som fanns inom equity. I ett rättsfall strax efter sekelskiftet tilläts en representativ process trots att man knappast kan säga att gruppmedlemmarnas anspråk stödde sig på "samma grund" i vedertagen bemärkelse:

Duke of Bedford v. Ellis (1901).[15] Nyssnämnde greve ägde en stor marknadsplats (nuvarande Covent Garden) och tog ut "hyra" av försäljare som satte upp stånd på marknaden. Hyran skulle beräknas enligt en officiell förordning. Sex av försäljarna stämde för egen och för alla andras räkning och yrkade fastställelse av att greven debiterade en oacceptabelt hög avgift. Greven invände att fallet inte passade som "representative action" eftersom gruppen

13 Ovan i kap 6 s 223.

14 Tur s 154. – Betr "väsentligen likartade grunder", se Ekelöf Rättegång II s 171.

15 [1901] AC 1.

inte kunde avgränsas; den innehöll tusentals försäljare över hela England. House of Lords underkände invändningen.[16]

Duke of Bedford v. Ellis ger uttryck för en extensiv tolkning av class actionrekvisiten och rättsutvecklingen i England skulle, som redan antytts, senare retirera till en betydligt mer försiktig attityd.[17] En motsvarande utveckling kan skönjas också vad gäller skadeståndstalan, en taleform som förefaller ha varit accepterad i class actionsammanhang under några decennier efter equitydomstolarnas avskaffande för att därefter försvinna ur målregistren. Omsvängningen kom en bit in på vårt århundrade och representativ skadeståndstalan anses inte längre möjlig, åtminstone inte om det är frågan om individuell fullgörelse (dvs till var och en i kollektivet). Detta ställningstagande kom först till uttryck i *Markt Co Ltd v. Knight Steamship Co Ltd* (1910).[18] Fallet gällde skadestånd för kontraktsbrott i samband med sjöfrakt och anses fortfarande ha stor betydelse i engelsk, och därmed i viss mån även i australiensisk och kanadensisk rätt. Representativ process ansågs inte tillåten, *dels* på grund av att det var fråga om skadestånd, *dels ock* eftersom flera kontrakt låg till grund för anspråken (och detta trots att kontrakten var "identiskt" lika). Efter *Markt* räcker det inte längre att *en eller flera* rätts- eller sakfrågor är gemensamma;

> "the plaintiff and the persons whom he represents... are required to have the same or common interest with respect to *every* question of law or fact which is in dispute in the action."[19]

Domen i *Markt* tar upp de rekvisit som blivit stötestenar i den fortsatta utvecklingen: *att* talan skall grundas på samma kontrakt, *att* individuella skadestånd inte skall vara aktuella *samt att* alla tvistiga

16 Det framgår inte i vilken mån försäljarna hade individuella avtal med ägaren; målet erinrar dock om en del äldre fall då rättegången snarare gäller tolkning av en förordning än individuella avtal, se ovan i kapitel 2 s 69 f.

17 Jfr Debelle s 510. Se betr den engelska utvecklingen i praxis även Ontario Report I s 6 ff och 10 ff, Bogart, Questioning s 672 f samt Gillespie s 219 ff.

18 [1910] 2 KB 1021, AC. Rättsfallet återgivet i Ontario Report I s 11 ff och i Discussion Paper s 8.

19 Min kursivering, citerat från (den australiska) Williams Supreme Court Practise (1984) s 1229. – Lägg märke till att kravet endast gäller *tvistiga* frågor, jfr Ekelöf, Rättegång II s 159 betr obligatorisk kumulation och ovan s 197.

frågor skall vara gemensamma. Det är naturligtvis ytterst sällan samtliga dessa krav är uppfyllda.

Avgörandet i *Markt* var visserligen inte helt entydigt, men den avvisande inställningen till kollektiv skadeståndstalan i form av representativ process har allt sedan dess fått genomgående stöd i litteraturen.[20] På senare tid har emellertid vissa öppningar skett i både praxis och doktrin även vad gäller kollektiv skadeståndstalan. Representativ process har tillåtits i några fall, men då har man i allmänhet nöjt sig med att rättskraftigt fastställa skadeståndsskyldigheten till förmån för hela klassen och sedan överlämnat åt var och en att yrka ersättning och bevisa sin individuella skada i senare separata rättegångar.[21] Den första processen har alltså förts som en kollektiv fastställelsetalan. I ett par mål har dock representativ skadeståndstalan accepterats även som fullgörelsetalan, men då förelåg det inte heller några svårigheter att beräkna eller fördela de individuella skadeståndena. I *EMI Records Ltd v. Riley* (1982)[22] hade klassmedlemmarna gått med på att allt skadestånd skulle tilldömas en förening de tillhörde och i det andra rättsfallet – *Moon v. Atherton* (1972)[23] – accepterades en kollektiv skadeståndstalan då alla hyresgästerna i ett hus tillsammans och till lika delar hade bekostat reparation av husets tak och sedan yrkade att detta belopp skulle tilldömas dem.[24] I ytterligare ett fall, *Prudential Assurance Co Ltd v. Newman Industries Ltd* (1979),[25] tilläts en class action rörande fastställande av individuellt beräknad skadeståndsskyldighet gentemot en grupp aktieägare vars medlemmar antogs kunna åberopa domens rättskraft i senare individuell fullgörelseprocess; rättsfallets prejudikatsvärde är dock omstritt.

Class actions förekommer alltså – under beteckningen "representative actions" – fortfarande i England men är numera en mycket sällsynt företeelse. Vad gäller class actions på svarandesidan verkar det främst vara process mot medlemmar i vissa föreningar ("unin-

20 Jfr Australien Discussion Paper s 8 och Ontario Report I s 12.

21 Se t ex *Prudential Assurance Co Ltd v. Newman Industries Ltd* [1981] 1 Ch. 229, varom nedan vid not 25.

22 [1981] 2 All ER 838; [1981] 1 WLR 923.

23 [1972] 2 QB 435; [1972] 3 All ER 145.

24 Fallen är citerade efter Jolowicz, The protection s 15 med not 47, jfr a a s 14 not 39 och 40 samt Tur s 154 och Ontario Report I s 10 ff.

25 Ovan i not 21.

corporated aggregates of persons") som kommer i fråga; den representativa processformens möjlighet att ersätta ett associationsrättsligt erkännande tycks fortfarande spela en viss roll i engelsk – liksom australiensisk – praxis.[26] Men även antalet "representative actions" av detta slag är ytterst begränsat.

Frågan om en expansion av det engelska class actioninstitutet kan ske inom ramen för gällande rätt eller om de önskemål som framförts om en vidgad användning bör uppfattas som rekommendationer de lege ferenda förefaller inte lätt att besvara; vad gäller fullgörelsetalan om skadestånd torde dock en mer generös attityd till representativ process förutsätta ett nytt avgörande av House of Lords, rättsläget anses nu fastlåst i lägre instans.[27] Men en intressant utveckling har påbörjats under vårvintern 1988 med "the Opren case", ett mål där 1.500 personer försökte få sina anspråk på ersättning för läkemedelsskador prövade av domstol i form av en "representative action". Målet resulterade i en mager förlikning. De skadade erbjöds och tvingades acceptera[28] ett bud på 1.800 pund i ersättning för var och en (medan samma läkemedelsföretag i USA tvingats betala motsv över två miljoner pund i *individuellt* skadestånd för exakt samma skada). Representationsproblematiken kom därför aldrig upp till prövning i högre instans. Fallet anses emellertid illustrera allvarliga brister i bl a engelsk process och har rönt betydande uppmärksamhet i massmedia.[29] Det förefaller nu leda till

26 Se ovan i kapitel 2 s 91 f och Williams Supreme Court Practise (1984) s 1232.2, jfr Rule 23.1. Federal Rules of Civil Procedure (USA).

27 Se t ex Cappelletti & Garth, The protection s 145 och Ontario Report I s 16.

28 Kostnaden för process beräknades till 8 miljoner pund(!). De som drev processen hade rättshjälp men denna förmån dras in i England om det föreligger anbud om "a reasonable settlement", vilket troligen bolagets erbjudande skulle ha uppfattats som, bl a på grund av de dåliga materiell- och processrättsliga förutsättningarna att driva processen till slut!

29 Se t ex Daily Telegraph 16 februari 1988: "The combination of the company's determinedly legalistic and mean-minded tactics and *the inadequacies of English laws and procedures* has resulted in a level of compensation that disgraces English justice" (min kurs). Jfr följande kommentar i New Law Journal september 1979 (citerad efter Miller, C J,) Some problems s 2: "If legislation specifically enacted for the protection of ordinary consumers is not to be seen as a mere 'paper tiger', changes in procedural law are likely to be required in aid of its enforcement. Without such changes, substantive law reform may well prove a pointless exercise. It is a measure of the failure of existing procedures that recourse to the courts is not universally available to wronged individuals. In that situation, it is manifestly a fraudulent claim that *equality of access to justice* is one of the hallmarks of our legal system". (kurs här)

aktivitet i såväl "the House of Commons" som i "the House of Lords". Lordkanslern har nyligen antytt att "class actions" kan vara något för engelsk rätt (igen).[30] När detta skrivs (april 1988) finns alltså starkare tecken än på länge att class actioninstitutets törnrosasömn i England kan vara över; prinsen har kanske anlänt i form av en uppmärksammad läkemedelsrättegång.

Engelsk praxis är alltså vacklande, prejudikaten sparsamma och det råder oenighet inom doktrinen i flera frågor, så även om class actioninstitutets existensberättigande de lege ferenda. Diskussionerna ger ett nymornat intryck och meningsskiljaktigheterna inom den sparsamma litteraturen förefaller gå att föra tillbaka på hur man uppfattar civilprocessens funktion i engelsk rätt. Det finns – bl a därför – anledning att beröra denna centrala fråga innan vi går in på reformdiskussionen. Funktionsfrågan återkommer så – men inte i egna avsnitt – i framställningen om rättsläget i Australien och Kanada för att åter ägnas ett eget avsnitt i nästa kapitel, då vi återvänder till USA.

2.2 Civilprocessens funktion i England

Såvitt jag vet finns det inte någon allmänt känd och betydelsefull framställning om civilprocessens funktion i engelsk rätt; det har varit svårt att hitta litteratur i ämnet (liksom rörande de flesta processuella frågor) över huvud taget. En principiell uppfattning ifråga om rättegångens uppgift framskymtar dock ibland vid diskussion av vissa närliggande frågor, som t ex domarens aktivitet i processen och skadeståndets uppgifter. Tur beskriver den traditionella – enligt hans mening ortodoxa och passiva – domarrollen på följande sätt:

> "The orthodoxy is that the courts should play a passive role, addressing themselves only to the decision of the particular point or points brought before them by the individual parties and acting solely as umpires to ensure fair play in litigation, leaving the conduct of the case entirely to the parties. On such a view it is not the function of the courts to consider whether their decision is in accordance with the public interest; courts ought not to usurp the function of Parliament which is the appropriate policy-making body; they

30 Se The Times 23 februari 1988: ". . . the Lord Chancellor has indicated he favours a change in the law to help victims of drugs or disasters to join together to fight their claims jointly in the courts through "class actions". These are prevenged by current court procedures and obstacles in securing legal aid."

should not activily investigate the issues, nor pronounce upon matters not directly presented to them as a dispute between litigants. In Professor Jaffe's fine phrase the business of the courts is 'the disinterested application of known law'. The function of the court is simply to ensure that the dispute is carried through according to the rules to vindicate definable material rights vested by law. It should not interfere on behalf of either party or on behalf of the public interest or other such nebulous or amorphous interests. Such interference appears paternalistic, an improper encroachment upon the conduct of litigation and upon the utmost liberty of actions entered upon freely and voluntarily be men of full age and competent understanding."[31]

Mot bakgrund av domarens aktiva roll vid equitydomstolarna framstår det som överraskande att man generellt anlägger ett så uttalat individualistiskt och "laissez-faire"-betingat synsätt som det Tur beskriver. Kanske skulle bilden bli en annan om det historiska perspektivet inte begränsades till vad som hänt under andra hälften av 1800-talet och under vårt århundrade. Att equitydomstolarna s a s konsumerades av common lawdomstolarna kan – liksom påverkan från den politiska liberalismen – vara tänkbara förklaringar till att domarrollen förändrats i riktning bort från vad som kännetecknade lordkanslerns insatser i equity-processen, dvs en aktiv processledning med ambition att företa breda intresseavvägningar.[32]

Det förefaller emellertid inte längre råda allmän uppslutning bakom de "traditionella värderingar" (dvs den passiva domarroll) som nyss beskrivits. Medan domaren tidigare inte ansågs böra ta hänsyn till "the public interest" eller låta rättspolitiska värderingar få betydelse har attityden ändrats under senare decennier, vilket t ex följande citat från Lord Denning ger belägg för:

". . . in previous times when faced with a new problem the judges have not openly asked themselves the question: what is the best policy for the law to adopt? . . . nowadays we direct ourselves to considerations of policy."[33]

Som redan antytts innebär kanske inte den attitydförändring som skisserats ovan att man kommit fram till ett helt nytt synsätt. Den mer aktiva domarrollen hade sin motsvarighet inom equity och equitydomstolarnas avskaffande åstadkom ett processuellt vacuum

31 Tur s 140.

32 Jfr ovan kap 2 s 101 ff samt betr USA ovan i kap 6 s 254 ff, jfr även nedan i kap 12 s 440.

33 Lord Denning i *Button v. Bognor Regis* UDC (1972) s 313, här citerat efter Tur s 141.

som nu (sakta) måhända håller på att utfyllas. Man brukar säga att "the forms of action rule from their graves"; kanske har även den gamla equitytraditionen liknande gengångaraktiga egenskaper.[34]

Det finns alltså numera visst stöd för att tala om "the move towards policy decisions by the Courts",[35] men ingen skall tro att alla företrädare för den "traditionella" liberalistiska synen har givit upp andan. Tur formulerar situationen på följande sätt:

> "Such sturdy liberalism (som den som kommer till uttryck i citatet ovan vid not 31) no longer exerts an unchallenged influence upon the English judicial process but its ghosts continue to rattle their chains, sometimes to considerable effect."[36]

Vad vi menar med frågan om processens funktion – konfliktlösning och/eller handlingsdirigering – får endast en viss begränsad belysning genom diskussioner av ovan berört slag. Men utgångspunkten är tydligen i allmänhet att processen helt och hållet är parternas ensak. Av intresse för den engelska synen på civilprocessens funktion är också att man förefaller betrakta civilrättens regler om t ex skadestånd som om de uteslutande hade en reparativ, kompensatorisk, uppgift; handlingsdirigering i form av "deterrence" (avskräckning) anses inte vara en uppgift för civilrätten och – antar jag – därmed inte heller för civilprocessen. Jolowicz hävdar:

> ". . . a rule or principle of civil, that is non-criminal, law . . . is intended to operate only at the remedial level".[37]

Konsekvensen av den syn på civilrätten Jolowicz ger uttryck för i citatet ovan blir att civilprocessen i första hand får en konfliktlösande funktion; handlingsdirigering ("behaviour modification") kommer i bakgrunden som en mer eller mindre (o-)välkommen bieffekt. Och detta är också uppenbarligen den förhärskande åsikten i England i dag:

34 Jfr Chayes 1976 s 1292 ff ("The triumph of equity").

35 Tur s 141.

36 Tur s 140.

37 Jolowicz, The protection s 14. Se dock densamme, General ideas s 309: ". . . the idea that deterrence is a factor in the law of liability in damages is not completely dead".

". . . English law continues to regard civil litigation as primarily and principally, if not quite exclusively, concerned with a settlement of disputes between individuals; certainly, though the powers of initiative of the courts themselves in the course of litigation have been increased in recent years, there is still relatively little departure from the traditional idea of civil litigation as described by Professor Chayes."[38]

Som framgår antyder dock Jolowicz att synen på processen som en individuell konfliktlösningsmekanism inte är helt oomtvistad. Och hos Tur finner man en ganska kraftfull argumentation till förmån för processens handlingsdirigerande funktion i följande uttalande som kommer mycket nära vad som hävdats av bl a Ihering, Ekelöf, Kötz och Scott:

"Arguably, every court action involves the public interest. One function of litigation is precisely to ensure that conduct conforms to legal rules. One function of a court is to declare the law for the benefit of all citizens. It performs this function no less in a simple case in contract or tort involving two parties neither of whom are 'repeatplayers' even in the circumstances in which no other individuals are directly involved or concerned in the actual outcome of the particular case. Of course, the plaintiff who raises a simple action in contract or tort is motivated by self-interest rather than by any abstract concern for the law; nonetheless in taking legal action and securing damages for breach, or an injunction to prevent, say, unlawful interference with his business, he reveals to the community at large that certain types of conduct are not acceptable in our society and that legal redress is available in the event of such conduct. The particular decision in a particular case is concerned as much, if not more, with upholding the general system of ownership and exchange, and the general rules of socially acceptable conduct as it is with enforcing the particular interests of a particular individual."[39]

För åtminstone en svensk processualist framstår Turs åsikter som välavvägda och föga upphetsande. Och i England förefaller hans artikel, som är inriktad på enbart konsumentmål, ha fått avsevärd betydelse. Jolowicz antydan i citatet ovan ("relatively little departure") torde ha avsett just Turs uppsats och i en annan artikel samma år harangerar Jolowicz – som tillsammans med Sir Jack Jacob åtminstone internationellt framstår som den kanske allra främsta företrädaren för engelsk processrätt i dag – öppet Tur för att denne i den ovan citerade uppsatsen ". . . has usefully drawn the attention

38 Jolowicz, The protection s 39, betr Chayes' syn på traditionell process se nedan s 440.

39 Tur s 142 som där hänvisar till Kelsen ("Pure theory of law") och Ihering ("Der Kampf uns Recht") i sammanhanget. Betr Ekelöf och Scott se nedan s 437 ff i kapitel 12.

of the present generation of English lawyers to Ihering's view".[40] Och Jolowicz förefaller själv ha påverkats. Då han förutskickar (och sammanfattar) innehållet i sin artikel skriver Jolowicz:

> "... nor is it intended to suggest that the courts should no longer see it as part of their function to resolve private disputes between private parties. It is, however, suggested that the assumption that this is all that the civil courts are required to do should no longer be left unquestioned."[41]

2.3 Reformdiskussion

Om det nu är riktigt att synen på class actioninstitutet i hög grad påverkas av betraktarens principiella uppfattning om civilprocessens funktion borde Tur vara klart för en vidgad användning av class actioninstitutet och Jolowicz först negativ, sedan försiktigt positiv. Denna prognos visar sig också stämma mycket väl in. I sin ovan först citerade artikel – en rapport till processrättskongressen i Würzburg 1983 – hävdar Jolowicz att det inte finns någon tendens i engelsk rätt "to transform the representative action into an instrument of deterrence"[42] och varnar för att en kraftig utvidgning av möjligheterna till representative actions skulle åstadkomma "a serious judicial usurpation of the functions of the legislature...".[43] Men i sin andra artikel, där han harangerar Tur, kommer Jolowicz helt kort in på class actions som ett exempel på "unselfish litigation" och den funktionsomvandling han antytt i citatet ovan. Han refererar bl a Tur – och, förefaller det, utan att ta avstånd:

> "The suggestion is now being made in this country that the class action should be introduced, at least on a limited scale, with a view to making it possible for numbers of individuals, each of whom is possessed of a cause of action in damages on similar facts but whose claim is insufficient to warrant separate proceedings, to bring all their claims together in a single action. If this development were to occur the effect would be to create a deterrent where none now exists and to deprive 'offenders' against the civil law of their 'ill-gotten gains'. In the United States the class action has come to be regarded by many as a 'tool for the deterrence of unlawful, socially destrictive conduct through civil suits' and in that character, though not uncontroversial, it has widespread approval. If it were to be introduced in this country it would,

40 Jolowicz, General ideas s 308 f i not 64.

41 A a s 305, se även s 312.

42 Jolowicz, The protection s 15.

43 Citerat efter Cappelletti & Garth, The protection s 153 i not 160.

inevitably, give to civil litigation a law enforcement function much more powerful than now exists."[44]

Förutom till Tur hänvisar Jolowicz till Sir Jack Jacob som, muntligen, vid den ovan nämnda kongressen hävdade att engelsk rätt inte uppställer något hinder för en expansion av grupptalan ens de lege lata. I ett annat sammanhang – samma år som Turs uppsats och Jolowicz båda artiklar – förefaller dock Sir Jack mena att innovationer kan vara erforderliga på området:

"In England, as elsewhere also, there is a pressing need, for the purpose of safeguarding the public interest, to consider whether and how procedural machinery should be introduced to authorise proceedings by or on behalf of a representative group or class of persons, who have suffered the same or similar wrong or breach of duty especially in the field of consumer goods or the protection of the environment or the prevention of pollution."[45]

Ehuru inte lika namnkunnig som de ovan citerade auktoriteterna torde, som redan framgått, Tur vara den som haft det största inflytandet i class actiondebatten under senare år. Den litteratur Jolowicz hänvisar till är just den artikel av Tur[46] som redan citerats flera gånger i det föregående. Tur menar att frukterna av 20 års konsumentlagstiftning inte kan skördas om inte ganska radikala ändringar görs vad gäller "enforcement" och "remedies". Och även om class actions och "public actions" inte är några patentlösningar i det sammanhanget kan de ändå, anser Tur, erbjuda fungerande lösningar.[47]

Tur behandlar enbart konsumenträtten, men mycket av vad han säger äger giltighet även för andra rättsområden där class actioninstitutet fått stor betydelse i USA. Han konstaterar de svårigheter som är förbundna med att konsumentskyddet gäller ett "generalized or diffuse interest"; civilprocessen har traditionellt uppfattats enbart som ett sätt att lösa tvister mellan enstaka privata parter och presumtionen har legat för att söka lösningar på hur intressen av det här

44 Jolowicz, General ideas s 310.

45 Sir Jack Jacob i 1 Civil Justice Quarterly (1982) s 346. Denna artikel innehåller en utmärkt översikt rörande skyddet av "the public interest" i engelsk rätt. Betr möjligheterna i England de lege lata se även Miller, C J, Some problems s 14.

46 Tur, Litigation and the consumer interest; the class action and beyond i 2 Legal Studies, 1982, s 135 ff, se även Bates i 129 New Law Journal (1979) s 870 och 130 New Law Journal (1980) s 560. Även Miller C J (Consumer and trading, 1985, s 352 och 374) hänvisar till Turs uppsats.

47 A a s 136.

slaget skall tillgodoses på andra vägar än genom civilprocessen.[48] Enligt Tur finns det behov att initiera process just då de individuella skadorna är små men den obehöriga vinsten är stor. Tur nämner olika sätt att stimulera rättegång men antyder också deras brister: rättshjälp är inte tillgänglig för alla, skiljeförfaranden löser bara tvister på det individuella planet, pilotmål leder inte till tvång att fullgöra till alla, småmålsdomstolar fullgör inte sina avsedda uppgifter utan förvandlas av bolag och organisationer till billiga inkassobyråer för deras egna behov osv. Kumulation blir opraktiskt då det är fråga om stora grupper och "representative actions" i sin nu existerande engelska utformning accepteras inte vid fullgörelsetalan om skadestånd.[49] Och vad gäller konsumenträtten tycks inte administrativa organ räcka till; professor Galbraith's hårda beskrivning av deras livscykel är måhända träffande.[50]

För Tur framstår ett class actioninstitut av amerikansk modell som en attraktiv resurs inom konsumentpolitiken:[51] om A lurar B på en miljon pund finns det effektiva sätt att angripa det, men om A lurar 100.000 B på tio pund var är risken liten att han skall drabbas av någon civil sanktion om inte class actions accepteras. Denna skillnad framstår inte som rationellt betingad.

Tur menar alltså att en engelska "representative action" inte räcker till i sin nuvarande utformning. Han tycks inte ens uppfatta den engelska class actionvarianten som en class action i egentlig mening; class actioninstitutet har enligt hans uppfattning "developed originally in America"![52] Han vänder sig särskilt mot att man i engelsk rätt kräver individuella processer så fort det är fråga om flera personer som har skadeståndsanspråk; många gånger är det ju f ö mer eller mindre en slump om det är fråga om ett eller flera anspråk.[53] Tur vill undvika uppdelning av processen, åtminstone då de indivi-

48 A a s 139.

49 A a s 149 f.

50 Se citatet nedan i kap 13 s 527.

51 A a s 153.

52 Tur s 156.

53 Se t ex Tur s 155: ". . . where one individual books a meal in a restaurant for a group and all suffer food poisoning, or one individual books a coach which fails to arrive whereby all members of the party suffer, or, as was indeed the case in *Jackson*, an individual books a holiday which causes disappointment to the entire family, or party, by failing to conform to the tour operator's broschure".

duella skadorna är lätta att beräkna. Men det finns enligt hans åsikt också situationer då en uppdelning är lämplig, så t ex vid "mass accidents".[54]

Turs studie[55] leder fram till en entusiastisk rekommendation att antingen reformera den engelska "representative action" eller införa ett helt nytt class actioninstitut av amerikansk modell: "(c)learly, in an age of mass contracts, mass remedies are appropriate". Man skulle på så sätt, anser Tur, uppnå (åtminstone) sex fördelar: 1. en sådan processform skulle ligga i linje med Iherings syn på processens funktion; 2. det existerande behovet av en processform där en kan yrka skadestånd för många skulle tillgodoses; 3. processekonomiska fördelar och ökad enhetlighet i rättsskipningen skulle uppnås; 4. "unjust enrichment" skulle förhindras – inget rättssystem bör acceptera att en lagbrytare får behålla sina "illgotten gains"; 5. processformens avskräckande effekt skulle vara till konsumentkollektivets fördel och 6. class actioninstitutet skulle innebära ideologiska fördelar, en privatisering av "law enforcement"; processtypen representerar "the free-enterprise solution" på rättsliga problem och avlastar rättshjälp och administrativa myndigheter.

Turs systematisering av fördelarna med att "införa" class actions i England övertygar inte. Men entusiasmen går det inte att ta miste på. Att man skulle kunna lösa alla problem med class actions tror dock inte ens Tur; till ett reformerat class actioninstitut vill han lägga en form av organisationstalan av kontinental modell.[56]

Man må tycka vad man vill om Turs argumentation i vissa stycken; intressant är dock att han anser ett modernt class actioninstitut vara åtminstone tänkbart även i England. Att class actions kan ha ett visst – men mycket begränsat livsrum – även i ett rättssystem med en uttalat individualistisk syn på processens funktion och med helt andra regler om rättegångskostnader[57] än de ameri-

54 Tur s 158.

55 Tur s 160, där även vissa praktiska processuella problem antyds men inte diskuteras närmare. Det kan också nämnas att Tur entusiastiskt åberopar den nedan under 3.3.3 presenterade australiensiska diskussionspromemorian.

56 Tur s 164. – Det förtjänar påpekas att man i England redan nu har tillgång till en annan taleform – *relator actions* – som kan vara av intresse i sammanhanget, se härom nedan s 586 och 593 samt Sir Jack Jacob i 1 Civil Justice Quaterly 1982 s 341 ff.

57 I England tillämpas samma huvudregel som i Sverige, dvs att den tappande skall ersätta den vinnandes kostnader, så även för ombud ("the English rule" i

kanska framgår i och för sig redan av den (visserligen sparsamma) 1900-talspraxis som redovisats ovan. Men i vilken mån ett utbyggt system med grupptalan skulle förutsätta ändringar inte bara vad gäller den härskande uppfattningen om civilprocessens funktion utan även i kostnadsreglerna diskuteras tyvärr inte.[58]

De ovan refererade artiklarna av Jolowicz, Sir Jack Jacob och Tur följdes av några års relativ tystnad i engelsk praxis och doktrin.[59] Men som framgick ovan under 2.1 har frågan om representative och class actions fått förnyad aktualitet under 1988 till följd av "the Opren case".[60] Just nu (april 1988) överväger lordkanslern reformer på området.[61] Det finns all anledning att bevaka vad som kommer att hända under den närmaste tiden; frågan om class actions i England framstår just nu som hetare än på mer än hundra år.

3. Australien

3.1 Utveckling och dagsläge

För snart ett decennium sedan (1980) återspeglades ovissheten på class actionfronten i Australien i titeln på en av de ledande artiklarna om grupprättegångarnas ställning i detta land: "Class Actions For Australia? Do They Already Exist?"[62] Sedan dess har emellertid en hel del inträffat och mer förefaller vara på gång. Det blir snart

motsats till "the American no-fee rule" ovan s 290 ff). "Contingent fees" är förbjudna i engelsk rätt.

58 Tur går inte närmare in på kostnadsreglerna, det gör däremot i viss mån Jolowicz som dock bara nämner skillnaderna beträffande "contingent fees" gentemot USA, inte "the American rule" visavi "the English rule". Jfr även Uff 1986 s 61.

59 Se dock Miller, C J, Consumer and trading s 352 ff (1985) som förefaller positiv till reformer, så också Uff som i två artiklar i Civil Justice Quarterly (1986 och 1987) redogjort för rättsläget och sammanfattningsvis finner "present English law... clearly inadequate" då det gäller skyddet av gruppintressen och pekar på kanadensisk rättsutveckling som särskilt intressant i sammanhanget (1986 s 65).

60 Se ovan s 377 f. Fallet presenteras även av Uff 1987 s 17. "The Opren case" verkar ha förbytt Uffs pessimism om utvecklingen till en viss optimism (s 15). Uff redovisar även ytterligare några rättsfall av intresse i sammanhanget och föreslår (s 18) att Ord. 15, rule 12 (ovan s 373) ändras för att passa bättre vid "mass torts".

61 Ovan s 378 med not 30.

62 Debelle, B, i 54 the Australian Law Journal (1980) s 508 ff.

anledning att återkomma till det. Så här inledningsvis skall bara konstateras att class (representative) actions förekom i Australien åtminstone i början av vårt århundrade för att sedan, liksom i England, försvinna nästan helt från domstolarna. Under hela 1970-talet finns inte ett enda rättsfall om class actions (med klassen på kärandesidan) att redovisa från de australiensiska domstolarna.[63] Men processformen har diskuterats ganska flitigt i doktrinen under senare år, särskilt sedan "The Australian Law Reform Commission" 1979 lade fram ett "discussion paper" rörande federala class actions.[64]

Nyssnämnda diskussionspromemoria (omfattande 41 s) är visserligen väl utarbetad och tar upp en hel rad praktiska och teoretiska frågor om class actions. Men promemorian var inte något lagförslag i egentlig mening utan snarare ett slags försöksballong avsedd att fungera som underlag för en informell remissbehandling.[65] Lagkommittén har sedan arbetat vidare med frågan och ett slutgiltigt förslag var planerat till april 1987.[66] Utredningen har sedan försenats och i dagsläget förefaller det troligt att betänkandet kommer att offentliggöras i slutet av 1988.[67] Jag återkommer till detta federala lagförslag nedan under 3.3.3 och i Tillägg efter kapitel 15.

Även på det delstatliga planet har aktivitet förekommit på lagstiftningsområdet. I delstaten Victoria (med Melbourne som huvudstad) har man nyligen infört en bestämmelse av stor betydelse ur class actionsynpunkt. Den nya regeln presenteras under 3.2.1. Och i delstaten South Australia (med Adelaide som huvudstad) lanserades ett helt utarbetat lagförslag så tidigt som 1977.[68] Förslaget har dock

63 Class Actions – The Canadian Experience (i Law Institute Journal 1979 s 721 ff) s 721. – Däremot används representative actions ibland för att kollektivt stämma in samtliga medlemmar i vissa klubbar och föreningar, jfr nedan s 392 f i not 90. – Den ovan i texten återgivna titeln på en tidskriftsartikel anspelar nog i minst lika hög grad till att representative actions kanske inte längre kan uppfattas som class actions i modern mening än till den sparsamma förekomsten i praxis.

64 Discussion Paper nr 11, Access to Courts, 11 Class actions (benämns i fortsättningen PM).

65 Detta framhålls kraftigt på promemorians titelsida.

66 Uppgift från utredningssekreterarna John Basten och Peter Cashman vid samtal i augusti 1986.

67 Brev från John Basten 23 februari 1988.

68 Thirty-sixth report of the law reform committee of South Australia relating to class actions, 1977.

ännu inte lett till lagstiftning. Det återges nedan under 3.2.2. Men först skall den allmänna utvecklingen och gällande rätt i Australien beskrivas.

Det har redan framgått att rättssystemet i Australien påminner en del om förhållandena i USA och Kanada: delstaterna har egen lagstiftning – även på processuella området – men det existerar också en "federal" lagstiftning med mer övergripande giltighet. Domstolsorganisationen är – liksom i USA och Kanada – uppdelad i en federal domstolshierarki (med "the High Court of Australia" som högsta instans) och ett delstatligt domstolsväsende med en "Supreme Court" i toppen i respektive delstat.[69] Det federala domstolsväsendet har dock inte på långt när samma betydelse som i USA; tyngdpunkten i rättsskipningen ligger än så länge[70] otvivelaktigt på de delstatliga domstolarna. Ytterst få frågor kan nå "the High Court" via den federala hierarkin och än färre genom fullföljd från "the Supreme Court" i varje delstat. Men den federala lagstiftningen har direkt giltighet i territorierna och i huvudstaden Canberra som alltså saknar "egen" lagstiftning. Härigenom utökas det federala regelsystemets betydelse i motsvarande mån.

Åtminstone fram till mitten på 1950-talet utövade engelsk processrätt otvivelaktigt ett mycket stort inflytande i Australien; "acts" och "rules"[71] utfärdade i England gällde nästan genomgående även i Australien[72] och engelska prejudikat åberopades i minst samma utsträckning som australiensiska. Utvecklingen under de senaste decennierna verkar dock gå i riktning bort från det engelska inflytandet och mot ökat intresse för ett autonomt rättssystem och enhetlighet delstaterna emellan; ibland skymtar rent av visioner om ett gemensamt australiensiskt rättssystem åtminstone i processuellt hänseende.[73]

I de flesta delstater är, som redan framgått, situationen på class actionområdet likartad med förhållandena i England: det finns visserligen ett rättsligt underlag för en "representative action", men

69 Se beträffande USA ovan s 110 med not 2, betr Kanada nedan s 408 not 150.

70 Diskussioner har påbörjats om att införa en enhetlig domstolsorganisation men en sådan reform ligger ännu mycket långt bort, se Williams i Civil Justice Quarterly 1985 s 150 ff.

71 Se härom ovan s 372, jfr nedan not 91 och 95.

72 Williams a a s 49 ff och 151.

73 Se a a s 157 ff.

sådan grupptalan har sällan kommit till användning och kan inte begagnas för kollektiv skadeståndstalan annat än i särskilda fall.[74] Denna "representative action", finns reglerad på nästan likalydande sätt i de olika delstatliga processlagarna, så t ex i Order 16 Rule 9 för Supreme Court of Victoria:[75]

> "Where there are numerous persons having *the same interest* in one cause or matter, one or more of such persons may sue or be sued, or may be authorized by the Court or a Judge to defend in such cause or matter on behalf or for the benefit of all persons so interested." (min kursivering)

Regeln ansluter som synes nära till den äldre, nu ändrade, motsvarigheten i Order 15, Rule 10 i England.[76] Och de rättsfall som i allmänhet åberopas och diskuteras är – i linje med vad nyss anförts – i stor utsträckning hämtade från engelsk rätt.[77] Rättsfallet *Markt*[78] förefaller ha haft en lika återhållande verkan på class actionfrekvensen i Australien som i England; skadeståndstalan anses nära nog utesluten. Grupprättegång förutsätter att alla anspråk stöder sig på samma grund och att så gott som samtliga sak- och rättsfrågor är gemensamma.

Liksom vid en amerikansk class action (och en engelsk representative action) träffas alla gruppmedlemmar av domens rättskraft också vid motsvarande taleform i Australien. Men i motsats till vad som gäller vid en amerikansk Rule 23 (b)(3) class action upprätthålls inte något krav på notice och det finns inte heller någon möjlighet till opt-out, däremot en rätt för gruppmedlemmarna att intervenera till förmån för svaranden. En annan skillnad är att käranden tycks kunna återkalla sin talan och ingå förlikning efter gottfinnande, åtminstone för egen del.[79] Vidare gäller inte – vid representative actions lika lite som i andra tvistemål – den amerikanska regeln om kvittning av rättegångskostnaderna ("the American Rule"); tappande part svarar för huvuddelen av den vinnandes kostnader och endast

74 Debelle s 508, jfr beträffande England ovan s 376 f.

75 Som framgår nedan under 3.3 kom en ny lydelse att gälla fr o m 1987. Dessutom har regeln i Victoria kompletterats med en ny bestämmelse av mera renodlad class actionkaraktär, se nedan s 392 ff.

76 Ovan s 372 f.

77 Ovan s 388

78 Ovan s 375 f.

79 Debelle s 509, jfr dock Williams Supreme Court Practice s 229.

de gruppmedlemmar som för talan löper kostnadsrisk. Även ersättning för ombud kan utgå, men domstolarna dömer sällan ut hela det verkliga beloppet.[80] Systemet med "contingent fees" är inte accepterat och "maintenance" är förbjudet.[81]

Mot bakgrund av det föregående kan det med visst fog sägas att den australiensiska – liksom den engelska – formen av grupptalan är radikalare än sin amerikanska motsvarighet på så sätt att reglerna inte ger något skydd för tredje man vare sig i form av officialprövning, notice eller möjlighet till opt-out. Vid närmare eftertanke framstår dock skillnaderna delvis som illusoriska. Kravet på "same interest" i australiensisk rätt går ju – åtminstone efter *Markt* – längre än motsvarande amerikanska regel om bl a "commonality"[82] och riskerna att klassrepresentanten har intressen som avviker från gruppens torde därför vara liten. Vidare förekommer obligatoriska regler om notice och opt-out endast vid (b)(3) class actions i USA, dvs vid fullgörelsetalan rörande skadestånd, och sådan grupptalan accepteras ju numera endast undantagsvis i Australien och England.

Skillnaderna ifråga om t ex notice förklaras enligt Debelle av att den australiensiska författningen – i linje med vad som gäller i England – inte innehåller någon motsvarighet till den amerikanska författningens krav på "due process".[83] Men det kan diskuteras om detta förhållande verkligen är avgörande i sammanhanget. Som nyss påpekats förekommer inte heller vare sig obligatorisk – däremot fakultativ – notice eller opt-out (överhuvudtaget) vid den amerikanska motsvarigheten till representative actions, dvs class actions enligt Rule 23 (b)(1) och (b)(2), och detta trots att rättskraften drabbar alla som ingår i gruppen även i dessa fall. Det konstitutionella kravet på "due process" vid amerikanska class actions uppfylls inte genom notice och opt-out utan genom prövningen av om käranden uppfyller fordringarna på "adequacy of representation".[84] Och även om denna prövning är relativt ambitiös i amerikansk rätt förefaller utvecklingen gå mot en dämpning; eftersom det i allmänhet är

80 Jfr Debelle s 510. Enligt Debelle (s 509 not 9) brukar vinnande part tilldömas mellan hälften och två tredjedelar av sina rättegångskostnader inkl ombudsarvode.

81 A st. Betr "maintenance" se ovan s 310 ff.

82 Ovan s 185 f.

83 Jfr Debelle s 513 not 44.

84 Ovan s 189 ff.

ombudet som är initiativtagare till processen och dess "verkliga" drivkraft är en ingående prövning av *partens* representativitet många gånger bortkastad. Käranden står i bakgrunden, visar sig ofta inte överhuvudtaget och försvinner snabbt i bakgrunden.[85] På så sätt erbjuder den amerikanska regleringen knappast så mycket mer skydd för gruppmedlemmarna än den begränsade prövning av "adequacy" som sker i t ex engelsk och australiensisk rätt via kravet på "same interest".

Skillnaderna i officialprövning och processledning däremot kan utgöra en av förklaringsgrunderna till att class actions tillåts så mycket oftare i USA än representative actions i Australien. De amerikanska domarna förefaller mer benägna än de engelska och australiensiska att fullgöra långtgående processledande uppgifter i mål då detta är påkallat. Detta, liksom att förlikning och återkallelse fordrar domstolens godkännande i amerikansk rätt, framstår som väsentligare för tredjemansskyddet än notice, opt-out och prövning av kärandens "adequacy of representation". Skall en person kunna anförtros att processa för andras räkning utan deras uppdrag måste det ske under överinseende av en kraftfull domare.

Ja, ett livaktigt class actioninstitut är nog svårt att åstadkomma – i Australien likaväl som i andra länder – så länge en passiv domarattityd är förhärskande; riskerna för tredjeman blir för stora om processen överlåts helt åt parterna. Och en förändring av domarrollen förutsätter sannolikt en motsvarande åsiktsförskjutning vad gäller processens funktion; privat konfliktlösning med en snäv tvåpartsbegränsning motiverar inte alls en aktivering av domaren i samma utsträckning som en process med inriktning även på handlingsdirigering. Synen på civilprocessens funktion går i sin tur att föra tillbaka på vilka uppgifter man är beredd att ge civilrätten; är man t ex benägen att begränsa skadeståndsrättens funktion till rent reparativa uppgifter blir tankar om grupprättegång med ty åtföljande aktiv processledning mindre intressanta än om man är beredd att arbeta med skadestånd även i preventivt syfte, som en form av "deterrence".[86]

Jämför man det amerikanska class actioninstitutet med sina nuvarande engelska och australiensiska motsvarigheter mot den här bak-

85 Garth i brev 14 november 1984.

86 Jfr ovan s 272 betr "minimum" och "treble damage" (dvs "punitive damages").

grunden framstår det som följdriktigt att utvecklingen i England och Australien företett starka drag av stagnation och nedgång, medan man i USA kan iaktta en kraftig expansion av class actioninstitutet under vissa perioder av 1900-talet. Den negativa attityd som råder i England då det gäller att tillerkänna civilrätten uppgifter som sträcker sig utöver "the remedial level" på t ex skadeståndsrättens område har varit förhärskande även i Australien, medan amerikanarna traditionellt arbetar med starka inslag av preventionstänkande även på skadeståndsrättens område.[87] Men i såväl England som Australien förefaller ett nytänkande vara på väg.[88]

Utgångspunkten och förutsättningarna för en reform av class actioninstitutet verkar alltså vara i stort sett desamma i Australien och i England. Det kan därför framstå som överflödigt att här presentera situationen i för oss så exotiska rättssystem som det australiensiska och det kanadensiska. Allt som hänt i England under de senaste decennierna är ju en fortsatt stagnation av den representativa grupprocessen allt medan det i doktrinen blott förekommit enstaka inlägg med rekommendation om reformer. Först i början på 1988 förefaller saker ha börjat hända. Man kan lätt förledas tro att bilden fortfarande är densamma i Australien. Det följande kommer dock att visa att så inte är fallet.

3.2 Ny lagstiftning och aktuella reformer

3.2.1 Delstaten Victoria

Fram till årsskiftet 1986/87 gällde i delstaten Victoria den regel om "representative action" som återgavs ovan under 3.1 och som återfinns nära nog likalydande i alla australiensiska delstaters processuella reglering. I anslutning till den totala revision som skett av Victorias processrätt under senare år[89] har lydelsen ändrats något men innebörden är densamma som tidigare och bestämmelsen (nu Order 18) kommer nog att användas lika sällan som förut.[90]

87 Ovan s 271 f.

88 Betr England se ovan s 380 f.

89 Se härom Williams i 3 Civil Justice Quarterly 1985 s 49 ff.

90 Representative actions tycks numera ha sitt huvudsakliga användningsområde då det gäller talan av eller emot medlemmar i "unincorporated associations", så Williams vid samtal i augusti 1986, och densamme i preliminärt manuskript till ny lagkommentar kap 4 avsnitt 28. Eftersom "unincorporated

Av betydligt större intresse ur class actionsynpunkt är den regel som tillkom 1984 och som är avsedd att tillämpas vid sidan av den gamla, inte att ersätta den. Den nya bestämmelsen, som kan komma att medföra ett genombrott för class actions i Victoria, har införts i the Supreme Court Act no 79 som "sub-section" 61(1C)[91] och lyder:

> "Where provision is made by any Act, law or rule for two or more persons to be joined in one action as plaintiffs one or more of such persons may notwithstanding any Act, law or practice to the contrary but subject to any direction as to the procedure to be followed in the action given by the court of a judge in any particular case sue on behalf of or for the benefit of all the persons who may be so joined."

Regeln, som bara ger möjlighet till class actions på kärandesidan, är som synes konstruerad som en komplettering till kumulationsreglerna ("two or more persons to be joined in one action") och ger domaren möjlighet att tillåta en person att processa för alla – även rörande skadestånd – om rekvisiten för subjektiv kumulation är uppfyllda. På detta sätt kommer begränsningarna i den gamla (och fortfarande gällande regeln) om representative actions – fastlagda i t ex rättsfallet *Markt*[92] att upphävas ("notwithstanding. . .") och ersättas av de krav som gäller enligt kumulationsreglerna, där man inte ställer krav på "same interest" men väl på att anspråken:

> "(i) arise out of the same transactions or series of transactions;
> (ii) involve a common question of law or fact; and
> (iii) can be conveniently tried together."

Intressant är att kumulationsreglerna inte tycks innehålla något absolut krav att anspråken skall stödja sig på samma grund; även en serie transaktioner kan ju bilda underlag för en sammanslagning av målen. Det tredje kumulationsrekvisitet ("can be conveniently tried together") anses tydligen ge domaren tillräckligt utrymme att hejda en class action i olämpliga fall; risken för en excessiv användning av det nya class actioninstitutet borde därmed vara begränsad.

aggregates of persons" blivit mer sällsynta efter tillkomsten av 1981 års Associations Incorporation Act tycks "representative actions" enligt denna regel (och dess efterföljare) nära nog ha spelat ut sin roll, jfr ovan s 387 och betr England ovan s 377.

91 Det är alltså frågan om en regel utfärdad av parlamentet (på initiativ av justitieministern), inte en av Supreme Court införd "Rule", jfr nedan not 95.

92 Ovan s 375 f.

Det har också visat sig att kopplingen till kumulationsreglerna alls inte medfört att domaren tillåtit class actions av det nya slaget i alltför hög grad; man har hittills mycket sällan givit möjlighet till process enligt den nya regeln. Att så blivit fallet torde bero på (åtminstone) tre omständigheter. *För det första* förefaller farhågorna att nya class actionregler skall leda till ett excessivt processande vara en av de myter som gång på gång motsägs av verkligheten.[93] *För det andra* har kumulationsrekvisitet "same transaction or series of transactions" hittills tolkats mycket restriktivt i praxis, så t ex i rättsfallen *Payne v. Young* (1981) och *Marino v. Esanda Limited* (1986).[94] Man förefaller i princip fortfarande kräva att anspråken skall stödja sig på samma, inte bara likartad, grund för att kumulation – och därmed också det nya class actionalternativet – skall tillåtas. Och *för det tredje* framstår naturligt nog den nya processformen kanske som mindre lockande, eller rent av främmande och motbjudande, för en domare med traditionell uppfattning om sin roll i processen. Detta gäller särskilt eftersom man i den nya regeln i Victoria inte med ett ord berör alla de svåra processuella frågor en class action kan aktualisera![95] I detta läge är det givetvis frestande

93 Jfr nedan i kap 15 avsnitt 3.1 och situationen i Quebec (nedan s 416) samt Law Reform Commission of Australia, Reform of procedures involving numerous parties (otryckt manuskript innefattande inledningen till ett seminarium våren 1986, citeras i fortsättningen "Inledning") s 6.

94 *Payne v. Young* har beteckningen 2 KB 102, 30 ALR (Australian Law Reports) 577. Det andra målet *Marino v. Esanda Limited* nådde Supreme Court där det avgjordes i juni 1986. Man tolkade åter (se ovan s 389) de indirekt relevanta kumulationsrekvisiten mycket snävt och vägrade käranden att föra talan som en class action p g a att kravet på "same series of transactions" inte var uppfyllt. Målet gällde kreditvillkoren vid köp från en viss firma (Esanda) och käranden yrkade att lånevillkoren skulle förklaras ogiltiga och viss återbetalning ske till köparna i de fall detta kontrakt använts. Käranden ansåg att säljarens regelbundna användning av lånekontraktet innefattade en "series of transactions" i kumulationsbestämmelsens mening men Supreme Court gick inte på hans linje; fallet liknas vid den situationen att ett antal personer samma morgon går in i en affär och köper var sitt paket förgiftat smör. Bl a det ovannämnda rättsfallet *Payne v. Young* anfördes som skäl för att inte tillåta kumulation – och därmed class action – i detta fall.

95 En "Act" kan ju så småningom föranleda Supreme Court att utfärda "rules" rörande dess tillämpning men så har, såvitt jag vet, ännu inte skett i anslutning till den nya class actionregeln. I en artikel om den nya regeln rekommenderar författaren domare och advokater som står inför en potentiell class action att noga överväga den lärdom som samlats i förslagen från South Australia (nedan s 396 ff) och i den kanadensiska Ontario Report (nedan s 417 ff), den sistnämnda omfattande ca 1 000 sidor! (*Pinos, T*, i 58 Law Institute Journal, 1984, s 957).

för domaren att låta kumulationsregelns tredje rekvisit ("can be conveniently tried together") sätta stopp för processen.

Det kommer snart att visa sig om det är just en snäv tillämpning av kumulationsrekvisiten som lett till att den nya class actionbestämmelsen hittills utnyttjats så sällan. Den nyssnämnda kumulationsregeln kommer nämligen snart (1 januari 1987) att ersättas av en ny, mera öppen, regel som ger domstolen rätt att tillåta kumulation – och därmed också en class action av den nya typen – efter helt fria överväganden; till de sedvanliga kumulationsrekvisiten har helt enkelt fogats att kumulation kan ske "where the Court . . . gives leave to do so". (Order 9.02(b))

Det skall bli spännande att studera utvecklingen i Victoria efter de senaste årens lagändringar; den nya class actionregeln kan mycket väl visa sig bli en av de viktigaste processuella innovationerna i Victoria i den omfattande revision av processrätten som skett under de senaste åren.[96] Någon flodvåg av class actions kommer det dock säkert inte att bli frågan om. Till de tre ovannämnda skäl som talar mot en sådan utveckling[97] skall läggas att man inte ändrat kostnadsreglerna i anslutning till de nya möjligheterna till class actions och att även detta torde ha en tillbakahållande effekt.

Principen om den tappandes partiella ansvar för den vinnandes kostnader i kombination med förbudet mot contingent fees och maintenance[98] är naturligtvis inte befrämjande för class actionfrekvensen.[99] De kostnadsregler som gäller i Australien är sannolikt de mest class actionfientliga man kan tänka sig; ännu mer oförmånliga än t ex den svenska huvudprincipen om full kostnadstäckning till den vinnande. Med regeln att part blott får ersättning för mellan hälften och två tredjedelar av sina kostnader[100] blir vissa småbelopp oprocessbara – såväl individuellt som i form av grupprättegång – samtidigt som risken att drabbas av höga motpartskostnader torde verka avhållande på presumtiva class actionkäranden. Under dessa förhållanden kan class actioninstitutet åtminstone inte röra upp process ("stir up litigation") i frågor som annars ej skulle nå domstol. I det, såvitt jag vet, enda class actionmål som nått högsta instans i

96 Så Pinos s 957.

97 Ovan s 394.

98 Se ovan s 310 ff.

99 Se t ex Debelle s 509 och ovan i kap 9 s 327 ff.

100 Ovan s 390 not 80.

Victoria[101] gällde de individuella kraven så höga belopp att process(-er) sannolikt skulle ha kommit till stånd även om det saknats möjlighet att föra en class action. Det var alltså frågan om individuellt processbara anspråk och class actioninstitutet fyllde främst en processekonomisk funktion.[102]

Utvecklingen i Victoria visar att reformer av class actioninstitutet inte alltid kopplas till ändringar i reglerna om rättegångskostnader.[103] Men de förslag som aktualiserats i andra delstater – och världsdelar – förefaller gå i en annan riktning i detta hänseende.

3.2.2 Delstaten South Australia

I delstaten South Australia finns (ännu) inte någon motsvarighet till den nya class actionvarianten i Victoria. Däremot gäller nästan exakt samma bestämmelser om kumulation och representative actions som gällde i Victoria fram till årsskiftet 1986/87; subjektiv kumulation förutsätter att anspråken uppkommit på grund av "the same transaction or series of transactions" och en representative action får bara föras om "seven or more persons have the same interest in the subject matter" (Order 16 Rule 1 resp 9). I en enhällig rapport från 1977[104] konstaterar the Law Reform Commission of South Australia att dessa regler i stort sett fungerat väl; bl a har representative actions använts som "*ad hoc* expedients to deal with lacunae in the present law".[105] Man slår också fast att reglerna om grupprättegångar av detta slag inte längre räcker till då de konfronteras med viktiga dagsaktuella frågor om miljö- och konsumentskydd, t ex då

101 *Marino v. Esanda Ltd,* ovan i not 94.

102 Betr uttrycket individuellt processbara anspråk, se nedan s 449 f.

103 Jfr MacDonald & Rowley s 359, som föreslår helt bibehållna kostnadsregler vid en class actionreform i Ontario (nedan s 424 not 236). Se även nedan s 413 ff betr situationen i Quebec där kostnadsreglerna lämnats orörda men särskilda statliga fonder inrättats för att öka processbenägenheten. Även i Australien förekommer möjlighet till statligt ekonomiskt stöd i vissa fall då processen är av stort allmänt intresse och detta även om käranden har höga inkomster. Såvitt jag vet har dock hittills den regeln inte aktualiserats i samband med en class action i Victoria. Däremot föreslogs särskilda class actionfonder liknande de kanadensiska i den nedan under 3.3.3 presenterade diskussionspromemorian (jfr Debelle s 512).

104 Thirty-sixth report of the law reform committee of South Australia relating to class actions, 1977.

105 A a s 4–6. Intressant är att class actioninstitutets uppgift att fylla en subsidiär materiellrättslig uppgift här påtalas redan före Yeazells artiklar (ovan kap 2 s 73 ff) där detta görs till ett av huvudnumren.

en stor mängd personer "luras" på småbelopp som tillsammans medför avsevärd illegal profit för "the wrong-doer". Man påtalar att class actioninstitutet framstår som ett viktigt inslag då det gäller att förse de vanliga medborgarna med instrument att genomdriva sina rättigheter på t ex konsument- och miljöområdet, där intressena på nyss antytt sätt ofta är så diffusa och utspridda att ingen enskild individ är beredd att ta på sig de risker och kostnader en process innebär.[106] Den existerande regleringen om representative actions passar inte för dessa fall eftersom det är fråga om skadestånd och anspråken inte stöder sig på samma grund. De risker som följer av gällande kostnadsregler – här desamma som i Australien i övrigt – framställs också som ett avgörande hinder för ett utnyttjande av representativ grupptalan i konsument- och miljömål.

Mot den här bakgrunden bygger kommittén upp ett resonemang om tänkbara vägar att nå fram till ett reformerat class actioninstitut. Rapporten mynnar ut i ett färdigt lagförslag omfattande sex sidor lagtext. I det följande återges det viktigaste av förslaget, framför allt vad gäller kostnadsreglerna.

Det förslag kommittén lägger fram sägs vara mera inspirerat av den kanadensiska debatten än av den amerikanska Rule 23,[107] men förslaget lånar ändå uppenbarligen mycket från den sistnämnda regeln, så t ex de flesta av de sju prövostenar som diskuterats ovan i kapitel 5. Men det finns också skillnader. Reglerna om notice är mer flexibla än bestämmelserna i Rule 23 såsom dessa tolkats i *Eisen*; man befarar att detta rättsfall kommer att "cripple class actions in that country in the majority of cases".[108] Vidare föreslås en regel om att domstolen skall ta ställning till om kärandens talan "is brought in good faith and appears to have merits" (3.(3.)(9)), dvs en "preliminary test on the merits", som många förordat de lege ferenda även för amerikanskt vidkommande.[109]

Att kärandens talan åtminstone inte får framstå som ogrundad redan vid en preliminär bedömning har säkert varit en förutsättning för kommitténs radikala förslag vad gäller rättegångskostnader-

106 Jfr härom ovan i kap 1 s 11 ff.

107 Förslaget s 7. Indirekt är det ändå frågan om både kanadensisk och australiensisk påverkan på så sätt att det ifrågavarande kanadensiska förslaget hade utarbetats av professor Williams, som då arbetade i Kanada men dessförinnan var och numera är knuten till universitetet i Melbourne.

108 Förslaget s 7.

109 Ovan s 344 ff.

na.[110] Man påpekar kostnadsreglernas avgörande betydelse och säger sig ha övervägt dem noga; radikala kostnadsregler är enligt kommittén en nödvändig förutsättning för ett effektivt class action-institut.[111] Om käranden utsätts för risken att behöva betala motpartskostnader kommer class actioninstitutet enligt kommitténs uppfattning att komma till användning alltför sällan. Man förordar därför att vanliga kostnadsregler – dvs den tappandes skyldighet att ersätta den vinnandes kostnader – skall gälla om domstolen inte accepterat att talan förs som en class action och om talan bifalles. Däremot skall kostnaderna kvittas om käranden får sin talan godtagen som en class action (han har ju då visat att det fanns ett åtminstone någorlunda hållbart materiellt underlag att starta process) men denna sedermera ogillas.

"The American Rule" skulle alltså gälla om käranden förlorar först sedan tillstånd meddelats till att föra processen som en class action. Kommittén inser naturligtvis att detta innebär en "orättvisa" gentemot svaranden. Liknande förslag har presenterats av andra class actiondebattörer[112] och regeln är för övrigt nära nog identisk med regeln i 5:2 lagen om rättegången i arbetstvister och den bestämmelse om rättegångskostnaderna i konsumentmål som föreslogs av rättegångsutredningen.[113] Ovanligt är att "orättvisan" redovisas och motiveras så öppet som sker i det australiensiska förslaget:

> "We appreciate the potential in this recommendation for injustice to a defendant who defeats the class claim but nevertheless cannot recover his costs. It is palliated to some extent by the fact that the plaintiff must show *bona fides* and an appearance of merit to obtain the order to proceed and by the fact that the defendants to class actions will, almost without exception, be public authorities or large corporations which will not find the costs of litigation ruinous. Nevertheless, the potential for injustice is there and must be acknowledged. It must be balanced against the serious injustice now done to great numbers of people who suffer loss and have no effective remedy. If, as we believe, this latter injustice can only be prevented by relieving the representative plaintiff of the ordinary party and party costs liability, we think that the balance is in favour of taking that course."[114]

110 Jfr nedan s 425 betr Ontario Report.

111 Förslaget s 7.

112 Se t ex ovan i not 103 a st.

113 SOU 1982:26 s 228.

114 Förslaget s 8.

Den radikala kostnadsregeln motiveras alltså i huvudsak med att svarandena i processer av det här slaget i allmänhet har ekonomiska förutsättningar att bära sina egna kostnader[115] och av att en ännu större orättvisa begås om man inte ger alla dem, som nu utsätts för förluster, ett effektivt processuellt medel att komma till sin rätt.

Men kommittén har alltså inte stannat vid att föreslå en generell kvittningsregel i stil med den amerikanska; kvittning blir bara aktuell om käranden förlorar. Vinner han skall svaranden förpliktas ersätta hans kostnader. Förslaget innefattar alltså en ensidig kvittningsregel ("one-way rule"); i avsaknad av det amerikanska systemet med contingent fees, som man inte törs införa fullt ut,[116] skulle käranden enligt kommitténs uppfattning avskräckas alltför mycket från process om han måste stå för de egna kostnaderna vid vinst. Införs inte "contingent fees" blir ju vissa anspråk oprocessbara. Vinner käranden skall han därför enligt kommitténs förslag tillerkännas rätt till ersättning för sina kostnader. Men inte nog med det: inte bara hela kostnaderna – vilket är mer än vad som brukar utgå i Australien[117] – utan *mer* än de faktiska kostnaderna skall utdömas, bl a för att ombudet skall kunna få täckning för sådana class action-processer som inte slutat med bifall. Man föreslår alltså ett slags maskerat provisionsarvode: överbetalning vid vinst (dock inte provisionsberäkning av arvodet), ingen ersättning alls vid förlust.

Ytterligare en nyhet lanseras i kostnadshänseende; skadestånd som svaranden åläggs att betala in till domstolen och som sedan inte tas i anspråk, t ex på grund av att vissa klassmedlemmar inte hör av sig, skall föras över till en särskild fond som sedan kan användas av domstolen till att lindra såväl kärandens som svarandens kostnadsplågor vid class actions.[118]

Avsnittet om kostnadsreglerna framstår som den kanske mest intressanta – och måhända mest orealistiska – delen i kommitténs förslag. Man har uppenbarligen inte velat nöja sig med några halvmessyrer. Ytterligare ett radikalt inslag i kommitténs förslag är att

115 Jfr nedan s 416 not 193 betr situationen på svarandesidan i ett antal class actions i Quebec.

116 Man uppfattar på sina håll "contingent fees" som ett slags Pandoras ask; öppnar man locket på glänt kan vad som helst flyga ut och ställa till med problem. (Muntlig uppgift från de ovan i not 66 nämnda utredningssekreterarna.)

117 Ovan s 390 not 80.

118 Förslaget s 10.

vissa statliga organ och myndigheter skall kunna föra en class action då målet gäller "wrongs suffered by a class consisting of numerous members of the public in areas of particular public concern, certainly in the consumer and in environmental areas". Det blir anledning att återkomma till sådana lösningar i kapitel 14.

Kommitténs förslag lades fram 1977 men har ännu inte lett till lagstiftning. Jag har inte lyckats få reda på vad som varit det avgörande hindret. Men det skall påpekas att förslaget knappast kan viftas bort som ett orealistiskt hugskott från några politiskt omöjliga och juridiskt okunniga amatörer. Lagkommittén, som var helt enhällig i sitt förslag, bestod vid den aktuella tidpunkten av sex personer som i dag alla är domare i högsta domstolen i South Australia. En av dem är nu ordförande i högsta domstolen efter att tidigare bl a ha arbetat som advokat med särskild inriktning på skadeståndsrätt och även ha suttit som liberal justitieminister i delstaten.

3.2.3 Federala förslag

1977 var ett märkesår i australiensisk class actionhistoria. Då presenterade lagkommittén i South Australia det förslag som nyss diskuterats under 3.2, i New South Wales (med Sydney som huvudstad) infördes den lag mot könsdiskriminering som skall beröras nedan under 3.3.4 och på det federala planet uppdrog justitieministern åt the Law Reform Commission (på det federala området) att utarbeta dels en rapport om "standing in public interest litigation", dels ock att utreda frågan om ett nytt class actioninstitut. Slutrapporten om talerätt vid "public interest litigation[119] lades fram 1985 medan slutrapporten rörande class actions väntas först i slutet av 1988. Att den sistnämnda rapporten blivit försenad anses dock inte bero på att frågan fått lägre prioritet utan på stor arbetsbelastning i kommittén i kombination med utbyte av ledamöter vid flera tillfällen.[120]

Redan 1979 lade emellertid kommittén fram den diskussionspromemoria som nämnts inledningsvis i detta kapitel.[121] Den innehåller visserligen inte något färdigt förslag men väl en (40-sidig)

119 A st.

120 Inledning (se ovan not 93) s 1. – Betr de federala domstolarnas kompetens se ovan s 388.

121 Ovan s 387.

genomgång av aktuella problem och tänkbara lösningar på class actionområdet. En av kommitténs ledamöter, Bruce Debelle, har 1980 kompletterat promemorian med en artikel[122] och vid inledningen till ett seminarium våren 1986 presenterade företrädare för kommittén ytterligare en del synpunkter.[123] Detta material, liksom en del kompletterande upplysningar jag erhållit vid personliga samtal (augusti 1986) med de personer som arbetat med att färdigställa slutrapporten, bildar underlag för den följande framställningen. Det måste dock betonas att kommitténs slutrapport inte förelåg i manuskript när detta skrevs (november 1987) och att uppgifterna därför inte gör anspråk på att stämma överens med vad som kan komma att bli kommitténs slutgiltiga ställningstaganden (varom nedan efter kapitel 15 i "Tillägg"). Företrädare för kommittén har våren 1988 önskat avstå från att avslöja innehållet i det kommande betänkandet. Jag utgår i stället ofta från Debelles ovan angivna uppsats eftersom denna innehåller en rad klara åsikter i frågor där kommittén i sin diskussionspromemoria huvudsakligen presenterat problemställningarna och angivit alternativa lösningar.

Den modell Debelle (och sannolikt kommittén) förespråkar påminner en hel del om det förslag jag diskuterat ovan under 3.3.2 (South Australia). Det är alltså inte fråga om någon blåkopia på den amerikanska Rule 23 utan en vidareutveckling avsedd att bättre passa för förhållandena i Australien.[124] Men likheterna med Rule 23 är ändå påfallande.

Låt oss emellertid börja med kostnadsreglerna. Debelle föreslår att särskilda fonder tillskapas för att ge möjlighet till ersättning för rättegångskostnader vid class actions. Han ifrågasätter också "the English rule" och påpekar att man i Australien redan frånfallit huvudregeln om den tappandes ansvar för den vinnandes kostnader i en rad måltyper, så t ex i brottsmål, vid "small claim courts", och "magistrate courts" samt i "industrial relations actions" och vid "town planning tribunals". Kvittning av rättegångskostnaderna i class actionmål skulle alltså inte innebära någon principiell nyhet. Debelle kan tänka sig en kostnadsregel av innebörd att vinnande svarande skulle få ersättning för sina kostnader bara om han visar att

122 Debelle i ovan i not 62 a a.

123 Här avses den ovan i not 93 nämnda (otryckta) inledningen.

124 Debelle s 509, 512 ff och 516.

ingen "public issue of substance was involved in the litigation or that the proceedings were frivoulous or vexatious".[125]

Det förefaller dock som om man numera inom kommittén anser det orealistiskt att få tillräckligt stöd för en sådan "one-way rule" som Debelle tänkt sig och mycket tyder på att kommittén inskränker sig till att förespråka kvittning av rättegångskostnaderna oavsett utgången ("two-way rule") i kombination med rättshjälp i vissa fall och ett försiktigt avsteg från det australiensiska förbudet mot "contingent fees". Se vidare nedan efter kapitel 15 i "Tillägg".

Hur har då Debelle – och kommittén – sett på tredjemansskyddet: kan man verkligen fortsätta utan officialprövning, notice och opt-out och samtidigt införa möjlighet till class actions rörande skadestånd? Nej, både notice, opt-out och opt-in diskuteras och (liksom i förslaget i South Australia) förefaller man luta åt att införa betydligt mer flexibla regler än de som gäller enligt Rule 23. Domaren skulle således få avgöra om och hur notice skall ske och då under beaktande av kostnaderna för notice i det aktuella fallet, parts ekonomiska möjligheter att betala(!), det belopp processen gäller för var och en i klassen samt de positiva effekterna av notice i det särskilda målet.[126]

Frågan om opt-in eller opt-out skall väljas sätter Debelle i samband med class actionprocessens funktion och trots att han anser det ogörligt att helt skilja "compensation" från "deterrence"[127] verkar han, liksom kommittén, luta åt att det åtminstone vid skadeståndstalan är "compensation" som är processens huvudsyfte. Om behov föreligger av ökad avskräckning bör man enligt kommittén kanske snarare överväga nya former av kriminalisering, t ex med böter i relation till den vinst som uppkommit.[128] I linje med detta synsätt ligger uppfattningen att fluid recovery och cy-pres-teknik för beräkning och fördelning av skadestånd inte bör införas.[129]

Opt-in förefaller passa bättre än opt-out om man främst vill uppnå en reparativ effekt; det är då inte orimligt att de som vill ha ersätt-

125 Debelle s 513, jfr dock PM (ovan not 64) s 26. Detta har tidigare framförts i kanadensisk debatt, men man nämner inte att en liknande regel presenterats tidigare också i delstaten South Australia! (ovan s 397 ff).

126 Debelle s 513, PM s 23 f och 31.

127 Debelle s 514.

128 PM s 23, Debelle s 514.

129 Debelle a st.

ning tvingas höra av sig. Opt-outtekniken är däremot överlägsen om det är avskräckning som främst åsyftas genom processen eftersom flera blir kvar i klassen på detta sätt och svaranden följaktligen kan åläggas ett skadeståndsansvar som drabbar hårdare. Man förefaller följdriktigt föredra opt-in-tekniken i kommitténs förslag, även om man vill överlämna till domaren att avgöra vilken metod som skall tillämpas i det enskilda målet.

En fråga som diskuterats tidigare i detta kapitel är om det är realistiskt att föreslå en reformering av class actioninstitutet så länge den nuvarande synen på domarrollen är den förhärskande i Australien. Kommittén anför i sin diskussionspromemoria[130] att "the public interest" är mycket större vid class actions än vid vanliga tvistemål. Därför, och för att de frånvarande klassmedlemmarnas intressen skall kunna skyddas, fordras att domaren tar på sig nya uppgifter och är mera aktiv än vad som är vanligt i traditionell australiensisk civilprocess. Kommittén anser dock att detta utökade engagemang i och för sig inte är oförenligt med den principiella grundsyn som nu är förhärskande. I inledningen till seminariet våren 1986[131] går företrädare för kommittén noggrant[132] in på detta problem och analyserar i vilken mån domaren måste vara aktiv under de olika faserna i en class actionprocess. Man refererar den starkt negativa inställningen till en sådan förändring som redovisats av Glenn i kanadensisk doktrin i anslutning till the Ontario Report,[133] men konstaterar att "the concept of class actions inevitably raises important questions about the role of the Courts, the purpose of civil litigation and the function of the judiciary".[134]

Kommittén förefaller alltså inte benägen att avstå från reformförslag av hänsyn till den traditionella domarrollen – bl a ifrågasätter man om domarnas eventuella negativa attityd till class actioninstitutet skall vara avgörande och vill inte utgå från att australiensiska domare a priori skulle vara oförmögna att arbeta utifrån öppna lagregler på ett innovativt sätt utan att bli betraktade som partiska.[135]

130 PM s 27.

131 Ovan s 394 not 93.

132 Inledning s 19–25.

133 Se nedan s 424 ff.

134 Inledning s 20.

135 A st.

Inte heller i Australien har det saknats röster som är kritiska till planerna på en expansion av class actioninstitutet. Man har bl a hävdat att det kommer att uppstå kostnader och att dessa till sist kommer att drabba konsumenterna (och motsvarande grupper) i form av högre priser etc. Dessutom kan branscher som är "sårbara" ur class actionsynpunkt tvingas bort från marknaden. Ja, class actioninstitutet anses rent av kunna motverka innovationer och ny teknik som annars skulle ha utvecklats. Företrädare för detaljhandeln förutskickar katastrof om class actioninstitutet införs (men påpekar ibland samtidigt att detaljhandeln fungerar utmärkt i USA!).[136]

Debelle förefaller inte ha tagit särskilt starkt intryck av denna kritik (som han själv refererar) utan framstår snarast som entusiastisk inför tanken på en reformerad form av grupptalan i australiensisk rätt. Han slutar sin artikel med att konstatera att "(c)ynicism will develop about rights provided by reform of the substantive law if means of enforcing those rights are virtually useless" och drar konsekvenserna av detta synsätt:

> "If we seriously believe in the rule of law, we cannot be content with a legal system which creates paper rights but does not provide a practical means of enforcement or provides means only to a select few sufficiently affluent to invoke those rights. One consequence of the complexity of modern society is that unlawful conduct has a greater capacity to affect a wider number of people. Professor Hazard has observed that class actions are 'responses to the mass production of legal wrongs'. In the United Kingdom, Lord Devlin has noted: The obligation on a state to provide justice is not discharged by devising a single and inflexible mode of trial whose cost is beyond the reach of the ordinary citizen. Its obligation is to provide as many modes of trial as are necessary to cover the variety of disputes that may commonly arise. . ."[137]

Det är givetvis alldeles för tidigt att yttra sig om vilka förutsättningar som finns för att den federala lagkommitténs förslag skall leda till lagstiftning; det slutgiltiga förslaget presenteras i Tillägg efter kap 15. Däremot lade en medlem av parlamentet (Senator Vigor, Australian Democrats) på egen hand fram ett färdigt federalt lagförslag i parlamentet i mars 1986.[138] Detta förslag anses inte ha några

136 Debelle s 515 med not 56.

137 A a s 515 f.

138 A Bill for an act to amend the *Judiciary Act 1903* to facilitate the bringing of class actions (presenterad i parlamentet den 19 mars 1986).

som helst chanser att gå igenom; bl a anses det väl alltför prematurt att presentera ett eget förslag så kort tid innan det statliga utredningsväsendet lägger fram resultatet av sina fleråriga mödor på området. Men tydligt är att class actions blivit politiskt intressanta i Australien på senare år – liksom i England under de senaste månaderna.[139] Här skall bara nämnas *att* lagtexten (som omfattar 17 sidor) tar upp de sedvanliga amerikanska förutsättningarna för att en class action skall få föras, *att* fakultativa notice-regler med möjlighet till opt-out ingår, *att* domstolens godkännande krävs för återkallelse, förlikning och byte av ombud, *att* domstolen ges rätt att fritt bestämma rörande fördelningen av rättegångskostnaderna *samt att* en fond skall tillskapas i avsikt att stimulera class actionprocesser. Sammanfattningsvis kan konstateras att förslaget erinrar om såväl den variant som lades fram 1977 i South Australia som om det förslag som förefaller vara att vänta från den federala kommittén under våren 1988 (nedan efter kapitel 15 i "Tillägg").

3.2.4 Grupptalan rörande könsdiskriminering

I diskussionen om en reform av class actioninstitutet i Australien är det så gott som uteslutande konsument- och miljörättsliga frågor som anges som det materiellrättsliga underlaget för en ny form av grupprättegång.[140] Mot bakgrund av att det är processer rörande civil rights som intar tätplatsen i den amerikanska class actionligan[141] hade man väntat sig att även dessa rättsområden skulle bli föremål för diskussion. Så är emellertid inte fallet, med ett enda undantag. På ett undanskymt ställe i det otryckta föredrag som företrädare för den federala lagkommittén höll våren 1986[142] framgår att ett class actioninstitut av amerikanskt snitt redan existerar inom ramen för lagstiftningen mot könsdiskriminering, och detta såväl på det delstatliga som på det federala planet.[143] Bestäm-

139 Ovan s 386.

140 Se t ex ovan s 396. Vid samtal med företrädare för den federala lagkommissionen har dock uppgivits att även "landlord and tenant cases" kan bli aktuella i sammanhanget.

141 Ovan s 145 ff.

142 Inledning s 14 f.

143 1977 års "Anti-Discrimination Act" för delstaten New South Wales och Rule 70 i den federala "Sex Discrimination Act" från 1984.

melserna ifråga är nästan likalydande och de federala har följande lydelse:

"70. (1) The [Human Rights] Commission shall not deal with a complaint as a representative complaint unless it is satisfied that the complaint was made on behalf of persons other than the complainant in good faith.

(2) In considering whether a complaint was made on behalf of persons other than the complainant and in good faith the Commission shall satisfy itself - -

(a) that - -

(i) the complainant is a member of a class of persons, members of which class have been affected, or may reasonably be likely to be affected, by the conduct of the respondent;

(ii) the complainant has in fact been affected by the conduct of the respondent;

(iii) the class is so numerous that joinder of all its members is impracticable;

(iv) there are questions of law or fact common to all members of the class;

(v) the claims of the complainant are typical of the claims of the class;

(vi) multiple complaints would be likely to produce varying determinations which could have incompatable or inconsistent results for the individual members of the class; and

(vii) the respondent has acted on grounds apparently applying to the class as a whole, thereby making relief appropriate for the class as a whole; or

(b) that, notwithstanding that the requirements of paragraph (a) have not been satisfied, the justice of the case demands that the matter be dealt with and a remedy provided by means of a representative complaint."

Grupptalan enligt dessa regler kan inte föras rörande skadestånd; här tycks rättsfallet *Markt* fortfarande ha fullt genomslag.[144] Men ett antal processer rörande injunctions har förekommit och det har då visat sig att regeln ger upphov till en del tolkningssvårigheter, bl a på grund av att man blandat ihop några av de alternativa rekvisiten för de olika class actionformer som regleras i den amerikanska Rule 23.[145] Som synes anknyter dock regeln för övrigt mycket nära till sin amerikanska motsvarighet.[146]

144 Inledning s 15.

145 A st.

146 Rule 23 återges i sin helhet i bil 1 nedan.

4. Kanada

4.1 Utveckling och dagsläge

Som framgått i föregående avsnitt är det mycket som förenar England och Australien då det gäller class actioninstitutets utveckling, åtminstone om man bortser från vad som hänt under det senaste decenniet. När nu ytterligare ett samväldesland – Kanada – fogas till framställningen är det bara att först konstatera att rättsläget varit och är i stort sett detsamma även där.[147] Detta gäller i vart fall de provinser som präglas av common law (dvs de flesta). Situationen är däremot en annan i provisen Quebec (med Montreal som huvudstad), en fransktalande provins, som ju inte har sina rättsliga rötter i class actioninstitutets ursprungsland – England – utan i den (hittills) class actionfientliga kontinentala rätten. Att man intagit en särskilt positiv attityd till class actioninstitutet i Quebec är därför både intressant och överraskande. Jag återkommer till det under 4.2 nedan.

Lagstiftningen på class actionområdet i common lawprovinserna anknyter nära till den engelska Rule 10 från 1873 och den i England nu gällande bestämmelsen i Order 15 Rule 12 rörande "representative actions".[148] I Ontario, som får tjäna som exempel på common lawprovinserna i detta avsnitt, överensstämmer lydelsen nästan exakt med den äldre engelska varianten (Rule 10). Rule 75c i Supreme Court of Ontario Rules of Practice (i stort sett oförändrad sedan 1881) lyder:

> "Where there are numerous persons having *the same interest*, one or more may sue or be sued or may be authorized by the Court to defend or defend on behalf of, or for the benefit of, all."[149] (min kursivering)

147 Bogart, Report s 21 f och Ontario Report I s 6 och 17 ff.

148 Bogart, Report s 21, reglerna återges ovan s 372 f. Enligt Ontario Report I s 6 f föreligger full överensstämmelse mellan Rule 10 och den regel som f n gäller i Ontario. Som framgår nedan föreligger dock vissa smärre avvikelser; den kanadensiska regeln är mer kortfattad. En översikt av utvecklingen i Kanada – med koppling till England – finns hos Kazanjian s 413 ff.

149 Regeln är nästan densamma i alla provinser utom Quebec, Bankier s 260 i not 2 och Prichard s 313.

Liksom i England intog domstolarna i Kanada[150] en flexibel hållning till representative actions fram till dess att equity och common lawdomstolarna slogs samman. Men i och med (kanske på grund av) att de processuella reglerna då togs upp i lag kom praxis snart nog att låsa sig för en mer rigid attityd.[151] Det var, även i Kanada, framför allt det engelska rättsfallet *Markt* som fick denna strangulerande effekt.[152] Trots att domen i detta mål betecknats som "unpersuasive" i kanadensisk doktrin kan, enligt samma källa, fallets betydelse för den fortsatta rättsutvecklingen i samväldet knappast överskattas.[153] En class action antogs därför länge vara möjlig bara om alla anspråk stödde sig på samma grund och fullgörelsetalan rörande skadestånd ansågs praktiskt taget utesluten.

Praxis, som under 1900-talet varit mindre sparsam i Kanada än i England och Australien,[154] har inte utvecklats på samma sätt i alla provinser.[155] Men intresset för class actions förefaller generellt ha svalnat under den första hälften av 1900-talet; möjligt är att bl a den associationsrättsliga utvecklingen tog ifrån class actioninstitutet en del av dess existensberättigande på ungefär samma sätt som skedde på 1800-talet i England.[156]

Att skylla class actioninstitutets nedgång enbart på en negativ attityd hos domstolarna är alltså kanske felaktigt. Domarnas bris-

150 Liksom i Australien och USA existerar såväl en federal domstolsorganisation som särskilda domstolar i varje provins. Det federala systemet förefaller inta en mellanställning jämfört med förhållandena i USA och Australien (jfr ovan s 388). Avgöranden i den högsta domstolen i varje provins kan i vissa fall överklagas till den federala "Supreme Court of Canada". Det existerar inget särskilt class actioninstitut på det federala planet; däremot har det förekommit att den högsta federala domstolen haft att bedöma hur de provinsiella reglerna om "representative actions" skall tillämpas, se t ex nedan s 410 f betr *Naken*.

151 Jfr Bankier s 265.

152 Bogart, Report s 22, Bankier s 265, jfr Ontario Report I s 19 ff och 23 ff. – Betr *Markt* se ovan s 375.

153 Bogart a st. Se även Gillespie, The Scope of the Class Action in Canada, i 11 Manitoba Law Journal (1981) s 215 ff och Bankier (s 266 f) som anser att *Markt* inte behöver tolkas så som skedde; hon tror att den negativa utvecklingen till en del berodde på domarnas motstånd gentemot class actioninstitutets "access and deterrent functions".

154 Se William s 721. Enligt Prichard (s 312) förekommer dock få class actions i Kanada.

155 Se t ex Gillespie s 225 ff.

156 Jfr Bankier s 268 f och ovan s 86 ff och 371 f. En ganska viktig grupp utgjordes dock av class actions av och mot fackföreningar, a a s 269.

tande entusiasm inför class actioninstitutets effekter ifråga om "access to justice" och "deterrence", liksom en negativ inställning till "judges as law makers", torde dock i vart fall ha bidragit till att intresset för class actions minskade.[157] Men då nya behov av grupprättegång gjorde sig gällande i slutet av 1960- och i början av 1970-talet – främst på hyres-, miljö- och konsumentområdet – och intressegrupperna där växte i styrka och inflytande kan man också skönja något av en class actionrenässans i både doktrin och praxis.[158] Samhällsutvecklingen, bl a den tilltagande kollektiviseringen, hade förhindrat att class actioninstitutet begravdes i tysthet. Domstolarna pressades till att åter glänta på dörren för de nya grupperna.

I bl a Ontario – liksom i England[159] – föreföll således en uppmjukning av class actionrekvisiten vara på gång i början av 1970-talet. Det ligger nära till hands att fråga sig om inte det uppsving man kan skönja i praxis och litteratur i början av 1970-talet också stod i samband med turbulensen i USA efter 1966 års ändringar i Rule 23. Men den geografiska närheten till USA anses, åtminstone av kanadensarna själva, i allmänhet inte ha någon större effekt på kanadensisk rätt; kanadensare – akademiker lika väl som andra – sägs snarare gå in för att fjärma sig från USA och många är angelägna att betona skillnaderna länderna emellan.[160] Men man kan i vart fall iaktta ett svagt återsken av den våldsamma amerikanska expansionen på class actionområdet vid denna tid. I några rättsfall ansågs t o m en class action tillåten trots att skadestånd yrkades; fallen var dock sådana att grunden var gemensam och den individuella skadan lätt att beräkna enligt en enkel aritmetisk formel.[161]

Frågan om *Markt* skulle kunna förbigås och en class action tillåtas även vid anspråk grundade på olika kontrakt och då den individuella beräkningen av skadeståndsbeloppen skulle möta större svårigheter stod alltså fortfarande öppen. Saken ställdes på sin spets

157 Bankier s 267.

158 Bankier s 269 och densamma 1984 s 248 ff. – Bogart (Report s 30 f med not 143) räknar upp 24 artiklar om class actioninstitutet i Kanada, varav alla utom en är från 1970 eller senare.

159 Ovan s 374 f.

160 Jfr Bogart, Naken s 287.

161 Bogart, Report s 24 och Bankier s 269 med i not 44 ammärkta rättsfall. Se även Bogart, Naken s 290 f, jfr betr England ovan s 374 f.

– vad gällde kravet på samma grund – i rättsfallet *Naken v. General Motors of Canada Ltd.*[162] Fallet gick ända upp i den federala Supreme Court of Canada och har betecknats som "represent(ing) the most substantial questioning by the courts in Canada of the traditional rules in respect of class actions".[163]

Kärandena (Naken m fl) stämde en biltillverkare å egna vägnar och för alla övriga (4 602 personer) som köpt en bil av ett visst märke under 1971 och 1972. Naken gjorde gällande att bilarnas skick inte stod i överensstämmelse med garantin och att hon och alla köpare därför lidit en skada på 1 000 kanadadollar. Det yrkade skadeståndet motsvarade den beräknade reduktionen av andrahandsvärdet.

Individuella processer om skadeståndens storlek var alltså inte nödvändiga, men otvivelaktigt gällde processen här olika köpekontrakt. Och individuell bevisning skulle kunna krävas rörande huruvida köparna förlitat sig på garantin vid köpet. *Court of Appeal* i *Ontario* kom (1978) till att en class action inte var utesluten trots att det gällde skadestånd. Man ansåg att individuell bevisning kunde bli nödvändig för att styrka att man litat på garantin, men ansåg trots detta att en class action borde godtas. Domstolens positiva syn på class actions verkade bottna i ett erkännande att ökad "access to justice" behövs för t ex konsumenter som grupp.[164]

Supreme Court kom däremot (1983) till motsatt resultat och detta synbarligen i hög grad till följd av att Rule 75 är så knapphändig; regeln var därför enligt domstolen "totally inadequate as a base for a class action so complex and uncertain". Domstolen föreslog de lege ferenda att class actioninstitutet borde lagregleras mer i detalj.[165] Man påpekade särskilt att det inte var class actioninstitutets förtjänster som var uppe till bedömning i målet, ej heller skulle utslaget ses som en vägning av processformens fördelar för käranden

162 46 National Reporter (1983) s 139 ff.

163 Bogart, Report s 24.

164 Jfr Bankier s 272 med not 56 där följande passage ur domen återges:

"In these days of mass merchandising of consumer goods, accompanied as it often is by widespread or national advertising, large numbers of persons are almost inevitably going to find themselves in approximately the same situation if the article in question has a defect that turns up when the article is put to use. In many instances the pecuniary damages suffered by any one purchaser may be small, even if the article is useless. It is not practical for any one purchaser to sue a huge manufacturer for his individual damages, but the sum of the damages suffered by each individual purchaser may be very large indeed.

In such cases it would clearly be both convenient and in the public interest if some mechanism or procedure existed whereby the purchasers could sue as a class, with appropriate safeguards for defendants."

165 46 National reporter (1983) s 140.

mot dess nackdelar för svaranden; vad det gällde var en tolkning av lagregeln och dess tillämplighet i det aktuella målet.[166]

Supreme Courts avgörande i *Naken* har blivit föremål för våldsamma angrepp från entusiastiska class actionanhängare i Kanada. Prichard har sammanfattat den kritik Bankier och Bogart framförde vid ett symposium om class actions i Toronto 1983:

"*Naken* is a bad decision in every sense of the word; bad as a matter of interpreting Rule 75; bad as a matter of understanding the case law of the past decade concerning class actions; bad as a matter of judicial craftsmanship; bad as a matter of being a further example of judicial formalism and conservatism; bad as a matter of an appreciation of the judicial role; and bad as a matter of public policy. Furthermore, I understand Professors Bankier and Bogart to conclude that while major reform of Rule 75 may not have been absolutely necessary prior to *Naken*, it certainly is now."[167]

Ibland verkar man dra alltför pessimistiska slutsatser av *Naken*; rättsfallet utgjorde enligt Bankier "not a *complete* disaster for future class actions in Canada" eftersom Supreme Court i och för sig verkade acceptera fullgörelsetalan rörande skadestånd i form av class actions då de individuella skadorna kan beräknas genom gemensam bevisning.[168] Och allt skall inte skyllas på Supreme Court; även Court of Appeal i Ontario hade vid tidpunkten för Supreme Courts dom hunnit retirera en bit från sitt djärva ställningstagande (1978) i *Naken* och vägrat class actions i ett par fall (1979) då individuell beräkning av skadestånd skulle ha varit nödvändig.[169]

166 A a s 141 och 144. – Rättsfallsreferatet innehåller enligt god nordamerikansk tradition en ambitiös historisk och komparativ redogörelse för class actioninstitutet i England, Kanada och USA.

167 Prichard s 311. – Anförandena vid symposiet – även Prichards, Bankiers och Bogarts – finns återgivna i 9 Canadian Business Law Journal (1984) s 259–366. *Naken* diskuteras av Bankier s 271 ff och densamma 1984 s 265 ff och 276 ff samt av Bogart (Naken, särskilt s 291–299, se även Questioning s 679), MacDonald & Rowley s 355, Glenn 1984 s 248 och Cromwell s 588 samt – dock före Supreme Courts utslag – Ontario Report I s 29 f. En negativ inställning till en expansion av class actioninstitutet framkommer framför allt hos Glenn 1984, 1985 och 1986, jfr även MacDonald & Rowley i 9 Canadian Business Law Journal (1984) s 351 ff.

168 Bankier s 274.

169 Ontario Court of Appeal i *Seafarer's International Union of Canada* [1979] FC 573; 27 DLR (3rd) 105, varom t ex Bankier s 273 med not 60.

Men man måste nog trots allt konstatera att praxis nu låst fast rättsläget; nästan total enighet förefaller råda om att en reform av class actioninstitutet i form av ny lagstiftning är nödvändig för att en expansion skall bli möjlig. Nästan lika stor uppslutning förefaller finnas bakom kravet att flytta fram positionerna rejält; frågan är nu inte *om* en reform behövs utan *hur* den skall utformas.[170] Quebec har gått före och redan infört ett helt nytt class actioninstitut; i Ontario presenterades ett omfattande lagförslag för några år sedan. Jag återkommer till dessa nyheter under 4.2.

Men först ytterligare något om dagsläget i common lawprovinserna. Det har förhoppningsvis framgått av det föregående *att* class (representative) actions förekommer – om ganska sparsamt – i dessa provinser, *att* den legislativa grunden – liksom i England och Australien – är synnerligen kortfattad *och att* detta förefaller ha medverkat till att man i praxis begränsat möjligheterna att föra class actions, framför allt då det gäller skadestånd. Men vilka regler gäller i övrigt?

Det skulle föra för långt att här ge en närmare beskrivning av rättsläget i så att säga processtekniskt hänseende; klart är dock att intresset för frågor av det slaget är större i kanadensisk än i engelsk och australiensisk doktrin. Man diskuterar t ex lagtextens krav på "numerous persons" och "same interest" relativt ingående.[171] I dessa frågor, liksom rörande t ex "adequacy of representation", är det fortfarande i stor utsträckning engelska rättsfall som åberopas och analyseras.[172]

Möjligheten till notice och opt-out finns inte vid class actions i Ontario, vilket betecknats som en stor brist mot bakgrund av den omfattande res judicataeffekten och den – i jämförelse med amerikanska förhållanden – begränsade prövningen av "adequacy of representation".[173] Här, liksom vad gäller class actions i Austra-

170 Se t ex Prichard s 310 f som hänvisar till bl a uttalanden av "the Attorney General" i Ontario, konsument- och näringsorganisationer, advokatkåren och det australiensiska diskussions-PM som refererats i avsnitt 3.2 ovan. Jfr dock de ovan i not 167 in fine nämnda artiklarna som ger uttryck för en negativ eller avvaktande inställning till class actions. Enligt Bogart (Questioning s 699 och samtal september 1987) är ett ställningstagande i "justitiedepartementet" i Ontario att vänta under 1988.

171 Ontario Report I s 18 ff.

172 A a s 33 f.

173 A a s 34.

lien,[174] har man dock anledning erinra sig att noticeregeln vid amerikanska class actions enligt Rule 23(b)(1) och (b)(2) inte är obligatorisk och att opt-out inte får förekomma vid class actions av detta slag, dvs class actions som (i allmänhet) inte gäller skadestånd. Eftersom skadeståndstalan i form av class actions knappast alls förekommer i Kanada är alltså skillnaden gentemot de amerikanska reglerna inte så stora som de kan verka vid första anblicken.

Vad gäller rättegångskostnaderna tillämpas "the English rule" (= "the cost follows the event"), men full ersättning för ombud utdöms sällan.[175] Möjligheterna att få ersättning för resterande delar ur inprocessade belopp är omdiskuterade men saken ställs sällan på sin spets eftersom skadeståndstalan knappast alls förekommer. Denna "engelska" kostnadsreglering anses ha en avskräckande effekt på presumtiva class actionkäranden;[176] vinst i processen innebär ju ingen garanti för full kostnadstäckning. Vidare är "contingent fees" inte tillåtna i common lawprovinserna,[177] vilket gör att det är nästan omöjligt att få en advokat att processa på egen risk i de sällsynta fall då skadeståndstalan kan föras. Class actioninstitutet blir i common lawprovinserna närmast ett processuellt redskap reserverad för kostnadsokänsliga idealister och personer med finansiell uppbackning från organisationer eller annat håll. I Quebec är däremot läget ett helt annat.

4.2 Ny lagstiftning och aktuella reformer

4.2.1 Provinsen Quebec

Processrätten i provinsen Quebec är i hög grad påverkad av fransk rätt. Icke desto mindre har, som framgått ovan,[178] anglo-amerikansk rätt slagit igenom i så måtto att man i denna kontinentalrättsligt präglade provins har det (såvitt jag kan förstå) mest långtgående class actioninstitutet utanför USA:s gränser.[179] Reglerna

174 Ovan s 389.

175 Ontario Report I s 37, se även ovan s 390 not 80.

176 Jfr ovan s 327 ff.

177 Jfr däremot nedan s 415 betr Quebec.

178 Ovan s 370 och 407.

179 För det följande se t ex Lauzon, Y, Le Recour Collectif Quebecois: Description et Bilan, (i 9 Canadian Business Law Journal (1984) s 324 ff),

infördes 1978 i Code de Procedure Civil och gäller generellt; möjligheterna att starta en class action är alltså inte inskränkta till vissa rättsområden. Däremot har målen koncentrerats till en domstol, Cour Supérieur i Montreal. Inte bara enskilda personer utan även vissa ideella föreningar, bl a fackföreningar, får föra process enligt de nya reglerna.[180] I vilken mån så har skett skall jag återkomma till nedan.[181]

Reglerna om "le recour collectif Quebecois" är påverkade av framför allt det amerikanska federala class actioninstitutet enligt Rule 23 och class actionregleringen i artikel 901–909 för processen i delstaten New York.[182] De kanadensiska bestämmelserna är dock betydligt mer utförliga än Rule 23 och här får det räcka med att ange de viktigaste skillnaderna gentemot denna regel.

För att en class action skall accepteras av domstolen krävs att det finns "question de droit ou de fait identiques, similaire ou connexes" (Cp art. 1003(a)). Man har medvetet undvikit orden "même" och "commun", men ändå hamnat i en ganska snäv tillämpning av denna motsvarighet till det engelska "same interest" – respektive amerikanska "commonality"-rekvisitet.[183]

Lagen uppställer också krav liknande de amerikanska på "adequacy of representation". Vidare fordras att andra sätt att driva processen kan betecknas som "difficult or impracticable"; med andra ord en mildare motsvarighet till "superiority" enligt Rule 23. Här kan också nämnas att man i Quebec – enligt artikel 59 i processlagen – har en särskild "representative action" (inte att förväxla med den engelska) som går ut på att medlemmarna i en grupp, utan att själva delta, ger en representant för dem skriftlig fullmakt att föra deras talan; dvs ett slags opt-inteknik som dock passar illa bl a vid stora grupper.

I motsats till vad som gäller enligt Rule 23 företas en viss "preliminary test on the merits" innan man tillåter en class actionprocess,

Bogart, Class actions (i 3 The Supreme Court Review, 1982, s 425 ff med i not 3 anförd litteratur) och densamme Report s 38 ff och Questioning s 685 ff samt Glenn 1984 s 253 ff och Ontario Report I s 75. – Enligt Glenn (1986 s 262) präglas rättssystemet i Quebec idag i stor utsträckning av common law.

180 Glenn 1984 s 254.

181 Nedan s 416 not 193.

182 Lauzon s 324.

183 Lauzon s 326.

men kravet är inskränkt till att "les faits allégues paraissent justifier les conclusions recherchées" ("the facts alleged seem to justify the conclusion thought"). Detta har uppfattats som att endast rättsfrågan skall göras till föremål för prövning på detta stadium.[184]

Noticereglerna är mer flexibla än enligt Rule 23; det överlämnas till rätten att bestämma hur notice skall ske i varje särskilt fall.[185] Bestämmelserna om rättskraft och opt-out överensstämmer i stort sett med Rule 23. Cy-pres- och fluid recoverytekniken är tillåtna i viss utsträckning.[186] Domstolen kan vidare besluta att skadestånd skall betalas in till domstolen, som ges rätt att bestämma rörande eventuella överskott.

Det är naturligtvis med särskilt intresse man tar del av kostnadsregleringen. I Quebec har man behållit "the English rule",[187] dvs tappande part ansvarar för den vinnandes kostnader. För att motverka den processrädsla detta kan medföra har man tillskapat möjlighet för käranden att få täckning för rättegångskostnaderna oavsett utgången från en för ändamålet särskilt tillskapad statlig fond. Fonden åtar sig i bästa fall att svara för båda parters samtliga kostnader om käromålet ogillas.[188] "Contingent fees" är tillåtna i viss utsträckning i Quebec.[189]

184 Se Lauzon s 346 f och Bogart, Class actions s 434 ff. Vid class actions enligt Rule 23 når man dock ett liknande resultat i vissa fall genom att tillgripa "summary judgement" (ovan s 249), jfr Bogart a a s 430 f. Det lämpliga i en "preliminary test on the merits" ifrågasätts numera, se Glenn 1986 s 269 f och 272, jfr ovan i kap 10 s 344 f.

185 Lauzon s 329.

186 Domstolen kan t ex ålägga svaranden att sänka priset på en vara under viss tid, Lauzon s 333, jfr *Daar* ovan s 277.

187 I Quebec vägrar man dock att kalla sin regel "English"; motsvarande reglering finns ju även i övriga Europa, så t ex i Frankrike.

188 Vad gäller de närmare reglerna om denna fond se Lauzon s 335 f och 337. Fonden kan besluta att ta över en del av eller hela kostnadsansvaret (inkl motpartskostnader) och käranden processar alltså i sistnämnda fall helt utan ekonomisk risk (Glenn 1984 s 259). Fonden får medel enligt årliga beslut i parlamentet, vartill kommer viss självfinansiering via rätt till del av överskott i vissa processer m m. Fondens beslut kan överklagas till domstol i andra instans. Betr class actionfondens arbete under de första åren se Lauzon s 337. 1983 hade fonden mottagit 215 ansökningar om bidrag. Då statistiken upprättades hade inte alla ärenden avgjorts men 177 ansökningar hade bifallits och 29 avslagits. Av de sistnämnda överklagades 6 beslut, vilket i ett fall ledde till ändring i högre instans.

189 Glenn 1984 s 255 med not 59 (högst 30 % av provisionsarvode accepteras), jfr däremot ovan s 413 betr övriga provinser.

Kostnadsbilden i Quebec är som synes helt unik; den överensstämmer varken med de amerikanska eller engelska reglerna eller med något av de förslag som lagts fram i Australien.[190]

Det nya class actioninstitutet i Quebec infördes under en period av socialdemokratiskt styre i provinsen och man knöt i regeringskretsar stora förhoppningar till vad som skulle kunna uträttas med hjälp av den nya lagen på t ex konsument-, miljö- och hyresområdena.[191] Förväntningarna kom dock åtminstone delvis på skam då det visade sig att det anhängiggjordes färre class actionprocesser än väntat.[192] Under lagens första fem år uppgick antalet class actions till ca 20 per år (på ungefär 6 miljoner innevånare), vilket motsvarar 0,4 % av det totala antalet tvistemål mot beräknade 1 %.[193] Class actions à la Quebec är alltså proportionellt sett ungefär lika vanliga som class actions enligt Rule 23.[194] 1983 hade dock blott åtta domar avkunnats, varav sju till kärandens förmån.[195] Av 111 anhängiggjorda mål (varav föreningar och organisationer stod som kärande i drygt 5 % av fallen) hade 30 tillåtits fortsätta som class actions, men alla tillståndsfrågor var då inte slutligt avgjorda.[196]

Att inte mer än 20 class actions anhängiggjordes per år under den första 5-årsperioden har på en del håll setts som ett misslyckande för class actioninstitutet i allmänhet och den nya varianten i synner-

190 Ovan s 397 f och 401 f.

191 Muntlig uppgift augusti 1986 från professor J-Y Morin, Montreal, som var medlem av Quebec's provinsregering vid denna tid.

192 Kanske bidrog det jämförelsevis låga antalet class actions till att den liberala regering som avlöste den socialdemokratiska lämnade lagen i fred trots att man opponerat mot den vid dess tillkomst. När sedan socialdemokraterna återkom i regeringsställning infördes de nedan s 417 omnämnda lagändringarna för att öka institutets effektivitet.

193 Lauzon s 336 f, Glenn 1984 s 255 och Ontario Report I s 75. – Enligt Lauzon (s 337) har talan väckts av ideella föreningar i 3,7 och av fackföreningar i 1,8 % av målen (vilket mot bakgrund av siffrorna ovan vid not 155 verkar motsvara 4 respektive 2 class actions). Svaranden var ett affärsdrivande bolag el dyl i ca 51 % av fallen och kommuner i 9 %, staten i 8 %, andra offentliga organ i 14 %, fysiska personer i 10 % och fackföreningar i 7 % av fallen.

194 Ovan 141 ff. Antalet class actions enligt Rule 23 under senare år kommer häpnadsväckande nära de kanadensiska siffrorna proportionellt sett, ovan s 143 f.

195 Glenn s 256.

196 Lauzon s 336 f.

het.[197] 1983 avskaffades svarandes rätt till särskild fullföljd mot rättens beslut att tillåta käranden att föra sin talan i form av en class action i hopp om att detta skulle leda till ett snabbare avgörande i målen. Dessutom utökades den statliga fondens ekonomiska möjligheter att stödja class actions. Men inte heller efter dessa lagändringar förefaller antalet class actions ha ökat. Under det första året efter ändringarna noterades t o m en svag nedgång, men den kan i och för sig vara föranledd av de negativa förväntningar som lagen hunnit skapa i sin första lydelse.[198] Jag återkommer i avsnitt 5 nedan till frågan om lagen bör uppfattas som ett misslyckande.

4.2.2 Provinsen Ontario

Det är inte bara praxis på class actionområdet som är rikhaltigare i Kanada än i England och Australien,[199] även lagstiftningsapparaten, det officiella utredningsväsendet och doktrinen visar – som kanske redan märkts – prov på högre aktivitet. Debatten har varit intensiv under det senaste decenniet[200] och haft en stark inriktning de lege ferenda. Man anser sannolikt – och med rätta – att praxis, framför allt *Markt* och *Naken,* låst fast tillämpningen av existerande regler om "representative actions" på ett sätt som inte ger utrymme för en utveckling av class actioninstitutet inom ramen för det existerande regelsystemet.[201]

Det kanadensiska dagsläget – också i Ontario – har skildrats ovan under 4.1. Då jag nu återvänder till denna provins är det för att redogöra för den livliga reformdebatten där[202] under senare år. Och den absolut viktigaste kanadensiska litteraturen på det området är numera den omfattande (ca 900 s) officiella rapport framlagd 1982 i Ontario och som åberopats många gånger i det föregående (Ontario Report). Huvuddelen av det här avsnittet skall ägnas åt att presentera rapporten och det lagförslag den mynnar ut i samt de reaktioner förslaget föranlett.

197 Se särskilt Glenn 1984 s 255 ff och 1986 s 267 ff.

198 Jfr Glenn s 259 f och nedan s 426 not 250.

199 Ovan s 408.

200 Jfr ovan s 411 ff.

201 Ovan s 408 ff.

202 Reformplaner föreligger även i flera andra provinser, så i British Columbia och Manitoba, se nedan s 427 not 254.

Ontario Report innehåller en grundlig genomgång och analys av kanadensisk, amerikansk samt i viss mån engelsk och australiensisk gällande rätt på class actionområdet.[203] I motsats till vad som är vanligt diskuterar man också civilprocessens funktion(-er) i allmänhet – t ex "conflict resolution" och "behaviour modification" – och class actioninstitutets funktioner i synnerhet.[204] Det blir anledning

203 Som framgår nedan s 424 har rapporten fått ett mycket positivt bemötande i Kanada. Även i USA har översvallande lovord förekommit, så t ex från motsvarigheten till domstolsverket, dvs the Administrative Office of the United State Courts ("the most comprehensive government document on the subject") och av den i class actionsammanhang välkände federala domaren Judge Jack Weinstein ("most helpful". . . among the best ever written on the subject"), citaten efter Prichard s 314. Se även Du Val 1983 s 411 ("exceptionally comprehensive"); Du Vals artikel innehåller en intressant "recension" av rapporten.

204 Ontario Report I s 114 ff (se även citat nedan s 457 i not 72–73). Se även s 519 ff om skadeståndets beräkning och fördelning. – I kanadensisk litteratur betonas genomgående class actioninstitutets uppgifter att bidra till "efficiency and access", så t ex av Bogart, Naken s 281 (som bara nämner "efficiency" och "access", ej "deterrence") jfr däremot a a s 299 ff där domstolarnas funktion diskuteras ur mera allmän synpunkt och "conflict resolution" ställs mot bl a "public law litigation", se betr "deterrence" även a a s 307 och densamme Questioning s 667. Williams (s 722 f) berör dock enbart effektivitetssynpunkter och fördelen av att motstridiga domar undviks; han går inte in på "access"- eller "deterrence"-funktioner överhuvudtaget, jfr däremot t ex Bankier s 261 och Du Val 1983 s 433 ff; den sistnämnde påpekar att behovet av "behaviour modification" måste bedömas för varje rättsområde för sig och anser att alla processer har viss handlingsdirigerande effekt. Glenn (1984 s 273) ifrågasätter starkt om ökad "access to justice" och eventuell "behaviour modification" (Glenn tror dock inte att class actioninstitutet har någon större betydelse) kan motivera en så "significant distortion of the judicial function" som class actioninstitutet medför. På ett annat ställe (1985 s 288) framgår att ett element av konfliktlösning enligt Glenn är en nödvändig förutsättning för varje process – finns ej ett sådant inslag framstår rättegången som principiellt bristfällig, kanske otillåten, ur funktionell synpunkt. Några exempel på när så skulle vara fallet ges dock inte. MacDonald & Rowley (s 356) tycks acceptera "behaviour modification" men endast om civilprocessens primära syfte inte hotas: ". . . the commission majority has done two separate things, without bringing them together. On the one hand, it has analyzed the present class procedure and noted its shortcomings in procedural terms. On the other hand, it has introduced its own policy objective of using private litigation in a new manner as a means of righting so-called mass wrongs. The problem with this approach is not that private litigation does not or should not carry with it the possibility of broader social benefit through a 'behavioural modification' effect. It is that the majority's preoccupation with remedying mass wrongs led it to downplay the primary purpose of private litigation, which is the righting of individual wrongs at the instance of those who believe they have been wronged." Enligt Bogart (Questioning s 667) är det den traditionella betoningen av konfliktlösning som bromsat class actioninstitutets framväxt i Kanada.

återkomma till dessa synpunkter i nästa kapitel. Men redan här skall nämnas att man i Ontario Report ser som class actioninstitutets främsta uppgift att bereda "increased access to the courts". Class actioninstitutets potential i detta hänseende kommer enligt rapporten till särskilt tydligt uttryck vid "individuellt oprocessbara anspråk". Författarna avvisar tanken att processen enbart har en konfliktlösande funktion men verkar inte fullt ut dra konsekvenserna av detta synsätt utan låter avskräckning och annan "behaviour modification" så att säga följa med på köpet som en i och för sig välkommen bieffekt.[205]

Man kan inte befria sig från misstanken att rapportens upphovsmän är mer förtjusta i handlingsdirigering än de av taktiska skäl törs medge och att denna grundsyn påverkat förslagets utformning i en rad detaljfrågor (som t ex notice, opt-out och skadeståndsberäkning). Ty även om class actioninstitutets preventiva effekter påtalades positivt redan i Kalven & Rosenfields legendariska artikel om class actions i USA så tidigt som 1941 och fått stöd bl a i den kanske mest välrenommerade class actionstudien av alla – Harvard Developments[206] – förefaller "deterrence", "behaviour modification" (eller vad man nu kallar det) fortfarande vara en het potatis som man inte vill sätta tänderna i utan vidare. En positiv inställning till handlingsdirigering via civilprocessen är alls inte självklar i Kanada.[207] Intressant är därför Bogarts påstående[208] att anhängare av class actioninstitutet ofta också accepterar eller rentav välkomnar "behaviour modification", medan motståndarna till class actioninstitutet inte sällan ser processen uteslutande som en individuell och privat konfliktlösningsmekanism. Är detta påstående riktigt skulle man emellertid kunna dra slutsatsen att det numera råder en nästan total enighet i Kanada om att civilprocessen bör kunna fylla en handlingsdirigerande funktion åtminstone i class actionsammanhang; den allmänna uppfattningen förefaller ju vara att denna pro-

205 Ontario Report I s 140–146. Cromwell påpekar (s 590) att kommittén ändå accepterar handlingsdirigering som tillräckligt motiv för class actions i vissa fall.

206 Jfr nedan s 444 ff och 456 ff.

207 Se ovan i not 204.

208 Bogart, Report s 115, jfr ovan s 382 betr engelsk doktrin och samt i kap 1 s 11 m hänvisning till Ontario Report s 115 och Garth i 62 Indiana Law Journal (1986–87) s 500.

cessform bör få ökad användning.[209] Men en sådan consensus rörande civilprocessens handlingsdirigerande funktion torde vara långt borta i Kanada liksom i resten av den anglo-amerikanska rättssfären.[210]

Att man tar upp frågan om civilprocessens funktion i Ontario Report är bara ett av många uttryck för att förslaget är byggt från grunden och alltså inte är inskränkt till någon uppfräschning av gällande kanadensiska eller amerikanska regler på class action-området. Kommittén har t ex gjort en mycket ambitiös genomgång av amerikanska empiriska undersökningar och kompletterat med egen bearbetning av materialet[211] och därigenom lagt en fast grund för sin positiva syn på class actioninstitutet: fördelarna (processekonomi, ökad "access to the courts", avskräckning) överväger enligt kommitténs mening klart class actioninstitutets nackdelar. Man konstaterar att farhågorna om en våldsam arbetsbörda för domstolen, skyhöga advokatkostnader, "legalized blackmail" etc inte vinner stöd i tillgänglig statistik.[212] Rapporten mynnar ut i att det behövs en lag som ökar möjligheterna att föra class action-processer men samtidigt ger domstolen en diskretionär rätt att hindra class actions redan i ett initialt skede i de fall då processformen är olämplig. Avslutningsvis presenteras ett omfattande lagförslag (18 s) i enlighet med dessa principer.

Hur har man då konstruerat förslaget jämfört med Rule 23?[213] Kommittén har stannat för en "privat" class action men med viss

209 Nedan vid not 235, jfr dock Glenn 1984 som förefaller vara emot det mesta i class actionsammanhang, så även "behaviour modification" även om detta inte sägs rent ut (jfr dock Glenn 1985 s 288 ff och 296 f); argumentet att processen bör ha en sådan uppgift betecknar han (s 251) som, "a procedural variant of those frequently advanced in favour of strict liability in torts". I vilken mån detta i sin tur går att koppla till handlingsdirigering får jag avstå från att diskutera här.

210 Jfr ovan s 418 not 204 samt betr England ovan s 378 ff och vad gäller USA nedan i kap 12 s 435 ff.

211 Ontario Report I s 101 ff, jfr ovan i kap 4 s 141.

212 Jfr betr "legalized blackmail" däremot Dewees s 35.

213 Den bästa källan är naturligtvis den primära, dvs Ontario Report. Bra sammanfattningar av förslaget finns t ex i Bogart, Questioning s 690 ff, Prichard s 314 ff, Cromwell s 591 ff och Glenn 1984 s 250 ff. I en artikel från 1973 varnar Kazanjian (s 436) för att låna från Rule 23.

möjlighet för "the attorney general"[214] att intervenera; han skall rentav kunna fungera som klassrepresentant i vissa fall. Här finns alltså en avvikelse från Rule 23, som ju helt bygger på det privata initiativet; det kanadensiska förslaget har även drag av "public" och "relator action".[215]

Liksom class actions à la Quebec stadgar förslaget om en "preliminary test on the merits"; det skall finnas en rimlig möjlighet att vinna målet för att en class action skall tillåtas.[216] Vid bedömningen av kärandens "adequacy" skall hans privata ekonomi inte spela in.[217] En annan skillnad gentemot Rule 23 är att "numerosity" och "commonality"[218] så att säga bakats in i en mer allmän "superioritytest", som går ut på att en class action skall vara bättre än alla andra sätt att lösa tvisten.[219] Dessutom arbetar man med en "cost-benefit-test";[220] – nackdelarna med en class action (för klassen, domstolen och det allmänna) får inte vara större än fördelarna i det aktuella fallet. Svaranden har bevisbördan härvidlag. I detta sammanhang skall t ex administrativa kostnader vägas mot tvisteföremålets värde och avskräckningseffekten i det enskilda fallet; hur så

214 Jag erinrar om att "the Attorney General" dels motsvarar vår justitieminister, men att han (via vissa tjänstemän) också utövar de processuella befogenheter som hos oss ibland ligger på bl a JK, ovan s 299 not 66.

215 Förslaget påminner här något om public actions enligt Bill 1978, ovan s 349 ff och nedan s 581 ff.

216 Se Ontario Report I s 323 f. – Motsvarande regel föreslås i förslaget för South Australia, ovan s 398. I det federala australiensiska utredningsarbetet ifrågasätter man däremot numera (enligt muntlig uppgift) om de resurser som denna preliminärbedömning kräver ger tillräckligt utbyte. Man diskuterar rent av om det inte skulle vara rationellt att skjuta upp tillståndsfrågan ("the certification issue") till målets slutskede, vilket även detta är ett uttryck för sambandet mellan målets formella och materiella delar. Även en sådan lösning är ju föranledd av behovet att veta något om "själva saken" innan man accepterar kärandens yrkande att få målet accepterat som en class action med ty åtföljande rättskraft mot alla gruppmedlemmar. Se numera även Glenn 1986 s 269 f och 272: preliminärbedömningen i Quebec (ovan s 414 f) har visat sig motverka sitt syfte.

217 Jfr däremot förhållandena i USA där man i vissa stater tillåter "discovery" rörande kärandens tillgångar och skulder, Du Val i 3 Windsor Yearbook of Access to Justice (1983) s 412.

218 Se härom ovan i kap 5 s 183 f och 185 f.

219 Ontario Report II s 401 ff. Även enligt Rule 23 företas åtminstone i vissa fall en "superiority test", men denna är något annorlunda utformad, se ovan s 198 ff.

220 Ontario Report II s 411 ff.

inkommensurabla enheter skall kunna jämföras utvecklas dock inte närmare.[221]

En och samma domare skall sköta ruljansen fram till "huvudförhandlingen" ("the trial"), då en annan tar över.[222] Sistnämnde domare ansvarar också för de extra "hearings" som kan bli nödvändiga för att bedöma individuella skadeståndsanspråk; vid behov kan domaren utse andra att biträda honom i detta arbete. Jury skall inte delta.

Noticereglerna är flexibla och fakultativa; kostnaderna för notice i processens initialskede kan fördelas preliminärt mellan parterna och de kostnader som uppstår därefter får tas ur det inprocessade beloppet.[223] Opt-out fordrar (intressant nog) rättens tillstånd[224] och kan vägras t ex om det individuella anspråket är för litet för att motivera en egen rättegång.[225] Klassen skall namnges eller beskrivas och alla som inte "hoppat av" träffas av rättskraft rörande de gemensamma frågorna såsom de beskrivs i beslutet att tillåta class action i det aktuella fallet.[226] En class action avses få preskriptionsavbrytande effekt för hela gruppen.[227] Återkallelse, avvisning och förlikning förutsätter rättens godkännande.[228] Frågan om beräkning och fördelning av skadestånd diskuteras utförligt i kapitel 14 och här finns en av de bättre redogörelserna i litteraturen (inkl den amerikanska)

221 Bogart, Report s 51.

222 På detta sätt vill man lösa problemet med domarrollen; att ge samma domare uppgiften att "manage" och "adjudicate" anses konstituera en dubbelroll som uppfattats som olämplig även av vissa bedömare i USA (Bogart, Naken s 306). Enligt Ontarioförslaget aktualiseras alltså den aktiva domarrollen bara fram till huvudförhandlingen ("the trial"); såvitt jag kan förstå kan dock domaren inte heller på detta stadium nöja sig med en passiv attityd eftersom han har att bevaka de frånvarande gruppmedlemmarnas intresse även i processens slutskede, jfr nedan vid not 230.

223 Ontario Report II s 493 ff.

224 A a s 491.

225 I detta avsnitt har kommitténs ordförande reserverat sig (se Ontario Report III s 852); enligt hans mening får ingen tvingas in i rättegång. Denna inställning förefaller dock överraskande mot bakgrund av att svaranden ju i princip alltid tvingas in i rättegången.

226 Ontario Report III s 770.

227 A a s 783.

228 A a s 808.

för denna komplicerade problematik.[229] "Fluid recovery"- och "cy-pres"-teknik accepteras i viss mån. Behovet av individuell bedömning av skadeståndsanspråk får inte hindra att målet förs som en class action. Domaren förutsätts spela en mer aktiv roll än i vanlig process.[230]

Vad gäller rättegångskostnaderna[231] har Ontarioförslaget helt släppt den regel som är gängse i kanadensisk rätt, dvs att tappande part ersätter den vinnandes kostnader. Huvudregel är i stället kvittning. Undantag kan göras för kostnaderna fram till dess tillståndsfrågan ("the certification issue") avgjorts, vid vårdslös processföring och vad gäller vissa beslut. I process om individuella frågor gäller däremot den vanliga regeln om de tappandes ansvar och det är bara i sådana delar av målet som andra klassmedlemmar än huvudkäranden kan åläggas kostnadsansvar. "Contingent fees", som inte är tillåtna i Ontario i dag,[232] accepteras i viss utsträckning liksom att ombudet betingar sig ersättning bara vid bifall till huvudmannens talan; domstolskontroll skall dock ske av advokatarvodena. Av särskilt intresse är att ombudet tillåts åta sig fullt ansvar för huvudmannens *alla* kostnader, vilket inte är öppet tillåtet i t ex USA.[233] Man uppmuntrar alltså advokaternas "entreprenöranda".

Förslaget var inte enhälligt. Kommitténs ordförande reserverade sig *mot* den aktiva domarrollen, *mot* att svaranden åläggs bevisbördan för att en class action – som uppfyller rekvisiten i övrigt – ändå är olämplig i det aktuella fallet enligt "cost-benefitkalkylen", *mot* att opt-outregeln är fakultativ, *mot* att överskott i inprocessade fonder får fördelas enligt cy-pres-teknik *och mot* att käranden blir helt "immun" i kostnadshänseende i vissa fall.[234]

Att jag redovisat förslaget så pass ingående som skett här motiveras av att det är ett av de senaste, och sannolikt det hittills mest genomarbetade, förslaget på class actionområdet. Det finns därför

229 A a s 519–603. Även kapitlen om beräkning och fördelning av skadestånd, opt-in – opt-out och rättegångskostnader är av stort allmänt intresse.

230 Ontario Report II s 464 och ovan i not 222.

231 A a s 647 ff och Bogart, Questioning s 695 f.

232 MacDonald & Rowley s 357, jfr ovan s 415 betr Quebec.

233 Se Du Val 1983 s 419, jfr ovan i kap 9 s 321 ff.

234 Ontario Report III s 851 ff. – För att käranden skall bli helt kostnadsimmun fordras naturligtvis att ombudet åtar sig att svara för alla kostnader, vilket skall vara möjligt enligt förslaget (ovan vid not 233).

anledning att också redogöra för hur det tagits emot i doktrinen. Man kan då konstatera att rapporten i allmänhet fått ett gott, ja inte sällan entusiastiskt, mottagande.[235] Det förekommer dock också kraftig kritik men då inte av kommitténs rapport och förslag[236] i och för sig utan snarare mot tankarna på en aktivering av class action-institutet över huvud taget. Glenn, som är från Quebec, anser sålunda att class actions visat sig vara ett misslyckat processuellt instrument och att dess brister är så fundamentala att det inte hjälper med förfinad lagstiftning; class actions är arbetsamma och problematiska för parter och domstol och ger dessutom domaren uppgifter som snarare borde ligga på lagstiftaren.[237]

Många av dem som är positiva till förslaget i stort har ändå förklarligt nog en del detaljkritik att komma med (de som inte har något negativt att anföra över huvud taget har ju inte heller haft anledning att publicera sig). Prichard anser således att det avslutande cost-benefittestet (där svaranden har bevisbördan för att nackdelarna med en class action överväger fördelarna i det speciella fallet) är illa utformad. De relevanta faktorerna är svåra att mäta och omöjliga att väga mot varandra, anser han, och befarar att resultatet kommer att bli förlängda och meningslösa rättegångar.[238] Prichard motsätter sig också att opt-outmöjligheten har gjorts beroende av rättens tillstånd och menar att "the Attorney-General" väl bör kunna intervenera men däremot inte överta kärandens talan.[239] Denne

235 Se t ex Prichard s 311 ("outstanding") och 322 ("The proposed Act is ... a strong one, reflecting a very fine report".), Cromwell s 587 ("an important document not only with respect to class actions...") och "the Attorney General" i Ontario ("the law reform commission's excellent report" – här citerat efter Prichard s 310). Att Bankier och Bogart är positiva kan man utgå från; det bör ses mot bakgrund av att de deltagit i arbetet inom kommittén (se Ontario Report III s 855). Betr den amerikanska reaktionen på Ontario Report se ovan s 418 i not 203.

236 Se dock MacDonald & Rowley som är negativa till kommitténs förslag (jfr citatet ovan s 418 i not 204); de förespråkar (s 359 ff) en utbyggnad av class actioninstitutet men alls inte så långtgående som enligt Ontario Report, bl a vill man bibehålla de gällande kostnadsreglerna.

237 Detta är den huvudsakliga innebörden i Glenns samtliga i litteraturförteckningen upptagna arbeten. Se häremot Bogart (Questioning s 688 ff): class actions är inte jobbigare proportionellt sett, antalet är inte det viktigaste, nedgången i USA hänger ihop med regimens attityd (ovan i kap 10 s 339 och nedan i kap 12 s 444), processens funktion är inte *enbart* individuell konfliktlösning, lagstiftaren kan inte ta hand om *all* rättsutveckling etc.

238 Prichard s 316.

239 A a s 319 ff.

statlige representant kommer i vissa fall att ha dubbla lojaliteter och intressen som gör honom olämplig som part; vid class actions är ju inte sällan offentliga organ berörda även på svarandesidan.

Prichard understryker att en radikal förändring av kostnadsreglerna är nödvändig för att en reform av class actioninstitutet skall få någon effekt och han ansluter sig till de lösningar som föreslås i Ontario Report i detta hänseende (dvs kvittning och contingent fees); den lösning man valt i Quebec (statligt stöd via en särskild fond) är sämre men ändå "a very good second best".[240]

Kostnadsreglerna står, som Cromwell påpekar,[241] i samband med förslaget om en preliminär bedömning av det berättigade i kärandens anspråk ("preliminary test on the merits").[242] Genom den sållning som sker på detta sätt kommer kvittningsregeln endast att drabba svaranden när käranden åtminstone har något så när bra på fötterna.[243] Cromwell ansluter sig dock inte till kommitténs resonemang och gör gällande att argumenten för en "preliminary test" är svaga över huvud taget.[244] Han anser vidare att de uppmjukade reglerna om notice och opt-out strider mot "the adversial principle" och "misstänker" att det är sympatier för "behaviour modification" som ligger bakom kommitténs förslag i denna del, liksom då det gäller principerna för beräkning och fördelning av skadestånd.[245] Cromwells framställning ger över huvud taget intryck av att han anser att kommittén försöker "lura på" domstolarna mer av "behaviour modification" än man vill medge öppet.[246]

240 A a s 318 f, betr Quebec se ovan s 415. – Vid class actions av (b)(1) och (b)(2) typ (förbuds- och fastställelsetalan) är uppenbarligen ett rättshjälpssystem att föredra (a st) om man inte – som i USA (ovan s 291 ff) – ges möjlighet att tillämpa en regel om ansvar för den tappande (eventuellt endast svaranden).

241 Cromwell s 594 f.

242 Ovan s 421.

243 Jfr ovan s 397 f betr förslaget i delstaten South Australia.

244 Cromwell (s 595) kritiserar kommittén för att de motiverar kostnadsregeln med "testen" och samtidigt hävdar att testen behövs p g a kostnadsregeln, dvs ett slags cirkelresonemang.

245 Cromwell s 595 och 598.

246 Se t ex s 590 och 595 samt s 597 ("behaviour modifications appear to be the overriding consideration... (w)hen the Commission states that it does 'not eschew the goal of behaviour modification', it is, at least, guilty of misleading understatement"). Jfr ovan s 418 not 204.

Samma intryck av att kommittén ägnar sig åt maskerad indoktrinering redovisas i ett par andra artiklar,[247] t ex i en uppsats av Glenn som dessutom framför detaljkritik på en rad punkter.[248] Han anser bl a att ändringarna i kostnadsreglerna inte kommer att räcka för att initiera flera class actions. Detta och den avsevärda tidsåtgången i class actionmål leder Glenn fram till, att effekten av Ontarioförslaget knappast blir någon ökad "access to justice" – "life is too short for class actions".[249] Häremot skall dock ställas den initierade Du Vals påstående att skillnaden i tidsåtgång jämförd med vanliga mål är förvånansvärt liten åtminstone i USA.[250]

Vad som skall komma ut av förslaget i Ontario Report är än så länge bara skrivet i stjärnorna. Enligt en tidningsnotis[251] överarbetas förslaget i regeringskansliet sedan man där funnit att förslagets upphovsmän inte har funnit "an adequate answer to all the issues raised by class actions". En så perfektionistisk attityd är illavarslande på class actionområdet, där man (liksom på de flesta rättsområden) sannolikt aldrig finner perfekta lösningar på samtliga problem. Man har därför befarat att Ontario Report kan komma att begravas i tysthet. Detta torde dock inte längre vara möjligt efter den massiva uppmärksamhet rapporten fått och mot bakgrund av den enighet som råder om behovet av en reform på området.[252] Spänningen stiger, inte bara i Ontario. Något kommer sannolikt att hända under 1988.[253] Även i vissa andra provinser avvaktar man hän-

247 Se t ex MacDonald & Rowley s 356 ("... the report reveals what comes through as an *obsession* (min kursivering) with so-called 'mass-wrongs'".

248 Glenn 1984 s 262 f och ovan s 424.

249 Glenn a a s 263 och 267. – Enligt Ontario Report I s 188 tog det 30 månader i genomsnitt att avsluta vanliga tvistemål och 56 månader att avsluta den undersökta gruppen av class actions. Se även ovan i kap 4 s 159 ff.

250 Du Val 1983 s 426 ff, som kommer till detta resultat efter att ha brutit ned statistiken i siffror för varje rättsområde; görs ej detta får man enligt Du Val lätt en alltför negativ syn på class actioninstitutet vad gäller just tidsåtgången. Du Val korrigerar här (s 427 not 35) sina egna tidigare resultat, redovisade ovan i kap 4 sid 159 ff. – Kritiken mot tidsåtgången i class actions i Quebec resulterade 1983 i en lagändring av innebörd att svaranden inte längre har rätt att överklaga rättens beslut att tillåta käranden att föra sin talan som en class action. Käranden har däremot kvar sin möjlighet att överklaga ett negativt beslut i tillståndsfrågan.

251 Canadian Business Law Journal (1984) s 257.

252 Se t ex Prichard s 309.

253 I september var dock läget fortfarande oförändrat.

delseutvecklingen med stort intresse innan man beslutar om man skall skrida till verket också där.[254]

4.2.3 Grupptalan rörande konkurrensbegränsning

En illavarslande tystnad verkar däremot ha drabbat ett förslag (1977) till ändringar i den kanadensiska lagstiftningen rörande illegal konkurrensbegränsning m m, avsett att ersätta motsvarande regler i "Combines Investigation Act" (1970).[255] Där föreslogs införande av en class action starkt besläktad med den amerikanska motsvarigheten enligt Rule 23. En viktig skillnad var att domstolen (liksom i förslaget i Ontario Report) skulle företa en preliminär bedömning av om kärandens talan hade några utsikter att vinna bifall innan man tillät att talan fördes som en class action. En sådan "preliminary test on the merits" har ju förekommit i praxis i USA men ansågs otillåten av Supreme Court i *Eisen*.[256]

Reglerna om notice i förslaget var mer flexibla än i Rule 23. Liksom enligt Rule 23 fick återkallelse och förlikning inte ske utan rättens tillstånd. Förslaget gav vidare möjlighet till class actions även vid skadestånd och för att praxis inte skulle blockera denna stadgades explicit – liksom i Ontario Report – att en class action inte fick vägras av den anledningen att den gällde skadestånd. Förslaget anvisade ett slags system med minirättegångar för bedömande av sådana individuella frågor som återstår sedan de gemensamma frågorna avgjorts. Däremot accepterades inte cy-pres- eller fluid recoveryteknik för beräkning och fördelning av skadestånd. Vad gäller rättegångskostnaderna utgick man från huvudregeln om den tappandes ansvar för den vinnandes kostnader. Men regeln hade modifierats i så måtto att en kvittningsmöjlighet införts i de delar av processen som är av gemensamt intresse för hela klassen. Dessutom gavs käranden företräde till betalning för "reasonable costs" (egna utlägg och ombudsarvode) ur det inprocessade beloppet. Någon motsvarighet till "contingent fees" anvisades däremot inte.

Förslaget har ännu inte genomförts och det verkar ej vara aktuellt med lagstiftning för närvarande. Ett skäl kan vara att man vill

254 Så t ex i British Columbia och Manitoba (Prichard s 313, jfr även MacDonald & Rowley s 351 med not 2).

255 Se betr detta förslag Rochwerg s 51 ff, vad gäller class actions s 60 ff och 67 ff.

256 Bogart, Report s 33.

avvakta vad som händer med Ontario Report. Men 1977 års förslag har också utsatts för kritik, som bl a gått ut på att det krävs mer radikala ändringar av kostnadsreglerna – t ex contingent fees – för att class actionvapnet skall komma till användning i praktiken.

5. Sammanfattning och avslutande synpunkter

Böcker har en förmåga att ta befälet över sina författare och börja leva sitt eget liv då väl de första sidorna är skrivna. I det här fallet hade upphovsmannen ingen som helst avsikt att ägna ett helt kapitel åt representativ grupptalan i England, Australien och Kanada; att försöka skildra den amerikanska situationen verkade besvärligt nog från en avlägsen svensk utsiktspunkt. Men snart började även andra länder och världsdelar att skymta vid horisonten. Vad hände i England efter sekelskiftet, varför tycks class actioninstitutet ha somnat in just i det land där det föddes? Har det gått lika illa i andra länder präglade av engelsk common law? Vilken betydelse har egentligen kostnadsreglerna för class actioninstitutet? Är amerikanska egenheter som "the American rule" och "contingent fees" nödvändiga förutsättningar för class actioninstitutet; är det den amerikanska frigörelsen från "the English rule" som utgör förklaringen till expansionen på grupprocessens område i USA?

Den komparativa undersökningen i det här kapitlet bekräftar kostnadsreglernas betydelse, men visar också att class actioninstitut kan överleva – ja till och med genomgå en renässans – även de amerikanska kostnadsreglerna förutan. England, Australien och Kanada har samma kostnadsregler och gemensamma processuella traditioner men visar ändå i dag inte alls upp en gemensam bild på class actionområdet. Likheter finns visserligen, så framför allt tillämpningen av de ibland sekelgamla och sparsamma lagreglerna och prejudikaten om "representative actions". Här har utvecklingen stagnerat, ja processformen har nästan kvävts till följd av en rigid tolkning – framför allt i engelsk rätt – av de otidsenliga, nära nog likalydande, reglerna.

Men om man ser till vad som hänt under senare år och till vad som är på gång på class actionområdet framträder olikheterna mellan de tre systrarna; de forna kolonierna visar sig ha lämnat moderlandet långt bakom sig i rättsutvecklingen.

I *England* var debatten på class actionområdet länge minst sagt blek; blott några enstaka inlägg av betydelse kunde noteras. Och

något lagstiftnings- eller utredningsarbete av vikt föreföll inte heller förekomma eller planeras. Men under 1988 har intresset för kollektiva processformer vuxit påtagligt till följd av "the Opren case"; ett läkemedelsmål som föranlett livliga diskussioner inte bara i pressen utan även i parlamentet. Det förefaller nu (april 1988) sannolikt att lordkanslern kommer att aktualisera reformer på området.

I *Australien* finns sedan länge betydligt mer att hämta i doktrin och – framför allt – det offentliga utredningsväsendet. En livaktig reformdiskussion pågår i flera delstater och i *Victoria* har lagstiftaren redan gått till verket och i en lakonisk "Act", kopplad till en ändring av kumulationsreglerna, skapat ett legislativt underlag för ett nytt class actioninstitut vid sidan av det gamla och petrifierade. Det återstår att se vad som kan komma ut av detta inhopp av lagstiftaren på ett område – processrätten – som det i stor utsträckning är förbehållet domstolarna att reglera på egen hand, via prejudikat eller regelutformning ("rules") i enlighet med den behörighet lagen ger högsta domstolen i detta rättssystem (liksom i England, USA och Kanada).

I Australiens övriga delstater har lagstiftaren ännu inte kommit till skott, men uppladdning pågår. I delstaten *South Australia* presenterade den lokala lagkommittén – sammansatt av en ansedd församling höga jurister – redan för 10 år sedan ett enhälligt och mycket radikalt förslag som det ännu är för tidigt att dödförklara. På det *federala* området väntas den diskussions PM, som den federala lagkommittén sände upp som en försöksballong 1979 följas av ett utarbetat lagförslag under 1988 (se Tillägg efter kap 15). Och lagstiftningen mot könsdiskriminering innehåller redan nya class actioninstitut av amerikansk modell såväl på det delstatliga planet (New South Wales) som på det federala.

Alla de här förslagen och lagarna företer vissa gemensamma drag men också olikheter, bl a vad gäller kostnadsregleringen. Detsamma kan sägas om den nya lagstiftning och de förslag som presenterats i *Kanada* under senare år. En utomordentligt livlig debatt i doktrinen, ett nytt högintressant class actioninstitut i provinsen *Quebec* och ett synnerligen ambitiöst utredningsarbete – manifesterat i framför allt *Ontario Report* – har där givit ytterligare belägg för tesen att class actioninstitutet kan förenas med en rad olika regler om rättegångskostnader. Gällande regler och framlagda förslag kan placeras på en skala, där man återfinner allt från en extrem "one-way rule" (då käranden, men förvisso inte svaranden, processar helt utan ekonomiska risker) via den amerikanska ömsesidiga kvittningsregeln ("no-way rule") kombinerad med "contingent fees" (provi-

sionsarvode) till den traditionella engelska och svenska regeln – "two-way rule" – där tappande part, kärande likaväl som svarande, åläggs partiellt eller fullt ansvar för motpartens kostnader, medan "contingent fees" och kanske t o m "maintenance"[257] är förbjudna. Flera av dessa regelsystem kan sedan kopplas till ekonomiskt stöd utifrån via statlig rättshjälp eller från särskilda offentliga eller privata fonder.

Representativ grupptalan är alltså åtminstone teoretiskt tänkbar de amerikanska kostnadsreglerna förutan; reformdebatt behöver inte nödvändigtvis hota traditionellt kostnadstänkande och engelsmännen kan inte skylla sitt tidigare ointresse för reformer på class actionområdet på "the English rule" ens de lege lata. Men varför har då utvecklingen blivit så annorlunda i Australien och Kanada, länder med (mestadels) djupa rötter i engelsk rättstradition? Kan en förklaring vara skillnader i synen på domarrollen, engelsmännens benägenhet att betrakta rättens ordförande som ett slags passiv konståkningsdomare, som en upphöjd rättsskipare som noga betraktar de agerande och deras piruetter men inte griper in i själva skeendet utan nöjer sig med att ge ett omdöme i efterhand? Har domaren – och de som beslutar om hur domarna skall agera – i Australien och Kanada lättare att frigöra sig från den attityden än engelsmännen? Borde inte just engelsmännen – med lordkanslerns aktivitet inom equityprocessen i åtanke och en traditionell acceptans av en stark domarauktoritet med vittgående "rulemaking power" – ha lätt att acceptera en kraftfull materiell processledning och utrymme för viss officialprövning?[258]

Eller är det ett ännu vidare perspektiv som erfordras, är det olika uppfattningar om civilprocessens eller – ännu ståtligare! – civilrättens funktion som ligger bakom skillnaderna? Man har ju sagt att class actionvänner oftast återfinns bland dem som vill tillerkänna civilprocessen en handlingsdirigerande funktion, medan de puristiska konfliktlösarna ställer sig mer kallsinniga till representativ grupptalan. Kanske är det här svaret ligger; synen på civilprocessen som en privat och individuell konfliktlösningsmaskin har först på 1980-talet börjat bli ifrågasatt i England. Och ambitionen att inte ge civilrätten uppgifter utöver "the remedial level" är nog typisk engelsk. Så länge en sådan grundsyn är förhärskande – i det land som såg equity

257 Se dock ovan s 423.

258 Jfr ovan i kap 7 s 254 ff betr USA.

och class actions födas! – är det inte lätt att få gehör för tankar på en vitalisering av class actioninstitutet.

Processrätten förefaller på flera sätt inta en tämligen undanskymd plats i engelsk juridik. Förfarandereglerna anses av många vara "bara en formsak", processrätten erbjuder "no broad principles of law".[259] Vid universiteten läser man i allmänhet inte processrätt som ett eget ämne och litteraturen på området är inte precis överväldigande jämfört med t ex den tyska doktrinen. Trots att writprocessen (liksom den romerska formularprocessen) lät materiella rättigheter så att säga födas ur existerande processtyper i stället för tvärt om[260] och trots att class actioninstitutet – framför allt under 1800-talet – tidvis fungerade som något av en murbräcka för materiellrättslig lagstiftning verkar man först på sistone har börjat intressera sig för att diskutera civilprocessens funktioner och class actioninstitutets möjligheter.

I Australien och – framför allt – i Kanada är debatten däremot i full gång i sådana funktionsfrågor. I USA har, som skall framgå av nästa kapitel, diskussionen om civilprocessens funktion visserligen inte varit särskilt intensiv, men class actioninstitutet har varit föremål för avsevärd uppmärksamhet även vad gäller funktionsfrågan. Och utvecklingen av t ex skadeståndsrätten[261] antyder att man kanske tagit några steg på väg tillbaka mot vad som sannolikt var processens historiska utgångsläge: en diffus eller t o m obefintlig gräns mellan straffrätt och civilrätt och, i konsekvens därmed, inte heller någon åtskillnad mellan straffprocess och civilprocess. Straffprocessen har sedan successivt förvandlats från att vara en privat angelägenhet till att bli ett offentligt åtagande och den amerikanska civilprocessen är nu kanske på väg en bit åt samma håll.[262]

Beror då skillnaderna i class actionhänseende mellan England, USA, Australien och Kanada enbart på olika föreställningar om

259 Muntlig uppgift från bl a professor Per Olof Ekelöf, en av många som stött på denna uppfattning även bland (i övrigt) framstående engelska jurister.

260 Jfr ovan s 51 ff. Jolowicz (General ideas s 300) betraktar dock tydligen detta som ett lägre utvecklingsstadium. Han anser nämligen att "the ultimate separation of substantive law from procedure" som ägde rum i slutet på 1800-talet var "the most significant achievment of the Judicature acts" (varom ovan i kap 2 s 63).

261 "Punitive damages", "cy-pres" och "fluid recovery"-metoder, ovan s 278 ff och nedan i kap 15 avsnitt 5.6.

262 Ekelöf i Svensk Juristtidning 1981 s 113.

skadeståndsrättens och civilprocessens uppgifter i rättssystemet? Nej, det vore nog en överdrift att påstå det. Varken funktionsprinciper, domarroller eller kostnadsregler kan ensamma förklara varför Australien och Kanada fjärmat sig – eller är på väg att avlägsna sig – så långt från England i riktning mot USA. För Kanada, som kommit längst, är ju vägen inte så lång, åtminstone inte rent geografiskt. Även om man ibland förtrytsamt bekämpar varje påstående om påverkan från den stora grannen i söder[263] finns en påtaglig nordamerikansk parallellitet i samhällsutvecklingen och influenserna på class actionområdet går knappast att bestrida. Nog är det en händelse som ser ut som en tanke att det kanadensiska uppvaknandet på class actionområdet skedde just under åren efter 1966 års ändringar i Rule 23 då debatten var som livligast i USA. Och åtminstone Ontario Report bygger uppenbarligen mer på erfarenheter från USA än på den egna traditionen.

Hur skall man då förklara att även Australien hunnit längre än England på class actionområdet? Ingen kan ju påstå att Australien ligger nästgårds med USA, åtminstone inte rent geografiskt. Nej, här har nog påverkan snarare legat på ett personligt plan och det är Kanada, och inte USA, som verkar ha utgjort den främsta inspirationskällan för australiensarna. Det är säkert mer än en tillfällighet att den man som kanske har betytt mest för class actionutvecklingen i Australien, Professor Neil Williams i Melbourne, var professor i Toronto (Ontario) mellan 1971–1978 för att sedan återvända till hemlandet.[264] I 1972 års förslag i South Australia sägs det till och med rent ut att man inspirerats mer av kanadensisk debatt – som redovisats i Australien av bl a just Williams[265] – än av utvecklingen i USA. Class actioninstitutet i sin moderna form verkar sprida sig från USA över gränsen till Kanada för att sedan därifrån ta det stora språnget direkt till Australien utan att ens mellanlanda i England, födelselandet, som nu väckts ur sin törnrosasömn av egna smärtsamma erfarenheter ("the Opren case").

Då det gäller de processtekniska frågor som class actioninstitutet aktualiserar (notice, opt-out, "preliminary tests on the merits" osv)

263 Ovan s 409.

264 Se den redaktionella notisen i Williams, Class actions, s 723. Även den ovan i not 95 nämnde Pinos är kanadensare men tydligen också intresserad av den australiensiska regleringen och publicerar sig även i det landet.

265 Se Williams 1979 s 721 ff.

överensstämmer de avvikelser från Rule 23 man i allmänhet förordat i lagförslag och nya lagar i Australien och Kanada mycket väl med den amerikanska diskussionen de lege ferenda,[266] också det ett belägg för erfarenhetsutbytet de tre länderna emellan. Vid en jämförelse mellan Australien och Kanada finner man visserligen företrädare för en rad olika uppfattningar, men meningsmotsättningarna är inte nationellt avgränsade. Bortsett från synen på nya tekniker för beräkning och fördelning av skadestånd (cy-pres och fluid recovery)[267] är det mycket mer som förenar än skiljer.

Åtminstone innan det federala lagförslaget i Australien publicerats får man nog konstatera att Kanada svarar för de mest spännande inslagen på class actionområdet under senare år: först den nya lagstiftningen i Quebec (märkligt nog just den provins som har sina rötter i kontinental rätt), sedan den jättelika Ontario Report. Australien har sina motsvarigheter i den nya class actionregeln i Victoria och (det betydligt äldre) förslaget i South Australia, men de spelar så att säga i en lägre division.

Kanadas "försteg" är dock måhända mindre än man kan tro: ett nytt australiensiskt förslag är ju att vänta inom kort och utvecklingen i Kanada möts inte enbart av applåder. Anhängarna av class actioninstitutet är besvikna för att det inte slagit igenom snabbare och motståndarna har gått över från att varna för att domstolarna skall dränkas av class actions[268] till att gotta sig åt att processformen numera används ganska sällan; 20 class actions per år enligt den nya lagen i Quebec betraktas av några i båda lägren ibland som ett misslyckande.[269] Men 20 class actions innebär ca 0,5 % av det totala antalet tvistemål i provinsen, vilket nästan exakt motsvarar de senaste årens siffror för federala class actions enligt Rule 23 i USA.[270] Detta skall sedan ställas mot att class actioninstitutet är väl etablerat i USA och att det materiellrättsliga underlaget för grupprättegångar är betydligt mer omfattande där än i Kanada, så t ex vad gäller "civil rights", "anti-trust" och "security", dvs just de rättsområden som initierar det största antalet class actions i USA.[271] Vidare

266 Se kap 10 s 340 ff.

267 Ovan s 278 ff.

268 Se t ex ovan s 141 ff.

269 Se t ex Glenn s 255.

270 Ovan s 143 f.

271 Ovan s 145 ff och Bogart, Report s 61.

arbetar man i USA i motsats till i Quebec med bl a "punitive damages" och ett strikt produktskadeansvar vilket, tillsammans med för advokaterna gynnsamma provisionsarvoden, torde verka starkt befrämjande för class actionintresset. Detta torde inte enbart ha satt sina spår på det delstatliga planet.

Att antalet class actions enligt Rule 23 för närvarande inte överstiger 0,5 % av det totala antalet tvistemål kan då verka överraskande. Men såvitt jag vet har ingen påstått att det amerikanska federala class actioninstitutet skulle sakna betydelse ens efter de senaste årens utveckling och det har såvitt jag vet inte heller förekommit förslag om dess avskaffande. Mot bakgrund härav är det överraskande att det betecknats som ett misslyckande för class actioninstitutet i Quebec att man nått siffror som ändå motsvarar de amerikanska.

Det förment låga antalet class actions i Quebec kan till en del bero på att det tar avsevärd tid att genombryta vissa domares negativa attityd till den delvis nya aktiva roll class actioninstitutet aktualiserar för deras vidkommande. I domarkåren finns nog också en viss skepsis till den funktionsuppfattning som tillmäter class actioninstitutet en viktig plats i rättsskipningen. Valet – eller samspelet – mellan "conflict resolution" och "behaviour modification" är även av vikt för vilken betydelse man är beredd att tillmäta ett så pass lågt målantal som t ex 20 class actions per år i ett land av Quebec's (dvs ungefär Sveriges) storlek. Betonar man vikten av handlingsdirigering är det ringa antalet class actions tämligen oväsentligt,[272] ja det kan t o m tolkas som något positivt, som ett hälsotecken. Kan man nå en handlingsdirigerande – preventiv – effekt med hjälp av få processer är detta naturligtvis att föredra. Rättegångens syfte är enligt detta synsätt inte bara att lösa uppkomna konflikter utan i minst lika hög grad att styra medborgarnas beteende i vissa banor så att framtida tvister – med ty åtföljande processer – kan förhindras. Class actioninstitutets yttersta uppgift är kanske att förebygga sin egen användning, att avskaffa sig själv. Men detta utopiska skede har definitivt inte uppnåtts i något av de länder som diskuterats i det här kapitlet – eller i något annat. Utopia är fortfarande en dröm, även i främmande land.

272 Jfr Bogart, Questioning s 697.

Kap. 12 Class actioninstitutets funktioner, dess fördelar och nackdelar

"... bara tillsammans kan dom ta strid, så dom kan ändra sina villkor och förändra sina liv."

Mikael Wiehe

1. Inledning: Civilprocessens funktion i amerikansk rätt 435
2. Class actioninstitutets funktioner 444
   - 2.1 Allmänt 444
   - 2.2 Den processekonomiska funktionen 450
   - 2.3 Den reparativa funktionen 453
   - 2.4 Den preventiva funktionen 456
   - 2.5 Andra funktioner, särskilt materiell rättsutveckling och prejudikatsbildning 460
3. Fördelar och nackdelar 465
   - 3.1 Allmänt 465
   - 3.2 Käranden (och klassen) 467
     - 3.2.1 Fördelar för käranden 467
     - 3.2.2 Nackdelar för käranden 473
   - 3.3 Svaranden 476
     - 3.3.1 Fördelar för svaranden 477
     - 3.3.2 Nackdelar för svaranden 477
   - 3.4 Domstolen och det allmänna 478
4. Sammanfattning och avslutande synpunkter 479

1. Inledning: Civilprocessens funktion i amerikansk rätt

Det kapitel som nu följer har vandrat fram och tillbaka i boken under arbetets gång. En variant är att låta kapitlet inleda framställningen, eller åtminstone komma så pass tidigt som omedelbart efter kapitel 3. Läsaren skulle då kunna ta del av de följande kapitlen eller (mer realistiskt) något avsnitt i den senare framställningen med problemet om funktionsuppfyllelse i bakhuvudet och därmed lättare kunna göra egna löpande rättspolitiska överväganden i anslutning till behandlingen av respektive delfråga.

Men jag fann snart att funktionsfrågan blir alltför hypotetisk på det sättet. Man måste veta hur processmaskineriet är konstruerat och

hur det kommit till användning för att förstå vilka arbetsuppgifter det kan utföra. Och man bör ha en uppfattning om de problem som uppkommit i praktiken för att kunna göra en realistisk värdering av möjligheterna till funktionsuppfyllelse. Vidare är det ganska klart att class actionsinstitutets för- och nackdelar bör beskrivas i anslutning till funktionen. Och att föra den diskussionen med en läsare som inte haft möjlighet att fundera över centrala frågor om t ex förutsättningarna för att en class action skall få föras, förfarandet, rättskraften, skadeståndsberäkningen och rättegångskostnaderna framstår som direkt olämpligt.

Det verkade således som om kapitlet borde följa direkt efter det att nyssnämnda ämnen avhandlats. Där låg det också länge i manuskripthögen. Senare visade det sig emellertid att även diskussionen de lege ferenda i USA samt förhållandena i England, Australien och Kanada hade åtskilliga beröringspunkter med class actioninstitutets funktion samt dess starka och svaga sidor. Funktionskapitlet fick därför flytta ännu längre bak i boken till den plats det nu har. På det sättet har jag också vunnit den fördelen att en värderande jämförelse med alternativen till class actions – främst public actions och organisationstalan – i fråga om funktionsuppfyllelse samt "pros and cons" blivit lättare att utföra. De kapitlen kommer nämligen härnäst.

Åtminstone för en svensk processualist – påverkade av Ekelöf som vi väl alla är – är det emellertid ogörligt att helt isolera funktionsresonemang och ändamålsöverväganden till ett särskilt kapitel. Avsnitt av den karaktären återfinns följaktligen också på många andra ställen.[1] Kanske är detta ett bevis för att dispositionen spruckit trots allt. Men det kan också vara en följd av att class actioninstitutet aktualiserar funktionsfrågor i ovanligt hög grad.

Då det gäller detaljdispositionen av kapitlet avsåg jag att starta på ett "makroplan" genom att först ge några antydningar om den, som jag trodde, oerhörda amerikanska litteraturen om civilprocessens funktion i allmänhet för att sedan konfrontera denna materia med vad som skrivits om class actioninstitutets funktion i synnerhet. Därefter skulle det vara dags att gå ner på ett "mikroplan" genom att komplettera och konkretisera funktionsresonemangen med en kortfattad uppräkning av institutets för- och nackdelar såsom dessa

[1] Se t ex ovan i kap 1 s 10 f och 42, i kap 2 s 84 f och 91 f, i kap 3 s 135 f, i kap 5 s 203 f, i kap 7 s 254 ff, i kap 8 s 269 ff, i kap 9 s 289 f, i kap 10 s 349 och 356 f, i kap 11 s 378 ff, 403 f och 418 ff samt nedan i kap 13 s 485 ff och 513 ff, i kap 14 s 587 ff, 614 ff, 628, 675 ff och 706 f.

framställts i doktrinen. Kapitlet kunde därefter, precis som alla andra, lämpligen avrundas med en sammanfattning och några avslutande synpunkter.

Så har jag också gått till väga. En överraskning – åtminstone för mig – var dock att det inledande avsnittet om civilprocessens funktion i allmänhet i amerikansk rätt skulle bli så pass famlande som det nu är. Mot bakgrund av vad jag lärt mig om den amerikanska doktrinens väldighet hade jag väntat mig att översvämmas av en uppsjö böcker och artiklar i ämnet. Men motsatsen blev fallet: jag sökte ett hav men fann en enda källa.[2] Jag är besviken. Eller kanske snarare överraskad.

Källan ifråga är en – förefaller det – relativt oansenlig artikel av Scott, publicerad i Stanford Law Review 1975.[3] Då man läser Scott blir man förbluffad över hur nära han – åtminstone terminologiskt – ansluter sig till Ekelöfs synsätt; liksom hos Ekelöf är det främst striden (eller snarare samspelet) mellan konfliktlösning och handlingsdirigering som dominerar framställningen.[4] Scott skiljer mellan "the conflict resolution model" och "the behaviour modification model" men har, av allt att döma, inte haft möjlighet att påverkas av Ekelöfs diskussion om konfliktlösning och handlingsdirigering. Han anknyter i stället till ett par arbeten av Packer rörande straffprocessens funktion där Packer diskuterar i vilken mån straffprocessens utformning är ett uttryck för "the crime control model" eller "the due process model".[5]

Medan Packer bygger två straffprocessuella modeller som står i ett skarpt motsatsförhållande till varandra kan Scotts, liksom Ekelöfs, civilprocessuella funktioner mycket väl samverka.[6] Men att

2 Jag bortser här från enstaka yttranden i förbigående och från arbeten rörande domstolarnas plats i samhället i vidare mening (se t ex nedan i not 28 aa).

3 27 Stanford Law Review (1975) s 937-950. Scott ägnar endast ett par sidor åt att presentera modellerna, varefter han illustrerar distinktionen med en diskussion om class actions, fullföljd och talerätt.

4 Se Ekelöf, Straffet, skadeståndet och vitet (1942), Rättegång I s 7 ff, i festskrift till Hellner s 229 ff, i Svensk Juristtidning 1981 s 110 ff och, senast, i Svensk Juristtidning 1988 s 23 ff. Ekelöfs synsätt går tillbaka på ett arbete av Olivecrona där handlingsdirigering prioriteras ("sanktionsteorin"), medan t ex Bolding och Eckhoff betonar konfliktlösningen och "rättviseprincipen" (Ekelöf sist a a s 23). Jfr betr rättviseprincipen nedan vid not 8.

5 Se Packer, först i 113 University of Pennsylvania Law Review (1964) s 1 ff, senare i "The limits of the criminal sanction" (1968).

6 Scott s 950, jfr Lindblom, Tes s 796 ff, se även Thiere s 367.

också process enligt "the conflict resolution model" har en effekt ifråga om "behaviour modification" och vice versa är snarare en bieffekt än uttryck för en medveten strävan. En viktig skillnad mellan modellerna är att lösningen av den individuella tvisten inte är det primära enligt "the behaviour modification model":

> "Not the resolution of the immediate dispute but its effect on the future conduct of others is the heart of the matter. Consistency and predictability of outcome, therefore, assume an importance that they do not possess in the Conflict Resolution Model."[7]

Liksom Ekelöf betonar Scott alltså snarare förutsebarhet och konsekvens än vikten av materiellt riktiga domar för handlingsdirigeringen.[8] Han påpekar också[9] att "the behaviour modification model" fokuserar intresset på svaranden, inte på käranden. Vad det gäller är inte så mycket att kompensera käranden exakt för den skada han lidit utan snarare att finna det kostnadstryck som erfordras för att förmå svaranden *och dennes likar* till – eller att avstå från – visst beteende. Processen blir en fråga om "cost-internalization". Att domen går ut på betalningsansvar till käranden är av intresse endast på så sätt att det erbjuder det erforderliga incitamentet för käranden att starta processen. Är den individuella skadan liten kan det därför bli nödvändigt att öka processincitamentet, så t ex genom att acceptera grupptalan med de gynnsamma effekter det har bl a på advokaternas intresse att ställa upp som ombud.[10]

Scott är såvitt jag vet den förste i amerikansk doktrin som klart artikulerat ett synsätt liknande Ekelöfs.[11] Att civilprocessens uppgift

7 Scott s 938.

8 Se dock a a s 946 f, jfr Lindell s 248 med not 36, jfr häremot Ekelöf i Svensk Juristtidning s 23 f. – En skillnad gentemot Ekelöf berörs nedan i not 11.

9 Scott s 939.

10 Scott s 941.

11 En skillnad är dock att Scott (s 938 f) koncentrerar sig på handlingsdirigering via "costinternalization", medan Ekelöf utöver denna form av "press" och påverkan (Rättegång I s 9 med hänvisning till Posner och i SvJT 1981 s 111 ff) tror på skadeståndets och civilprocessens "moralbildande" effekter, vilket av andra bedömare (se t ex Bengtsson och Roos i Svensk Juristtidning 1987 s 417 resp 418) – åtminstone vad gäller *skadeståndets* preventiva potential – betecknas som "trossats", "önsketänkande" och "ideologisk" preventionsteori. Däremot förefaller den "ekonomiska preventionen" ("general deterrence", "costinternalization") tas mer på allvar allt sedan tankar utomlands härom lanserades i Sverige av Hellner 1972, se t ex Dufwa, Bengtsson och Roos i Svensk Juristtidning 1987 s 416 ff och ovan i kap 8

i första hand är individuell konfliktlösning förefaller ha varit den traditionella – och är fortfarande den dominerande – uppfattningen.[12] Scotts främsta insats var nog att så klart betona den andra funktionen – "behaviour modification" – och sätta den i samband med nyare utvecklingstendenser inom civilprocessen, t ex vad gäller class actions.[13] Hans artikel citeras numera flitigt av andra processualister som (att döma av de hänvisningar som ges i övrigt) förefaller ha svårt att finna andra auktoritativa framställningar att luta sig emot i den här frågan.[14]

Vill man bilda sig en uppfattning om civilprocessens funktion i amerikansk rätt finns det emellertid också en annan väg att gå. I beskrivningar av processens utveckling i dagens samhälle framträder indirekt också en syn på processens funktion och hur den förändras. Det självklara namnet då det gäller framställning av det slaget är Abram Chayes, harvardprofessorn, som i en synnerligen stimulerande artikel om "public law litigation" i 89 Harvard Law Review (1976)[15] tecknar den traditionella civilprocessens särdrag

s 271 f samt nedan s 446 f och 456 f med not 72. – Betr uppfattningarna om processens funktion i engelsk, australiensisk och kanadensisk doktrin se ovan i kap 11 s 378 ff, 403 f och 418 ff. Vad gäller tysk rätt se t ex Koch, Prozessführung s 5 f; den allmänna uppfattningen är att rättegångens primära syfte är skyddet för "*subjektive* Rechte", men alla (se dock t ex Grunsky) motsätter sig ej tankar om att processen även kan medverka till genomförande av "*objektive* Rechte"; se t ex Kötz i Welfare state s 86 (med hänvisning till Ihering) och densamme i Homburger & Kötz s 69 samt Gottwald s 22, jfr även Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 17 ff (samt översikter hos Schmidt s 9 ff, Wasserman s 86 och Thiere s 3 ff, jfr nedan not 19).

12 Scott s 950, Miller PM s 9 och Chayes 1976 s 1282. Det är inte ovanligt att "behaviour modification" avfärdas föraktfullt, så t ex av Judge Medina i Court of Appeal i *Eisen*, som uppfattar tankarna på handlingsdirigering som en "exercise in emotionalism" och bl a anförde: "(S)tatements about 'disgorging' sums of money for which a defendant may be liable and the 'prophylactic' effect of making the wrongdoer suffer the pains of retribution and generally about providing a remedy for the ills of mankind, do little to solve specific legal problems. The result of this approach is almost always confusion of thought and irrational, emotional and unsound decisions. In cases involving claims of money damages all litigation presumes a desire on the part of the judicial establishment to make the wrongdoer pay for the wrongs he has committed, but to do this by applying settled or clearly stated principles of law, rather than by some process of divination . . ." (Här citerat efter Scott s 942 f.)

13 Scott s 940 ff.

14 Se t ex Garth, Conflict s 494 ff och Miller, PM s 10. Se betr processens funktion även Fiss, Against settlement s 1085.

15 89 Harvard Law Review (1976) s 1281 ff. Denna artikel publicerades i samma häfte som Harvard Developments rörande class actons. I förordet rekommen-

och ställer dem mot de utvecklingstendenser han tycker sig skönja i senare tids federal civilprocess. Chayes' artikel är enligt min uppfattning så banbrytande och av så stort intresse för de allmänna sammanhang i vilka class actioninstitutet figurerar att ett par utförliga direktcitat väl försvarar sin plats här.

Chayes – som inte citerar Scott (kanske hade han inte hunnit ta del av dennes artikel) – inleder med att påpeka att "the lawsuit" traditionellt uppfattas som "a vehicle for *settling disputes* between private parties about private rights" (min kursivering) och urskiljer följande karakteristika:

> "(1) The lawsuit is *bipolar*. Litigation is organized as a contest between two individuals or at least two unitary interests, diametrically opposed, to be decided on a winner-takes-all bases:
>
> (2) Litigation is *retrospective*. The controversy is about an identified set of completed events: whether they occurred, and if so, with what consequences for the legal relations of the parties.
>
> (3) *Right and remedy are interdependent.* The scope of the relief is derived more or less logically from the substantive violation under the general theory that the plaintiff will get compensation measured by the harm caused by the defendant's breach of duty – in contract by giving plaintiff the money he would have had absent the breach; in tort by paying the value of the damage caused.
>
> (4) The lawsuit is a *self-contained* episode. The impact of the judgment is confined to the parties. If plaintiff prevails there is a simple compensatory transfer, usually of money, but occasionally the return of a thing or the performance of a definite act. If defendant prevails, a loss lies where it has fallen. In either case, entry of judgment ends the court's involvement.
>
> (5) The process is *party-initiated* and *party-controlled.* The case is organized and the issues defined by exchanges between the parties. Responsibility for fact development is theirs. The trial judge is a neutral arbiter of their interactions who decides questions of law only if they are put in issue by an appropriate move of a party."[16]

Ett tjugotal sidor senare är så Chayes beredd att ställa dessa karakteristika mot de särdrag han anser utmärker "public law litigation", dvs den typ av civilprocess som växte fram under 60-och 70-talet, särskilt i de federala domstolarna, och där processen inte längre i samma utsträckning gäller tvister mellan "private parties about private rights". Föremål för process är nu snarare "the vindication of

deras läsaren att läsa de båda artiklarna tillsammans (s 1281), en nog så krävande uppgift (ca 250 sidor). Chayes har sedan följt upp frågan med en ny artikel i samma tidskrift 1982 s 4 ff, varom nedan s 442.

16 Chayes 1976 s 1282 f.

constitutional or statutory policies".[17] Och detta gäller inte enbart i civil rights-betonade tvister rörande diskriminering i skola och arbetsliv, fångars förhållanden i fängelserna etc, utan även "anti-trust, securities fraud and other aspects of the conduct of corporate business, bankruptcy and reorganizations, union governments, consumer fraud, housing discrimination, electoral reapportionment, environmental management – cases in all these fields display in varying degrees the features of public law litigation."[18]

Rättegång rörande tvister av det här slaget har alltså i varierande grad inslag av "public law litigation", som enligt Chayes företer följande särdrag:

> "(1) The scope of the lawsuit is not exogenously given but is shaped primarily by the court and parties.
>
> (2) The party structure is not rigidly bilateral but sprawling and amorphous.
>
> (3) The fact inquiry is not historical and adjudicative but predictive and legislative.
>
> (4) Relief is not conceived as compensation for past wrong in a form logically derived from the substantive liability and confined in its impact to the immediate parties; instead, it is forward looking, fashioned ad hoc on flexible and broadly remedial lines, often having important consequences for many persons including absentees.
>
> (5) The remedy is not imposed but negotiated.
>
> (6) The decree does not terminate judicial involvement in the affair: its administration requires the continuing participation of the court.
>
> (7) The judge is not passive, his function limited to analysis and statement of governing legal rules; he is active, with responsibility not only for credible fact evaluation but for organizing and shaping the litigation to ensure a just and viable outcome.
>
> (8) The subject matter of the lawsuit is not a dispute between private individuals about private rights, but a grievance about the operation of public policy."[19]

17 A a s 1284.

18 A st.

19 A a s 1302. Det finns åtskilliga paralleller mellan Chayes' "public law litigation" och vad Wassermann (1978) betecknar som "Der sociale Zivilprozess" med rötter i Kleins arbeten rörande österrikisk process vid sekelskiftet, se Wassermann s 54 f, jfr även Thiere s 5; ingen av dem hänvisar dock till Chayes. Tyvärr finns här inte plats att gå in närmare på dessa likheter (jfr ovan not 11 och nedan not 37 samt i kap 15 avsnitt 5.3).

Chayes diskuterar inte direkt i termer av "conflict resolution"[20] contra "behaviour modification", men hans analys av den civilprocessuella utvecklingen antyder ganska klart att en utveckling skulle ha skett från det förra till en process med mera inslag av "behaviour modification". Och det är, tycker jag, förbluffande hur väl hans beskrivning av den nya processens särdrag stämmer in på just class actions. Nästan alla åtta punkterna passar ju precis![21]

Chayes betraktar "public law litigation" som ett uttryck för "a liberal and reformist ideology in the legal system". Och då han 1982 återkommer med en genomgång av de gångna årens praxis i Supreme Court är det bl a för att undersöka om den nya sortens process skulle kunna stå emot en förlängd konfrontation med en domstol "whose dominant tenor was neither liberal nor reformist".[22] Chayes slutsats blir att "public law litigation" är "strongly resistant to conscious efforts at reversal", vilket främst visat sig på talerättsområdet, men i någon mån även vad gäller class actions.[23] Det nya och dominerande är enligt Chayes "the extensive use of the judiciary to challenge and control the actions of state and federal administrative agencies and large private institutions".[24]

Så här ytterligare ett antal år senare kan man emellertid konstatera att en antites till Chayes "public law litigation" gör sig allt mer märkbar. "Publicization" ersätts med "privatization", intresset för gruppernas behov förbyts i "narrowing of disputes". Parternas och domarens fria roll ersätts av "a new procedural formalism". Garth har lanserat beteckningen "the Spirit of the '80s" som en sammanfattande beteckning på dessa strömningar.[25] Och medan t ex Fiss – i anslutning till Chayes – argumenterar mot extensiv användning av förlikning,[26] favoriserar inflytelserika kommentatorer som t ex den konservative federale domaren Posner – tidigare veten-

20 Se dock det inledande partiet ovan s 440 samt Chayes 1976 s 1285.

21 Jfr betr svensk process nedan i kap 15 avsnitt 5.3 och Lindblom, Tes s 799 om marknadsdomstolen.

22 Chayes 1982 s 56 (båda citaten).

23 A st.

24 A a s 60.

25 Garth, Privatization s 2 och 21. Denna uppsats består av en utomordentligt intressant diskussion om Posner's "Federal courts". Observera att sidhänvisningarna till Garth's uppsats avser manuskriptet, den var ännu inte tryckt då detta skrevs (se litteraturförteckningen).

26 Fiss, Against settlement s 1073 ff.

skapsman och bl a författare till de kända böckerna "Federal courts" och "Economic analysis of law" – förlikning och motsätter sig vad han kallar "the promiscuous judicial creation of rights".[27]

Posner – och flera andra i modern amerikansk doktrin – står alltså för en nygammal syn på processen och dess uppgifter.[28] De representerar en reaktion mot den liberala (i amerikansk mening) och progressiva era som bl a manifesterats i "public law litigation", en företeelse som i sin tur har sina rötter ända tillbaka i amerikanskt 30-tal, då de Federal Rules of Civil Procedure tillkom. Denna processordning präglades av "the Spirit of 38", som Garth beskrivit på följande sätt:

> "The basic approach of the Federal Rules of Civil Procedure, which we might term the Spirit of '38, included very liberal pleading requirements, relatively easy joinder of parties and claims, wide-open discovery, and very flexible remedies. Imbued with a hostility to formalism, the Realist drafters sought to design procedures that would get out the true facts of a dispute for a correct decision. They thus borrowed devices from the tradition of equity, culminating a long movement away from the rigid rules of the forms of action. They sought, in short, to avoid having a party lose for a failure to plead correctly or from an inability to produce all the facts at the outset, and they wanted to maximize the participation of interested persons in the lawsuit. Consistent with this approach, the amendments to Rule 23 in 1966 made it easier to bring actions on behalf of a class of people: class members no longer had to "opt in" to a class action for damages; they were considered in unless they opted out.
>
> This remarkable Spirit of '38, which inspired reforms in state systems as well, provides litigants with a variety of means to expand a dispute. An individual or group can initiate an action easily in response to some perceived injustice, commence discovery to attempt to learn exactly what the opponent does, perhaps gain allies through publicity of the fruits of discovery or thorugh the organizing capabilities of the class action, and then, if successful, win a detailed and enforceable settlement or an intrusive, court-ordered remedy. The courts can be used in this way to expand the political importance of a dispute, raise the stakes for the defendant, and gain a remedy with considerable potential impact.[29]

27 Posner s 207, Garth a a s 6.

28 Se t ex Ackermans och Morgans i litteraturförteckningen upptagna böcker (jfr Garth a a i not 7 och 11), se även i viss mån Dworking, R, Taking rights seriously, 1977 (nämnd av Posner s 203) samt Eisenberg & Yeazell i 93 Harvard Law Review (1980) s 465 ff. De sistnämnda bestrider bl a det nya i "public law litigation", jfr betr tysk och österrikisk rätt ovan i not 19. Posner är dock en av förespråkarna för "costinternalization" och därmed ej främmande för handlingsdirigering (ovan not 11) i och för sig.

29 Garth a a s 9 f. – Observera att "equity" nämns i sammanhanget, vilket kan ställas mot att Posner (s 294) ser de federala domstolarna som "primarily

Men "the Spirit of '38" och public law litigation förefaller nu alltså motverkas av "åttiotalsandan" och man frågar sig i anslutning till det föregående om inte den amerikanska processrättshistorien i allmänhet – och utvecklingen av class actioninstitut i synnerhet – kan skrivas med presidentnamn som kapitelrubriker: Roosevelt (Federal Rules 1938), Johnson (66 års ändringar i Rule 23), Carter (Bill 1978) och Reagan (nedgången av class actions under 80-talet och "the Spirit of the '80s").[30]

En prognos över den judiciella handlingsdirigeringens (och class actioninstitutets) framtid i USA borde kanske anstå till efter presidentvalet hösten 1988. Vad man kan konstatera så här i början på valåret är att det både i och utom Supreme Court för närvarande lutar mot Posners konservativa syn på domstolarnas roll i samhället; "(t)he emphasis now is on enforcing the private agreement, rather than promoting some overriding public policy".[31] Att class actioninstitutet inte stupat utan bara stagnerat under 80-talet kan möjligen bero på att processformen inte enbart fullgör uppgifter i linje med Chayes "public law litigation" och Scotts "behaviour modification". Class actioninstitutet har också andra funktioner. Låt oss nu mera samlat rikta strålkastaren mot de uppgifter man vanligen anförtror grupptalan enligt Rule 23.

2. Class actioninstitutets funktioner

2.1 Allmänt

Om civilprocessens funktion är konfliktlösning och/eller handlingsdirigering och en class action är en form av civilprocess borde – logiskt sett – class actioninstitutets funktion vara konfliktlösning och/eller handlingsdirigering. Och om, kanske inte så mycket konfliktlösningen men väl handlingsdirigeringen, kan antas syfta till att ge de materiella reglerna ökad genomslagskraft i samhället, då skulle class actioninstitutet ytterst ha till uppgift att bidra till att förstärka

common law courts" (jfr Garth a a s 6); innebörden härav förstås lätt mot bakgrund av det citat som inleder kap 2 ovan s 44.

30 Se ovan s 143 f och 338. Jfr även Cappelletti & Garth & Trocker s 706 betr Reagans mordförsök på rättshjälpen, betr Carter se även nedan s 526 not 142.

31 Garth a a i not 12, jfr dock betr Posner ovan i not 28.

dessa reglers styreffekt. Och visst är det så, på sitt sätt.[32] Men class actioninstitutet kan också, vill jag visa i det följande, tillerkännas en ännu mer omfattande uppgift,[33] likaväl som det går att föra ner funktionsresonemanget på ett lägre, och kanske mera konkret, plan. Låt oss börja ur den mera jordnära infallsvinkeln.

Att diskutera class actioninstitutets funktion i enbart termer av konfliktlösning och handlingsdirigering är inte bara språkligt otympligt, det riskerar också att bli ungefär lika missvisande i class actionsammanhang som vad gäller vanlig vardagsprocess (t ex summarisk process). Visst kan det föreligga en tvist som det blir domstolens uppgift att lösa, men det torde minst lika ofta förhålla sig så att tvisten är en chimär och att anledningen till att käranden tvingas gå till domstol närmast är svarandens bristande vilja eller förmåga att betala det belopp svaranden i och för sig inser tillkommer motparten. Käranden söker snarare rättsskydd än tvistlösning.[34]

Så ligger det säkert till i de allra flesta fall av t ex svensk summarisk process och så är nog inte heller sällan fallet i amerikansk civilprocess. Men att svaranden via process tvingas till fullgörelse utgör ett led i ett sanktionssystem som uppehålls av samhället; man skapar ett tryck på gäldenärerna som grupp att fullgöra sina förpliktelser, ett tryck som kommer till direkt uttryck för en gäldenär som står inför hot om rättegång och exekution. Sedd på detta sätt fullgör processen snarare en handlingsdirigerande än en konfliktlösande funktion. Och handlingsdirigeringen består av ett direkt tvång i det individuella fallet och indirekt av hot om ett motsvarande tvång på det allmänna planet.[35]

Att denna allmänna handlingsdirigering resulterar i betalning är en förvisso inte oväsentlig "bieffekt" av den enskilda processen; för käranden torde detta resultat i allmänhet framstå som rättegångens huvudsakliga, ja enda, ändamål. Med ett skadeståndsrättsligt betraktelsesätt kan man säga att en kärande som är borgenär (i den meningen att han anser sig ha något att fordra till följd av en

32 Jfr ovan i kap 3 s 135 f.

33 Se nedan s 461.

34 Jfr Ekelöf, Rättegång I s 7 f.

35 Jfr Miller PM s 9 som stöder sig på Scotts artikel och använder uttrycket "enforcement vision of civil process" som ekvivalent med "behaviour modification".

fordran, ett avtal, en skadegörande handling etc) lider en skada så länge motparten inte presterar vad hon är skyldig. Vinner käranden processen och visar det sig att svaranden – eventuellt efter exekution – kan förmås ersätta denna skada får processen en *reparativ* (kompensatorisk) effekt på det individuella planet.[36] Gentemot svaranden – och personer som befinner sig i en motsvarande situation som svaranden – fungerar däremot risken för process *preventivt,* som en form av avskräckning ("deterrence").[37] Detta gäller såväl ordinära processer som class actions.

I det följande släpper jag ibland begreppsparet konfliktlösning och handlingsdirigering och talar i stället om class actioninstitutets reparativa och preventiva funktioner. Så sker trots att termerna reparativ och preventiv närmast anknyter till ordinär fullgörelsetalan och kan förefalla passa illa för class actions rörande fastställelse- eller förbudstalan i vissa fall. Som jag skall återkomma till under 4. är emellertid skillnaderna i funktioner (för- och nackdelar) inte så stora mellan olika slags class actions att det framstår som nödvändigt att avstå från den valda terminologin av detta skäl.

Jag är medveten om att den här valda terminologin avviker från Ekelöfs (se t ex Rättegång I s 7 ff och densamme i festskrift till Hellner s 233). Men trots att jag delar Ekelöfs uppfattning om processens funktion i stort, anser jag termerna "preventiv" och "reparativ" åtminstone ibland vara att föredra framför "handlingsdirigerande" och "konfliktlösande". Detta gäller inte minst på de rättsområden där class actioninstitutet aktualiserats (t ex miljörätten och konsumenträtten). En anledning till att jag valt att tala om reparation och prevention kan – förutom att termerna är smidigare – vara att jag tror mer på "costinternalization" än Ekelöf (se ovan not 11), särskilt på de rättsområden det här gäller (jfr Dufwa och Bengtsson ovan i not 11 a st samt exemplen

36 Att denna individuellt reparativa effekt skulle kunna ersättas med t ex försäkring i vissa fall, eller att den handlingsdirigerande betydelsen måhända är viktigare, ser jag inte som skäl att frånkänna civilprocessen en individuell rättsskyddsfunktion de lege lata (jfr ovan i kap 1 s 10 f). Se däremot Ekelöf, Rättegång I s 9; han anför där bl a att "om rättsskipningen är en nödvändig förutsättning för dessas (rättigheternas, min anm) existens, kan dess uppgift inte vara att skydda dem". Detta må – kanske – vara logiskt oantastligt men att uppgiften snarare skulle vara att t ex förbättra betalningsmoralen i stort torde verka tämligen svårsmält för den rättssökande i det enskilda fallet; han är nog ytterst sällan ute efter att förbättra folkmoralen i något hänseende. Och om t ex ett starkt försvar är en nödvändig förutsättning för Sveriges existens, kan då försvarets uppgift inte vara att skydda vårt land?

37 Jfr ovan s 272 f. I tysk doktrin skiljer man mellan processens syfte att skydda subjektiva och objektiva intressen, se ovan s 438 f i not 11 och not 19, jfr Thiere (s 8) som – med hänvisning till Schönke-Kuchinke och Habscheid – även nämner "Generalprävention" i sammanhanget.

nedan i not 72). Att, som Ekelöf, säga att processens främsta syfte är att skapa bästa möjliga "klimat för företagssamheten" (festskrift till Hellner s 236) kan ge ett rent utmanande intryck vad gäller t ex miljöskydd och produktansvar – om man nu inte menar att processerna kan rensa ut bovarna ur företagsvärlden och att detta skulle förbättra den övriga företagsamhetens villkor. I de här sammanhangen förefaller nog termer som "deterrence", "avskräckning" och "prevention" vara att föredra (precis som inom straffrätten) och – enligt vissa – skadeståndsrätten (ovan i kap 8 s 270 ff, jfr Hellner i festskrift till Ekelöf s 321 ff och 325 ff). Att sedan uttrycket prevention kan tvinga fram användning av dubbla negationer i vissa sammanhang gör mindre och går i allmänhet att undvika genom en språklig omskrivning. Och om en class action, som resulterat i t ex förbud mot ytterligare utsläpp av vissa gifter eller produktansvar i form av höga skadestånd, får till följd att den ansvarige – och ytterligare några företagare i branschen – avstår från en upprepning, så förefaller det mig minst lika realistiskt att tala om domens (ekonomiskt) preventiva – och reparativa – effekt som att se domens positiva verkningar som handlingsdirigering i form av förbättrad folkmoral och gynnsammare förutsättningar för företagsamheten. Att sedan vissa inte låter sig avskräckas (och andra ej vill ändra moral) är en sak för sig. Ekelöfs terminologi torde i stor utsträckning hänga samman med det betalningsexempel han i allmänhet hänför sig till. Då han riktar intresset mot konsument- och miljörätten (och därmed företagarsidan) dominerar inte längre ord som "plikt", "moral" osv; här kan man däremot finna uttryck som att det viktigaste inte är att konsumenterna ersätts för sina förluster utan att företagarna "utsätts för press så att de kontrollerar sina varor", "förhindrar olägenheter", etc (Svensk Juristtidning 1981 s 111 och 113).

Att nöja sig med att diskutera class actioninstitutets reparativa och preventiva funktioner går dock inte an, även om övriga funktioner i stor utsträckning blott är medel att nå dessa mål och därmed ytterst att förbättra de materiella lagarnas genomslagskraft. De nya formerna för representativ grupptalan växte ju fram i engelsk equity som ett komplement – eller kanske snarare som ett korrektiv – till kumulationsreglerna. Enligt vedertagen uppfattning[38] var alltså class actioninstitutets ursprungliga funktion s a s processteknisk, och då i första hand processekonomisk. Institutets förmåga att bidra till processekonomi, bättre överskådlighet och enhetlighet etc, framstår fortfarande på sina håll som class actioninstitutets huvudfunktion. Den *processekonomiska funktionen* diskuteras nedan under 2.2 innan jag tar upp de reparativa och preventiva funktionerna i avsnitten 2.3 och 2.4. I avsnitt 2.5 inventeras och kommenteras så några andra av class actioninstitutets uppgifter innan jag går in på institutets för och nackdelar.

38 Se dock ovan s 71 f.

Den struktur jag valt för det fortsatta funktionsresonemanget har såvitt jag vet inte någon motsvarighet i den litteratur som finns i funktionsfrågor just vad gäller class actions; typiskt för den amerikanska doktrinen är också att funktionsfrågorna nästan aldrig diskuteras för sig. Synpunkter kommer upp i anslutning till olika praktiska frågor och någon genomgående linje har jag inte kunnat finna i detta material; det verkar inte finnas två författare som diskuterar class actioninstitutets funktioner efter samma mall. De tre huvudfunktioner jag nämnt ovan tas dock alla – direkt eller indirekt – upp redan i Kalven & Rosenfields klassiska artikel "The contemporary function of the class suit",[39] men den uppsatsen är skriven i anslutning till Rule 23 i 1938 års tappning och – om än banbrytande – i väsentliga delar föråldrad genom 1966 års ändringar.

Av modern litteratur kommer kanske den kanadensiska *Ontario Report* närmast den här valda dispositionen; man diskuterar där class actioninstitutets "major goals", nämligen "judicial economy", "access to the courts" och "behaviour modification".[40] I *Harvard Developments* kommer synen på funktionsfrågorna fram i samband med att man drar en lans för sin "substantial theory of class actions";[41] class actioninstitutet bidrar enligt denna uppfattning till att ge "full realization of substantive policies" på två sätt, dels genom att öppna domstolarna för fall som annars inte skulle bli föremål för process, dels ock genom att ge domstolarna möjlighet "to see the full implications of recognizing rights or remedies". *Senate Study*[42] anger fyra funktioner som en class action rörande skadestånd skulle kunna fylla i konsumentmål, nämligen ersättning till namngivna käranden, ersättning till icke namngivna personer, förhindrande av "unjust enrichment" och avskräckning ("deterrence") och i *Bill 1978* utgår man från att Rule 23 (b)(3) har två uppgifter: avskräckning och kompensation.[43] *Newberg* siktar i första hand in sig på class actioninstitutets konsekvenser för parterna och ägnar funktionsresonemangen blott drygt fyra sidor i sitt

39 I 8 University of Chicago Law Review (1941) s 684 ff.

40 Ontario Report I s 116 ff, ovan s 418 f med not 204 och nedan s 457 i not 72–73, se även Glenn 1985 s 296 och Newberg s 1410.

41 Se citatet ovan s 135.

42 Se härom ovan i kap 4 s 139 f.

43 Senate Study s 30, betr Bill 1978 se ovan s 348 ff.

arbete på över 2 000 sidor.[44] Newberg tar upp "judicial economy v. access to courts by small claimants" och "individual redress v. deterrence of wrongdoing". *Alpert* blandar ganska friskt funktionsresonemang med för- och nackdelar men gör det på ett intresseväckande sätt som det dock skulle föra för långt att redogöra närmare för här; Alperts synpunkter får i stället komma in i den löpande texten.[45] *Du Val*[46] nämner "compensation, prevention of unjust enrichment and "behaviour modification" och menar att dessa funktioners inbördes vikt inte beror på särskilda överväganden rörande class actioninstitutet utan på "remedial and substantive policies" på de rättsområden där class actions förekommer och att dessa rättspolitiska syften varierar. En viktig slutsats av Du Vals resonemang är alltså att class actioninstitutets funktioner och deras inbördes betydelse växlar mellan olika rättsområden.

Sammanfattningsvis kan konstateras att det inte finns någon allmänt accepterad åsikt om class actioninstitutets uppgift(-er).[47] Innan vi nu ger oss in i class actioninstitutets tre huvudfunktioner finns det anledning att erinra om den värdefulla distinktion som görs i Harvard Developments[48] mellan "individually recoverable", "individually nonrecoverable" och "nonviable claims". Med "individually recoverable" menas ett anspråk som i och för sig – vid en framgångsrik process – kan bära kostnaderna för en ordinär rättegång på så sätt att slutresultatet blir ett netto käranden tillgodo. Jag kallar sådana anspråk för *individuellt processbara*. Med *individuellt oprocessbara* ("individual nonrecoverable") avser jag anspråk som det inte går att driva in via ordinär rättegång utan att resultatet blir en förlust, men som det däremot är processekonomiskt försvarbart att

44 För- och nackdelar diskuteras på s 25-52, "major goals" s 1410-1414, varav dock merparten handlar om helt andra saker.

45 Se Alpert s 1 och – särskilt – rättsfallssammanställningen s 4-15. Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 17 ff, talar om fyra huvudfunktioner: 1. Prozessökonomie und Rechtssicherheit. 2. Schutz geringfügig geschädigter, 3. Rechtsdurchsetzung und Abschreckung och 4. Rechtsfortbildung und Reform. Gränserna mellan de olika kategorierna förefaller mig oklara.

46 Du Val 1983 s 433.

47 Jfr Harvard Developments s 1321: "... no unified, well accepted theory of the purpose and function of the class suit had emerged by 1966." Uttalandet står sig fortfarande; resultatet av lagstiftarens arbete på 60-talet blev "a hodge podge of pragmatic and occasionally conflicting objectives" (a a s 1323).

48 Harvard Developments s 1356.

processa om när det sker i form av grupptalan. Med "nonviable" menas anspråk som är vad man kan kalla *processimmuna;* de går inte att driva in med ett ekonomiskt netto vare sig i individuell process eller i form av en class action.

2.2 Den processekonomiska funktionen

Som jag berört i kapitel 2 uppstod sannolikt[49] class actioninstitutet som en reaktion på rigida kumulationsregler i tidig engelsk rätt. Inom common law var sammanläggning av mål inte möjlig annat än när det rådde mycket starkt samband dem emellan; processen var tvåpartsinriktad i minst lika hög grad som numera är fallet. Equitydomstolarna hade däremot ambitioner att lösa tvister under hänsynstagande till alla berörda, vilket tvingade fram kumulation i form av nödvändig processgemenskap i en utsträckning som gjorde processen ohanterlig ("unmanageable") i samma grad som gruppen växte i storlek. Slutresultatet blev detsamma: höga kostnader på grund av antingen upprepade rättegångar eller ohanterliga jätteprocesser. Genom class actioninstitutet kunde däremot saken avgöras för alla berörda i en hanterlig och – relativt sett – billig process.

Class actioninstitutet fyller fortfarande ibland en sådan processekonomisk funktion; vissa anser nog att detta bör vara den uteslutande uppgiften i sammanhanget. Och tydligt är att lagstiftaren så sent som vid 1966 års ändringar i Rule 23 fortfarande betraktade denna class actioninstitutets kanske ursprungliga funktion som viktig.[50] Att kumulationsreglerna sedan decennier tillbaka är så uppmjukade att olämplig sammanläggning av mål inte längre tvingas fram på samma sätt som tidigare kan inte hindra att den här kumulationskonkurrerande (eller kumulationskompletterande) funktionen fortfarande är aktuell.[51] Är det rationellt att handlägga ett stort antal anspråk tillsammans – samtidigt som kumulation skulle medföra stora bekymmer eller rentav vara omöjlig – fyller naturligtvis repre-

49 Se s 71 f.

50 Jfr Newberg s 1410. Lagstiftaren ansåg dock troligen inte att detta skulle vara den *enda* funktionen, se härom Ontario Report I s 120 not 79. Jfr även ovan i not 40 a st.

51 Se härom redan Kalven & Rosenfield s 708, som även påpekar att class actioninstitutet inte kan överleva om det kopplas till nödvändig processgemenskap eftersom sådan numera är ovanlig. Jfr även Harvard Developments s 1321 f.

sentativ grupptalan i form av class actions en processekonomisk funktion.

Men då det gäller *processimmuna* anspråk kan en sådan funktion inte bli aktuell; process är då ekonomiskt oförsvarbar även om den förs som en class action. Mindre uppenbart är kanske att class actions inte heller fyller någon självständig processekonomisk funktion vid *individuellt oprocessbara* anspråk. Då de individuella anspråken är jämförelsevis obetydliga är alternativet till en class action inte en rad processer om samma sak, eller ett på kumulation uppbyggt ohanterligt processkonglomerat, utan snarare ingen process alls! Att tala om att class actioninstitutet sparar pengar för parterna eller samhället eller minskar hanteringsolägenheter för domstolen i dessa fall förefaller vara riktigt endast om man utgår från att rättegång kommer att föras oavsett det ekonomiskt försvarbara, dvs även om anspråken är processimmuna eller individuellt oprocessbara. Och den utgångspunkten är i allmänhet orealistisk.

Ur snävt processekonomisk synpunkt erbjuder alltså inte class actioninstitutet någon vinning i dessa anspråkskategorier – resultatet kan snarare bli att samhället belastas med flera (dyra) processer som annars inte skulle komma till stånd. Class actioninstitutet, liksom andra former av grupptalan, fyller en renodlad processekonomisk funktion endast om trycket på rättegång skulle tvinga fram andra – och då dyrare – processuella lösningar på den aktuella tvisten om institutet inte existerade; class actioninstitutet är intressant ur processekonomisk synpunkt endast för de fall då de individuella anspråken är så pass betydande att de kan motivera en egen rättegång, dvs då de är individuellt processbara.

Class actioninstitutets processekonomiska funktion kommer alltså till uttryck först då det gäller *individuellt processbara* anspråk och kumulation inte framstår som ett realistiskt alternativ, dvs då gruppen är så stor att en kumulation skulle leda till en process som är ohanterlig eller rentav omöjlig.[52] Är man enbart beredd att erkänna class actioninstitutets processekonomiska funktion kan en utvidgning av det processbara området till individuellt oprocessbara anspråk framstå som en ovälkommen bieffekt med icke önskvärda konsekvenser för domstolarnas arbetsbörda och t ex näringsidkares

52 I själva verket skulle säkert en class action vara processekonomiskt motiverad även i de fall då gruppen är mindre än vad som brukar uppfattas som minimiantalet (ovan s 183 f).

möjlighet att fritt agera i konsument- och miljösammanhang; class actioninstitutet har då en förmåga att väcka sovande björnar ("stir up litigation").

Det bör påpekas här att gruppen individuellt processbara anspråk är väsentligt mindre i USA än t ex i Sverige. Eftersom vinnande part inte får ersättning för ombudskostnader ("the American rule") måste det individuella anspråket överstiga det beräknade ombudsarvodet och diverse andra kostnader för att vara processbart i vanlig rättegång;[53] att klara sig utan ombud torde inte vara möjligt i särskilt många fall.

Man kan fråga sig om det existerar särskilt många fall då det individuella anspråket är så betydande att det skulle kunna bära en egen process samtidigt som klassen är så stor att en kumulation framstår som "unmanageable" och class actionformen (bl a därför) som "superior".[54] Helt klart är visserligen att sådana class actions förekommer, men antalet är svårt att beräkna.[55] Katastrofer, som t ex gasutsläppet i Bhopal eller disaströsa biverkningar av läkemedel (Neurosedyn), kan räknas hit, liksom "mass tort claims" till följd av flyg- eller tågolyckor. Men frågan om class actionformen bör tillåtas i sådana fall är föremål för delade meningar och många domstolar intar en negativ attityd. Förklaringen förefaller vara följande uttalande i "motiven" till 1966 års ändringar i Rule 23:

> "[A] 'mass accident' resulting in injuries to numerous persons is ordinarily not appropriate for a class action because of the likelihood that significant questions, not only of damages but of liability and defenses to liability, would be present, affecting the individuals in different ways. In these circumstances an action conducted nominally as a class action would degenerate in practice into multiple lawsuits separately tried."[56]

Uttalandet är märkligt och har kritiserats i flera sammanhang;[57] just vid massolycksfall och i katastrofsituationer är ju frågan om skadeståndsskyldighet i sig ofta gemensam och de processekonomiska vinster som kan göras genom att välja class actionformen (åtminstone i denna del av målet) uppenbara. Att behov kan föreligga att

53 Se ovan s 327 ff och nedan s 455.

54 Jfr ovan s 183 f och 198 ff.

55 Se ovan i kap 4 s 141 ff och 150 ff och Ontario Report I s 118 f.

56 Ontario Report I s 119.

57 Se t ex Ontario Report I s 119 och 267 ff samt ovan i kap 4 s 149.

senare dela upp processen för individuell prövning av skadeståndena i de enskilda fallen hindrar inte att class actionformen kan leda till avsevärda processekonomiska vinster i målets första del.[58]

Vad gäller (b)(1) och (b)(2) class actions, dvs i huvudsak fastställelse- och förbudstalan,[59] är det svårare att mäta class actioninstitutets processekonomiska betydelse; kärandens talan låter sig inte heller bestämmas enligt kategorierna processimmuna, individuellt processbara och individuellt oprocessbara anspråk. Såvitt jag kan förstå – frågan berörs överhuvudtaget inte i den litteratur jag tagit del av – är dock den processekonomiska funktionen av stor betydelse i dessa fall. Domens rättskraft för och emot hela klassen gör att upprepade processer om samma sak kan undvikas. Huruvida flera processer – eller ens någon – skulle ha kommit till stånd class actioninstitutet förutan är dock, som sagt, svårt att bedöma. Att en kärande väljer class actionformen vid fastställelse- och förbudstalan torde dock mera sällan ha processekonomiska orsaker: en class action blir ju i allmänhet mer omfattande än vanlig process. Det är snarare svaranden som kan göra besparingar.

2.3 Den reparativa funktionen

Class actioninstitutets förmåga att "provide individual relief to class members" anses av många domstolar som en av de viktigaste faktorerna då det gäller att bedöma om en class action skall tillåtas i det enskilda fallet.[60] Att även "lagstiftaren" haft class actioninstitutets reparativa funktion inom det individuellt oprocessbara området i åtanke framgår både av motiven och av inflytelserika kommentarer kring 1966 års ändringar i Rule 23.[61] Tydligt är att den

58 Beträffande sådana uppdelningar se ovan s 253 f. – Några rättsfall då class action ansetts vila på processekonomisk grund anges av Alpert s 4, se även Harvard Developments s 1326 f i not 34. – Kalven & Rosenfield s 692 f ger intressanta paralleller bl a till processer förda av aktieägare och till konkurssituationer.

59 Se ovan s 125 ff.

60 Se Newberg s 1411.

61 "The entire reconstruction of the Rule bespoke an intention to promote more vigorously than before the *dual missions of the class-action device:* (1) to reduce units of litigation by bringing under one umbrella what might otherwise be many separate but duplication actions; (2) *even at the expense of increasing litigation,* to provide means of vindicating the rights of groups of people who individually would be without effective strength to bring their

reparativa effekten är starkt beroende av de individuella anspråkens storlek. Class actioninstitutet kan naturligtvis inte fylla någon reparativ – eller annan – funktion vid *processimmuna* anspråk; för att class actioninstitutet skall kunna fullgöra någon uppgift i dessa fall krävs att institutet kompletteras med sådana regler om rättegångskostnader (t ex full ersättning till vinnande part) som hittills ansetts främmande i amerikansk rätt. Och genombryts denna barriär är anspråken inte längre att beteckna som processimmuna.

Ser vi så till den andra ytterligheten – *individuellt processbara* anspråk – fyller inte class actioninstitutet någon direkt reparativ funktion utöver den som kan uppnås via redan existerande processformer; väljer man att tillåta class actions för dessa fall är det främst de processekonomiska motiven som är styrande. Men eftersom processekonomiska vinster höjer den reparativa effekten går det inte att hålla dessa funktioner helt åtskilda. Vidare är det tänkbart att class actioninstitutet kan fylla en reparativ funktion även beträffande individuellt processbara anspråk genom att processformen bidrar till att genombryta icke-ekonomiska processbarriärer, som sociala och psykologiska faktorer o s v.[62] Att rekommendera class actioninstitutet eller andra kollektiva processformer för att överbrygga svårigheter av den arten kan dock möjligen framstå som en oproportionerligt omfattande gruppterapeutisk åtgärd i sammanhanget.

Nej, class actioninstitutets reparativa funktion kommer framför allt till synes i den tredje anspråkskategorien, beträffande de ersättningsanspråk som är *individuellt oprocessbara* utan att för den skull vara processimmuna i tidigare angiven bemärkelse. Uppenbarligen är det just denna målgrupp som är av särskilt intresse i class actionsammanhang; institutet besitter sannolikt en avsevärd reparativ potential i denna kategori. Class actioninstitutet åstadkommer här ökad "acess to the courts" ("access to justice") i en betydande utsträckning, vilket både oroat och förskräckt de class actionteoretiker som anser att institutet enbart bör fylla en processeko-

opponents into court at all." (Kaplan såsom han citeras i Ontario Report I s 120 i not 79.) – Se beträffande äldre rätt Kalven & Rosenfield s 688: "Bringing every one into the case ... making recovery available to all."

62 Ontario Report I s 127 ff. – Enligt Garth (Conflict s 494) gynnar class actions de missgynnade: "The class action is a unique legal device that can be employed to promote and enforce the rights of large groups of people, especially the disadvantaged. It is not surprising that those who are particularly concerned about the rights of the disadvantaged tend to favour class actions, while those who are not so concerned tend to oppose class actions."

nomisk funktion. Taleformen bidrar här verkligen till att väcka sovande björnar.[63]

Att process blir ekonomiskt försvarbar via gruppformen medför också ibland att sociala och psykologiska barriärer rivs ner och då inte enbart på grund av den gruppterapeutiska effekten. De facto är det i class actionsammanhang nämligen oftast ombuden som tar initiativ till rättegång (antingen genom att övertala någon att ställa upp som kärande eller genom att själva köpa in sig i den positionen)[64] och åtminstone de amerikanska advokaterna kan knappast beskyllas för att vara utrustade med någon processångest. Detta har till följd att de berörda ofta inte själva behöver ta initiativ till rättegång.

Var går då den övre respektive den nedre gränsen för det som här kallats individuellt oprocessbara anspråk? Vad gäller gränsen mot individuellt processbara anspråk tycks den åtminstone ligga över 1 000 dollarstrecket.[65] Med hjälp av class actioninstitutets reparativa potential flyttas den gränsen nedåt, men hur långt? Var går gränsen mot det processimmuna området? Svaret på den frågan är direkt avhängigt dels av klassens storlek, dels ock av hur class actionprocessen konstrueras och regleras på kostnadssidan, t ex vad gäller notice[66] och skadeståndsberäkning och fördelning.[67] I *Eisen* demonstreras hur rigida noticekrav kan göra individuella anspråk på något tiotal dollar processimmuna även i fall då klassen är enorm. Under åberopande av vars och ens rätt till "due process" och "a day in court" förvandlas anspråket från att vara processbart – om än endast genom grupptalan – till att bli processimmunt:

> "It is a landmark in judicial sophistry to use the due process concept, in the name of protecting the interests of class members, to reject the only litigation procedure capable of doing so."[68]

63 Jfr ovan i not 61.

64 Jfr ovan s 321 ff, jfr Wood (s 601) som påpekar att class actions i allmänhet gäller mer för ombudet än för käranden själv.

65 Mål rörande försäkringsfrågor anses böra gälla minst ett par tusen dollar för att advokaterna skall låta sig lockas, Ontario Report I s 123. Jfr följande uttalande av Mr. Justice Douglas: "In the first place, it took no great understanding of the mysteries of high finance to make obvious the futility of spending a thousand dollars to get a thousand dollars – or even less."

66 Se s 215 ff.

67 Se s 268 ff.

68 Scott s 944.

Att class actioninstitutet kan sänka beloppsgränserna för processbara anspråk ända ner till ännu lägre individuella belopp än de som var aktuella i *Eisen* demonstreras i rättsfallet *Daar v. Yellow Cab,* där framför allt radikala tekniker för beräkning och fördelning av skadestånd fick denna effekt.[69] Men "reparationseffekten" för den enskilde blir då så slumpartad att det förefaller mer befogat att anse ifrågavarande class action fylla en preventiv än en reparativ funktion. Och därmed har vi kommit fram till ett ännu mer omstritt område än den ökade "access to justice"[70] class actioninstitutet erbjuder beträffande individuellt oprocessbara anspråk.

2.4 Den preventiva funktionen

Vi har kunnat konstatera att class actioninstitutet väsentligt minskar antalet processimmuna anspråk och följaktligen fyller en viktig reparativ funktion; vid individuellt oprocessbara anspråk får klassmedlemmarna tillgång till rättsskydd och därmed ersättning på ett sätt som inte är möjligt inom ramen för ordinär process. Men varför är detta – enligt många – en viktig och välkommen funktion? Är det av någon slags hygglighet gentemot de berörda?

Ja, kanske det. Men anledningen till denna positiva inställning kan också vara att man genom att utöka det område där "olagliga" beteenden kan beivras också når ökat tryck ifråga om handlingsdirigering. Risken att någon startar en class action kan ha en preventiv, avskräckande "terapeutisk", förebyggande, "profylaktisk"[71] effekt på så sätt att svaranden – och andra i hans situation – avskräcks från beteendet ifråga. Genom att kostnader och obehag uppstår för svaranden uppnår man förhoppningsvis en "costinternalization"; man utnyttjar marknadskrafterna för att minimera den skada svaranden, och hans likar, annars skulle förorsaka samhället

69 Se ovan s 277.

70 Se även Harvard Developments s 1353, jfr Miller, Frankenstein s 665 i not 3: "To reveal my own biases, I believe that the class action and other nascent forms of group litigation hold considerable promise for redressing injuries to large numbers of citizens who individually would not have the economic and logistical capacity to litigate. I am convinced that many of the alleged defiencies of the class action have been overstated."

71 Se t ex Newberg s 1411 (profylaktisk), Homburger s 40 (terapeutisk). Betr termen preventiv se ovan s 446 f.

och medborgarna.[72] Härtill kommer så sanktionsmekanismens moralbildande verkan.

På samma sätt som det bland vissa domare finns betydande motstånd mot "the behaviour modification model" för civilprocessen i allmänhet har tankar på class actioninstitutets preventiva funktion haft svårt att vinna allmän anslutning. Man har hävdat att avskräckning skall ske genom kriminalisering och att handlingsdirigering är något som bör förbehållas straffrätten.[73] Detta synsätt har visserligen inte lyckats vinna total anslutning ens i England,[74] och än mindre i USA, men det hindrar inte att många domare givit uttryck för kraftig aversion mot class actioninstitutets preventiva funktion. De flesta domare anbefaller sig nog fortfarande till kon-

72 Se ovan s 438 och t ex Ontario Report I s 141: "If, for example, a class action or a series of individual actions permit the imposition of the full costs of industrial pollution upon a defendant corporation in a situation where the assertion of individual claims would not have been feasible, the defendant will have the incentive to modify the amount of the pollution that its business generates by the installation of pollution control machinery, if the state of technology makes this feasible, and if the cost of the pollution control is less than the amount of damages to which the corporation is likely to be exposed in the future if it continues to pollute. On the other hand, if the latter condition does not apply, the industry may rationally conclude that the most profitable course of action is to continue the production processes that generate the pollution, pay the resulting damage claims, and either increase its prices or reduce dividend payments for shareholders. Cost internalization may contribute to economic efficiency in such a situation as well. If prices are raised, consumers are likely to respond by cutting back consumption of the product in question, which, in turn, will reduce output, pollution, and pollution-related injuries. This is an appropriate response that contributes to economic efficiency, as the increased price reflects the true cost of the product, and consumers are now in a better position to judge whether the product is worth its true cost. A similar result will occur if shareholders, because of the diminished return on their investment, reduce their investment in the polluting business and reinvest in other enterprises that are not subject to the costs imposed by the need to compensate victims of pollution damage."

73 Se Ontario Report I s 143 f, där dock detta synsätt kritiseras bl a på följande sätt: "It is questionable whether making behaviour modification the exclusive province of the criminal law, even if it were feasible, would be in the interest of the public generally, or even in the interest of defendant in all cases. Many civil causes of action have no criminal counterpart, and it is doubtful that defendants would view with enthusiasm the enactment of legislation that provided the option of criminal prosecution, with its resulting stigma, for every tort or breach of contract, in order to prevent unjust enrichment." (Ontario Report I s 144.) – Betr kriminalisering som alternativ se vidare nedan i kap 13 s 493 ff.

74 Se ovan s 380 ff.

fliktlösningsmodellen,[75] även om tillskyndarna av "behaviour modification" – och följaktligen class actioninstitutets preventiva funktion – verkar ha vunnit terräng, åtminstone under 60- och 70-talen.[76]

Så länge man accepterar class actions av andra skäl (processekonomiska eller reparativa) följer emellertid den preventiva effekten med automatiskt oavsett vad lagstiftaren eller kommentatorerna tycker. Vi har här ett exempel på att lagens ändamål alls inte behöver vara desamma som lagstiftarens syfte; lagens konsekvenser i det ordinära fallet kan komma att avvika från det mål lagens upphovsmän ställt upp för dess tillämpning.[77] Huruvida denna "bieffekt" skall betraktas som viktig och önskvärd är det – särskilt i USA – i stort sett upp till den enskilde domaren att avgöra och hans åsikter därvidlag går många gånger att utläsa ur avgöranden rörande delfrågor i class actionsammanhang som t ex beträffande notice och skadeståndsfördelning. En rigid inställning till smidiga grepp på det området bottnar säkert ofta i en negativ attityd till class actioninstitutets preventiva funktion och/eller det materiella rättsområde saken gäller.[78]

Ibland tycks man uppfatta class actioninstitutets förmåga att frånta svaranden hans "illgotten gains" eller med andra ord "to prevent unjust enrichment" som en självständig funktion bredvid de reparativa (kompensatoriska) och preventiva (avskräckande) funktioner-

75 Så enligt Scott s 950.

76 Som ovan anförts (s 448) var Kalven & Rosenfield (1940-41) de första att explicit uttrycka class actioninstitutets preventiva funktion, för senare positiva uttalanden se t ex Alpert s 1, Senate Study s 30, Homburger s 40, och Rosenberg i 62 Indiana Law Journal (1986–87) s 575 f samt ovan i not 14 a a. Jfr även Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 35 ff. I Harvard Developments (s 1321 ff och 1359 ff) uppfattas class actions som ett sätt att nå "full realization of substantive policies", vilket förhoppningsvis inkluderar såväl reparativa som preventiva effekter, vilka skall uppnås genom "increased access to courts" och "heuristic functions", varmed bl a menas att en bredare intresseavvägning blir möjlig än vid individuell talan (jfr equity) och att både "relief" och "liability" är relevanta (s 1368). Explicit anknytning till handlingsdirigering finns dock inte såvitt jag kunnat finna, jfr Du Val 1983 s 433. I Ontario Report I s 145 behandlas behaviour modifications som "an inevitable, albeit important, byproduct of class actions" jämfört med "judicial economy" och "increased access", se betr Kanada ovan i kap 11 s 418 f.

77 Jfr Lindblom i festskrift till Welamson (1988) s 442 not 12.

78 Jfr Ontario Report I s 115 coh Garth i 62 Indiana Law Journal (1986–87) s 500.

na.[79] Såvitt jag kan förstå är det dock också här fråga om handlingsdirigering eller "prevention". Som Ekelöf uttryckt saken[80] föreligger stor risk att folk i gemen tappar respekten för lagen om de ser sina grannar "skära pipor i vassen"; att den som handlar felaktigt får behålla vinsten av sitt beteende är ur denna synpunkt riskabelt ur både "individual- och generalpreventiv" synpunkt.[81] Även då man talar om "deterrence"[82] förefaller det vara prevention (eller handlingsdirigering) i här aktuell bemärkelse som avses, dock snarare ekonomisk avskräckning (costinternalization) än moralbildning.

Class actioninstitutet kan fylla en preventiv funktion vid såväl *individuellt processbara* som *individuellt oprocessbara* anspråk. Tydligt är dock att den preventiva funktionen blir mest renodlad i den sistnämnda anspråkskategorin. Class actionformen utgör här en betingelse för att den processuella preventionen skall fungera. Förutsättningen för att så skall ske är dock i allmänhet att det även uppstår en reparativ effekt på det individuella planet; annars skulle någon process inte komma till stånd. Men då det gäller mycket små individuella anspråk kan det ekonomiska processincitamentet bli så svagt att det inte uppväger de risker och obehag som är förenade med rättegång. Särskilda ekonomiska lockbeten för parten (t ex av det slag som föreslås i Bill 1978[83]), chans till feta arvoden för ombuden eller statligt engagemang av ett eller annat slag framstår då som tänkbara metoder. Men class actioninstitutet har visat att det redan i existerande form kan fylla en viktig preventiv funktion, särskilt vid skyddet av "diffusa, fragmentariska och kollektiva intressen". Och även om man nog i allmänhet betraktar den preventiva funktionen som sekundär till uppgiften att möjliggöra ökad "access to the courts", och därmed reparation vid individuellt oprocessbara anspråk, förefaller den härskande meningen vara att också de preventiva effekterna är välkomna, ja kanske rent av nödvändiga.

79 Se t ex Senate Study ovan s 448.

80 Se densamme t ex i Svensk Juristtidning 1988 s 26.

81 Jfr Ontario Report I s 140 som tar upp "the potential to deprive wrongdoers of any unjust enrichment" under rubriken "Behaviour modification".

82 Se t ex ovan s 448 (jfr s 270 ff).

83 Se ovan s 348 ff.

2.5 *Andra funktioner, särskilt materiell rättsutveckling och prejudikatsbildning*

Helt klart är att processekonomi (i vid bemärkelse), reparation och prevention framstår som class actioninstitutets huvudfunktioner vid en genomgång av litteraturen på området och att den preventiva funktionen är den mest omstridda i sammanhanget. Men i vissa framställningar framskymtar även andra funktioner eller effekter, så t ex i Harvard Developments där man på (minst) tre ställen[84] understryker att class actionformen utgör ett skydd för berörda tredje män (klasskamraterna) eftersom även deras intressen kommer att vägas in vid bedömningen på ett bättre sätt än som skulle ske i en vanlig tvåpartsprocess. Också vanlig rättegång påverkar ju ofta andra än parterna genom t ex domens bevis- eller prejudikatsverkan. Den bredare intresseavvägning som kommer till stånd inom ramen för en class action är också ett av de särdrag Chayes pekar på för "public law litigation", ett särdrag som även kännetecknade processen i äldre engelsk equity.[85]

Men kan man säga att denna skyddseffekt för tredje man (klassen) är en av class actioninstitutets funktioner? Och är det förhållandet att vinnande svarande i ett class actionmål skyddas mot nya processer att systematisera som en class actionfunktion eller "bara" som en fördel för svaranden? Och hur skall den i Rule 23 (b)(A) nämnda effekten (att motstridiga domar undviks) bedömas i detta avseende?

Närheten till "mikroplanet", dvs de konkreta för- och nackdelar som följer av att en class action väljs i det särskilda fallet, är påfallande och jag får med detta påpekande avstå från att här gå in på alla bi- och sidoeffekter av det slaget. Ett citat från Alpert, som talar om "policy considerations of class actions" innan han går över till konkreta för- och nackdelar illustrerar det nyss sagda:

> "The policies include facilitating judicial administration (achieving economies of time and effort, preventing multiplicity of suit), fulfilling legislative policy (deterring fraud and statutory wrongs, enhancing staturory remedies) and aiding administrative enforcement (compensating for inadequacy of administrative remedies and enforcement).
>
> More importantly, the class action device furthers the critical social policy of making the law and the legal system more responsive to the individual.

84 Harvard Developments s 1353, 1366, 1371 f.

85 Jfr Chayes ovan s 441 f.

> Class actions accomplish this by providing a forum for the small claimant, the uninformed, and those otherwise deterred from seeking redress; by aiding the enforcement of the constitutional and statutory rights of a broad class of persons; by fostering effective group legal remedies; and by focusing the court's attention on the basic substantive issues in question with a perspective on the magnitude of the injury or deprivation."[86]

Citatet innefattar som synes det mesta av vad som avhandlats i det föregående.

Något som Alpert inte nämner är class actioninstitutets förmåga att inte bara medverka till att förverkliga ändamålen bakom de materiella reglerna[87] utan även skapa ny (materiell) rätt. I kapitel 2 och 3 framgick att class actioninstitutet vid flera tillfällen fungerat som en slags processuell murbräcka för den materiella rättens utveckling; genom att möjliggöra gemensamma aktioner för nya grupper ("friendly societies" och "joint stock companies") som saknade materiellrättsligt erkännande kom dessa grupper de facto att kunna flytta fram sina positioner på ett sådant sätt, att senare materiellrättsligt erkännande via "statutes" snarast framstod som försök att kasta in jästen efter degen.[88] Class actionprocessen fungerade inte bara handlingsdirigerande utan även rättsbildande och rättsutvecklande.

Det förhållandet att det engelska class actioninstitutet så gott som dog ut när det väl fyllt denna sin barnmorskeuppgift leder till frågan om de gruppbildningar som i dag förekommer i class actionprocesser saknar tillräcklig materiell förankring. Kommer antalet class actions på t ex diskriminerings-, konsument- och miljöskyddsområdet att minska drastiskt när väl den materiellrättsliga regleringen av gruppintressena på området fått ett kraftigare genomslag och kanske starkare lagteknisk förankring? Kommer antalet class actions att gå ner den dag de berörda grupperna organiserat sig bättre på det civilrättsliga planet och därmed fått en starkare materiellrättsligt position? Och kan behovet av class actions minskas radikalt genom andra lagstiftningsåtgärder? Är class actionprocessen ett symptom på att den materiellrättsliga lagstiftningen inte förmått ge ifrågavarande intressegrupper tillräckligt erkännande och inflytande? Skall i så fall

86 Alpert s 1.

87 Jfr class actioninstitutets förmåga att bidra till "full realization of substantive policies" som det uttrycks i den "substantive theory of class actions" som lanserats i Harvard Developments, se citatet ovan s 135, jfr även Du Val 1983 s 433 och ovan s 444 f.

88 Se ovan s 91 f.

det sjunkande antalet class actions under senare år ses som ett tecken på att samhället visat mer allvar på diskriminerings-, miljö- och konsumentområdena? Svaret förefaller inte självklart och bilden är knappast entydig. Mycket talar ju också för att nedgången står i samband med ett *minskat* statligt engagemang.[89] Men intressant blir att se på vilka rättsområden class actions kommer att introduceras härnäst om nu class actions kan ses som ett symptom på att den materiellrättsliga lagstiftningen ibland inte hinner tillgodose nya gruppintressen.

Spekulationerna ovan är förvisso alltför lösliga. Uppenbart är däremot att class actioninstitutet – och därmed Rule 23 – har och har haft avsevärd materiellrättslig betydelse,[90] vilket inte är ett helt bekymmersfritt förhållande. Amerikanarna fäster i allmänhet inte någon betydande vikt vid skillnaden mellan formell och materiell rätt. Distinktionen har alls inte lika vittgående processuella konsekvenser som i t ex svensk processrätt. Men i (åtminstone) ett avseende är det av betydelse att skilja det ena från det andra och det är vid lagstiftning (i vid mening). Via "The Rules Enabling Act" (28 U.S.C. § 2072) har nämligen kongressen bemyndigat Supreme Court att via sin Advisory Committee utfärda processuella regler för de federala domstolarna.[91] Det är alltså denna kommitté som utformat "Federal Rules of Civil Procedure" och därmed också Rule 23 rörande class actions i såväl 1938 som 1966 års tappning. Påstår man att regeln har – eller har haft – materiellrättslig betydelse hävdar man alltså samtidigt att kommittén överskridit sitt uppdrag.[92] Kommittén har också fått kritik för detta, men de flesta bedömare tycks anse att "övertrampen" gjorts oavsiktligt och beskyller snarare The Advisory Committee för culpa än för dolus i sammanhanget.[93]

89 Ovan s 339.

90 Jfr Barry s 308 och 318, Alpert, UCAA s 648 f och Ward s 265.

91 Ovan s 110. – Den aktuella passusen lyder: "Be it enacted . . . That the Supreme Court of the United States shall have the power to prescribe the forms of process, writs, pleadings, and motions, and the practice and procedure in civil actions at law. Said rules shall neither abridge, enlarge, nor modify the substantive rights of any litigant."

92 Om man nu inte gör det så enkelt för sig som Alpert som bara konstaterar att "Rule 23 is only a procedural rule and cannot alter substantive rights in violation of the Rules Enabling Act", Alpert s 3.

93 I Comment: The Impact of Class actions on Rule 10b-5. s 337 ff hävdas således att Kaplan, som ju var en av männen bakom 66 års ändringar av Rule

Miller, som numera själv är ledamot i The Advisory Committee, anser att 1966 års ändringar följdes av en "tremendous procedural *and substantive* revolution"[94] (min kursivering), men menar också att kommittén alls inte hade ett sådant uppsåt. Meningen med 1966 års ändringar var, enligt Miller, främst att kodifiera gällande rätt och då den del av en splittrad praxis som kommittén ansåg rekommendabel.[95] Man ville beskriva vilka fall som skulle tillåtas som class actions, ge domarna mera ledning om hur sådana processer skulle hanteras, upplysa domarna om deras processuella befogenheter och klarlägga notice-frågan. Den enda substantiella nyheten var egentligen – eller avsågs vara – att man ändrade opt-in till opt-out vid talan om skadestånd.[96] Numera går det dock enligt Miller inte längre att rekommendera ändringar i Rule 23 utan att försöka tränga in i eventuella materiellrättsliga konsekvenser, något som verkar ha bidragit till den passiva attityd Miller rekommenderar de lege ferenda.[97]

Inte heller amerikanarna slipper alltså helt ifrån den delikata uppgiften att skilja mellan formella och materiella frågor. I den diskussionen har det bl a hävdats att "substantive" är ekvivalent med "important"; processuella frågor skulle således per definionem vara oviktiga! Detta tolkningsförslag har dock (harmset?) tillbakavisats i såväl praxis som doktrin, där man i stället föreslagit den intetsägande definitionen på processuella regler att de "really regulates procedure".[98] Bättre är (kanske) följande uttalande av Miller, ett uttalande där även class actioninstitutets funktioner diskuteras:

23 och ingick i The Advisory Committee, inte beaktat förslagets materiella konsekvenser, jfr däremot Hazard i 58 F.R.D. (1973) s 307 ff.

94 Miller PM s 7.

95 Miller vid samtal i maj 1982.

96 Miller, Frankenstein s 5 f (som väl sannolikt implicit menar även rättskraften). Varningar saknades dock inte, se t ex följande uttalande av Justice Black vid de hearings som föregick Rule 23 i 1966 års tappning: "We believe that while some of the Rules of Civil Procedure are simply housekeeping details, many determine matters so substantially affecting the rights of litigants in lawsuits that in practical effect they are the equivalent of new legislation which, in our judgment, the Constitution requires to be initiated in and enacted by the Congress and approved by the President." [Citerat efter 383 US (1966) s 1033 not 1.]

97 Miller PM s 1, ovan s 360 f i kapitel 10.

98 Se Ely, The irrepressible myth of Erie, i 87 Harvard Law Review (1974) s 719.

"One possible approach is to distinguish between questions of substance and procedure by reference to criteria that are substantively neutral. For example, the goals of fairness, economy, and uniformity of treatment were the presumptively neutral grounds that justified the rejection of the 'spurious' class action, and the adoption of the Rule 23 (b)(3) action in 1966. But the principles that underlie the movement for the expansion of the current damage class action rule involve notions of deterrence, disgorgement, and more substantive fairness. Perhaps the proper interpretation of the Rules Enabling Act is that if courts are to be permitted to apply such substantive criteria under a revised rule that allows greater discretion, they must do so in a way that will not distort the substantive choices that Congress has independently made in establishing the causes of action. Therefore, these concerns about deterrence and disgorgement can be used to guide the courts only to the extent that they form part of the policies of the underlying causes of action."[99]

Att Rule 23 – lika lite som andra processuella regler – ger behörighet att utveckla eller förändra den materiella rätten har enligt min mening inte kunnat – och kan inte heller fortsättningsvis – hindra att class actioninstitutet rent faktiskt har en avsevärd rättsutvecklande verkan även, eller kanske framför allt, i materiellrättsligt hänseende.

Ytterligare en funktion class actioninstitutet kan fylla – vilket man inte förefaller beakta i den amerikanska litteraturen – är att processformen bidrar till att förbättra prejudikatsbildningen och därmed till att klarlägga rättsläget på de rättsområden där class actions förekommer. Även här finns det anledning att särskilt uppmärksamma processer rörande individuellt oprocessbara anspråk. Inom t ex konsumenträtten torde stora delar av rättsområdet ha den karaktären att grupptalan är det enda realistiska alternativet. Class actioninstitut kan här motverka att det uppstår en gråzon av rättsovisshet till den svagare partens nackdel.[100]

Man kan naturligtvis hävda att prejudikatsfunktionen knappast kan vara särskilt betydelsefull – åtminstone inte de lege lata – eftersom så stor andel class actions avgörs före huvudförhandlingen och följaktligen aldrig leder fram till dom. Å andra sidan är skillnaden gentemot andra mål i detta hänseende inte stor[101] och på rättsområden där class actions förekommit relativt ofta kan prejudikatseffekten inte negligeras. Det kan heller inte uteslutas att även uppmärksammade förlikningar i class actionmål får en styrande effekt på den framtida bedömningen av liknande mål. Men då torde det i

99 Miller PM s 12 f, jfr Harvard Developments s 1318 och 1628 f.

100 Jfr Lindblom, Konsumentmål s 26 f och nedan s 616.

101 Se ovan i kap 4 s 154 ff.

allmänhet snarare vara fråga om en preventiv effekt än om prejudikatsverkan i egentlig mening.[102]

3. Fördelar och nackdelar

3.1 Allmänt

Gränsen mellan vad jag i detta kapitel kallar class actioninstitutets funktioner (liksom mellan funktionerna inbördes) och dess för- och nackdelar är, som tidigare nämnts, oklar och godtycklig. Med för- och nackdelar i det följande menar jag grovt uttryckt de praktiska – positiva och negativa – konsekvenser det får för parterna och domstolen att talan förs som en class action. Att en sådan fördel ibland kan sammanfalla med någon av de tidigare diskuterade funktionerna gör inte systematiken oanvändbar. Avsikten i det följande är dock inte i första hand att illustrera class actioninstitutets samhällsnytta i allmänhet eller dess existensberättigande inom processrätten i synnerhet. Meningen är snarast att visa på vilka faktorer parterna har att ta hänsyn till då de bestämmer sig för om de skall försöka få en talan accepterad som en class action eller om de skall avstå från, kanske rentav motarbeta, ett sådant beslut.

Det kommer emellertid att visa sig att det inte bara föreligger överlappningar mellan funktions- och "fördelsresonemang" utan även mellan för- och nackdelarna inbördes. Inte heller detta förhållande har fått mig att avstå från att försöka konkretisera vad parterna har att ta hänsyn till när de skall bestämma sig för om class actionformen är önskvärd i det enskilda fallet.

När man presenterar class actioninstitutets för- och nackdelar bör man helst veta vilken slags class action som är aktuell och vad den skall jämföras med. Utgångspunkten är naturligtvis class actions enligt Rule 23, men där regleras ju tre olika former. I det följande avser jag närmast (b)(3) class actions, dvs class actions rörande skadestånd. Men mycket av vad som sägs kan lätt appliceras också på class actions rörande fastställelse- och förbudstalan.[103] Hur det ligger till i detta hänseende torde i allmänhet framgå av sammanhanget.

102 Se nedan s 472 betr prejudikatsfunktionen.

103 Betr termerna fullgörelse- och förbudstalan se ovan i kap 1 s 21 f.

Vad är det då (b)(3) class actions enligt Rule 23 jämförs med? Jo, i första hand får vanlig amerikansk individuell civilprocess – ibland i form av ett pilotmål – tjäna som jämförelsematerial. Ibland avses process i form av kumulation, som ju är det traditionella alternativet till class actions. Av minst lika stort intresse vore naturligtvis en jämförelse med vad som kan uppfattas som de närmaste alternativen till class actioninstitutet, dvs andra former av representativ grupptalan, särskilt statlig grupptalan och organisationstalan. Men även om det förekommer en och annan sådan jämförelse också i det här kapitlet skall jag i huvudsak spara den sortens värderingar till de två följande kapitlen, som helt ägnas åt att presentera alternativen och jämföra dem med class actioninstitutet. Listan på för- och nackdelar i det här kapitlet blir alltså inte komplett förrän därtill motsatsvis lagts vad som anförs i kapitel 14 om för- och nackdelar med statlig grupptalan, organisationstalan och pilotmål. Någon slutlig rangordning alternativen emellan kan och skall däremot inte presenteras. Generaliseringar av det slaget omöjliggörs av att förhållandena skiftar mellan olika rättsområden och från fall till fall. De olika formerna av grupptalan behöver inte heller ses som *konkurrerande* alternativ. De utgör snarare *komplement* till varandra.

Här bör också påpekas att jag i huvudsak håller mig till class actioninstitutets för- och nackdelar så som de framtonar i amerikansk process i dag. Frågan om i vilken utsträckning samma synpunkter skulle vara relevanta vid en svensk reception får komma i andra hand. Till sist vill jag beklaga att jag inte lyckats göra framställningen mer kortfattad än vad som blivit fallet. Det kan bli svårt för läsaren att få en överblick. Även det här kapitlet avslutas därför (och förlängs därmed ytterligare) med en sammanfattning där inte bara funktionsresonemangen komprimeras utan även för- och nackdelarna pressas ihop på ett ganska hårdhänt sätt.[104]

104 En kortare framställning finns även i Lindblom, Konsumentmål s 86 ff.

3.2 Käranden (och klassen)[105]

Då jag nu redogör för de för- och nackdelar class actionformen innebär för käranden menar jag inte bara den person, som uppträder som kärande, utan också övriga klassmedlemmar. Även dessa skulle ju, om talan inte förs som en class action, samtidigt eller senare bli aktuella som kärande – om nu inte utgången i den första processen onödiggör eller avskräcker från processuella initiativ.

Att käranden och hans potentiella klasskamrater på detta sätt förs samman sker bl a för att framställningen skall kunna anknytas till Newbergs och Alperts arbeten, där distinktionen ifråga inte förefaller vara uppmärksammad överhuvudtaget. Detta är förvånansvärt eftersom Newberg skriver från en utpräglad parts- och ombudsinriktad utgångspunkt och därför borde ha intresse av att skilja mellan vad som lönar sig för den uppgivne käranden och för de andra i gruppen.

En fördel för klassmedlemmarna – kanske en av de största – är givetvis att de slipper engagera sig i egna eller ytterligare processer om någon annan för processen som en class action. En motsvarande nackdel för klassmedlemmarna är att de löper risken att käranden spelar bort deras kort. Detta betraktas som självklara utgångspunkter och kommer endast att beröras kortfattat i det följande. Ytterligare en utgångspunkt är att class actioninstitutet, liksom andra former av grupptalan, utökar antalet processbara anspråk med de positiva verkningar detta har i reparativt och preventivt hänseende.

3.2.1 Fördelar för käranden

1. Kontinuitetseffekten

En fördel för käranden – och hans klasskamrater – vid alla class actions är att risken för "mootness"[106] minskar. Det är alltså knappast sannolikt att talan rinner ut i sanden p g a att den materiella

105 För litteratur rörande det följande se i huvudsak Newberg s 25 ff, Alpert s 1 ff, se även Lindblom, Konsumentmål s 86 ff (som delvis bygger på utkast till den här boken). Illustrationer i praxis till nära nog alla de nedan nämnda för- och nackdelarna finns hos Alpert, vars framställning i här aktuellt hänseende dock enbart består av en rättsfallssystematik utan andra uppgifter och kommentarer än rubricering av för- och nackdelar samt angivande av rättsfallens namn och nummer. Newbergs motsvarande kapitel är däremot fylligare och bär rubriken "Should you bring a class action?", en fråga som dock närmast tycks rikta sig till ombudet.

106 Se härom t ex Note, Mootness s 1672 ff och ovan i kap 2 s 67 not 83 betr "the death abatment rule".

grunden för kärandens talan rycks undan. Förlorar den ursprunglige käranden sin talerätt kan någon annan i klassen träda in och driva processen vidare. Antag t ex att den som för förbudstalan i ett miljöskyddsmål dör eller flyttar från orten. I detta läge behöver processen inte läggas ner utan någon annan närboende kan överta den ursprunglige kärandens talan på ett sätt som annars inte är möjligt. Ofta torde bytet av kärande knappast ens märkas utåt;[107] i realiteten är det i allmänhet ombudet som driver processen ensam och byte av ombud bör inte vara nödvändigt i detta fall. Vad det gäller är bara för ombudet att finna en ny part som uppfyller kraven på "adequacy of representation" enligt Rule 23.

Att processen så att säga inte dör ut i fall som de nyss berörda har ansetts vara av särskilt stor betydelse vid (b)(1) och (b)(2) class actions,[108] men något skäl för att så skulle vara fallet anges inte. Och att minskad risk för "mootness" tas upp under rubriken "fördelar för käranden" bekräftar också att man ser saken i så att säga kollektivt perspektiv. Det är *klassen* som uppfattas som kärande snarare än just den klassmedlem i vars namn processen förs.[109]

Den fördel som class actions innebär i kontinuitetshänseende gäller om jämförelseobjektet är enskild individuell talan, t ex ett pilotmål. Väcker i stället flera klassmedlemmar vanlig talan och kumuleras målen uppnår man ungefär samma effekt; processen lever vidare även om någon kärande faller ifrån. Men då får man i stället räkna med bl a processekonomiska och hanteringsmässiga nackdelar.

2. Käranden kan inte köpas ut

En konsekvens av det föregående – och även det snarast en fördel för klassmedlemmarna – är att det inte lönar sig för svaranden att *"köpa ut"* eller "skrämma bort" käranden eftersom då genast någon annan i klassen kan ta vid och svaranden alltså inte blir av med processen. Återkallar käranden sin talan efter "certification" krävs ju enligt Rule 23 (e) domstolsgodkännande för att avskrivning skall ske.[110]

107 Så Garth i brev november 1986.

108 Newberg s 26 f.

109 Så även i Supreme Court, jfr Chayes 1982 s 40 ff.

110 Se ovan i kap 7 s 260 ff.

3. Ogynnsam förlikning förhindras

Förs talan som en class action kan svaranden inte heller ingå förlikning med käranden utan att den gäller hela klassen. Den officialprövning och det "notice"-förfarande som då äger rum enligt Rule 23 garanterar att förlikningen kommer alla till del och på villkor som kan anses acceptabla ur hela klassens synpunkt.

4. Kostnadsspridning

Som jag visat ovan i kapitel 9 kan man anlägga åtskilliga synpunkter på class actioninstitutets fördelar i rättegångskostnadshänseende. Detta är uppenbart vid individuellt oprocessbara anspråk; processformens förmåga att möjliggöra rättegång rörande denna anspråkskategori är ju dess kanske främsta fördel. Men även i andra fall kan class actionformen medverka till en gynnsam kostnadsspridning, så t ex då fondteorin[111] kan komma till användning. Ombudsarvodet kan tas ur den inprocessade fonden utan att hela processvinsten äts upp.[112] Och vid fastställelse- och förbudstalan finns i många fall särskilda regler om ersättning till vinnande part att ta till, men denna fördel torde endast undantagsvis vara reserverad för class actionfallen. I class actionmål förekommer det vidare stundom en kostnadsspridning även på så sätt att klassmedlemmarna hjälper till med kostnader under processens gång.[113]

5. Tillgång till skickliga ombud

Contingent fee-systemet kombinerat med class actioninstitutets multiplikatoreffekt lockar skickliga advokater att även ta sig an mål om små individuella anspråk. Ekonomiskt svaga individer kan därigenom anlita ombud i en utsträckning som annars inte skulle vara möjlig. Många gånger är det enda sättet för ekonomiskt missgynnade personer att få tag på ett skickligt ombud att målet kan föras som en class action.[114]

111 Se ovan i kapitel 9 s 296 ff och 319 ff.

112 Se kapitel 4 s 163 ff.

113 Newberg s 27.

114 Alpert s 11.

6. Svaranden rättar sig efter domen, rättskraft

Vid fullgörelsetalan kan käranden – i vanlig process liksom vid class actions – tvinga svaranden att ställa sig domen till efterrättelse genom att utnyttja det exekutiva förfarandet. Kanske är class action-domen effektivare på så sätt att svaranden får räkna med att det alltid blir någon som kommer att söka verkställighet om han inte fullgör sina förpliktelser godvilligt. Och givetvis är det en fördel för medlemmarna i klassen att domen har rättskraft till förmån för dem; svaranden har ingen möjlighet att förhala genom att tvinga fram nya processer innan fullgörelse sker.

Än tydligare framträder kanske skillnaden i domens effektivitet vid förbudstalan; svaranden får räkna med att det alltid blir någon i gruppen som kommer att påtala bristande benägenhet att ändra beteende i den riktning domen föreskriver. Särskilt vid processer rörande rasdiskriminering har denna skillnad varit märkbar.[115] En fastställelsetalan förd som en class action får också större påtryckningseffekt på så sätt att tredskande svarande måste räkna med att åtminstone någon i klassen följer upp med en skadeståndstalan.[116]

7. Bredare intresseavvägning

Vid talan om förbuds- eller ändringsåtgärder ökar möjligheterna till framgång eftersom den breda intresseavvägning som i allmänhet sker i dessa mål oftare torde utfalla till kärandens fördel om det går att visa att ett stort antal personer befinner sig i samma position som käranden.[117]

Den här nämnda fördelen för käranden – att man i t ex ett miljöskyddsmål s a s får åka snålskjuts på varandras olägenheter – är svår att mäta eftersom ett visst hänsynstagande till andra än parterna torde ske även i ordinär process. Sedan equity-domstolarna avskaffades förefaller dock möjligheterna till en bred intresseavvägning ha minskat. Även om "public law litigation" innebar en renässans för equity i detta hänseende har nu benägenheten att se saken ur ett

115 Jfr följande uttalande av Judge Weinstein citerat efter Newberg s 28 i not 22: "The impact of class actions in civil rights cases is substantial. Precedent alone never has the effect of a judgment naming a particular class of which a person is a member. Very often, a class action permits the judge to get to the heart of an institutional problem."

116 Jfr Newberg s 28 och Alpert s 7 f.

117 Newberg s 28, Alpert s 8.

snävt partsperspektiv återkommit under påverkan av "the spirit of the '80s".[118] Möjligheterna till en bred intresseavvägning kvarstår dock inom ramen för class actioninstitutet.

8. Starkare processuell position, balans i processen

En, som det kan verka, självklar fördel för käranden – aktuell vid alla sorters class actions och i viss mån inbäddad i vad som redan berörts under tidigare punkter – är att käranden får en mycket starkare position gentemot svaranden om han fungerar som "representant" för många personer än om han bara företräder sig själv: "in number there is strength".[119]

Newberg och Alpert[120] förefaller uppfatta detta som en särskild fördel för käranden; svaranden tar allvarligare på processen och blir mer benägen till förlikning. Jag är dock inte övertygad om class actioninstitutets fördelar i dessa hänseenden. Ibland är det säkert bättre att processa mot en svarande som slarvar en smula med sin processföring och inte satsar allt av kunnande och resurser. Och att class actions verkar förlikningsdrivande på så sätt att svaranden blir benägen att ge med sig är något som är lätt att påstå men betydligt svårare att belägga statistiskt.[121] En förlikning blir mycket dyrare för svaranden om han har en hel klass att köpa ut. Och enligt Rule 23 kontrollerar domstolen ex officio förlikningens skälighet i de frånvarande klassmedlemmarnas intresse. Svaranden kan alltså inte hoppas på att komma billigt undan. Som en fördel för käranden kvarstår dock att styrkeförhållandet mellan parterna utjämnas; den typiska obalansen mellan "one-shot litigants" och "repeatplayers" minskar.

9. Fastställelsetalan får oftare retroaktiv effekt

Om en lag eller en författning förklaras grundlagsstridig i en class actionprocess är chansen betydligt större att avgörandet tillerkänns retroaktiv verkan än vid vanlig individuell process.[122] Även här är det fråga om en fördel för kärandens klasskamrater.

118 Se ovan s 442 f.

119 Newberg s 28.

120 Newberg s 28 f och Alpert s 8.

121 Jfr ovan i kap 4 s 151 ff och 166 ff.

122 Newberg s 29.

10. Bättre möjligheter till "discovery"

En fördel för käranden är att alla former av class actions medför större möjligheter till "discovery" än vad vanlig process ger.[123] Det innebär i sin tur att kärandens chanser att vinna processen ökar eftersom han får tillgång till ett bättre bevismaterial. Förhållandet kan dock även utnyttjas av motparten (se nedan under 3.2.2 (11)).

11. Ökad publicitet och ökat opinionstryck

Käranden kan räkna med stöd från allmänheten, och svaranden får lida av dålig publicitet, i betydligt större utsträckning vid class actions än i vanliga mål, som ju alls inte uppmärksammas i massmedia på samma sätt. Att sådan publicitet kan vara skadlig för t ex en näringsidkare är uppenbart och kommer också till synes i praxis.[124] I den mån detta får svaranden att avstå från att agera oetiskt eller mot bättre vetande inom ramen för processen är det naturligtvis en fördel för käranden.

Frågan är om inte publicitet och opinionstryck är några av class actioninstitutets allra mest betydande fördelar för käranden. Det har ju också påstått att trycket på svaranden kan bli så starkt så att han s a s lägger sig godvilligt och i strid med vad det materiella rättsläget borde påbjuda. Statistiken stöder dock som nyss nämnts inte det påståendet. Det är – förhoppningsvis – i första hand sådana svaranden som annars skulle processa mot bättre vetande som låter sig påverkas.

12. Minskad risk för motstridiga domar, prejudikatsbildning

Att risken för motstridiga domar minskar genom en class actionprocess är (som framgår av Rule 23 (b)(1) (A) och (B)) en av de effekter som eftersträvats i lagen. Och även om det kanske främst är svaranden och domstolen som har fördel av detta är enhetlighet och konsekvens naturligtvis positivt också för klassen – åtminstone vid en framgångsrik process. Class actioninstitutet kan även öka processbenägenheten och därmed förbättra prejudikatsbildningen,[125] vilket även det närmast är en fördel för det kollektiv (t ex konsumenter) vari käranden ingår.

123 Newberg s 30, jfr ovan s 252 f.

124 Se t ex av Alpert s 10 nämnda rättsfall, jfr Newberg s 31 och nedan i kap 14 s 631 betr *Katz*.

125 Ovan s 464 f, jfr Lindblom, Konsumentmål s 27.

13. Preskriptionsavbrott

Intressant är att kärandens anhängiggörande av en class action anses ha preskriptionsavbrytande verkan i förhållande till alla i gruppen och detta även om målet sedermera inte accepteras som en class action![126]

14. Genombrott av språkliga, sociala och ekonomiska barriärer

Som jag berört under 2.3 ovan innebär class actionformen en ökad "access to the courts" inte bara för anspråk som är individuellt oprocessbara utan även för individer som inte kan förmås processa på egen hand. Skälen till den bristande processbenägenheten kan vara sociala, språkliga, psykologiska etc men också att det föreligger ett beroendeförhållande till svaranden.[127]

15. Ökad effektivitet vid "public law litigation"

Är kärandens syfte med processen främst att påverka rättsutvecklingen – t ex genom att initiera lagstiftning till följd av det opinionstryck processen skapar – är naturligtvis class actionformen att föredra. Och class actions är sällan enbart uttryck för kärandens egoistiska intresse, ofta fungerar de också som "a semi-public remedy".[128]

3.2.2 Nackdelar för käranden

1. Komplicerad process, ökad kostnadsrisk

En class action är i allmänhet mer komplicerad än en vanlig rättegång, vilket innebär ökade kostnadsrisker. Skillnaderna i komplexitetsgrad gentemot vanliga mål är dock mindre än man vanligen föreställer sig och käranden processar inte sällan helt utan kostnadsansvar.[129] Ansvaret för noticekostnader i processens inledningsskede kan dock vara en allvarlig nackdel.[130]

126 Newberg s 33 och *American Pipe Construction Co. v. Utah*, 414 US 538.

127 Se ovan 8 f och 15, Newberg s 34 samt Alpert s 11 och Lindblom, Konsumentmål s 17 f.

128 Newberg s 35.

129 Ovan s 321 ff.

130 Ovan s 219 ff.

2. Försening

Liksom värdinnan vid en middagsbjudning måste vänta till alla gäster fått sitt innan hon själv kan förse sig, måste en class actionkärande, liksom klasskamraterna, ibland vänta längre på gottgörelse än vad som skulle ha blivit fallet vid individuell talan.[131] Processens komplexitet bidrar till att förseningarna ibland kan bli betydande, som t ex i *Eisen* där det tog 8 år innan käranden slutligen tvingades ge upp sin talan.[132] I de fall en class action gäller individuellt oprocessbara anspråk uppstår dock ingen försening – bättre sent än aldrig!

3. Svårt att nå individuell förlikning

Då processen väl godtagits som en class action förutsätter ju förlikning rättens tillstånd. Inte bara för svaranden utan även för käranden kan detta vara en betydande nackdel om han vill ge upp processen för att träffa individuell förlikning.

4. Käranden måste agera i allas intresse

I ett class actionmål kan käranden inte agera så egoistiskt som annars är möjligt; han är skyldig att tillvarata allas intresse. Käranden kan rentav tvingas sätta det egna intresset i andra hand. Skulle det visa sig att han inte lever upp till kraven på "adequacy of representation" kan processen avbrytas; visar det sig i efterhand att käranden brustit i sina skyldigheter i detta avseende kan domen angripas med "collateral attack".[133]

5. Ej fritt val av ombud

Rättens kontroll av "adequacy" innebär också att käranden inte fritt kan välja ombud; vilken pappskalle som helst äger inte föra talan i en class actionprocess, vare sig som part eller som ombud.

6. Risk för inblandning, intressemotsättningar i klassen

Det är inte bara i nyssnämnda hänseenden käranden riskerar att få sitt arbete i processen nagelfaret. Intervention förekommer inte

131 Newberg s 36.

132 Se ovan s 218.

133 Ovan s 190.

sällan i class actionmål[134] och den som överväger att starta en sådan rättegång bör därför vara road av grupparbete. Överhuvud taget riskerar man att intressemotsättningar i klassen försvårar processen.[135]

7. Kraftigare motstånd

En class action är mer sårbar än en vanlig talan eftersom förutsättningarna enligt Rule 23 kan ge upphov till intensiv moteld från svaranden (och domstolen). Detta gör att processen inte bara blir mer tidskrävande utan dessutom kan risken öka för att rättegången inte blir framgångsrik. Till detta kommer att svarandens motstånd kan väntas bli ovanligt hårdnackat; för en näringsidkare gäller ju processen inte sällan att vinna eller försvinna.

8. Domstolen kan vara negativ till class actions

Särskilt under åren efter 1966 års revision av Rule 23 var många domare negativt inställda till class actions överhuvudtaget. De huvudsakliga orsakerna till detta var nog att de inte behärskade tekniken att handlägga sådana mål, att man fruktade att domstolen skulle dränkas av class actions, att man motsatte sig judiciell handlingsdirigering av det slag class actionformen möjliggjorde och att man inte delade värderingarna bakom den aktuella materiella lagstiftningen. Risken att en sådan negativ attityd skulle smitta av sig på målets materiella del och försätta käranden i ett sämre läge än om han valt att väcka individuell talan var – och är – inte helt försumbar.[136]

9. Svarandens möjlighet att välja forum ökar

Eftersom hänsyn tas till alla inblandade vid val av forum i class actionmål riskerar käranden att få processen flyttad till en domstol som ligger sämre till från kärandens egen synpunkt, detta enligt reglerna för "multi-district litigation".[137]

134 Ovan s 264 ff.

135 Härom Garth, Conflict s 492 ff.

136 Jfr Newberg s 38.

137 Härom nedan s 549 ff.

10. Ökad risk för genkäromål

Både den egentlige käranden i ett class actionmål och hans klasskamrater löper risken att genkäromål, som annars inte skulle aktualiseras, framförs av svaranden. För käranden innebär detta tempoförlust, för klasskamraterna att meningsmotsättningar som kanske annars aldrig skulle komma i dagen blottläggs i processen.[138] Riskerna i nu nämnda avseende minskar dock till följd av att svarandens möjligheter att komma med genkäromål vid class actions "i viss utsträckning" är betingade av att förutsättningarna enligt Rule 23 är uppfyllda även för hans del.[139] Såvitt jag kan förstå innebär detta i sin tur att class actionformen ibland rent av kan vara till *fördel* för käranden i här aktuella hänseenden; svaranden avskärs från vissa möjligheter till genkäromål.

11. Ökade möjligheter till discovery

Som jag nämnt ovan under 3.2.1 kan class actionformen medföra fördelar ur discovery-synpunkt för käranden, men motsatsen kan också vara fallet.[140] Att möjligheterna till discovery ökar är till nackdel för käranden om svaranden på detta sätt kan få tillgång till negativ information för käranden, information som inte skulle ha varit tillgänglig om processen förts som en vanlig talan.

3.3 Svaranden

Självfallet kan vad som presenterats ovan som för- respektive nackdelar för käranden mutatis mutandis appliceras även på svaranden. Vissa omständigheter behöver inte ens muteras, så är t ex den minskade risken för motstridiga domar en fördel både för käranden och svaranden. Vidare kan t ex de ökade kostnadsriskerna och möjligheterna till discovery vid class actions vara till för- och nackdel för båda parterna. För att undvika ytterligare upprepningar skall jag här bara nämna några för- och nackdelar för svaranden som inte omedelbart låter sig härledas ur det föregående.

138 Se Garth, Conflict s 492 ff.

139 Newberg s 39.

140 Så Alpert s 14, däremot inte Newberg.

3.3.1 Fördelar för svaranden

1. Vinnande svarande slipper upprepat processande[141]

Denna fördel för svaranden är betydande; man glömmer ofta bort att 1966 års nya regler om (b)(3) class actions var föranledda även av hänsyn till svaranden, som tidigare hade ett betydligt sämre läge i rättskraftshänseende.[142]

2. Förlikning med käranden binder alla

Domstolens officialprövning vid förlikning i class actionmål kan vara till fördel för svaranden på så sätt att förlikning kan tvingas på klassmedlemmar som annars aldrig skulle kunna förmås till en uppgörelse.[143] Denna fördel för svaranden gör sig mest märkbar vid skadeståndstalan, men kan aktualiseras även vid förbudstalan. Om vissa klassmedlemmar skulle kunna genomdriva ett totalförbud, men förlikning kan nås om viss ändringsåtgärd, är detta naturligtvis positivt för svaranden.

3. Domstolen måste godkänna motparten

En kverulant har små möjligheter att uppfylla förutsättningarna enligt Rule 23 för att få representera klassen och betas därmed möjligheten att chikanera svaranden. Men domstolskontrollen av motpart och ombud har också den för svaranden negativa effekten att han får att göra med skickligare personer än vad annars kanske hade blivit fallet; här tillkommer dessutom class actionprocessens magnetiska effekt på kända advokater.

3.3.2 Nackdelar för svaranden

Som redan nämnts torde class actionformens nackdelar för svaranden framgå indirekt av redogörelsen under 3.2.1. Och en del har också kommit fram i avsnitt 3.3.1 även om inte alla för- och nackdelar är reversibla på det sätt som där är fallet.[144]

Allmänt sett kan man nog säga att class actioninstitutets största nackdel för svaranden är att så oerhört mycket sätts på spel; proces-

141 Jfr Newberg s 40, Alpert s 15. Se även Miller, Frankenstein s 680 not 71.

142 Ovan s 124 och 234 f.

143 Newberg s 41, Alpert s 15. – Förhållandet liknar på så sätt läget vid offentligt ackord enligt svensk rätt.

144 Se Newberg s 43.

sen kan för en företagare bli en fråga om att vinna eller försvinna. Rättegången gäller ofta jättebelopp. Jag föreställer mig också att svaranden får lov att riskera ombudskostnader i mycket högre grad än käranden; svaranden kan inte heller räkna med att ersätta ombudet ur processvinsten ens om han vinner målet eftersom denna utgång inte betyder något ekonomiskt netto för hans del (annat än de eventuella vinster han gjort före rättegången). Märkligt nog berörs detta förhållande inte av Newberg eller Alpert. Följaktligen kan svaranden inte locka skickliga advokater (och själv slippa kostnadsriskerna) genom contingent fee-systemet; det amerikanska advokatsystemet förefaller också vara uppbyggt på så sätt att vissa ombud alltid agerar på svarandesidan, medan andra alltid uppträder som kärandeombud. Att svarandena i class actions kan bekosta ombud beror på att de i allmänhet är starka "repeat-players" som t ex stora företag och statliga eller kommunala organ av olika slag.[145]

3.4 Domstolen och det allmänna

Även om många domare kanske förfäras inför utsikten att få en class action på sin rotel är det ändå så att denna processform ibland kan vara till fördel också för domstolen (om än inte för den enskilde domaren) eftersom man härigenom slipper kumulation och upprepade processer. Och ur samhällets synpunkt kan en class action ha avsevärda fördelar. Här gäller i stort sett vad som anförts ovan beträffande funktionerna: processekonomi, reparativ och preventiv effekt, rättsutveckling och prejudikatsbildning. Det är vinsterna i dessa hänseenden som får vägas mot nackdelarna i form av ökade kostnader i vissa fall, ökad arbetsbörda osv. Class actioninstitutet kan möjligen också förutsätta en domarroll som kan vara främmande för en del domare och kräver vissa specialkunskaper.

Class actioninstitutet har rentav ansetts så värdefullt ur domstolsadministrativ synpunkt i vissa fall att man i 1966 års revision av Rule 23 övervägde att låta lagtexten ge explicit uttryck för en möjlighet för rätten att tvångsvis "konvertera" vanliga mål till class actions när detta skulle medföra vinster av här aktuellt slag; att lagtexten inte utformades i enlighet härmed förklaras på sina håll med

145 Se ovan i kap 1 s 8 f.

att domstolen redan har en sådan möjlighet enligt den gällande lydelsen.[146]

En class action kan alltså ha den positiva effekten att antalet processer reduceras och att domstolens tid används effektivare mätt i dollar per timme.[147] Effektivitetsvinster uppstår även vid fastställelse- och förbudstalan.[148] En förutsättning för att man skall kunna tala om sådana processekonomiska vinster vid class actions rörande skadestånd är dock att de anspråken är individuellt processbara. Gäller class actionprocessen individuellt oprocessbara (eller rentav processimmuna) anspråk är alternativet till en class action att det inte blir någon rättegång alls. Att tala om administrativa eller processekonomiska vinster i detta läge låter sig inte göras; class actioninstitutets funktion är då reparativ och/eller preventiv och processen fullgör uppgifter som även de är angelägna ur allmän synpunkt.[149]

Vill man ta i kan man säkert finna ytterligare fler för- och nackdelar med class actioninstitutet ur domstolens och samhällets synpunkt, så t ex att det ökar domstolarnas anseende om antalet motstridiga domar minskar. Men nu är nog tiden mogen för en sammanfattning.

4. Sammanfattning och avslutande synpunkter

Den amerikanska diskussionen om civilprocessens funktion anknyter till samma begreppspar – konfliktlösning och handlingsdirigering – som t ex Ekelöf begagnat i den svenska debatten. Men medan Ekelöf i stor utsträckning ser civilprocessen som en sanktionsmekanism med långsiktiga verkningar på folkmoralen och därmed handlingsmönstren i samhället är processens effekter i fråga om "behaviour modification" enligt amerikanskt synsätt främst en fråga om avskräckning via "costinternalization"; incitamentet för käranden att

146 Manual for Complex Litigation § 1.40, 1973, jfr Newberg s 43. – Å andra sidan kan en class action vara överflödig om en individuell talan skulle få tillräcklig effekt för hela klassen. I en senare upplaga (den fjärde) av Manual for Complex Litigation (1977), § 1.401 noteras ett ökande motstånd från domstolarna att acceptera class actions i sådana fall, jfr Miller, Frankenstein s 680 i not 70.

147 Ovan s 159 ff.

148 Newberg s 44 nämner endast skadeståndstalan i sammanhanget, men såvitt jag kan förstå finns besparingar att göra även vid övriga taleformer.

149 Jfr Newberg s 47.

väcka talan och rättegångens effekter bör vara så avpassade att potentiella svarande finner det ekonomiskt mest fördelaktigt att avstå från beteenden som kan ge upphov till framtida rättegång. En förutsättning för att denna avskräckningseffekt skall fungera väl är att rättstillämpningen präglas av en enhetlighet och förutsebarhet. Denna målsättning äger däremot alls inte samma aktualitet enligt konfliktlösningsmodellen; ". . . it is more important for society that the dispute be settled peacefully than that it be settled in any particular way."[150] Men konfliktlösning och handlingsdirigering behöver ändå inte stå i motsatsförhållande till varandra.

Åtminstone på de rättsområden där class actions förekommer (civil rights, miljö- och konsumenträtt) förefaller termerna reparativ och preventiv funktion bättre spegla realiteterna än konfliktlösning och handlingsdirigering. I amerikansk doktrin ser man ofta uttrycken "increased access" och "deterrence" komma till användning. Den individuella konfliktlösningen är närmast en fråga om förbättrat rättsskydd, reparation, för den enskilde och i stort sett oomstridd som processuell funktion. Processens preventiva uppgift värderas däremot olika. Utvecklingen mot "public law litigation" under 60- och 70-talen stod väl i samklang med att ge rättegången en styrande effekt, men "the spirit of the 80's" ger uttryck för ett snävare synsätt. Funktionstänkandet förefaller ha politiska paralleller.

Class actioninstitutets ursprungliga och oomstridda *funktion* är den processekonomiska. Den går bara att mäta vid individuellt processbara anspråk, men är då också möjlig att belägga empiriskt. Klart är att en class action många gånger erbjuder ett effektivare förfarande mätt i inprocessade dollar per timme domstolstid än vid ordinär rättegång.[151] Också vad gäller förbuds- och fastställelsetalan förefaller class actioninstitutet kunna fylla en processekonomisk funktion i betydande utsträckning.

Debatten om class actioninstitutets uppgifter går utmärkt väl att relatera till processens ovan berörda konfliktlösande och handlingsdirigerande funktioner. Översatta till termerna *reparativ och preventiv effekt* framstår här class actioninstitutets exklusiva ställning särskilt tydlig vid individuellt oprocessbara anspråk ("the only door for judicial relief").[152] Class actioninstitutet har verkat kraftigt

150 Scott s 937, ovan s 437.

151 Ovan i kap 4 s 159 ff.

152 Newberg s 51 f.

sänkande på den kritiska gräns där t ex en talan om skadestånd blir ekonomiskt försvarbar. Processformen har därmed åstadkommit såväl ökad "access to justice" som "deterrence". Enighet torde förhoppningsvis råda om att förbättringarna i den enskildes rättsskydd är positiva. Och att svaranden berövas sina "illgotten gains" samt att han – liksom andra i motsvarande position – avskräcks från fortsatta illegala (om än ej kriminaliserade) beteenden uppfattas av många som en synnerligen viktig uppgift för class actioninstitutet.

Class actioninstitutets – liksom civilprocessens – yttersta funktion är naturligtvis att bidra till att de materiella reglerna får ökad genomslagskraft på såväl det enskilda som det allmänna planet. Processekonomi, reparation och prevention verkar här alla i samma riktning; avvägningen dem emellan kan däremot variera mellan olika rättsområden.[153]

Hur högt man värderar class actioninstitutets nyssnämnda preventiva effekt speglar synen på vad som uppfattas som processens huvudfunktion: konfliktlösning eller handlingsdirigering. Många vill inte välja utan önskar bådadera:

> "The ideal class action model accounts for *both* the views and interests of class members – as the conflict resolution model does – and the public interest in law enforcement – as the behaviour modification model does."[154]

Class actioninstitutets reparativa och preventiva potential i skadeståndsmål ökar väsentligt om man accepterar radikala principer för skadeståndsberäkning och fördelning (genomsnittsberäkningar cypres, fluid recovery etc); här, liksom vad gäller class actioninstitutet överhuvudtaget, närmar man sig dock en kritisk gräns då regleringen får effekter som framstår som materiellrättsliga.[155] Class actioninstitutet anses "egentligen" inte få verka rättsbildande och rättsutvecklande trots att institutet historiskt sett haft även denna funktion vid flera tillfällen. Institutets prejudikatsbefrämjande effekter torde däremot vara okontroversiella – och föga uppmärksammade.

Class actioninstitutet har visat sig ha viktiga funktioner att fylla också vid fastställelse- och förbudstalan. Trots att skillnaden mellan

153 Du Val 1983 s 433.

154 Garth, Conflict s 498 f.

155 Ovan s 462 ff.

res judicata och "stare decisis" är subtil[156] väljs ofta class actionformen i mål rörande t ex civil rights och miljöskydd. Och då är det alltså inte i första hand rättskraften som styr valet. Överhuvudtaget förefaller rättskraftens betydelse vid class actions att ha överbetonats.[157] Vid (b)(1) och (b)(2) class actions torde snarare andra faktorer spela den avgörande rollen i sammanhanget, så t ex den bredare intresseavvägningen, ökad uppmärksamhet och förbättrade möjligheter att få svaranden att rätta sig efter domen.

Går man ner på mikroplanet för att undersöka class actioninstitutets för- och nackdelar för parterna och domstolen finns det åter (vad gäller skadeståndsmålen) anledning att erinra om att jämförelsen bara är av intresse vid individuellt processbara anspråk eftersom individuellt oprocessbara anspråk per definionem icke kan framföras i vanlig rättegång. Men en av de viktigaste fördelarna vid class action – liksom andra former av grupptalan – är naturligtvis att antalet processbara anspråk ökar väsentligt.

De *fördelar för käranden och hans klass* som sålunda är av intresse är, för att blott upprepa det väsentliga, följande. Kontinuitetseffekten: en class action självdör inte om käranden dör eller av annan anledning förlorar intresset för fortsatt rättegång; processen kan hållas vid liv genom att annan gruppmedlem träder in i den förres ställe och detta kan ske nästan omärkligt eftersom det i allmänhet endast är ombudet som syns till i målet. Svaranden kan vidare inte köpa ut käranden; det fordras domstolens tillstånd och godkännande för avskrivning och förlikning sedan målet väl accepterats som en class action. Till detta kommer att en class action i bästa fall kan medföra en kostnadsspridning på kärandesidan och även andra fördelar vad gäller rättegångskostnaderna; andra gruppmedlemmar än käranden kan dock inte *tvingas* att bidra till rättegångskostnaderna (annat än indirekt från den gemensamma inprocessade fonden vid framgångsrik process). Möjligheterna att få hjälp av kvalificerat ombud är större vid class actions. Och svarandens benägenhet att ställa sig domen till efterrättelse ökar; alltid är det någon av gruppmedlemmarna som inte kommer att acceptera passivitet från svarandens sida. Vid förbudstalan förbättras möjligheterna till framgång eftersom hela gruppens intresse kommer att vägas in vid bedömningen av det berättigade i kärandenas anspråk. Käranden

156 Garth, Conflict s 501. Se vidare Cappelletti, The doctrine s 381 ff.

157 Se ovan s 238 f.

får överhuvudtaget en starkare processuell position än i individuell rättegång och balansen mellan parterna förbättras. Vidare ger class actions publicitet och väcker ett intresse hos allmänheten, vilket kan åstadkomma politiskt stöd för förändringar i den riktning gruppen önskar. Till sist kan nämnas att class actioninstitutet minskar risken för motstridiga domar.

Class actioninstitutet har emellertid också *nackdelar för käranden och hans klass:* processen blir (något) mer komplicerad och också dyrare om den förs som en class action. Detta kan i sin tur medföra att den individuella gottgörelsen försenas jämfört med om vanlig rättegång kommit till användning och det är vidare svårt för käranden att nå förlikning i class actionsammanhang (meningarna härom är dock delade). Käranden måste representera hela gruppen och kan inte koncentrera sig enbart på sina egna intressen. Valet av ombud blir beroende av rättens godkännande i högre grad än i vanliga mål. Käranden kan – ibland – vänta sig att svaranden stretar emot hårdare än vid en vanlig individuell talan. Domstolen kan också ha en negativ attityd till class actioninstitutet och detta kan i sin tur smitta av sig på bedömning i den materiella delen (eller vice versa) och leda till att man inte kommer fram till dom. Kostnadsriskerna kan öka och det uppstår en ökad risk för fördröjande genkäromål.

Man har sagt att för svaranden innebär en class action ett helvete även i gynnsammast möjliga fall. Detta är förvisso en överdrift, åtminstone ibland. En class action kan rentav innebära vissa *fördelar för svaranden*: genom att domen binder alla (utom eventuella avhoppare) bortfaller risken för upprepade processer om samma sak; vinner svaranden målet är saken avgjord en gång för alla. Detta innebär i sin tur processekonomiska fördelar och att det inte föreligger risk för motstridiga domar. Kravet på "adequacy of representation" medför att svaranden slipper processa mot oseriösa motparter (t ex av kverulanttyp), vilket dock också kan vara en nackdel på så sätt att svaranden får ett mer kompetent motstånd än annars skulle ha blivit fallet. Vad gäller övriga *nackdelar för svaranden* av att class actionformen väljs kan dessa i allmänhet utläsas motsättningsvis av vad som sagts om käranden i det ovanstående.

Class actioninstitutet medför naturligtvis *för- och nackdelar även för domstolen och det allmänna.* Här kommer man emellertid så nära class actioninstitutets funktioner att jag finner en sammanfattning meningslös.

Class actioninstitutet har klart dokumenterat sitt existensberättigande i det amerikanska rättssystemet och tycks nu ha stabiliserat

sin ställning. Man kan naturligtvis klara sig class actioninstitutet förutan. Det är bl a England, Tyskland och Sverige belägg för. Eller existerar det i dessa länder rättsområden där missförhållanden råder och förbättringar skulle ske om det fanns rationella gruppprocessuella instrument att tillgå? Är class actioninstitutet i så fall den bäst anpassade processuella formen för gruppaktioner av det slaget? Vilka är alternativen då det gäller att uppnå förbättrad prevention och reparation, i och utom process?

Kap. 13 Alternativ till class actioninstitutet

"Ett partsförhållande är rationellt så länge parterna är någotsånär jämbördiga."
Bo Gustafsson

1. Inledning 485
2. Alternativen – en förteckning med kommentarer 488
   2.1 Förteckning över class actionalternativ 488
   2.2 Kommentarer 491
3. Sammanfattning och avslutande synpunkter 563

1. Inledning

Som framgått av föregående kapitel är class actioninstitutets yttersta ändamål att bidra till att de materiella reglerna får maximal genomslagskraft i samhället. I denna riktning verkar såväl institutets *reparativa* som dess *preventiva* funktion. Möjligheterna till funktionsuppfyllelse i dessa hänseenden är särskilt goda när ett stort antal medlemmar i en oorganiserad grupp har "individuellt oprocessbara anspråk", dvs anspråk vars värde understiger nettokostnaderna för en individuell framgångsrik process. Class actioninstitutet kan då öka rättsskipningens tillgänglighet med de positiva verkningar detta har i reparativt och preventivt hänseende.

Utöver nyssnämnda ändamål fyller emellertid class actioninstitutet också andra funktioner. Processformens ursprungliga – och fortfarande aktuella – uppgift var att bidra till en bättre hanterbarhet och *processekonomi* i de fall då individuella processer (kumulerade eller var för sig) var ett tänkbart alternativ, dvs vid "individuellt processbara anspråk" och vid "injunctions" av olika slag. Härtill kommer så vissa ytterligare ändamål som t ex att motverka motstridiga domar, att bidra till prejudikatbildningen och att verka rättsbildande, antingen direkt genom att fungera som en processuell murbräcka vid utvecklingen av materiell rätt eller indirekt via institutets opinionsskapande förmåga med ty åtföljande politiska reformeffekter. I

samtliga dessa hänseenden är class actioninstitutet förenat med vissa för- och nackdelar vad gäller möjligheterna till funktionsuppfyllelse.

Skall man presentera och diskutera alternativ till class actioninstitutet är det naturligtvis avgörande för urval och värdering av alternativen – och därmed för hela framställningen – vilka av class actioninstitutets nyssnämnda funktioner man är benägen att acceptera och prioritera. Väljer man att endast beakta företeelser som kan utföra processformens samtliga uppgifter på ett med class actioninstitutet likvärdigt sätt blir antalet alternativ synnerligen begränsat; i själva verket kan ett alternativ aldrig vara exakt likvärdigt ett annat utan att förlora sin identitet och därmed sin egenskap att vara en ersättning för class actions. Andra former av grupprättegång är förenade med delvis samma, delvis andra för- och nackdelar som class actioninstitutet och är därmed predestinerade att förete en annorlunda profil vad gäller möjligheterna till funktionsuppfyllelse. Värderingen av sådana alternativ blir därmed, som redan påpekats, avhängig av vilka av class actioninstitutets funktioner man är benägen att acceptera och prioritera. Inskränker man sig till t ex class actioninstitutets processekonomiska eller prejudikatskapande funktion blir antalet alternativ jämförelsevis begränsat och de får en klart civilprocessuell framtoning. Men om man vill ge institutets reparativa och – framför allt – dess preventiva funktioner försteg (vilket somliga men alls inte alla önskar) blir katalogen med existerande och tänkbara alternativ synnerligen innehållsrik; den kommer att omfatta i princip alla ersättnings- och påverkansmekanismer – inom och utom process – som kan bidra till de förändringar man vill uppnå och till att motverka de åtgärder man vill förhindra.

Handlingsdirigeringen i nyssnämnd vidsträckt bemärkelse kan utgå från privata rättssubjekt, dvs enskilda fysiska personer (s k människor) och juridiska personer som t ex bolag och organisationer. Men i allmänhet (?) utförs handlingsdirigerande uppgifter av det här slaget av offentliga myndigheter och politiska organ. Metoderna för sådan "formell social kontroll" inkluderar enligt Jareborg bland annat förmåner, utbildning, information, konfliktlösning, tillståndsgivning, regelgivning, skapande av fysiska hinder, hot om tvångsingripande och tvångsingripanden.[1] Eckkhoff har i en bok om miljörättsliga frågor delat in statens "styrningsmuligheter" på ett likartat

[1] Jareborg s 29.

sätt; han räknar med fyra kategorier: fysiska, ekonomiska, pedagogiska och normativa metoder för påverkan.[2]

Det finns självfallet ytterligare ett nära nog obegränsat antal sätt att systematisera olika former av handlingsdirigering, så också på de områden där oorganiserade grupper av samhällsmedlemmar har gemensamma eller likartade intressen att bevaka. Behovet av en god systematik förstärks av att så många alternativa åtgärder kan komma ifråga. Att gruppintressen står i fokus då class actionalternativ diskuteras medför nämligen ingen direkt begränsning i fråga om antalet aktuella påverkansmekanismer. På alla de rättsområden där grupper förekommer finns också enskilda individer att ta hänsyn till, åtminstone i så måtto att gruppen består av individer. Och ett alternativ till class actioninstitutet kan vara just att söka individuella lösningar som får likartade effekter för de enskilda och därmed också för kollektivet. Class actioninstitutets gruppkaraktär innebär dock en indirekt avgränsning av alternativen på så sätt att några rättsområden – som t ex konsument- och miljörätten – står mer i blickfånget än andra, vilket i sin tur medför en viss begränsning av de alternativ som kan komma ifråga. Men mycket är det inte som kan uteslutas den vägen.

Mot den här bakgrunden borde det vara lätt att vinna förståelse för att avgränsningar är nödvändiga i den följande framställningen rörande alternativ till class actioninstitutet. Meningen med den här boken är ju i första hand att presentera och diskutera *class actioninstitutet* ur svenskt perspektiv, inte att utföra någon grundläggande inventering och analys av alla tänkbara påverkansmetoder. Målsättningen har därför begränsats till att först – i avsnitt 2.1 – ge en bild av class actioninstitutets plats i systemet genom att, utan anspråk på fullständighet, presentera en förteckning över class actionalternativ i den vidsträckta mening som antytts ovan. Till denna schematiska uppställning fogas under 2.2 några kommentarer rörande de flesta av dessa metoder för påverkan. Exemplen hämtas i allmänhet från svensk och amerikansk rätt. Från en ganska vid infallsvinkel i synen på alternativen som uttryck för tillgängliga påverkansmetoder kommer framställningen så småningom att snävas in till processtekniska

[2] Eckhoff s 29 ff, jfr Backer, Naturvern s 42 ff, Strömholm (med hänvisning till Hellner) s 155 ff och Lindblom, Konsumentmål s 27 ff. Som kommer att framgå av de följande noterna är den *processuella* litteraturen om alternativ till class actioninstitutet synnerligen mager; hänvisningarna avser genomgående framställningar med en helt annan huvudinriktning.

sätt att närma traditionell civilprocess till grupprättegång av class actionkaraktär; uttrycket class actionalternativ används alltså medvetet i en glidande betydelse för att, i nästa kapitel, appliceras på de existerande former av civilprocess som framstår som class actioninstitutets främsta rivaler: statlig grupptalan ("parens patriae", "public actions"), organisationstalan (actions by organizations, "Verbandsklage") och pilotmål ("test cases", "Musterprozessen"). Kapitlet avrundas i vanlig ordning med en sammanfattning och några avslutande synpunkter.

2. Alternativen – en förteckning med kommentarer

Förteckningen nedan består av två huvuddelar, metoder *utom* respektive *inom* domstolsväsendet, en distinktion som dock ej kan genomföras fullt ut. Påverkansmekanismerna är därefter systematiserade i undergrupper, men vissa överlappningseffekter har inte kunnat undvikas här heller. Somliga åtgärder verkar inte höra riktigt hemma någonstans, andra platsar under flera rubriker samtidigt. Distinktionen mellan offentliga och privata metoder har naturligtvis stort intresse, men ges i det följande en underordnad betydelse för att inte skymma sikten för vilka processuella alternativ till class actioninstitutet som förefaller ligga närmast till hands. Vilken eller vilka class actionfunktioner respektive alternativ kan fullgöra torde i allmänhet ge sig självt och har inte påverkat systematiken, så ej heller vilka rättsområden som kan komma ifråga i varje enskilt fall. Jag återkommer i viss utsträckning till dessa frågor i kommentarerna, vilka dock – till följd av författarens begränsade kunskaper och framställningens encyklopediska bredd – måste hållas på en mycket elementär, ja stundom närmast dilettantmässig, nivå.

2.1 Förteckning över class actionalternativ

A. Utom domstolsväsendet

(1.) Information, religiös påverkan, propaganda m m via statliga, kommunala och privata (enskilda eller korporativa) organ

(2.) Förmåner (bidrag, skattelättnader, krediter osv)

(3.) Etableringskontroll etc

(4.) Kriminalisering

(5.) Ökat sanktionstryck
- (5.1) Företagsbot, sanktionsavgifter
- (5.2) Andra särskilda rättsverkningar (förverkande, näringsförbud)
- (5.3) Vite
- (5.4) Utökat skadeståndsansvar, t ex övervägande preventivt skadestånd ("allmänt skadestånd", "treble damage", "minimum damage" etc), utvidgat skadebegrepp (ersättning för positivt kontraktsintresse, ideell skada etc), ökad användning av strikt ansvar, fingerad culpa osv, nya beräkningsgrunder (skälighetsuppskattningar, procent på omsättningen, vinstkonfiskation osv), fördelning och användning

(6.) Försäkringslösningar

(7.) Fond- och avgiftssystem

(8.) Offentliga organ med uppgift att verka även (eller enbart) utom domstol
- (8.1) Särskilda "ombudsmän" med uppgift att påverka och beivra vissa beteenden (justitieombudsman, konsumentombudsman, näringsfrihetsombudsman, jämställdhetsombudsman, diskrimineringsombudsman)
- (8.2) Särskilda ämbetsverk (naturvårdsverk, konsumentverk, livsmedelsverk, atominspektion, kemikalieinspektion etc)
- (8.3) Kommunala myndigheter (t ex miljö- och hälsoskyddsnämnd, byggnadsnämnd, länsstyrelsens naturvårdsenhet, konsumentvägledare osv)

(9.) Privata, kooperativa och fackliga organisationer (föreningar, stiftelser etc) med motsvarande uppgifter (konsumentorganisationer, miljövårdsorganisationer, medborgargrupper, fackföreningar, jordbrukskooperationen etc)

(10.) Alternativ tvistlösning
Offentliga och privata nämnder (allmänna reklamationsnämnden, försäkringsnämnder, patientnämnder osv)
Offentliga och privata skiljeförfaranden
Förhandlingssystem
Medling, "minirättegångar" och annan privat tvistlösning enligt den "tredje vågen" i access to justice-rörelsen.

B. Inom "domstolsväsendet"

(11.) Förvaltningsdomstolar och specialdomstolar (förvaltningsförfaranden, förvaltningsdomstolar, arbetsdomstol, bostadsdomstol, marknadsdomstol) med inslag enligt 12.2.2 nedan

(12.) Allmän domstol
- (12.1) Brottmål (enskilt åtal, skadeståndstalan, särregler)
- (12.2) Tvistemål
  - (12.2.1) Särskilda förfaranden (småmålslagar, summarisk process)
  - (12.2.2) Särskilda regler vad gäller t ex överflyttning av mål (MDL), forum, delgivning, fullmakt, utevaro och personlig närvaro, partsbehörighet, processbehörighet, kumulation, intervention, vilandeförklaring, rättskraft, bevisvärdering, bevisbörda, rättshjälp, rättsskydd, rättegångskostnadsregler, formell och materiell processledning, officialprövning, advokatrollen osv.
  - (12.2.3) Talerättsliga lösningar
    a. sänkning av talerättströskeln för enskilda
    b. statlig (offentlig) grupptalan (talerätt för statliga administrativa myndigheter, ombudsmän etc enligt regler om "parens patriae", "public actions", "relator actions", "attorney general", "ministére public", "procuratora" osv)
    c. privat grupptalan: grupprättegång i form av
       (i) enskild grupptalan ("class actions")
       (ii) organisatorisk grupptalan ("organisationstalan")
  - (12.2.4) Pilotmål ("test cases")

2.2 Kommentarer

(1.) Information,[3] religiös påverkan, propaganda m m

Informationsverksamhet kan naturligtvis inte utgöra något class actionalternativ vad gäller de reparativa eller processekonomiska funktionerna annat än möjligen på så sätt att ersättningskraven – och därmed antalet processer – kan hållas nere om oönskad verksamhet förhindras. Vad vi då har att göra med är emellertid konsekvenser av den handlingsdirigering en intensiv informationsverksamhet kan leda till och inte reparativa eller processekonomiska effekter av det självständiga slag som kan aktualiseras när skador väl har uppkommit.

Upplysning om gällande lagstiftning på här aktuella områden – förmedlad av statliga, kommunala eller privata organ – liksom information i t ex konsument-, miljö- och diskrimineringsfrågor överhuvudtaget, är alltså ett renodlat handlingsdirigerande class actionalternativ. Men här (liksom vad gäller det mesta som tagits upp i förteckningen ovan och kommenteras i det följande) torde det snarare vara fråga om komplement än alternativ; det är i förening med varandra åtgärderna i det följande kan få mer påtagliga effekter i preventivt, reparativt och processekonomiskt hänseende. Det behövs t ex information för att normativa åtgärder i Eckhoffs mening, dvs förbud och påbud, skall bli effektiva. Information och annan pedagogisk verksamhet (via undervisningsväsendet, massmedia, broschyrer, brev, opinionsmöten osv), liksom propaganda, "lobbying" och religiös påverkan, fungerar dock även som självständig påverkansmekanism *dels* genom att ge upplysning om sådant som folk redan uppfattar som relevant när de fattar beslut, *dels ock* genom att påverka mottagarnas värderingar så att motivationen blir starkare t ex då det gäller att undvika miljöstörande beteenden.

(2.) Förmåner

Förmåner som kan fungera som positiv social kontroll är t ex skattelättnader och andra subventioner vid inköp av miljövänliga motorer och bränslen, bidrag och förmånliga krediter vid utlokalisering

[3] För framställningen under (1.) se Eckhoff s 32 f, se även densamme s 116 ff och 242 samt NOU 1978:37. Jfr även Victorin s 136 f. Betr konsumentområdet se Hellner 1976 s 737 ff och prop 1985/86:121 t ex s 28 ff. Av särskilt slag är den informationsskyldighet som kan åläggas näringsidkare (t ex enligt 3 § marknadsföringslagen), se Utterström s 374, jfr även SOU 1987:24 s 137 ff.

av miljöfarlig industri till glesbebyggda områden osv.[4] Även på konsumentområdet kan man genom t ex differentierad beskattning och bidrag till forskning åstadkomma en styrning mot produkter av önskvärt slag. På jordbruksområdet sammanfaller ofta miljö- och konsumenthänsyn, t ex vad gäller djurfabriker samt användning av konstgödsel och giftbesprutning vid spannmålsproduktion. Skatteförmåner och bidrag har diskuterats för att få ner användningen av dylika medel. Förmånerna fungerar då som en form av positiv handlingsdirigering eller, om man vill uttrycka det så, som en preventiv insats mot begagnandet av miljö- och konsumentfarliga åtgärder inom jordbruket. Förmåner kan vara ett verksamt alternativ till förbud mot vissa ämnen med ty åtföljande processer i t ex class actionform. Motsatsen till riktade förmåner av här diskuterat slag är avgifter, varom nedan under (7.).

(3.) Etableringskontroll

Det är påfallande hur snabbt man uttömmer de s a s positiva, mjuka, möjligheterna till handlingsdirigering på här aktuella – liksom de flesta? – områden. Då man väl går över till mer militanta och repressiva former av prevention faller det sig naturligt att börja med olika tekniker att s a s stämma i bäcken, så t ex etableringskontroll, en metod som hittills kommit till jämförelsevis begränsad användning i vårt land. Huvudregeln är fortfarande etableringsfrihet och den internationella trenden går mot avreglering. En rad undantag finns dock och på de områden vi har att bevaka märks t ex tillståndsprövning (koncessionsprövning) enligt miljöskyddslagen, atomenergilagen osv. Etableringskontroll förekommer vid olika former av farlig verksamhet, men också i samband med t ex bank-, försäkrings- och kreditupplysningsverksamhet.[5] Prövningen är i allmänhet inriktad på viss verksamhet och vänder sig inte mot särskilda personer, (vilket dock är fallet vid näringsförbud enligt lagen därom samt vad gäller förbudet för underåriga att driva näring). Lagar om, och förslag till, monopol eller mer personinriktad etableringskontroll har i allmänhet inte miljö- eller konsumentpolitisk inriktning. Man har i stället haft t ex alkoholpolitiska motiv

4 Eckhoff s 29, se också SOU 1987:32 s 626 (direktiven).

5 Se betr etableringskontroll Bernitz s 28 ff. Vad gäller miljörätten se t ex Michanek s 75 ff, Westerlund i Advokaten 1984 s 86 ff, Eckhoff s 234 f och 250 f.

eller siktat in sig på en begränsning av den ekonomiska brottsligheten; i sistnämnda hänseende märks det förslag till krav på näringstillstånd för vissa branscher som lades fram för några år sedan.[6] Åtgärder mot vissa former av konkurrensbegränsning – t ex fusioner och företagsköp[7] – kan dock möjligen med en vid definition av begreppet etableringskontroll föras in under här aktuella åtgärder. Till näringsförbud återkommer jag under (5.2) nedan.

Att etableringskontroll, liksom information, endast fyller en handlingsdirigerande (preventiv) funktion som class actionalternativ förefaller uppenbart. Det skulle föra för långt att här diskutera för- och nackdelar med olika slag av etableringskontroll; frågan har f ö också en betydande politisk laddning.

(4.) Kriminalisering

Den ursprungliga straffrätten var svår att skilja från privaträtten[8] och i konsekvens därmed förelåg i äldre svensk rätt inte heller någon egentlig motsatsställning mellan brottmålsprocess och tvistemålsprocess. Kriminaliseringen var sparsam och kasuistisk; brottmålsprocessen hade starka privata inslag. Det var målsäganden som förde talan mot sin vederdeloman och tilldömdes den bot "brottet" föranledde; avsevärd tid förflöt innan statsmakten (nästan) helt tog över såväl åklagarfunktionen som bötesbeloppen. Under medeltiden var således målsäganden den huvudsaklige åklagaren och ännu i 1734 års lag framställs (ehuru något missvisande) målsägandens åtal som det principala. Målsägandens rätt till del av bötesbeloppen avskaffades inte förrän vid införandet av 1864 års strafflag.[9] Först efter en period då straffrätten mera hade drag av nutida förvaltningsrätt än av straffrätt i modern mening[10] har vi så nått fram till dagens situation med omfattande kriminalisering och en historiskt sett jämförelsevis skarp åtskillnad mellan brottmåls- och tvistemålsprocess.

6 Se Eko-kommissionens betänkande Näringstillstånd (SOU 1984:8). Förslaget föranledde endast några smärre lagändringar.

7 Se Bernitz s 91 ff.

8 Jareborg s 33.

9 Se t ex Ekelöf i Svensk Juristtidning 1981 s 113, Palmgren s 23 f och 43 och Olivecrona 1946 s 68 f.

10 Jareborg s 33.

Det finns emellertid tecken på att de båda processarterna åter börjat närma sig varandra, något som i sin tur förefaller gå att föra tillbaka på en förändring av såväl civilrätten och tvistemålsprocessen som straff- och straffprocessrätten. Gränsen mellan enskilda och allmänna intressen luckras upp, civilrätten är inte lika "privat"(-rättslig) som tidigare och tvistemålsprocessen börjar förete vissa drag av "public law litigation"[11] där handlingsdirigering i det allmännas intresse skjuts fram som en viktig funktion. Samtidigt diskuterar man att i allt större utsträckning låta straffrättens uppgifter övertas av ett närmast förvaltningsrättsligt system med t ex disciplinförfaranden och sanktionsavgifter.[12] Till överlappningen bidrar vidare att det privaträttsliga skadeståndet ges preventiva och "straffande" uppgifter samtidigt som målsägandens ställning stärks, bl a genom att möjligheterna att framställa enskilda anspråk i brottmål ökar. Och den enskilda åtalsrätten, som var starkt hotad för några år sedan, står i dag starkare än på länge. Någon får kanske rent av den hegelianska dialektiken i tankarna: tes, antites, syntes ....[13] Det blir anledning att återkomma till allt detta längre fram.

Vad gäller straffbeläggande som styrmedel har man kunnat notera framställningar om avkriminalisering på vissa områden på senare tid.[14] Men detta är inte uttryck för någon allmän trend; antalet avkriminaliseringar understiger antagligen nykriminaliseringarna. Då man ser tillbaka på utvecklingen under de senaste decennierna har man snarare anledning att tala om "överkriminalisering" och inflation i straffhot; "(n)ågon reduktion i benägenheten att lägga nyskapade lagöverträdelser under straff ... har inte kunnat förmärkas".[15] Strafflagstiftningen har en konserverande prägel på så sätt att det är svårt att åstadkomma en avkriminalisering eller "nedkriminalisering" av gärningstyper som förlorat i straffvärde. Men det stöter samtidigt på motstånd att få till stånd nykriminalisering på *vissa* områden,[16] bl a just dem som är av intresse i vårt sammanhang.

11 Se ovan s 441 och Ekelöf a st.

12 Härom nedan s 504 ff.

13 Lindblom i Svensk Juristtidning 1984 s 796 ff.

14 Nelson i Svensk Juristtidning 1984 s 821, se även nedan s 497 f ang miljörätten.

15 Jareborg s 38.

16 Ibidem.

Kriminalisering tycks inte gå att knyta till någon konkret gradering av samhällsfarlighet, skadlighet eller "straffvärde" i sig. I en relativt färsk statlig utredning rörande näringsförbud hävdas att ". . . vissa icke-brottsliga beteenden ofta ter sig betydligt mera samhällsfarliga och skadliga än många brott" och att "det inte är självklart att man skall ingripa mot alla sorters missförhållanden – även om de är allvarliga – just med kriminalisering."[17]

Utvecklingen företer alltså motsägelsefulla drag och detta bl a på de rättsområden som är av intresse ur class actionsynpunkt. Som exempel på handlingar det kan vara svårt att få kriminaliserade trots att man kan påvisa att beteendet är "höggradigt socialt förkastligt" nämner Jareborg "gärningar som hotar bevarandet av miljön, illojalt utnyttjande av ekonomiskt överlägsna positioner och annat som aktualiseras genom framväxten av ett högindustrialiserat och tekniskt väl utvecklat samhälle".[18] Men detta skall ställas mot Nelsons iakttagelse att förespråkarna för avkriminalisering "icke kunnat förhindra, att alltfler gärningstyper blivit belagda med straffhot, t ex inom . . . lagstiftningen om arbetsmiljö och fritidsmiljö och den samhälleliga regleringen av näringslivet".[19]

Nelsons och Jareborgs påståenden kan verka oförenliga och tvingar fram en precisering som visar sig stämma väl överens med verkligheten: straffhot förekommer på här aktuella rättsområden – i Sverige liksom i t ex USA – men kriminaliseringen har suttit långt inne; den har i flera fall kommit först på senare tid. Vidare har kriminaliseringen varit av begränsad omfattning och den är fort-

17 SOU 1984:59 s 198, se även s 195. Jfr Jareborg s 36 ff och följande uttalande av Schwartz, återgivet i Kadish m fl (s 231): "A criminal code necessarily falls far short of expressing the nation's morality. Many things are evil or undesirable without being at all appropriate for imprisonment: lying, overcharging for goods and services, marital infidelity, lack of charity or patriotism. Nothing has been more widely recognized in modern criminal law scholarship than the danger of creating more evil by ill-considered use of the criminal law than is caused by the target misconduct. Accordingly, the failure to put something under the ban of the penal code is not an expression of a favorable "value" of the nonpenalized behavior. It is a fatal confusion of values to see the Criminal Code as anything but a list of those most egregious misbehaviors, which, according to a broad community consensus, can be usefully dealt with by social force."

18 Jareborg s 38, jfr ovan kap 1 s 5 ff. – Jareborg anser (s 38 f) denna restriktivitet ha vissa skäl för sig, bl a eftersom gärningar av denna art utförs inom ramen för företag, relativt stora enheter som det enligt Jareborg "är jämförelsevis lätt att nå med riktade kontrollåtgärder av olika slag".

19 Nelson a a s 821.

farande ställd under debatt. Det verkar dock som om man nu håller på att "komma ikapp" i så måtto att straffbeläggningen täcker fler gärningstyper än tidigare.

Att det varit svårt att få till stånd kriminalisering på vissa rättsområden kan kanske bero på att det har gällt att inskrida mot icke önskvärda handlingar som oftare medför ekonomisk skada än personligt obehag och lidande och därför inte ligger inom den sfär, som Thornstedt rekommenderar som kriminaliseringens huvudområde.[20] Det *konsumenträttsliga* kontrollbehovet inriktar sig oftast (jfr dock produktansvarsregleringen) på att förhindra ekonomisk skada än fysiskt eller psykiskt lidande; utöver vad som följer av reglerna om bedrägeri m m i BrB har kriminaliseringen på dessa områden också varit sparsam (se dock t ex 11 § 3 st konsumentkreditlagen). Man har hellre inskridit med t ex vitesförbundna förelägganden och ogiltighet[21] som påverkansmekanismer och därigenom "sluppit" en straffrättslig stigmatisering av vad Träskman kallat "en lagstridig förlängning av normal ekonomisk verksamhet som bedrivs inom ramen för ett företag eller annat juridiskt kollektiv".[22] Att den s k illegala profiten[23] på konsumentområdet enligt vissa bedömare sannolikt mångfaldigt överstiger vad som åtkoms genom brott har här inte föranlett lagstiftarna att gripa till kriminaliseringssläggan.

På det *näringsrättsliga* området har emellertid kriminalisering kommit till ganska flitig användning, så t ex i Sverige i lagen (1931:152) med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens, i konkurrenslagen (1982:729) och i 1975 års marknadsföringslag (1975:1418).[24] Detsamma är förhållandet i USA, särskilt på antitrust-

20 Thornstedt i Festskrift till Agge s 380 och 383 f, jfr dock Jareborg s 36 som arbetar med ett vidsträckt skadebegrepp som utgångspunkt.

21 Jfr Bernitz s 225 f (som inte nämner kriminalisering i detta sammanhang), betr termerna marknadsrätt och konsumenträtt se a a s 16. – Att stadga om civilrättslig ogiltighet kan uppfattas som ett class actionalternativ i vid mening.

22 Träskman i Svensk Juristtidning 1984 s 838. – Enligt konsumentombudsmannen (i bilaga till SOU 1984:59 s 470) är kriminalisering "ej ett alternativ på konsumentområdet i samma utsträckning som på andra områden", men några skäl till detta förhållande anges inte.

23 Beträffande detta uttryck se t ex Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 23.

24 Av särskilt intresse är konstruktionen i marknadsföringslagen; KO råder i princip över om ett visst beteende skall få straffrättsliga konsekvenser eller ej genom att han kan välja mellan att föra förbudstalan i marknadsdomstolen och att anmäla straffbelagda förfaranden till åtal, Utterström s 369.

området där man i en samlad attack mot missbruk av de fria marknadskrafterna redan 1889 utfärdade "The Sherman Act" med regler om böter och fängelsestraff för vissa brott av antitrustkaraktär och sedan följt upp med ytterligare flera lagar (t ex the Clayton Act) med såväl straffbeläggning som andra åtgärder på detta i USA så principiellt viktiga rättsområde.[25] Kriminaliseringen förefaller dock inte ha medfört några större framgångar på antitrustområdet.

Inom *miljörätten* har kriminalisering varit svår att åstadkomma trots att fysisk och psykisk skada torde vara lika vanlig som ekonomisk och kriminalisering därför borde framstå som ett adekvat remedium mot bakgrund av de synpunkter Thornstedt angett som relevanta. Miljöbetingade personskador torde dock i allmänhet vara långsiktiga och svårbevisade och därför olämpliga att läggas till grund för åtal (och därmed kriminalisering). Man har också anledning påminna sig att miljölagstiftningen i Sverige till en början inte motiverades av något intresse av att skydda människor och natur utan snarare hade funktionen att underlätta den industriella expansionen i vårt land.[26] Träskmans ovan citerade beskrivning av det beteende man vill hindra ("lagstridig förlängning av normal ekonomisk verksamhet") kan fungera som en förklaring till att man länge tvekade inför kriminalisering på området, en kriminalisering som dock numera är etablerad för svenskt vidkommande i bl a reglerna om miljöbrott och vållande till miljöstörning (BrB 13:8a och 13:9, se även 45 § miljöskyddslagen) samt 37 § naturvårdslagen, 23 § hälsoskyddslagen och 20 § lagen om kemiska produkter.[27] Men kriminaliseringen är åter ställd under debatt på miljöskyddsområdet; mycket få anmälningar om miljöbrott har föranlett åtal och naturvårdsverket, som skall företräda naturvårdsintressena, har nyligen förordat *minskad* kriminalisering på miljöskyddsområdet.[28] I dagsläget (maj 1988) tyder dock en del på att man i stället kommer att

25 Se härom t ex Ziskin s 572 ff samt nedan s 574 ff. Betr kriminalisering som class actionalternativ se dock även Malina & Blechman s 222 och Lander & Posner i 4 Journal of Legal Studies (1974) s 30 f.

26 Se Lindblom, Kontinuitet och anakronismer s 213 not 67.

27 Se härom Eriksson, I, i Brå Forskning 1985:5 s 109 ff och Björkman i Brå Forskning 1986:4 s 169 ff, jfr SOU 1987:32 s 383 f och 400 ff.

28 Se vidare i föregående not anförda arbeten av Eriksson och Björkman samt Gillberg i Dagens Nyheter 1987-01-19 (se nedan not 54) och 1988-06-27, jfr betr effekterna av 1981 års skärpning av miljöskyddslagen Michanek s 37. Se numera även artiklar i Brå information 1988:1 (Miljöbrott och straff) av bl a Eriksson, Lindskog, Mattisson, Wersäll och Almgren.

skärpa kriminaliseringen genom att anknyta till gränsvärden för t ex utsläpp i stället för uppkomna skador och därigenom underlätta för åklagaren att bevisa att miljöbrott förekommit.

Också på *diskrimineringsområdet* har den svenska kriminaliseringen kommit sent, så t ex i fråga om olaga diskriminering pga ras eller hudfärg, i näringsverksamhet och vid allmänna sammankomster först i början på 1970-talet (BrB 16:9 enligt lag 1970:225).[29] Vad gäller den form av könsdiskriminering som avses i lagen (1979: 1118) om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet har man valt andra påföljder än straff (ogiltighet, skadestånd, vitesföreläggande) och när man nyligen lagstiftade mot etnisk diskriminering i arbetslivet gick man samma väg trots att starka argument för kriminalisering framställdes från flera håll vid remissbehandlingen av diskrimineringsutredningens delbetänkande[30] i frågan.

Kriminalisering förekommer alltså i varierande men ganska sparsam utsträckning på class actiontypiska rättsområden. Vilka class actionfunktioner kan då kriminaliseringen fylla, vilka för- och nackdelar har straffbeläggningen i dessa hänseenden? I strid med systematiken förutsätts i det följande att även ådömande och verkställighet av straff anknyts till kriminaliseringen; kriminaliseringen kan här inte frikopplas helt från vissa åtgärder inom domstolsväsendet.

Uppenbart är att kriminalisering kommer ifråga som class actionalternativ framför allt i preventivt hänseende; huvudsyftet med kriminalisering är ju just att avskräcka människor från vissa beteenden. Kriminaliseringen verkar handlingsdirigerande på ett sätt som kan konkurrera med class actioninstitutet i dess omstridda funktion som påverkansmekanism. Man skulle kunna säga att om man inte vill tillerkänna civilprocessen – och därmed inte heller class actioninstitutet – en preventiv funktion aktualiseras inte heller kriminalisering som class actionalternativ i egentlig mening. Men man kan också uttrycka saken så att för den som anser att handlingsdirigeringen behöver förstärkas på ett visst rättsområde och ogillar att civilprocessen (i en eller annan form) används på det sättet

29 Se t ex Nobel s 229, vad gäller hets mot folkgrupp nedan s 541 och 544.

30 Se SOU 1983:18, jfr Öberg i Dagens Nyheter 3/7 1987.

borde kriminaliseringen framstå som ett närliggande "alternativ", ja kanske som den enda "riktiga" lösningen.[31]

Medan alla reparativa åtgärder också har en viss preventiv effekt är motsatsen inte alltid fallet. Kriminaliseringen saknar i princip reparativ funktion; den bidrar inte – med det påföljdssystem som nu gäller – till att uppväga eller lindra den skada eller det lidande målsägaden drabbats av och den är inte heller "konfliktlösande".[32] Också de processekonomiska effekterna av kriminalisering ter sig försumbara, även om möjligheterna att använda en straffdom som bevis i åtföljande skadeståndsprocesser inte helt kan frånkännas betydelse i det sammanhanget.[33] Till detta, liksom till möjligheterna att förstärka kriminaliseringens styreffekter med hjälp av regler om enskilt åtal, återkommer jag nedan under (12.1).

Ses kriminalisering – jämte lagföring – som ett class actionalternativ främst vad gäller den preventiva, handlingsdirigerande, funktionen framträder s a s på mikroplanet följande för- och nackdelar. Kriminalisering anses – åtminstone då straffet är böter – kräva jämförelsevis liten insats från myndigheternas sida och är därför bekvämare och billigare än de flesta andra former för social kontroll.[34] Påståendet är dock en aning överraskande och förefaller inte stämma särskilt väl in på de rättsområden vi har att bevaka. Åtminstone om det är en *effektiv* kontroll man eftersträvar på konsument-, miljö- och diskrimineringsområdena torde kriminaliseringen kräva en avsevärd resursinsats på både polis- och åklagarsidan, vartill kommer kostnaderna för själva brottmålsrättegången som i vart fall inte är billigare för statskassan än ordinär civilprocess. Samhällets inkomster av böter motsvarar troligen inte utgifter-

31 Se ovan s 380 (betr England) och Australian Discussion Paper s 23, se även Koch, Prozessführung s 5, Handler s 81 och Møgelvang-Hansen 1979 s 6 f.

32 Jareborg s 30, jfr däremot Ekelöf, Straffet s 13 ff. Se dock även ovan s 493 och nedan s 517 f betr botinstitutet samt det i DsJu 1986:10 s 45 ff diskuterade förslaget (framlagt i Brå PM 1986:1) att man i vissa fall skulle avstå från bötesstraff om gärningsmannen "gör rätt för sig" genom att betala skadestånd, ett förslag som dock avvisas bl a med motiveringen att somliga skulle kunna "köpa sig fria" från straff (s 49).

33 Jfr (betr USA) Ziskin s 574.

34 Jareborg s 30, som dock inte inkluderar kostnaderna för kontroll, lagföring osv. Jfr däremot Vinding Kruse i Svensk Juristtidning 1987 s 399 som menar att kriminalisering jämte lagföring etc är dyrare än att arbeta med skadeståndsansvar.

na[35] och i den mån fängelse aktualiseras har man naturligtvis att räkna med högst avsevärda direkta och indirekta utgifter. Kriminalisering blir nog en billig form av social kontroll bara i det orealistiskt visionära perspektivet att man antingen lyckas uppnå en så oerhörd moralbildning och avskräckningseffekt att inga brott begås eller från den resignerade utgångspunkten att man måste uppge ambitionerna att utreda och beivra merparten av de brott som kommer till statsmaktens kännedom. Det sista handlingsalternativet förefaller, åtminstone på de rättsområden det här gäller, betydligt mera verklighetsnära än det första, men då nödgas man också räkna med att kriminaliseringens styrningseffekter minskar i motsvarande grad. Att inte alla brott behöver beivras för att den allmänna laglydnaden skall kunna upprätthållas[36] betyder ju inte att man ostraffat kan låta ambitionsnivån sjunka så lågt som förefaller ha skett på t ex miljöskyddsområdet.[37]

Nej, straffbeläggning är nog inget billigt class actionalternativ, åtminstone inte om lagföringen tas med i beräkningen. En fördel med kriminaliseringen förefaller dock vara att den medför vittgående befogenheter för polis och andra myndigheter att vidtaga undersökningar och utredningar; kriminalisering ger också tillgång till tvångsmedel i större utsträckning än vad som är fallet i anslutning till civilrättsliga påföljder och till tvistemålsprocessen.[38] Skillnaderna i detta hänseende torde vara större i Sverige än i USA, där reglerna om "discovery" ger parterna i tvistemål mera vittgående undersökningsmöjligheter än våra regler om editionsplikt gör.[39] Kriminalisering erbjuder onekligen vissa fördelar som class actionalternativ vad gäller utredningsmöjligheterna även på så sätt att polis och åklagare inte är så kostnadskänsliga som privata parter. Ytterligare en fördel kan vara att brottmålsprocessen präglas av officialprincipen i större utsträckning än t o m en class action och att staten inte är utlämnad åt de enskildas bedömande i frågan om talan skall

35 Nelson i Svensk Juristtidning 1984 s 824.

36 Nelson a a s 822, jfr dep chefen i prop 1964:10 s 132 och Heuman i Svensk Juristtidning 1977 s 246, vilka menar att redan den enskilda åtalsrättens existens kan ha betydelse som kontrollinstrument.

37 Jfr Gillbergs ovan i not 28 anförda artikel. Att antalet åtal i miljömål varit så begränsat torde dock till stor del bero på bevissvårigheterna i mål av detta slag, jfr nedan s 501 f.

38 Jfr Nelson i Svensk Juristtidning 1984 s 822.

39 Se ovan s 245 ff.

väckas eller ej. Civilprocessen saknar "självstart", så även brottmålsprocessen, men samhället kan genom reglering av åklagarens åtalsplikt påverka processfrekvensen på ett helt annat sätt än inom civilprocessen.

Så länge särskilda påföljder som förverkande och näringsförbud främst ifrågakommer vid brottsliga gärningar[40] medför också kriminaliseringen tillgång till påtryckningsmedel som saknas på den civil- och förvaltningsrättsliga sidan. Vidare torde kriminalisering fortfarande ha en stigmatiseringseffekt som kan innebära påtagliga good-willförluster i t ex näringsverksamhet, vilket möjligen kan öka preventionen i antitrust-, konsument- och miljösammanhang.[41]

Kriminaliseringen saknar alltså inte fördelar som class action-alternativ. Men nackdelarna är minst lika framträdande. Straffhotet är enligt vedertagen uppfattning ineffektivt, vilket bl a beror på medborgarnas okunnighet, den låga upptäcktsrisken och de begränsade resurser som ställs till förfogande för brottsbekämpning.[42] Kriminalisering anses rent av särskilt overksamt på bl a just de områden som är aktuella i class actionhänseende, t ex inom miljörätten.[43] Ett särskilt problem är att de gärningar man vill förhindra vanligen är svåra att knyta till vissa bestämda individer på det sätt som krävs för straffbarhet; de begås ofta inom ramen för en verksamhet med många inblandade och delad ansvarighet.[44] Och att ansvaret är spritt mellan flera inom ramen för en viss verksamhet aktualiserar både svåra rättsfrågor och särskilda bevisproblem inom brottmålsprocessen. En avgjord nackdel i sistnämnda hänseende är att en straffprocessuell klassificering alltid innebär att den potentielle gärningsmannen helt befrias från bevisbördan. Samtidigt inträder en avsevärd skärpning av beviskravet för den som skall påtala gärningen jämfört med vad som vanligen gäller vid en motsvarande

40 Vad gäller näringsförbud föreslog majoriteten i SOU 1984:59 s 194 ff att brottslig handling inte skulle vara en nödvändig förutsättning (vilket ej heller var fallet enligt äldre bestämmelser), men lagstiftaren följde utredningens minoritet och intog (med vissa undantag) motsatt ståndpunkt. – Betr näringsförbud och förverkande se vidare nedan 507 ff.

41 Ziskin s 575.

42 Jareborg s 31.

43 Jareborg s 38, jfr ovan s 497 f.

44 Förhållandet att ansvaret är spritt inom en obestämd krets av personer är vanligt även på antitrustområdet, se Ziskin s 574.

civilprocessuell hantering.[45] Möjligheterna att fördela bevisbördan mellan parterna – liksom att ge bevislättnad i vissa hänseenden – faller bort helt och hållet, vilket kan få särskilt påtagliga effekter i de tekniskt komplicerade mål det ofta är fråga om t ex inom miljörätten och i processer rörande läkemedelsskador.

Till dessa nackdelar i bevishänseende skall så läggas de ytterligare svårigheter att nå fram till en fällande brottmålsdom som följer av allmänna straffrättsliga och straffprocessuella principer som legalitetskravet[46] (om nu detta verkligen upprätthålls inom straffrätten på det sätt man allmänt antar), principen "in dubio pro reo", objektivitetsprincipen för åklagaren, synen på den tilltalades passivitet m m. På den straffrättsliga sidan är det också – åtminstone vad gäller fysiska personer – otänkbart att arbeta med ansvar utan skuld medan man däremot helt kan slippa ifrån svårhanterliga subjektiva rekvisit på den civilrättsliga och den civilprocessuella sidan genom att t ex laborera med principer om strikt ansvar. Tanken att kriminalisera *viss verksamhet* inom *kollektiva enheter* i stället för *visst beteende* av *enskild person*[47] har ännu bara vunnit begränsat gehör i Sverige, även om en uppmjukning tycks vara på gång i detta hänseende.[48]

En nackdel av annat slag har påpekats av diskrimineringsutredningen, som erinrar om de allvarliga konsekvenser som brottmålsprocess kan få för t ex förhållandena på en arbetsplats.[49] Kriminaliseringen kan försvåra fortsatta goda relationer mellan parterna. Till detta skall så läggas att tvister i anledning av gärningen inte kan lösas förhandlingsvägen. Även avsaknaden av de reparativa effekter som kan uppnås om straff ersätts av t ex ideellt och ekonomiskt skadestånd (vilket är möjligt inom arbetsrätten) har anförts som en nackdel i sammanhanget.[50] Vad som sker om man väljer preventivt skadestånd av det här slaget i stället för kriminalisering är dock

45 Jfr SOU 1983:18 s 56 och Nelson i Svensk Juristtidning 1984 s 822, se även Ontario Report I s 143.

46 Enligt Mertens (s 458) är kriminalisering ett olämpligt alternativ vid en reglering uppbyggd på generalklausuler.

47 Jfr Nelson a a s 823 f.

48 Se DsJu 1984:5 ang företagsbot, Nelson a a s 824 med i not 36 anförd litteratur och nedan s 504 ff och 507 ff.

49 Diskrimineringsutredningens delbetänkande SOU 1983:18 s 56, se betr straffhot som påverkansmekanism även SOU 1987:32 s 381 ff.

50 SOU 1983:18 s 56.

snarare att man "straffar" med civilrättsliga medel än att man ökar de reparativa möjligheterna.[51] Och i den mån det uppstått skada som går att ersätta utesluter ju kriminaliseringen inte att så sker; tvärt om kan möjligheterna att framställa enskilda anspråk i brottmålet ibland vara ett överlägset alternativ i reparativt och processekonomiskt hänseende jämfört med att föra ersättningstalan i särskild civilprocess.[52]

Sammanfattningsvis kan sägas att den traditionella straffrätten och straffprocessen – varom mera nedan under (12.1) – inte är särskilt väl ägnade att användas för ingrepp mot vissa moderna former av samhällsskadligt beteende.[53] Flera av de ovan berörda nackdelarna med kriminalisering bör emellertid skyllas mera på ett alltför statiskt betraktelsesätt vad gäller utformningen av straffbeläggningen än på kriminaliseringens bristande möjligheter i och för sig. Nya tankar att kriminalisera viss *verksamhet* inom företag har antytts ovan och tas åter upp under (5.) nedan. Tekniken att utbyta skaderekvisit mot gränsvärden vad gäller miljöbrott har också berörts. Och även svårigheterna att utpeka viss ansvarig person inom t ex ett miljöstörande företag kan åtgärdas de lege ferenda.[54] En svaghet i detta sammanhang är dock att företagen – åtminstone i USA – har en benägenhet att gå in och hålla sina ansvariga chefer skadeslösa genom att återbetala vad de tvingas utge i böter.[55] Brott lönar sig ändå – även för företaget – genom att vinsterna p g a brott mot t ex miljö- och antitrustlagstiftningen många gånger skyhögt överstiger det maximala bötesbeloppet.[56] Men de lege ferenda är det naturligtvis inte något som hindrar att bötesbeloppen anpassas till den fak-

51 Betr straffskadestånd se vidare nedan s 515 ff.

52 Jfr nedan s 542 ff och DsJu 1986:10 s 33 ff.

53 Så Jareborg s 39 (ovan s 495) vad gäller straffrätten.

54 Se t ex Gillberg i ovan i not 28 nämnda artikel där han förordar en ordning liknande den som gäller vid tryckfrihetsbrott, vilket knappast vore effektivt eftersom dylikt ansvar utan skuld vanligtvis leder till låga straff. De lege ferenda är dock naturligtvis detta inte något absolut hinder.

55 Se Ziskin s 573 med i not 27 anmärkta möjligheter för företagare till sådan "indemnification". Svårigheter kan dock uppstå i skattehänseende; bidrag till böter kan uppfattas som lön eller gåva.

56 Ziskin s 572 f. Det maximala bötesbeloppet i antitrustsammanhang är 50 000 dollar medan det förekommit antitrustbrott som inneburit försäljningsökningar på 1,7 biljoner dollar om året. Jfr även NJA II 1982 (om förverkande) s 279 f.

tiska vinsten på grund av brottet, vilket dock i sin tur aktualiserar nya bevisproblem.

Till sist skall nämnas ett par särskilda problem med kriminalisering som påverkansmekanism. Åtminstone i USA förefaller det vara svårt att övervinna det psykologiska motstånd som finns – även bland åklagare och domare – mot att stämpla respekterade direktörer och andra företagsledare som "ordinary criminals".[57] Det påstås vidare, att åtminstone då särskilt näringsvänliga politiker innehar makten föreligger det möjligheter att åstadkomma ett politiskt tryck som väsentligt minskar inte bara risken för åtal[58] utan även för negativ uppmärksamhet i massmedia.[59]

Kriminaliseringens effektivitet som class actionalternativ hänger naturligtvis intimt samman med lagföringen och utformningen av de sanktioner som kan följa på brottet. Längre fängelsestraff och högre böter kan – möjligen – öka den preventiva effekten. Men ökat sanktionstryck kan även åstadkommas med hjälp av andra sanktionsformer, med eller utan anknytning till kriminalisering. Framställningen under (5.) avser att belysa detta förhållande. Att även utformningen av själva brottmåls*processen* är av betydelse i sammanhanget återkommer jag till under (12.1).

(5.) Ökat sanktionstryck

(5.1) Företagsbot och sanktionsavgift

Företagsbot och sanktionsavgifter är två nya företeelser med det gemensamma draget att man kan rikta sanktionstrycket också mot kollektiva enheter, men med den skillnaden sinsemellan att endast företagsbot förutsätter att det föreligger ett brott. *Företagsbot* utgör således en särskild rättsverkan av brott, en rättsverkan som kan ådömas näringsidkare, även juridisk person, för brott (av allvarligt slag) som begåtts inom näringsverksamheten.[60] Liksom traditionella

57 Ziskin s 574.

58 Ziskin s 576.

59 Ziskin s 575.

60 BrB 1:8 samt 36:5, 8, 9 och 10. Se vidare NJA II 1986 s 42 ff, DsJu 1985:5 samt Nelson i Svensk Juristtidning 1984 s 823 och densamme, Kriminalpolitik s 33 och 63 samt Slag i luften s 197. Med "näringsidkare" avses här, liksom på andra håll i lagstiftningen, varje "fysisk eller juridisk person som yrkesmässigt bedriver verksamhet av ekonomisk art" (NJA II 1986 s 42), så t ex enskilda fysiska personer, aktiebolag, handelsbolag, ekono-

straffrättsliga påföljder som fängelse och böter fyller företagsboten en renodlat preventiv funktion. Denna nya rättsverkan av brott har sitt särskilda intresse som class actionalternativ genom att företagsboten kan riktas inte bara mot en bestämd person utan även mot själva verksamheten och ge möjlighet till kontroll av den kollektiva enheten, t ex ett företag som producent av farliga produkter eller som miljöstörare. Boten drabbar företaget på ett handlingsdirigerande sätt i stället för att rikta sig mot enskilda ansvariga personer inom företaget.

Eftersom företagsbot förutsätter brott av allvarligt slag (t ex miljöbrott och brott mot livsmedelslagen) befriar sanktionsformen inte annat än undantagsvis från de svåra rätts- och bevisfrågor som kriminalisering aktualiserar på vissa rättsområden.[61] Men inriktningen på själva den brottsliga verksamheten gör att boten kan ges maximal preventiv effekt; andra grunder för beräkning av botens storlek – idag lägst tiotusen och högst tre miljoner kronor – än de som gäller vid penningböter och dagsböter kan användas. Departementschefens ursprungliga förslag att även uppkommen vinst skulle kunna beaktas frånfölls dock på inrådan av lagrådet; företagsboten skall nu ha en "enbart bestraffande funktion" och eventuell vinst kan i stället föranleda förverkande.[62]

Medan företagsbot förutsätter brott ligger som redan nämnts det andra nya remediet mot oönskad verksamhet bedriven inom kollektiva enheter, *sanktionsavgift,*[63] utanför det i snäv mening straffrättsliga och straffprocessuella området med de konsekvenser

miska föreningar, vissa stiftelser, statliga och kommunala affärsdrivande verk osv. Se även SOU 1987:32 s 393 f.

61 Jfr härom ovan s 497 och 501 f. Det krävs dock inte åtal eller ens att gärningsmannen identifierats; det räcker att det står klart att ett brott blivit begånget i t ex ett företag. Frågor om *vem* som är straffrättsligt skyldig, om uppsåt kan styrkas osv behöver alltså i vissa fall ej besvaras, NJA II 1986 s 43 och 46. – Att företagsbot kan ifrågakomma vid miljöbrott framkommer i NJA II 1986 s 47 f och 53 f, att även brott mot livsmedelslagen omfattas framgår s 58.

62 NJA II 1986 s 57 ff; företagsbot anges (a a s 62) i allt väsentligt ha samma syfte som sanktionsavgifter, jfr nedan s 506 f. Tillämpningsområdet överensstämmer vidare i flera hänseenden med vad som gäller i fråga om förverkande, se nedan s 507 ff. Betr olika bötesformer se Nelson, Kriminalpolitik s 62.

63 Se härom Nelson i Svensk Juristtidning 1984 s 823 f med där anförd litteratur, densamme Kriminalpolitik s 103 ff och Slag i luften s 194 f samt prop 1983/84:192.

denna systematiska placering har i bl a bevishänseende.[64] Sanktionsavgiften är alltså inte ett accessorium till kriminalisering utan snarare ett självständigt administrativt alternativ till traditionell straffbeläggning med ty åtföljande påföljder. Sanktionsavgifter kan åläggas av administrativa myndigheter; avgift kan även påföras verksamhet som sådan och får alltså uttas utan att man styrkt någon skuld till det inträdda hos den avgiftsbelagde. Man har i stället infört en möjlighet för den drabbade att åstadkomma nedsättning eller bortfall av sanktionsavgiften genom att anföra omständigheter som kan godtas av myndigheten.[65] Den som hotas av sanktionsavgift kan t ex anföra och styrka just att han saknat skuld till vad som inträffat. På detta sätt har bevisbördan för dolus och culpa kastats om jämfört med vad som gäller i brottmålsprocessen.[66]

Att bedömningen inte sker i domstolsmässiga former torde innebära vissa risker i rättssäkerhetshänseende; en varierande praxis kan lätt utvecklas vid olika myndigheter eftersom myndigheternas praxis sällan redovisas.[67] Minskningen av rättssäkerheten uppvägs dock möjligen av ökad effektivitet: sanktionsavgift framstår onekligen som ett effektivare class actionalternativ än kriminalisering i sådana fall då bevisning om det subjektiva rekvisitet är så svår att åstadkomma att kriminaliseringen framstår som ett slag i luften. Och betänkligheterna i rättssäkerhetshänseende minskar kanske något om rättsskipningen på området anförtros *specialiserade* administrativa myndigheter, vilket kan ge ökade garantier för sakkunskap jämfört med vad som är möjligt att uppnå inom brottmålsprocessen med nuvarande sammansättningsregler.[68] Totalt sett når dock en administrativ prövning av det här slaget i allmänhet knappast upp till den kvalitativa nivån i vanlig brottmålsprocess utformad med muntlighet, omedelbarhet och koncentration som grundstenar för bl a bevisvärderingen. Bl a därför kan beslut om sanktionsavgift i vissa fall överklagas till allmän domstol (se t ex 69 § miljöskyddslagen).

Varken företagsbot eller sanktionsavgifter fyller någon reparativ funktion i traditionell mening; de har båda en rent straffande inrikt-

64 Se ovan s 501.

65 Nelson i Svensk Juristtidning 1984 s 823.

66 Ibidem.

67 Jfr Nelson, Kriminalpolitik s 107 f.

68 Jfr dock rättegångsutredningens betänkande SOU 1987:13 s 59 ff angående nya möjligheter till expertmedverkan i brottmål.

ning.[69] Det ekonomiska nettot torde visserligen bli något bättre än vid böter och förverkande,[70] men indrivna medel öronmärks ej och omvandlas följaktligen inte heller i förstärkta resurser på just de områden där de genererats. Ej heller class actioninstitutets processekonomiska funktion förefaller aktuell i sammanhanget, även om administrativ prövning av det slag det här gäller naturligtvis kan få positiva effekter i form av en minskad belastning på de allmänna domstolarna. Av class actionintressanta rättsområden är det hittills främst inom miljörätten som sanktionsavgifter kommit till användning (miljöskyddsavgift enligt 52–63 §§ miljöskyddslagen och vattenföroreningsavgift enligt lag 1980:424).[71]

(5.2) Förverkande och näringsförbud

Förverkande och (i allmänhet) näringsförbud[72] förutsätter – de lege lata – brottslig handling och kan alltså fungera som class actionalternativ främst i anslutning till kriminalisering med alla de nackdelar som följer av den kopplingen. Av särskilt intresse ur class actionsynpunkt är de nya regler om *förverkande* som år 1982 infördes i BrB 36:3a och 4. Där stadgas, att om det till följd av brott som är begånget i utövningen av näringsverksamhet uppkommit ekonomiska fördelar för näringsidkare kan värdet därav förverkas även när detta inte följer av andra regler om förverkande i BrB eller är särskilt stadgat. Man har alltså tillskapat en möjlighet att beröva näringsidkaren "otillbörlig vinning eller besparing",[73] en målsättning som sammanfaller helt med vad man på en del håll i USA betraktar som en särskild class actionfunktion.[74] I class actionsammanhang har man dock inte begränsat målsättningen till att plocka av näringsidkaren vad hon åtkommit genom brott utan man siktar till att beröva henne alla former av "illegal profit" och "ill-

69 NJA II 1986 s 57 och 62 samt ovan s 505.

70 Se härom Nelson i Svensk Juristtidning 1984 s 824.

71 Se härom Björkman s 173 ff och SOU 1987:32 s 385 ff.

72 Betr näringsförbud se även ovan s 501 med not 40.

73 Nelson i Svensk Juristtidning 1984 s 824, jfr betr de danska reglerna om "konfiskation" Møgelvang-Hansen i Forbrugerforskning i Danmark s 235; förverkandereglerna är där i viss mån samordnade med skadestånd i anledning av brott.

74 Se ovan s 458 f.

gotten gains" oavsett om det olagliga beteendet är kriminaliserat eller ej.[75]

Att straffrättsliga rättsverkningar av det slag t ex de nya förverkandereglerna representerar fyller en preventiv funktion har diskuterats tidigare. Till det preventiva ändamålet kan dock möjligen läggas en annan, mera svårdefinierad, funktion som förefaller besläktad med talet om moralbildning; uttryck som "otillbörlig vinning", osv uttrycker en närmast luthersk attityd att brott (och annan synd) helt enkelt inte kan tillåtas löna sig i det enskilda fallet oavsett vad man anser om t ex förverkandereglers handlingsdirigerande effekter i och för sig. Såvitt jag kan förstå är det dock här fråga om en och samma funktion, även om man i amerikansk doktrin på sina håll skiljer mellan behovet av "deterrence" och angelägenheten av att plocka av t ex näringsidkare obehöriga vinster och otillbörlig vinning ("illgotten gains").[76]

Jag känner inte till om de nya svenska reglerna om förverkande kommit till användning på class actionintressanta områden; allmänt sett har dock här aktuella bestämmelser sällan tillämpats.[77] Enligt förarbetena till de nya reglerna har förverkandemöjligheterna utvidgats till ett svåröverblickbart fält av situationer.[78] Brott mot livsmedels- och arbetsmiljölagen, liksom användning av ojusterade vågar, nämns som exempel på gärningar som är aktuella i sammanhanget.

Förverkandereglerna ger underlag för att beröva näringsidkare överskott, vinster, till följd av brott begånget i verksamheten. Men de får inte användas i rent straffande syfte; förverkande av mer än vinsten kan inte komma i fråga enligt de nya bestämmelserna. I denna begränsning ligger en av anledningarna till att man aktualiserade den ovan berörda påföljden företagsbot.[79] Trots denna restriktion framstår onekligen förverkanderegler av det nya slaget som relevanta vid en diskussion av alternativ till class actioninstitutet. Ett problem kan dock vara att det föreligger klara överlapp-

75 Ibidem.

76 Betr förverkandeinstitutets funktion se Nelson, Kriminalpolitik s 97.

77 Enligt Nelson (Slag i luften s 207) står det klart att 1982 års ändringar i reglerna om förverkande inte var verkningsfulla.

78 Lagrådet i NJA II 1982 s 281.

79 Jfr ovan s 505 och Nelson i SvJT 1984 s 824.

ningseffekter i förhållande till systemet med sanktionsavgifter.[80] Man måste vidare erinra sig att kopplingen till brottslig handling för med sig alla de nackdelar som konstaterats vara förenade med kriminalisering som class actionalternativ. Vidare kan anknytningen till uppkommen vinst ge upphov till bevismässiga svårigheter. Och någon reparativ effekt för dem som skadats av verksamheten medför inte förverkandereglerna; förverkande saknar class actioninstitutets polyfunktionella potential.

De nackdelar som följer av en knytning till kriminalisering drar de lege lata ner också *näringsförbudets* värde som class actionalternativ. Att näringsidkaren begått brott som inte är ringa är numera (med vissa undantag) ett nödvändigt rekvisit för att förbudet skall kunna meddelas, och detta trots att en övertygande argumentation framlades för motsatt ståndpunkt av utredningsmajoriteten i det betänkande som ligger till grund för de nu gällande reglerna på området.[81]

Näringsförbud kan ses som en form av etableringskontroll och motsvaras i amerikansk rätt närmast av en "injunction", dvs ett av domstol utfärdat förbud mot viss verksamhet. Förbud av här aktuella slag fyller en rent preventiv funktion och saknar retroaktiv effekt.[82] Liksom flera av de ovan diskuterade sanktionsformerna framstår näringsförbud som ett class actionalternativ endast vad gäller denna handlingsdirigerande funktion. Redan risken att drabbas av förbud har naturligtvis en viss preventiv verkan. När så förbudet meddelats, blir den preventiva effekten förstärkt av ett latent straffhot.

Hittills har såvitt jag vet inga näringsförbud spirat i den jordmån där class actioninstitutet söker sin näring, men de lege ferenda förefaller sanktionsformen åtminstone tänkbar inom delar av t ex miljö- och konsumenträtten. Man kan visserligen uppnå liknande effekter med t ex en förbudstalan i miljöskyddsmål, men förbudsdomar riktar sig snarare mot viss preciserad miljöfarlig verksamhet än mot en särskild person. Och även om det i allmänhet är just en särskild verksamhet i sig man vill komma åt – ett förhållande som ju bidragit till införande av företagsbot och sanktionsavgifter – kan det ibland

80 Se härom BrB 36:3a 3 st och t ex NJA II 1982 s 285 f.

81 Se SOU 1984:59 s 194 ff och NJA II 1986 s 192 ff.

82 Jfr Bernitz, Förbud s 45, betr det prospektiva draget se även nedan s 512 f rörande vite.

tänkas föreligga behov att stoppa t ex en företagsledare som gång på gång "startar upp" ny miljöfarlig verksamhet, producerar livshotande produkter eller på annat sätt visar sig vara notoriskt olämplig att bedriva näringsverksamhet (jfr Utterström s 366). För att näringsförbudet skall kunna fungera som ett effektivt preventivt class actionalternativ på detta sätt fordras dock sannolikt att man inte anknyter till brottslig verksamhet, åtminstone om man vill tillskapa en möjlighet att så att säga stämma i bäcken i stället för att tvingas avvakta fullbordat faktum. Det förefaller i dag knappast realistiskt att tänka sig ingrepp i näringsfriheten på blotta misstanken om fortsatt verksamhet som inte är brottslig i sig. Vill man sträva i den riktningen ligger det kanske närmare till hands att införa någon (annan) form av etableringskontroll inom vissa näringsgrenar, ett "körkort" som kan dras in under vissa förutsättningar. Men det politiska motståndet i det sammanhanget är nog betydande.[83]

(5.3) Vite

Enligt Jareborg finns stort utrymme för att utnyttja t ex vitesföreläggande och administrativa avgifter i stället för kriminalisering.[84] Men i vilken mån kan vitesföreläggande fungera som class actionalternativ? Vilka för- och nackdelar är förenade med vitesinstitutet i detta hänseende?

Vitesföreläggandet hänförs till de indirekta tvångsmedlen och institutet förekommer inom förvaltningsrätten, förvaltningsprocessrätten och processrätten.[85] Dom som innefattar åläggande att utföra eller underlåta viss åtgärd förenas inte sällan med vitesföreläggande.[86] Den anglo-amerikanska motsvarigheten utgör, här liksom vad gäller näringsförbud, det straffhot som inträder i samband med bifall till en talan om s k "injunctions".[87] Den som bryter mot en förbudssdom eller vägrar att utföra vad domstolen ålagt honom gör sig

83 Betr etableringskontroll se ovan s 492 f och Eko-kommissionens betänkande SOU 1984:8.

84 Jareborg s 38, jfr Nelson, Slag i luften s 199 och 201, jfr densamme Kriminalpolitik s 24 f och SOU 1984:59 s 195 och SOU 1987:32 s 395.

85 Se t ex Ekelöf, Straffet s 136, SOU 1982:21 s 21 och NJA II 1985 s 93 ff. (Här bortses från avtalsvite, varom Ekelöf a a s 129.) Jfr även SOU 1982:21 s 302 ff och Lavin, Offentligrättsligt vite I och II (1978 och 1980).

86 Se numera lagar 1985:207–222, varom NJA II 1985 s 111 ff.

87 Ovan s 60.

skyldig till brottet "contempt of court" och kan ådömas böter eller t o m fängelse.

Det kan förefalla besynnerligt att uppfatta vitesförelägganden och systemet med injunctions som alternativ till class actioninstitutet; talan om injunctions förs ju i USA inte sällan just i form av en class action. Men även individuell talan är möjlig i sammanhanget och är i England numera nära nog det enda som förekommer. Frågan om vilka möjligheter injunctions och vitesförbundna förbudsdomar har att fungera som class actionalternativ blir därför på sätt och vis en omformulering av frågeställningen vilka för- och nackdelar class actions har jämfört med individuell talan rörande förbud och ändringsåtgärder, ett spörsmål som berörts ovan i kapitel 12 och även kommer att diskuteras senare.[88]

Vitesföreläggandet förekommer emellertid inte bara som ett accessorium till förbudsdomar och förtjänar därför några kommentarer också i detta parti rörande class actionalternativ utanför domstolsväsendets ram. Vitet har även då, trots att det i svensk rätt inte är kopplat till kriminalisering, liksom straff och straffhot en preventiv uppgift, dock med reparativa konsekvenser: vitets funktion är att verka som tvångsmedel vid reparativa sanktioner.[89]

Vitesinstitutet kompletterar andra sanktionsformer (som straff och skadestånd) på områden där man vill undvika kriminalisering och civilprocessuella åtgärder men anser att t ex enbart en skadeståndssanktion har för liten preventiv effekt. Ekelöf angav för flera decennier sedan miljörätten som ett lämpligt rättsområde i sammanhanget med motiveringen att det där är svårt att uppnå den exakthet i förbudsbestämmelser som erfordras för kriminalisering medan skadeståndsregleringen knappast kan fullgöra en tillräcklig preventiv funktion.[90] Man har visserligen sedermera infört kriminalisering även på miljöområdet men denna har, som framgått ovan, fungerat dåligt.[91]

Eftersom varken skadestånd eller straffsanktion förefaller kunna fylla hela behovet av reparation och prevention på miljöområdet kan

88 Ovan s 465 och nedan i kap 15 avsnitt 7.

89 Ekelöf, Straffet s 159. – Vad gäller brott mot förvaltningsrättsliga bestämmelser kan vitesföreläggande ibland ersättas med s k *tvångsutförande* som även fullgör en viss direkt reparativ funktion, se SOU 1982:21 s 22.

90 Ekelöf a st.

91 Ovan s 497 f.

vitesinstitutet uppfattas som ett tänkbart class actionalternativ. Redan nu utgör t ex vitesförelägganden utfärdade av länsstyrelserna en betydelsefull påverkansmekanism på miljöområdet (se SOU 1987: 32 s 395 ff, 406 ff och 490 samt artiklar av Bernstone & Karlsson samt Björkman & Eriksson i Brå forskning 1988:1). Här, liksom på det marknadsrättsliga området, spelar vitet en viktig och utvecklingsbar roll som komplement och alternativ till kriminalisering, så t ex vid förbud och förelägganden som kan åläggas av marknadsdomstolen, komsumentombudsmannen och näringsfrihetsombudsmannen.[92]

Att vite i motsats till straff inte ansetts moralbildande[93] skulle möjligen kunna antas minska institutets förmåga att fungera handlingsdirigerande men är en omständighet som numera knappast uppfattas som någon reell nackdel. Vitet kan rent av vara att föredra framför straff ur individualpreventiv synpunkt på så sätt att vitestrycket kan anpassas till det motstånd som finns att övervinna i det enskilda fallet[94] i högre grad än vid traditionella straffsanktioner.[95] Å andra sidan minskas vitets preventiva effekt av dess prospektiva – framåtblickande – karaktär på ett sätt som erinrar om vad som gäller vid näringsförbud och på samma sätt som vid injunctions: den som riskerar att drabbas av ett vitesföreläggande har inte samma anledning att omedelbart upphöra med verksamheten som då gärningen är kriminaliserad. Han kan fortsätta sin verksamhet, avvakta den förvarning vitesföreläggandet innebär och ändå helt slippa ekonomisk sanktion:

> "The prospective nature of the injunction diminishes its value as a deterrent. On purely profit maximization grounds it would be rational for a corporation to continue to violate the antitrust laws until an injunction is issued, if that were the only sanction to be feared. To further increase the 'take' from a violation, a corporation should fight an injunction as long as the costs of the litigation are exceeded by the profits to be made by the violation. However, the deterrent effects of an injunction must be considered in connection with

92 Se t ex Utterström s 368. Här, liksom på andra rättsområden, kan dock den myndighet som utfärdar vitet i allmänhet inte döma ut det utan för detta fordras domstolsprövning (vid marknadsdomstol eller länsrätt eller allmän domstol), se Bernitz s 66 f och 134 f samt Johansson s 113.

93 Ekelöf, Straffet s 133.

94 Se viteslagen (1985:406) 3 § och NJA II 1985 s 111 f, jfr även 4 § rörande s k löpande vite och Ekelöf a a s 132.

95 Jfr ovan s 505.

the deterrent effect of damages because an injunction is rarely sought without an accompanying damage claim."[96]

Vitets nyssnämnda särdrag i förhållande till straff och skadestånd skall naturligtvis inte överdrivas. Redan risken att drabbas av ett vitesföreläggande torde ha en viss preventiv effekt, åtminstone för företag som är beroende av good-will bland allmänheten. Och vitessanktionen utesluter ju inte att även skadestånd aktualiseras, vilket också Ziskin påpekar i citatet ovan. Vidare börjar gränserna mellan vite, böter och skadestånd att flyta samman. Genom tillskapandet av t ex företagsbot och sanktionsavgifter har man ökat möjligheterna att anpassa storleken av ekonomiska straff och rättsverkningar till behovet i det individuella fallet.[97] Vidare förekommer det numera att vitesbelopp beräknas inte endast efter vilket tryck som erfordrats i den aktuella situationen utan även efter den skada som kan beräknas uppstå om åläggandet inte efterföljs;[98] vitesföreläggandet fungerar då preventivt och utdömandet av vitet reparativt, som ett slags skadestånd till staten. Av intresse är också att vite numera – liksom företagsbot och skadestånd – kan åläggas även juridisk person; tidigare rådde en viss osäkerhet om i vilken mån detta var möjligt.[99]

(5.4) Utökat skadeståndsansvar

Det kan te sig egendomligt att presentera en reformering av skadeståndsrätten i olika hänseenden som alternativ till class action-institutet; av tidigare kapitel har ju framgått hur t ex nya tekniker för beräkning och fördelning av skadestånd snarare är en förutsättning för ett väl fungerande class actioninstitut än ett alternativ till detsamma.[100] Detta gäller åtminstone class actioninstitutets reparativa funktion; särskilt vid individuellt oprocessbara anspråk[101] innebär nya skadeståndsregler i nyss antydda hänseenden en avsevärd förstärkning av möjligheterna att nå funktionsuppfyllelse vid class

96 Ziskin s 576 f.

97 Ovan s 504 ff.

98 Se SOU 1982:26 s 303 ff och prop 1986/87:89 s 123 ff, jfr även ovan i not 89 betr "tvångsutförande".

99 Viteslagen 2 § och NJA II 1985 s 109.

100 Ovan s 269.

101 Ovan s 451 f.

actions. Men detta hindrar naturligtvis inte att nya skadeståndsregler av detta eller annat slag också kan bidra till att skadeståndet bättre står på egna ben som sanktionsform även olika former av grupptalan förutan. En reformering av skadeståndsrätten kan utgöra ett alternativ till class actions; en förstärkning av det materiellrättsliga underlaget kan fungera som ett alternativ till förstärkt processuellt rättsskydd vad gäller redan existerande skadeståndsregler. (Huruvida behov därav förekommer lämnar jag därhän; här, liksom i kapitlet i övrigt, diskuteras tänkbara alternativ *förutsatt* att ökad prevention, reparation etc anses motiverad på ett visst rättsområde.)

Av intresse är att skadeståndsregler enligt mångas mening inte bara fungerar reparativt utan även preventivt.[102] På detta sätt blir skadeståndsansvaret (då talan förs kollektivt) inte bara av betydelse för class actioninstitutets effektivitet i reparativt hänseende utan även en i förhållande till class actioninstitutet alternativ påverkansmekanism redan på det preprocessuella planet. Särskilt skadeståndets "ekonomiska prevention", dvs dess förmåga att skapa ekonomiska motiv för att undvika vissa handlingssätt snarare än att inpränta vilka handlingssätt som bör undvikas därför att de kan leda till skada (hur nu denna distinktion skall kunna upprätthållas) förefaller vara av intresse på typiska class actionområden som marknads-, konsument- och miljörätten.[103]

Här finns inte plats att närmare beröra i vilken mån framväxten och den allt tätare förekomsten av *ansvarsförsäkringar* minskat skadeståndsreglernas eventuella preventiva effekt;[104] så länge försäkringsvillkoren innehåller regler om självrisk, maximiersättning, bonussystem osv fungerar skadeståndsansvaret sannolikt fortfarande styrande i åtminstone någon omfattning. Och även om möj-

102 Se t ex ovan s 270 ff, SOU 1983:18 s 108 ff, Ekelöf, Straffet s 75 ff, Vinding Kruse s 13 och 86 ff, densamme i Svensk Juristtidning 1987 s 397 ff samt inlägg av Hellner, som anser (Skadestånd s 35, se även densamme i SOU 1969:58, särskilt s 29 f och 52 ff) att den eventuella preventiva effekten är lika svår att bevisa som att motbevisa och erinrar om att Lundstedt betecknat den preventiva funktionen som den viktigaste och som väsentlig även vid ansvar utan vållande (a a s 34 och 36; jfr nedan vid not 105). Betr skillnaden mellan skadeståndets allmän- och specialpreventiva funktion, se Jørgensen i Svensk Juristtidning 1986 s 479.

103 Hellner a a s 36 f samt Dufwa och Bengtsson i Svensk Juristtidning 1987 s 414 resp 418, jfr ovan i kap 8 s 270 ff och i kap 12 s 446 f och 456 f.

104 Se Hellner a a s 36, jfr Vinding Kruse som (a a s 87 f) anser att åtminstone viss preventiv effekt kvarstår. Se även nedan s 518 ff betr försäkringslösningar som class actionalternativ.

ligheterna att teckna ansvarsförsäkring minskat skadeståndsreglernas preventiva verkningar har utvecklingen under de senaste decennierna även haft inslag som torde ha medverkat till en ökning av skadeståndets handlingsdirigerande betydelse. Regler om t ex strikt ansvar innebär avsevärda bevislättnader för den skadade, vilket ger de skadelidande en starkare position och sannolikt ökar den ansvariges motivation att undvika skador.[105] Processkostnaderna minskas, och i länder med kvittning av rättegångskostnaderna som huvudregel – som t ex i USA – blir följaktligen flera anspråk individuellt processbara än då det åligger den skadade att bevisa skadevållarens dolus eller culpa. Effektiviseringar av skadeståndsreglerna kan alltså fungera som ett alternativ till class actioninstitutet vad gäller såväl dess preventiva som dess reparativa funktion.

En expansion av skadeståndsansvaret har tidigare skett även via domstolspraxis, men den tendensen tycks vara vikande i flera länder. Utvecklingen i detta hänseende kan möjligen stå i samband med domstolarnas minskade benägenhet under senare år att ta på sig en politisk funktion i samhället,[106] en tvekan som numera kan skönjas även i USA efter glansåren av "public law litigation" under 1970-talet.[107] Och fortfarande förefaller man i såväl lagstiftning som rättspraxis vara mera benägen att använda skadestånd i preventivt syfte i USA än i t ex England och Tyskland.[108] I USA har man sedan länge satsat på skadestånd med just denna inriktning, så t ex på antitrustområdet med regler om "multiple damages" (t ex "treble damage") och på konsumentkreditområdet med regler om "minimum damage", i båda fallen med den uttalade avsikten att inte bara ersätta uppkommen skada utan även "straffa" skadevållaren och uppmuntra de skadade att tillgripa påföljder. Att § 4 Clayton Act ger möjlighet att tilldöma skadelidande i antitrustsammanhang ett belopp motsvarande tre gånger den aktuella skadan förefaller dock inte ha fått vare sig de reparativa eller preventiva effekter man hoppats på och detta trots att Clayton Act även ger underlag för full ersättning för

105 Jfr Ekelöf, Straffet s 89 ff. Efter Thalidomid-katastrofen i Tyskland (Neurosedynfallen) ändrades ansvaret för vissa läkemedelsskador till strikt, se Taylor & Head s 74 i not 122, betr Thalidomid-fallet se även nedan not 203.

106 Jfr Jørgensen s 483 f, betr public law litigation se ovan s 439 ff.

107 Se ovan i kap 12 s 442 f.

108 Ovan s 271 f och 457, betr Tyskland Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 97 och densamme Prozessführung s 37, 203 ff, 302 och 306 f samt Gottwald s 27.

rättegångskostnader (inkl ombudsarvode) till vinnande kärande i antitrustmål. Risken att förlora processen, liksom de kostnader det innebär att ha kapital uppbundet fram till domen, väger för de flesta tyngre än möjligheten till "trippelskadestånd". Den särskilda skadeståndsregelns (och kostnadsregelns) preventiva effekter minskas ytterligare av att utdömt skadestånd är avdragsgillt vid beskattning hos näringsidkaren.[109]

Reglerna om minimiskadestånd i konsumentkreditsammanhang verkar inte heller ha infriat förhoppningarna i preventivt och reparativt avseende; vapnet är alltför trubbigt. Antag att ett kontokortsföretag påför alla sina kredittagare en olaglig faktureringsavgift på några dollar och att minimiskadeståndet för åtgärder av det slaget uppgår till 25 dollar. Ingen enskild kontokortsinnehavare – eller advokat – torde lockas till process i USA av utsikterna att käranden tilldöms ett så lågt belopp. Skulle å andra sidan samtliga kontoinnehavare – kanske miljontals – förena sig i en class action kommer "straffet" att slå alltför hårt.[110] "Penalty damages" av det slag "tripple" och "minimum damages" representerar är alltså alltför kraftlösa som class actionalternativ på det individuella planet samtidigt som de slår för hårt om de kommer till användning i samband med grupprättegång. De oerhörda multiplikationseffekter en class action kan medföra i ett samhälle med många innevånare har också medfört att man tvingats att göra undantag i reglerna om "minimum damages"för vissa fall.[111]

Straffliknande former av skadestånd förekommer även i Sverige. Ekelöf påpekade redan 1942 att "ideellt" eller "allmänt" skadestånd i arbetsrätten utgjorde ett exempel på "ett privatstraff, för vilket denna term ej får begagnas".[112] Ursprunget till här aktuella skadeståndsformer kan i Norden spåras tillbaka till det medeltida rättsinstitutet bot, som förekom i många nordiska lagar och innebar en standar-

109 Ziskin s 579 med not 63. Enligt den danske advokaten Groth (UfR 1970 B s 68) betraktar dock de amerikanska domstolarna reglerna om "treble damage actions" som det viktigaste allmänpreventiva inslaget i antitrustlagstiftningen och detta trots att de flesta handlingar som strider mot lagen är kriminaliserade (s 67). Betr "multiple damage" i antitrustmål se även Kötz i Welfare State s 89.

110 Jfr rättsfallet *Katz v. Carte Blanche Corp.* ovan s 203 och nedan s 631 f.

111 Se nedan s 631 f betr *Katz*.

112 Ekelöf, Straffet s 124, se vidare Sigeman i Perspektiv på arbetsrätten s 301 ff, jfr även SOU 1983:18 § 9.

diserad påföljd för brott, en sorts privatböter som utgjorde en mellanform av de nutida instituten straff och skadestånd.[113]

Liksom vid regler om strikt ansvar ökas "det allmänna skadeståndets" möjligheter att fungera preventivt av att en stor del av de i skadeståndsmål så vanliga bevisproblemen elimineras; skadeståndsbeloppet är, liksom vid t ex avtalsvite, i förväg fixerat till ett visst belopp och behov av att bevisa skada eller skadans omfattning föreligger ej.

Tankar på ett återupplivande av "bot" som sanktion har framförts i bl a dansk doktrin vid flera tillfällen – så t ex av v Eyben och Vinding Kruse – och sådana idéer är fortfarande aktuella inom konsumenträtten där en sådan "bod" skulle utformas "ud fra såvel et pønalt som et kompensationssynpunkt".[114] Här finns alltså den skadeståndsrättsliga reparationsfunktionen fortfarande kvar. Vad man då tänkt sig är alltså något annat än den rättsverkan av brott som diskuterats ovan under rubriken (5.1). "Företagsbot" har ju en rent straffande funktion och är ej heller fixerad till i förväg bestämt belopp. Ett annat exempel på hur man med begagnande av ett nytt botinstitut inte bara terminologiskt utan även funktionellt är på väg att lämna skadeståndsrätten utgörs av Sigemans förslag att byta ut skadeståndspåföljden vid arbetstagares fredspliktsbrott mot en "bot av måttlig men inte menlös storlek som skulle tillfalla inte arbetsgivaren utan något allmännyttigt ändamål".[115] Liksom vid företagsbot återstår då inte någon reparativ effekt över huvud taget, inte ens enligt "cypres"-metoden.[116] Att det inte finns behov av att bevisa skadans storlek vid sanktioner av det slag Sigeman förordat är däremot ägnat att öka benägenheten att kräva sådant "skadestånd"

113 Sigeman a a s 303, jfr Hellner, Skadeståndsrätt s 22 och ovan s 493. Enligt Sigeman a a (s 307) kan konstruktionen av det allmänna skadeståndet i 1928 års arbetsrättslagstiftning sättas i samband med att den borgerliga riksdagsmajoritet som var vid makten ville gå varligt fram då lagstiftningen måste genomföras trots den samlade arbetarrörelsens motstånd; ("(d)et synes som om man av taktiska skäl ville undvika intrycket att sanktionen hade straffrättslig karaktär, och terminologin valdes så att den beslöjade realiteterna", a st). Anledningen till att man i 1976 års MBL i huvudsak behöll den tidigare ordningen med skadestånd som den centrala påföljden för brott mot kollektivavtal kommenteras däremot inte närmare av Sigeman i detta sammanhang (s 319).

114 Møgelvang-Hansen i Forbrugerforskning i Danmark s 228 med not 11.

115 Förslaget framfördes vid det 26:e Nordiska juristmötet 1982 och refereras här efter Sigeman a a s 325 f, jfr även Vinding Kruse s 13.

116 Ovan s 278 ff.

och därmed även den (eventuella) preventiva effekten. Men systemet är naturligtvis bara tänkbart på rättsområden där resursstarka organisationer har ett starkt eget intresse av att uppnå en preventiv effekt, samtidigt som man saknar egna reparativa intressen.

Även Vinding Kruse har förordat lättnader i bl a bevishänseende[117] för att öka skadeståndets preventiva effekt i vissa fall; enligt honom borde skadeståndets storlek få beräknas med utgångspunkt från den uppkomna vinsten i stället för den faktiska skadan (vilken ibland – men inte alltid – är svårare att beräkna). Ökade möjligheter till schablonisering vid skadeståndsberäkningen och nya tekniker för fördelningen utgör, som påpekades inledningsvis, förutsättningar för att skadeståndsreglerna skall komma till användning – inom och utom process – på vissa områden. Vinding Kruse har också förordat ytterligare processuella fördelar i form av utvidgade möjligheter till rättshjälp vid talan om preventivt skadestånd. Det verkar inte bara vara amerikanarna som kan tänka sig att använda reformerade skadeståndsregler i handlingsdirigerande syfte.

(6.) Försäkringslösningar

Möjligheten att teckna försäkring kan vara av intresse ur class actionsynpunkt för såväl presumtiva skadegörare som dito skadelidande. Nyss konstaterades att ansvarsförsäkringar anses ha en benägenhet att minska skadeståndsreglernas preventiva effekter. Möjligheten att teckna ansvarsförsäkring på class actionintressanta områden skulle därför kunna tänkas snarare öka class actioninstitutets existensberättigande än fungera som ett preventivt class actionalternativ. Även processformens reparativa potential berörs eftersom riskerna att de som skadats inte skall kunna utfå ersättning naturligtvis minskar när ansvarsförsäkring finns med i bilden; chanserna att en class action skall löna sig förbättras i motsvarande mån. Å andra sidan dämpas naturligtvis behovet av class action om försäkringsbolagen är medgörligare i ersättningsfrågor än sina försäkringstagare.

Existensen av ansvarsförsäkring förefaller alltså kunna både befrämja användningen av class actioninstitutet och fungera som ett

117 A a s 91. – Bevislättnader vid skadeberäkning har aktualiserats för flera av skadeståndet närliggande sanktionsformer under senare år, så t ex vid beräkning av miljöskyddsavgift enligt 54 § 2 st miljöskyddslagen och vid förverkande enligt 36:3a 3 st BrB (varom NJA II 1982 s 287), jfr även RB 35:5, DsJu 1986:10 s 41 ff och prop 1987/88:1.

alternativ. Den preventiva effekt som kan uppnås genom att konstruera försäkringsvillkoren så att försäkringstagarna fortfar att vara åtminstone i någon mån ekonomiskt ansvariga för sina gärningar är aktuell också på class actionintressanta rättsområden, så t ex vid den nya svenska miljöskadeförsäkringen, som förutom maximibelopp för ersättning även innehåller en s k moralklausul; ersättning utgår bl a inte då försäkringstagaren insett eller bort inse riskerna med verksamheten.[118] Upphovsmännen till klausuler av detta slag torde väl räkna med att de har någon effekt (förutom möjligheten för bolaget att komma undan ersättningskrav).

Emellertid finns det – åtminstone i USA – en klar tendens just på class actionintressanta områden att försäkringsbolagen höjer premierna för ansvarsförsäkring till belopp som gör det omöjligt för små – och ointressant för stora – näringsidkare att försäkra sig; ja det förekommer t o m att försäkringsbolagen vägrar att teckna försäkring på t ex produktskade- och miljöområdet. Bakgrunden är naturligtvis de sanslöst höga skadeståndsbelopp som kan komma ifråga i USA vid bland annat personskador. Företagen tvingas alltså i inte obetydlig utsträckning att klara sig utan ansvarsförsäkringar. För att förhindra stora förluster eller rent av konkurs till följd av höga skadeståndsanspråk från många konsumenter (t ex via en class action) har därför en del större företag splittrat upp tillverkningen och försäljningen; de gamla storkoncernerna "atomiseras" (åtminstone juridiskt sett) till många små självständiga enheter med litet kapital och små rörelsetillgångar. Är så olyckan framme i form av omfattande produktskadeanspråk låter man helt sonika det drabbade bolaget gå i konkurs och likvidation medan de många systerföretagen kan leva vidare. Regler om ansvarsgenombrott och koncernansvar har inte helt kunnat kompensera de försämringar detta inneburit för t ex konsumenten.

Produktskadeskyddet genom ansvarsförsäkring har alltså börjat falla sönder i USA och samma dystra utveckling kan iakttas på miljöskadeskyddets område.[119] Ansvarsförsäkringarnas och skade-

118 Se om dessa frågor Strömbäck i NFT 1986 s 172 ff, särskilt s 178: "Miljöskadeförsäkringen innebär emellertid inte att den som försäkrar sig kan slå sig till ro och låta försäkringsbolaget betala uppkommande skador. Om så vore fallet skulle den i hög grad motverka en ansvarsfull utveckling av företagens och kommunernas hantering av miljörisker." Jfr vidare ovan s 514 vid not 104.

119 Jfr Strömbäck a a s 177, jfr däremot SOU 1987:24 s 262.

ståndsrättens utveckling har då i praktiken minskat försäkringsväsendets möjligheter att fungera som ett class actionalternativ i reparativt hänseende samtidigt som det blivit svårare att nå framgång också med en class action.

I andra länder kan man iaktta hur försäkringslösningar utvecklats från att ha varit ett alternativ till class actioninstitutet till att idag helt eller delvis utesluta class actions på vissa områden. Så är förhållandet i Nya Zeeland och – i mindre mån – i vissa delstater i Australien, där man infört en obligatorisk statlig försäkring för personskador. Den som skadats måste rikta sitt anspråk mot staten och rättegång mellan skadelidande och skadevållare är därför inte möjlig överhuvudtaget, oavsett om den förs som class action eller som individuell process. I Sverige har försäkringslösningar vad gäller t ex *arbets-, patient- och läkemedelsskador* fått liknande effekter. Även om talan vid domstol i och för sig inte är utesluten rörande skador som täcks av dylika försäkringar är det i allmänhet billigare och riskfriare att söka ersättning från försäkringskonsortiet (med möjlighet att gå vidare till särskild nämnd och eventuellt skiljemän inom ramen för prövningssystemet).[120] Försäkringslösningar av denna typ kan förvisso erbjuda synnerligen konkurrensdugliga class actionalternativ i reparativt hänseende på rättsområden där likartade skador kan uppstå i en vid personkrets, som t ex vid läkemedelsskador.

Försäkringsvillkoren enligt t ex läkemedelsförsäkringen är gynnsamma för den skadade i flera hänseenden jämfört med vad som skulle gälla vid en vanlig talan grundad på culparegeln; ansvaret bygger nämligen varken på culpa eller defekter i läkemedlen utan är av s k no-fault-typ. Det räcker med "övervägande sannolikhet" för att skadan orsakats av läkemedlet, information om skaderiskerna liksom samtycke saknar relevans för ersättningsrätten. Ett visst utrymme för class actions återstår i och med att bagatellskador undantagits och vissa maximibelopp gäller men försäkringen kan ändå sägas vara i stort sett heltäckande. På senare år har dock skadeståndsberäkningen stundom varit så snål att de drabbade ansett

120 För det följande se Heuman, Nämnder s 98 f med i not 65 anförd litteratur, Hellner, Skadeståndsrätt s 240–266, Oldertz i FJFT 1981 s 378 ff och Gillberg i Dagens Nyheter 31/7 1988. Betr prövning i särskilda nämnder se även nedan 521 ff och 531 ff.

sig tvungna att gå vidare till domstol.[121] Liksom vid class actions förekommer schematiseringar och schabloniseringar för att ytterligare underlätta skaderegleringen. (Jfr dock nedan under p 10.)

Läkemedelsförsäkringen erbjuder – trots den kritik som framförts på senare tid – ett tydligt exempel på ett svenskt class action-alternativ i reparativt hänseende, på hur produktskade- och produktsäkerhetsregleringen kan lyftas bort från domstolarna. Prövningen företer drag – t ex vid beräkning av ersättningen – som förefaller passa även för anspråk från stora grupper. Men ännu är det bara en del av produktskadeproblematiken som fått sin lösning på detta sätt. För t ex skador av livsmedel, kosmetika, bilar och leksaker finns ännu inga försäkringar av liknande slag. Här liksom i s k "re-call" situationer, är det närmast garantiregler och återkallelseförelägganden som kan vara av intresse, men det skulle föra för långt att gå in på det området i nu aktuella sammanhang. Intressanta förslag de lege ferenda presenteras i SOU 1987:24.[122]

(7.) Fond och avgiftssystem

Åtminstone inom delar av de rättsområden som nyss diskuterats, produktskade- och miljörätten, förefaller man inte ens med hjälp av utvidgat skadeståndsansvar kopplat till försäkringslösningar kunna tillskapa privata ersättningssystem som är tillräckliga för att tillgodose de skadelidandes behov. Detta visar sig kanske särskilt inom miljörätten. Till de speciella problem som de extremt höga skadeståndsbeloppen medför kommer bevissvårigheter vad gäller t ex orsakssambandet mellan produkt (resp miljöfarlig verksamhet) och skada, preskriptionsregler och risken att skadevållaren saknar ekonomiska medel att betala.[123] Då nu såväl traditionella som nya försäkringssystem framstår som otillräckliga i vissa situationer aktualiseras metoden att staten träder in och åtar sig första- eller andrahandsansvar för alla skador av en viss sort. Exempel på sådana lösningar är statens primära ansvar för personskador i Nya

121 Se Widmark i Advokaten 1987 s 440 rörande fallet M'Panda, jfr även beslutet 1988 att ersätta dem som blivit HIV-smittade vid blodtransfusion med maximalt c:a 40 000 kronor (jfr ovan s 377). Enligt Widmark a st råder en ganska utbredd missuppfattning att patientförsäkringen omöjliggör att landstinget stäms till domstol, jfr betr arbetsskada Hellner 1976 s 730 f.

122 Här finns bl a förslag om produktåterkallelse och informationsföreläggande jfr nedan i kap 15 avsnitt 4 och 6. Reservanterna förordar dock försäkring (s 262).

123 Miljöskadeutredningens betänkande SOU 1983:7 s 212.

Zeeland och de svenska ersättningsmöjligheterna enligt 28 § atomansvarighetslagen (1968:45) och brottsskadelagen (1978:413). Ersättningen hämtas då ur den gemensamma statskassan.

Det förekommer emellertid även att ersättning kan sökas ur särskilda (statliga och/eller privata) för vissa ändamål tillskapade fonder, där "öronmärkta" pengar kan magasineras t ex efter en överföring från skattemedel eller via särskilda punktskatter. Också avgifter kompletterade med frivilliga bidrag från näringsidkare inom den aktuella sektorn kan komma ifråga. Jag återkommer strax med ett exempel på fonder av det slaget. En annan teknik är att ta ut särskilda avgifter för viss verksamhet (även vid normal drift) varefter ersättning får sökas ur de fonderade beloppen när skada uppkommer.[124] Utöver den reparativa funktionen kan man uppnå även en preventiv effekt genom att låta avgiften stå i proportion till verksamhetens aktuella intensitet vad gäller t ex miljöfarlighet och därmed skapa ekonomiska incitament att lägga om driften till mera miljövänliga metoder. Avgifter av det slaget behöver naturligtvis inte överföras till särskilda fonder; är det, som t ex vid användningen av freon, snarare fråga om att undvika skador på längre sikt genom att pressa ner användningen av varan ifråga än att tillskapa ett ersättningsunderlag finns det knappast skäl att lägga pengarna i en "egen påse". I andra fall är den reparativa funktionen minst lika aktuell som den preventiva och fondkonstruktionen får då ökad aktualitet. Fonder av det slaget existerar redan vad gäller t ex oljetransporter, där man rent av lyckats skapa ett internationellt samarbete på området. Arbete pågår nu inom miljöskadeutredningen att utforma förslag till en liknande fond för miljöskyddsområdet; vissa uppgifter om fondens tänkta konstruktion har redan presenterats i litteraturen,[125] och förslag om miljöavgifter har framlagts i riksdagen våren 1988.[126]

På det konsumenträttsliga området framstår finansieringen av den nya *småhusskadenämnden* (inrättad av regeringen 1986) som ett exempel på ett intressant blandekonomiskt nytänkande på fondområdet. Nämnden fördelar pengar från två fonder, en statlig och en där byggentreprenörerna tillskjutit medlen. Villkoren för ersättning

124 A a s 212 ff och 229.

125 Se härom Strömbäck s 175.

126 Ju närmare riksdagsvalet kommit, desto fler har anslutit sig till tankarna på miljöavgifter. Läget är dock oklart när detta korrekturläses (sept 1988).

skiljer sig mellan de två fonderna; den statliga fonden går in bl a om skuldfrågan inte kan avgöras. Gemensamt för fonderna är att husägaren själv får stå för ett basbelopp (dvs f n ca 24 000 kr). I en tidningsartikel[127] om småhusskadenämnden känner man igen tongångarna från det nyss diskuterade reformarbetet på miljörättens område:

> "Tidigare har ägarnas enda möjlighet varit att stämma de firmor som byggt husen. Detta är dock omöjligt i många fall, t ex när entreprenören gått i konkurs. Dessutom är det ofta svårt att bevisa att skadorna beror på slarv eller byggfusk."[128]

Småhusskadenämnden måste ofta företa kompletterande undersökningar men räknar ändå med en genomsnittlig handläggningstid på ca sex månader, dvs betydligt mindre än man har att vänta sig vid en domstolsprövning. Och att fonder – privata liksom statliga – kopplade till en nämnd av det här slaget kan dra till sig även gruppanspråk och följaktligen utgöra ett class actionalternativ i reparativt hänseende har redan visat sig: av de ca 500 ansökningar om bidrag som lämnades in kring årsskiftet 86/87 gällde över 100 ansökningar samma småhusområde (utanför Göteborg).

Förfarandet vid olika slags nämnder som class actionalternativ återkommer jag till under (10.) nedan. Även här bör dock nämnas att kritik riktats mot småhusskadenämnden i flera hänseenden.[129] Avsikten här har bara varit att presentera några exempel på hur nya fonder – ofta kombinerade med handläggning vid särskilda nämnder – kan ta över en del av class actioninstitutets uppgifter. Men fonder är inte alltid knutna till nämndförfaranden; ibland används fondmedlen inte till att täcka skador utan för att uppmuntra och stödja process vid domstol; åtminstone på det internationella planet förekommer fondfinansiering av såväl individuell process som grupptalan i form av class actions.[130]

(8.) Offentliga (statliga och kommunala) organ

Det finns inte möjlighet att här ens teckna huvuddragen av alla de statliga och kommunala ämbetsmän, organ och myndigheter – i

127 Agneta Gunnarsson i DN 1987-01-11. Uppgifterna i det följande är hämtade ur denna artikel.

128 Ibidem.

129 Nedan s 534 f och 536 not 70.

130 Se ovan s 415 (jfr s 399) betr class actions i Quebec och nedan s 530 f.

Sverige och andra länder – som har handlingsdirigerande uppgifter (t ex kontroll och tillsyn) på de rättsområden där frågor om class actionalternativ aktualiserats.[131] Men det kan nog slås fast att de internationella erfarenheterna av höga ämbetsmän som t ex "attorney general", "ministère public", "procuratora" etc knappast ger underlag för en positiv bedömning av dessa herrars möjligheter att fungera som class actionalternativ vare sig på det utom- eller inomprocessuella planet.[132] Vad gäller andra offentliga organs och myndigheters lämplighet att fullgöra motsvarande uppgifter går åsikterna isär. Det förefaller dock, som snart skall framgå, råda en ganska utbredd skepsis även i detta hänseende, åtminstone i utländsk litteratur.

De svenska varianterna av offentlig verksamhet på här aktuella rättsområden är naturligtvis belysta i litteraturen, om än inte ur den speciella synvinkel vi här inriktar oss på, nämligen administrativa myndigheters möjligheter att fungera som alternativ till class actioninstitutet.[133] Förhoppningsvis kommer någon en dag (eller ett decennium) att skriva en jämförande monografi om dessa former av potentiella och existerande handlingsdirigerande alternativ och då rakt över gränserna mellan förvaltningsrätt, civilrätt och processrätt.

Det finns mycket att undersöka på det här området, så t ex för- och nackdelarna med ombudsmannaorganisationer[134] jämförda med särskilda statliga verk (som t ex naturvårdsverket) och kommunala myndigheter (som länsstyrelsernas naturvårdsenheter och kommunernas miljö- och hälsoskyddsnämnder). Att ombudsmän förekommer såväl inom konsument- och marknadsrätten som på diskrimineringsområdet, men däremot inte inom miljövårdssektorn, skulle det säkert vara fruktbart att söka förklaringen till och konsekvenserna av, men diskussioner av det slaget faller utom ramen för detta arbete. Vad det här gäller är endast att anlägga några preliminära synpunkter på vilka möjligheter offentliga institutioner och myndigheter över huvud taget (dvs inte bara ombudsmän) har att fungera som alternativ till class actioninstitutet, vilka för- och nackdelar som

131 Se t ex Cappelletti i Access to Justice II:1 s 769 ff.

132 Se t ex Lindblom, Konsumentmål s 38 ff med där anförd litteratur.

133 Se t ex Michaneks och Bernitz' i litteraturförteckningen a a.

134 Den svenska ombudsmannainstitutionen har rönt stor uppmärksamhet utomlands, bl a i diskussioner rörande Access to Justice, se t ex nedan i not 148–149 anförda arbeten.

framträder redan vid en första anblick. Framställningen begränsas till verksamhet utom ramen för process; processanknutna offentliga lösningar blir det anledning att återkomma till i nästa kapitel. Där kommer också att framgå en del allmänna för- och nackdelar med statligt engagemang i här aktuella hänseenden.[135]

Class actioninstitutets processekonomiska funktion är inte aktuell vad gäller statliga class actionalternativ utanför domstolsväsendets ram på annat sätt än att en hög offentlig utomprocessuell aktivitet möjligen kan minska antalet rättegångar. Men avsikten med att inrätta statliga och kommunala organ som t ex konsumentverket, naturvårdsverket och diskrimineringsombudsmannen är naturligtvis i första hand preventiv, handlingsdirigerande, även om också vissa reparativa effekter kan tänkas uppkomma av verksamheten i en del fall.

Uppfattningarna om statliga och kommunala myndigheters möjligheter till funktionsuppfyllelse är säkert i stor utsträckning avhängiga av betraktarens politiska grundsyn, av i vilken mån man ser t ex byråkrati och centraldirigering som garanter för effektivitet, rättssäkerhet och sakkunskap eller som en ineffektiv verksamhet och ett störande inslag i de fria marknadskrafternas spel och som hot mot den personliga integriteten. Tankar av det slaget finner man dock endast undantagsvis öppet redovisade i den juridiska doktrinen. Däremot anförs i den sparsamma engelskspråkiga litteraturen om alternativ på class actionområdet en rad andra för- och nackdelar med "administrative agencies" och alla synpunkter i det sammanhanget är inte av så rent juridisk-teknisk natur som man kanske skulle vänta sig. Kalven & Roenfield berörde frågan redan 1940 i sin legendariska artikel om "the contemporary function of the class suit",[136] där de bl a konstaterar att om man helt överlämnar åt enskilda att efter förmåga genomdriva sina rättigheter så undergrävs den avskräckningseffekt modern lagstiftning strävar efter att uppnå. Lösningen på detta problem är, säger man, "the contemporary development of administrative law" och hänvisar till ett uttalande av president Roosevelt i kongressen samma år där han hävdade att "(t)he very heart of modern reform administration is the administrative tribunal". Kalven & Rosenfield menar att man på administrativ väg kan undanröja de hinder som bristande ekonomiska och kun-

135 Nedan s 587 ff.

136 I 8 University of Chicago Law Review (1940-41) s 684 ff.

skapsmässiga resurser innebär för enskilda personer genom att överföra ansvaret till "a public body which has ample funds and adequate powers of investigation".[137] Men man understryker att offentliga organ av det här slaget är bäst ägnade att fullgöra en preventiv funktion, inte att avhjälpa felaktigheter som redan inträffat.[138] Då skadan är skedd framstår "administrative agencies" inte längre i ett lika förklarat skimmer.[139]

Kalven & Rosenfield's artikel speglar en optimistisk social reformanda i tidigt amerikanskt 1940-tal.[140] Den förhoppningsfulla utgångspunkten – att administrativa organ besitter erforderliga ekonomiska och personella resurser[141] – har inte visat sig hålla vare sig i USA eller i andra länder. Påfallande är att det inte verkar gå att finna några tillnärmelsevis lika entusiastiska förespråkare för statliga organs och myndigheters handlingsdirigerande potential i senare amerikansk diskussion. Uttalad skepsis, eller kanske man skall säga mer realistiska uppfattningar om statliga och kommunala organs handlingsmöjligheter, präglar senare uttalanden också i andra länder och det är bl a bristande ekonomiska, personella och kunskapsmässiga resurser som brukar anföras som de största nackdelarna i sammanhanget.[142]

137 A a s 686.

138 A a s 686 f: "Primarily, it is a method of preventing injuries by the injunction, the stop order, and the cease and desist order; by pre-licensing and revocation; by establishing a rate for the future; or by outlining a very detailed pattern for future conduct. But it is important to note that an administrative body does not normally act to remedy wrongs which have occurred."

139 Se även a a s 720 f, där också några andra nackdelar berörs. Betr för- och nackdelar med att tilldela myndigheter inte bara tillsyns- och kontrolluppgifter utan även en prövande (dömande) funktion se SOU 1987:24 s 169 f, jfr även Nelson, Slag i luften s 205 och Gillberg i Dagens Nyheter 9/2, 13/5 och 27/6 1988.

140 Jfr ovan s 443 f.

141 Se dock i not 136 a a s 720 där en mer realistisk uppfattning i detta hänseende skymtar fram i diskussionen rörande möjligheterna för organ av det här slaget att föra framgångsrika processer vid allmän domstol.

142 Se t ex Tur s 151, Australian Discussion Paper s 33, Kötz i Access to Justice and the Welfare State s 98 och densamme i 1 CJQ (1982) s 245, se även Ziskin s 578. Jfr dock de förslag president Carter presenterade rörande "public advocacy" i sitt "Consumer Message" 1977, varom Trubek i Access to Justice III s 447 ff. Carters förslag att inrätta en "Consumer advocacy agency" röstades ner i kongressen efter intensiv "lobbying" från näringslivet, Trubek s 473 not 59.

Kritiken gäller alltså inte bara bristande ekonomiska resurser. Redan Kalven & Rosenfield påpekade[143] att statliga befattningshavare av det här slaget ofta tillsätts politiskt med de risker detta kan medföra. Vidare anförs att unga duktiga framåtsträvande jurister i allmänhet ser offentliga befattningar enbart som ett steg i karriären på väg mot bättre betalda jobb inom den privata sektorn.

Man måste konstatera att det råder en utbredd misstro mot administrativa organs förmåga att energiskt hävda enskildas och det allmännas intressen gentemot t ex den industriella företagsamheten – för att inte tala om statliga och kommunala företag. Ziskin kan tyckas närma sig gränsen för ärekränkande uttalanden men har visst empiriskt stöd i senare undersökningar då han om The Federal Trade Commission (FCT) konstaterar:

> "As with many regulatory bodies, the FCT often seems to be furthering the interests of the industries it purports to be regulating."[144]

Vad anser man inom t ex konsument-, naturvårds- och livsmedelsverken om denna rallarsving? Något mer nyanserad – men minst lika dräpande – är väl Gailbrath i sin i litteraturen ofta citerade bedömning:

> "(r)egulatory bodies, like the people who comprise them, have a marked life cycle. In youth they are vigorous, agressive, evangelistic and even intolerant. Later they mellow, and in old age – after a matter of ten or fifteen years – they become, with some exceptions, i.d. an arm of the industry they are regulating or senile."[145]

Kötz anför i anslutning till detta dräpande uttalande förhållandena inom miljöskyddet i Tyskland som ett exempel på hur offentliga organ lätt blir industrins fångar; många tyska jurister delar, säger han, uppfattningen att det inte fattas något vad gäller den materiella lagstiftningen på miljöskyddsområdet men däremot i fråga om på

143 A a s 720 f.

144 Ziskin s 578, jfr ovan kap 00 och Trubek s 491: "... regulatory agencies create more benefits for the regulated industries than they do for the public they are charged with serving." Se även Cappelletti & Garth, The protection s 126 som pekar på risken att "administrative agencies" blir "captured by the very interest groups they are supposed to control".

145 Här citerat efter Kötz sist a a s 247. Det torde bl a vara skepsis av detta slag som ligger bakom att amerikanska jurister – liksom t ex Björn Gillberg i Sverige – förespråkar användningen av domstolar hellre än (partspåverkade) myndigheter vid genomdrivande av miljölagar, jfr Westerlund i Advokaten 1984 s 86.

hur den genomdrivs. Bristerna går tillbaka på dels finansiella och personella begränsningar, dels ock på en tvekan bland berörda myndigheter "to do anything that might seriously endanger the peaceful symbiosis with their opposite numbers in the industry".[146]

Efter den förödande kritik och skepsis som framförts i internationell debatt rörande de administrativa organens förmåga att verka preventivt och handlingsdirigerande ställer man sig frågan om inte statliga organ av det slag t ex naturvårdsverket representerar ibland rent av kan göra mera skada än nytta för de intressen de är satta att bevaka; det kan nämligen hävdas att risken för passivitet bland enskilda ökar då det finns administrativa organ tillsatta för att bevaka deras intressen.[147] Att vissa administrativa organ ålagts att tillämpa ett slags objektivitetsprincip (och alltså har att beakta även "motsidans", t ex industrins, intressen) i stället för att spela en ren advokatroll borde väl motverka sådan passivitet i någon mån; opartiskhet av det slaget kan paradoxalt nog bidra till att allmänheten förlorar tilltron för vissa statliga organ och väljer att ingripa på egen hand. Andra offentliga institutioner, t ex de som har mer av ombudskaraktär, vinner kanske större tilltro från dem de är satta att representera – med de passiviserande effekter detta möjligen kan medföra.[148] Skepsis riktas dock även mot ombudsmannaorganisationen såsom varande alltför "tandlös", samtidigt som ombudsmannalösningar införs i allt fler länder och på allt fler rättsområden. Till det senaste tillskottet – diskrimineringsombudsmannen 1986 – kommer nu kanske att sälla sig en läkemedelsombudsman och en av fondbörsen anställd och betald "aktieägarombudsman".[149] Ingen-

146 A a s 247.

147 Se nedan s 591 och Lindblom, Konsumentmål s 99.

148 Jfr ovan s 524 och Kötz a a s 246 som förklarar avsaknaden i Tyskland av motsvarigheten till vår konsumentombudsman med den optimistiska tron att oönskat beteende på konsumentområdet kan stävjas genom att uppmuntra privata individer och organisationer att agera. Jfr även Trubek s 482 som förordar statligt stöd till privata initiativ framför andra former av "public advocacy". Hellner (Welfare state s 13) har pekat på att ombudsmän av KO:s typ kan ha stor betydelse förutsatt att de har goda förbindelser med massmedia.

149 Tankar på en läkemedelsombudsman framfördes i radio i mars 1987 och aktieägarombudsmannen lanserades av bankinspektionens förre chef Sten Wahlberg i DN 1987-01-11. Här finns embryot till en helt ny företeelse: en "privatägd" men institutionaliserad ombudsman med vissa officiella drag. Ombudsmannalösningen har även rekommenderats för miljöskyddsområdet (se Access to Justice II:II s 825 not 238), men såvitt jag vet har man inte

stans – utom möjligen vad gäller konsumentsombudsmannens förhandlingsposition på vissa områden – har jag sett det hävdas att ombudsmännen har alltför vittgående möjligheter att agera de lege lata. De lege ferenda har däremot ett ganska harmlöst förslag, att ge konsumentombudsmannen möjlighet att som rättegångsombud biträda enskilda konsumenter vid allmän domstol, stött på hårt motstånd från bl a näringslivet (medan däremot ett motsvarande förslag genomförts i Finland.[150] På konsument-, liksom på miljöskyddsområdet, förefaller det – t ex i Sverige och Tyskland – vara lättare att få gehör för en ambitiös materiell lagstiftning än för en förbättring av möjligheterna att föra ut lagen i praktiken.[151] Den materiella lagstiftningen riskerar på detta sätt att bli en potemkinkuliss, en papperstiger.[152]

(9.) Privata, kooperativa och fackliga organisationer

Ett av de mest omdiskuterade alternativen till class actioninstitutet är att ge organisationer, föreningar och stiftelser av olika slag talerätt inför allmän domstol i frågor av intresse för sina medlemmar. Jag återkommer till det i nästa kapitel. Då det gäller möjligheterna för organisationer att verka som class actionalternativ *utom* domstol torde – utöver förhandlingsverksamhet – i första hand information och opinionsbildning komma i fråga.[153] Även direkt utomparlamentarisk påtryckningsverksamhet (som t ex vissa miljöorganisationers agerande vid vatten- och kärnkraftsutbyggnader, kärnvapenprov, giftdumpning osv) måste ihågkommas. Oavsett vad man anser

genomfört någon reform av det slaget i något land. Överhuvudtaget förefaller den svenska ombudsmannaorganisationen nästan röna större uppmärksamhet utomlands än här i landet (se t ex Tayler & Head s 606 f); man anser dock bl a att en betydande del av ombudsmannaorganisationens positiva effekter ligger på det psykologiska planet: "Thus, the Ombudsman's great potential is to eliminate or at least reduce the public's diffuse feelings of isolation, allienation and impotence vis-à-vis the bureaucratic machinery of the modern state" (Access to Justice II:2 s 825).

150 Se SOU 1978:40 (Tvistlösning på konsumentområdet) s 103 ff och 181 ff, Lindblom, Konsumentmål s 10 f, 42 ff och 111 ff. De finska reglerna innehåller dock i motsats till det svenska förslaget inga särbestämmelser om rättegångskostnader.

151 Jfr Kötz ovan vid not 145.

152 Jfr Lindblom, Konsumentmål s 148.

153 Jfr betr organisationernas handlingsmöjligheter Victorin s 133 ff, se även Eckhoff s 58 ff.

i övrigt om verksamhet av det slaget kan konstateras att den visat sig vara effektiv i en del fall.

Helt klart är också att vissa organisationer på arbets- och hyresmarknaden och inom jordbrukskooperationen har betydande möjligheter att verka handlingsdirigerande genom sina långtgående möjligheter till *förhandlingar* på områden av intresse ur class actionsynpunkt.[154] Fackliga och kooperativa organisationer har naturligtvis också avsevärt inflytande på såväl de politiska partierna som den allmänna opinionen, men man noterar mera sällan några direkta kampanjer från det hållet i class actionaktuella frågor. Intresset för t ex konsumentfrågor förefaller vara dåligt på fackligt håll[155] och den specialinriktade konsumentorganisationen i Sverige måste fortfarande betecknas som svag, ett förhållande som sannolikt haft stor betydelse för framväxten av alla offentliga organ (KO, konsumentverket osv) på området.[156] Kanske förekommer också en påverkan i motsatt riktning så att de statliga initiativen bromsat framväxten av en stark konsumentrörelse. Vissa tecken på förhöjd aktivitet har dock förmärkts på senare tid.

Vad gäller miljöskyddet är organisationsaktiviteten betydligt högre och en rad olika organisationsformer finns representerade (se SOU 1987:36 s 451 ff), t ex Svenska Naturskyddsföreningen, Fältbiologerna ("håll stövlarna leriga!"), Greenpeace, stiftelsen Miljöcentrum, ja miljöinriktningen har ju t o m givit namn åt ett politiskt parti. Beträffande diskrimineringsfrågor framstår åter organisationsbenägenheten som svag; vissa nya rörelser har sett dagens ljus och tidvis fått starkt opinionsmässigt gensvar, t ex SOS Racisme ("rör inte min kompis"), medan etablerade organisationer, som t ex Fredrika Bremerförbundet, inte förefaller agera aktivt på ett sätt som vid en internationell jämförelse kan betecknas som relevant i en diskussion om alternativ till class actioninstitutet.

I USA förekommer däremot ett betydande antal, som det verkar, synnerligen aktiva och resursstarka privata organisationer av olika

154 Jfr Victorin s 140 ff.

155 Jfr not 156 nedan.

156 Victorin s 137 f, betr den dåliga organisationsbenägenheten se även Lindblom, Konsumentmål s 47 f och Tala s 147. Jfr dock exemplen i SOU 1985:32 s 107 f och det i prop 1985/86:121 s 13 omnämnda konsumentmålet med deltagande av bl a LO och TCO samt det i a a s 120 ff berörda stödet som i fortsättningen skall kunna ges åt organisationer på konsumentområdet. Se även Pestoff i Dagens Nyheter 24/10 1984.

slag på alla här aktuella rättsområden. Vidare existerar (liksom i t ex Australien) ett stort antal advokatbyråer "public interest law firms" som – ofta stödda eller helt finansierade av privata organisationer – driver ideell hjälpverksamhet i miljö-, konsument- och diskrimineringsfrågor på såväl det inom- som utomprocessuella planet; även statligt stöd har förekommit och förordas i sammanhanget.[157] Att jag här tvingas avstå från att gå närmare in på området skall inte uppfattas som någon undervärdering av den preventiva – och ibland även reparativa – potential som den utomprocessuella organisationsverksamheten representerar. Tvärt om utgör organisationsinslaget en synnerligen viktig faktor i den pluralistiska modell som sannolikt krävs för en effektivisering av rättsskyddet i miljö-, konsument- och diskrimineringsfrågor.

(10.) Alternativ tvistlösning (nämnder, medling, skiljeförfarande, mini-rättegångar osv)

Alternativ tvistlösning ("Alternative Dispute Resolution", *ADR*) har blivit något av ett modeord världen över. Man söker snabbare, billigare och säkrare alternativ till tvistlösning vid domstolarna. Det har man naturligtvis alltid gjort, men åtminstone i USA kan man iaktta en klar uppgång i intresset allt från begynnelsen i det aktiva 60-talet (med bl a "neighbourhood justice centres") via de stora advokatbyråernas, försäkringsbolagens och företagens intresse på 70-talet för nya rationella alternativ till ett överbelastat domstolsväsende och fram till 80-talets mera metodiska diskussion om ADR. Ambitiösa läroböcker har nu börjat dyka upp på området och i USA anordnas särskilda kurser inom och utom universiteten rörande ADR.[158]

157 Betr sådana "public interest law firms" se t ex Handler i Access to Justice III s 430 ff, Eriksson i festskrift till Aarne Nuorvala (1982) s 40 ff, och Møgelvang-Hansen 1979 s 8 f samt – betr England – Cooper s 161 ff, jfr även äldre rättegångsbalken 15:9 och SOU 1958:40 s 15. – Nämnas kan att det betydelsefulla rättsfallet *Alyeska* (ovan s 000) startades av "public interest lawyers" och några miljögrupper, se härom Møgelvang-Hansen 1979 s 8 f. Trubek (s 482) förordar (jfr not 148 ovan) statligt stöd till privata grupper framför institutionaliserade lösningar inom ramen för "public advocacy".

158 Se Goldberg & Green & Sander, Dispute Resolution (1985) och Menkel-Meadows recension av detta arbete i 69 Judicature (1986) s 300 ff. Jfr även t ex Access to Justice II:1 s 37 ff, Williams, Legal negotiation and settlement (1983) och densamme i 6 Civil Justice Quaterly (1987) s 142 ff, artiklar av Galantere & Johnson i Cappelletti (red), Access to Justice and

Fördelarna med ADR anses bl a vara att tvistlösningen kan sättas in i ett större – utomrättsligt – sammanhang och att utgången inte behöver bli bara en seger för den ene och ett nederlag för den andre parten. Man söker i stället en lösning som möjliggör fortsatta goda relationer mellan de berörda. Först på senare år har kritiska röster börjat höras. Är inte ADR bara ett slags billiga kvasiprocesser man slänger åt de grupper som började göra sig hörda på 60-talet och som ett tag hotade att överbefolka domstolarna? Är inte ADR ett hot mot domstolarnas möjligheter till "behaviour modification" och "rule-making"? Är inte ADR förenad med risken att den starkare parten gynnas på den svagares bekostnad? Är inte ADR en privatisering av rättsskipningen som mera beror på brister i gällande civilprocess än på de nya teknikernas förträfflighet?[159]

Övergripande framställningar om företeelsen ADR saknas helt i svensk doktrin,[160] medan däremot vissa däri ingående institut – t ex skiljeförfarandet, den allmänna reklamationsnämnden (ARN) och försäkringsnämnderna – ägnats djupgående studier.[161] Redan terminologin på området erbjuder problem: man kan låta ADR beteckna blott de nya former av tvistlösning som tillkommit under senare år (mini-rättegångar, nya former av medling osv) eller begagna uttrycket vidare och mer bokstavligt och låta det inkludera alla former av tvistlösning utanför domstol, alltså även förhandlingar och förlikningsverksamhet, skiljeförfarande och tvistlösning vid statliga och privata nämnder som ARN och försäkringsnämnderna osv. I det följande används beteckningen alternativ tvistlösning i den sistnämnda, vidare betydelsen. Däremot inkluderas inte verksamheten vid hyres- och arrendenämnderna, VA-nämnden och

the Welfare State och Cappelletti & Garth, Settlement s 1 ff med där anmärkt litteratur, Cappelletti & Garth & Trocker i 46 RabelsZ (1982) s 686 ff samt Victorin s 133 ff. Se också Winroth, "Är ADR något för oss" (examensarbete, stencil, Juridiska institutionen vid Uppsala universitet 1987) samt Peckham s 267 ff.

159 Se t ex Menkel-Meadow s 300 ff, betr riskerna för svagare part, Cappelletti & Garth, Settlement s 8 och 13 samt Welfare state s 20. Förhandlingar av det slag det här gäller lämpar sig ofta bättre mellan t ex jämnstarka organisationer, jfr Cappelletti & Garth a a s 15, Victorin s 140 ff, Cappelletti & Garth & Trocker s 692, 697 och 704 samt Fiss s 1073 ff.

160 Se dock Winroths ovan i not 158 nämnda examensarbete.

161 Vad gäller ARN och försäkringsnämnderna se framför allt Heuman, Nämnder (1980). – Se vidare Ekelöf m fl i Nordisk Försäkringstidskrift 1979 s 220 ff och Förhandlingarna vid det 29:e nordiska juristmötet (1981) del I, s 95 ff och del II s 169 ff samt Eisenstein i Access to Justice II:2 s 492 ff.

koncessionsnämnden för miljöskydd eftersom det inte existerar något domstolsalternativ för dessa tvister. Jag hänför inte heller småmålsförfaranden och summarisk process eller domarens förlikningsverksamhet till ADR eftersom sådana tvistlösningsmekanismer framstår som alternativ *inom* domstol och därför tas upp senare i detta kapitel (under 12.2.1).

ADR kan fungera som ett alternativ till class actions i "processekonomiskt" avseende dels på samma sätt som alla andra class actionalternativ – dvs genom att minska antalet processer vid allmän domstol – dels ock genom att erbjuda en billigare form för tvistlösning i vissa fall. Sistnämnda möjligheter kan också ses som uttryck för en alternativ form av funktionsuppfyllelse på det reparativa planet. Den enkla handläggning som förekommer vid vissa former av ADR (t ex vid vissa nämnder och vid minirättegång) gör nya anspråk individuellt processbara på ett sätt som erinrar om class actioninstitutets positiva effekter i reparativt hänseende. Det bör dock understrykas att ADR mera sällan fungerar på det sättet, åtminstone inte i Sverige. Vid privat ADR (t ex minirättegång, medling och skiljeförfarande) tillkommer kostnader för att betala den eller dem som sliter tvisten och vid statlig ADR (t ex prövning vid ARN) bör jämförelsen i allmänhet ske med process enligt småmålsreglerna då det gäller små anspråk. Kostnadsbilden bestäms då många gånger snarare av om parten behöver anlita ombud än av vilken form av tvistlösning han begagnar; tvist vid ARN är inte generellt billigare för konsumenten än rättegång enligt de särskilda reglerna för småmål och mycket små anspråk prövas ej.[162]

Det vore naturligtvis fel att förneka att ADR kan framstå som ett fungerande class actionalternativ i reparativt hänseende i åtminstone vissa fall. Detta gäller även vid större anspråk än de som kan vara föremål för process enligt småmålsreglerna. Exempel är brottsskadenämnden och den tidigare berörda, nyinrättade, småhusskadenämnden som uppenbarligen har ambitionen att bemästra också ekonomiskt betydande anspråk och detta även i gruppsammanhang, åtminstone så länge det gäller grupper av rimlig storlek.[163]

Man kan i förstone tycka att ADR i form av t ex skiljeförfarande eller nämndprövning knappast kan fylla någon handlingsdirigerande

162 Se vidare Heuman, Nämnder s 666 ff och 817 ff. Vad gäller ARN:s framtid se prop 1985/86:121 s 67 ff.

163 Se ovan s 522 f.

funktion annat än på det individualpreventiva planet: den som får klart för sig att motparten har tillgång till ett effektivt förfarande för att genomdriva sin rätt anpassar sig måhända godvilligt till den sannolika utgången vid dylik tvistlösning. Men väl fungerande alternativa tvistlösningsformer har naturligtvis också en styrfunktion på så sätt att de utgör ett led i en fungerande sanktionsmekanism – vare sig detta nu sker till följd av "costinternalization" eller förbättring av "folkmoralen".[164]

Class actioninstitutets (begränsade) prejudikatskapande funktion förefaller däremot vara svårare att ersätta genom ADR. Avgörandena undandras många gånger (t ex vid skiljeförfarande) offentligheten och grundas sannolikt i större utsträckning än domar på ickerättsliga överväganden med ty åtföljande reduktion av "prejudikatseffekten". Men det går inte att dra alla former av ADR över en kam i dessa hänseenden. Förhållandena vid de i Sverige allt vanligare nämnderna fyller naturligtvis i första hand en viss reparativ och preventiv funktion: den tappande parten vid ARN rättar sig i allmänhet efter utslaget och den vinnande får vad honom tillkommer. Men principiellt viktiga avgöranden får en prejudikatsliknande – och därmed också handlingsdirigerande – effekt genom att de ges publicitet i bl a dags- och branschpress.

Lyckligtvis finns inte något behov att här redogöra närmare för ARN:s för- och nackdelar; ARN:s liksom de privata nämndernas verksamhet har redan ägnats en ingående undersökning i processuellt hänseende i Heumans och Eisensteins tidigare nämnda arbeten. I USA förefaller nämnder av det här slaget knappast ha någon signifikant betydelse som class actionalternativ, medan de i Sverige har visat sig kunna tillfredsställa i vart fall en del av de behov som i USA tillgodoses genom grupprättegångar. ARN, försäkringsnämnderna, patient- och läkemedelsskadenämnderna samt nu senast småhusskadenämnden (med därtill knutna försäkrings- och fondsystem)[165] illustrerar detta förhållande. Man kan rent av fråga sig om inte den svenska beredskapen att snabbt ställa statliga och privata specialdesignade nämnder till förfogande vid nya former av "mass injuries" är uttryck för en flexibilitet och innovativ rörlighet som saknats i många andra länder. På detta sätt har man minskat trycket på domstolarna och behovet av t ex grupptalan. Den

164 Jfr ovan s 438 not 11 och s 446 f.

165 Se ovan s 518 ff och 521 ff.

växande kritiken mot t ex patientskadenämnden och småhusskadenämnden på senare tid verkar dock i motsatt riktning.[166]

ADR i form av nämndverksamhet och och skiljeförfaranden framstår alltså som mer etablerade sätt för tvistlösning i Sverige än i t ex USA. I fråga om andra former av ADR, som nya former av privat medling och utomprocessuella mini-rättegångar, förefaller däremot situationen vara den motsatta; här är det vi som ligger på efterkälken. Även om vi inte står helt främmande för sådana företeelser i Sverige har vi alls inte samma fart på verksamheten som i USA. Detta kan möjligen bero på att den ordinära tvistemålsprocessen – liksom nämnd- och skiljeförfaranden – fungerar bättre hos oss och behovet av ytterligare tvistlösningsformer därför varit mindre. I USA förekommer numera inte sällan "mini-trials" som t ex kan konstrueras så att en jurist eller annan betrodd person mot en relativt låg kostnad åtar sig att avge ett opartiskt utlåtande.[167] Förfarandet kan vara skriftligt, eventuellt kompletterat med en tidsbegränsad muntlig förhandling ("trial"). "Domaren" avger sedan ett utlåtande som parterna i allmänhet accepterar. Gränsen mot skiljeförfarande kan ibland vara flytande, men överenskommelser om tvistlösning av det här slaget utgör inte i och för sig något hinder för part att väcka talan vid domstol. Då väl minirättegången är över kommer dock naturligtvis avgörandet där – om det nu accepteras av parterna – att träda i stället för de rättsfakta som det grundas på precis som en dom skulle göra, dock med den skillnaden att "miniavgörandet" (möjligen) är mera åtkomligt för en talan om ogiltighet än domstols dom.

Nära systemet med mini-rättegång kommer vissa former av förliknings- och medlingsverksamhet, t ex av den typ som förekommit även i Sverige rörande t ex fukt- och mögelskador i gruppbebyggelse. I Sverige kan även domstol ta initiativ till medling av det slaget, förutsatt att talan anhängiggjorts vid domstolen.[168]

Som en särskild form av alternativ tvistlösning kan man beteckna den förhandlingsverksamhet som förekommer mellan organisatio-

166 Se t ex Widmark i Advokaten 1987 s 440 och Gillberg nedan i not 170.

167 Se för ytterligare exempel Goldberg & Green & Sander s 00 ff.

168 Se SOU 1982:26 s 157 ff och Gullnäs i Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund 1985 s 421 ff. Jfr även medlingsverksamheten vid hyres- och arrendenämnderna, varom t ex Victorin s 148 och SOU 1987:13 s 161 ff.

nerna på de arbets- och bostadsrättsliga områdena.[169] Här är det i allmänhet mera fråga om att skapa riktlinjer för framtiden än att lösa enskilda tvister som uppkommit, men verksamheten kan ändå stundom sägas utgöra ett class actionalternativ i såväl reparativt som preventivt hänseende och uppfattas som en form av ADR. På class actionintressanta rättsområden har förhandlingar av det här slaget framför allt kommit till användning inom konsumenträtten, där KO och NO i viss utsträckning ägnar sig åt förhandlingsverksamhet som ett alternativ till prövning vid marknadsdomstolen.

Det får räcka med ovanstående antydningar om möjligheterna för ADR att fungera som alternativ till class actioninstitutet i reparativt och preventivt hänseende. En närmare genomgång av alla för- och nackdelar skulle föra för långt, här liksom vad gäller de flesta class actionalternativ. Jag erinrar till sist om det redan inledningsvis påpekade förhållandet att entusiasmen för ADR inte längre förefaller vara odelad ens i USA och att tung kritik riktats mot vissa former av alternativ tvistlösning även i vårt land.[170] Det vore på lång sikt beklagligt om missnöje med den ordinära processen föranleder en expansion av ADR i stället för reformering av tvistemålsförfarandet. En ytterligare "avlövning" av de allmänna domstolarna skulle vara synnerligen olycklig inte bara för allmänhetens förtroende för domstolsväsendet – och därmed dess möjligheter till reparativ och preventiv funktionsuppfyllelse – utan även för utsikterna att förbättra prejudikatbildningen.[171] Visserligen är det möjligt de lege ferenda att låta också principiellt viktiga frågor som aktualiseras inom ADR bilda underlag för prejudikat men än så länge saknas möjlighet att koppla högsta domstolens prejudikatbildning till verksamheten i t ex skiljeförfaranden och nämnder.[172]

169 Se härom Victorin s 140 ff, som pekar på (s 148) att förhandlingslösningar spelar en stor roll på det arbetsrättsliga området medan motsatsen är fallet inom konsumenträtten; Victorin förordar (s 154) ökad användning av förhandlingsmodellen på sistnämnda område.

170 Se främst Heumans ovan i not 162 a a, jfr Gillberg i Dagens Nyheter 31/7 1988. – Även ADR har drabbats av nedskärningarna i de offentliga utgifterna i USA, så har t ex den av president Carter initierade Dispute Resolution Act (1980) inte fått någon praktisk betydelse eftersom inga statliga medel ställts till förfogande, se Cappelletti & Garth a a s 3.

171 Se Lindblom i Svensk Juristtidning 1984 s 794 ff och SOU 1987:13 s 59 ff.

172 Uppmjukningar i detta hänseende föreslås i rättegångsutredningens betänkande (SOU 1986:1) Högsta domstolen och rättsbildningen, jfr även Nordenson i Nordisk Försäkringstidskrift 1979 s 233 ff.

(11.) Förvaltningsdomstolar (och förvaltningsförfaranden) samt specialdomstolar

De tio class actionalternativ som diskuterats i det föregående avser alla (kriminalisering i viss mån undantagen) utomprocessuella företeelser och aktiviteter; återstoden av kapitlet skall ägnas class actionalternativ inom rättegångsväsendets ram. Jag börjar med förvaltningsprocess och förvaltningsförfaranden samt specialdomstolar för att sedan gå över till straff- och tvistemålsprocess vid allmän domstol.

I USA är det mer än i Sverige en rent civilprocessuell fråga hur man skall kanalisera behovet för stora grupper av enskilda att – individuellt eller kollektivt – framställa anspråk mot ofta starkare enskilda ekonomiska intressen.[173] Ett av de få undantagen härifrån är de ovan under (8.) nämnda möjligheterna att vända sig till "administrative agencies" av olika slag, möjligheter som av allt att döma i allmänhet inte anses ensamt tillräckliga och som i stort sett har en uteslutande prospektiv inriktning. Det enda rent processuella system som finns att tillgå i sammanhanget är tvistemålsrättegång vid allmän (federal eller delstatlig) domstol; förvaltningsprocess och straffprocess saknar betydelse som class actionalternativ, åtminstone ur den enskildes synpunkt.

Motsatsen är förhållandet i många europeiska stater; straffprocess och förvaltningsprocess, liksom olika specialprocessuella förfaranden, erbjuder där möjligheter som ibland rent av överträffar de civilprocessuella i en del hänseenden.[174] Även vissa *förvaltningsprocessuella* och *förvaltningsrättsliga* förfaranden aktualiseras i Sverige vid en bred diskussion – eller snarare enumeration – av class actionalternativ. I t ex miljöskyddsärenden ges ibland grupper och gruppintressen möjlighet till deltagande i handläggningen på ett mera radikalt sätt än som kan ske vid allmän domstol, så bl a vid de "hearings" som länstyrelserna och koncessionsnämnden för miljö-

173 Cappelletti & Garth & Trocker (s 696) nämner fem exempel på partskonstellationer som ofta haltar i sådana avseenden: säljare – köpare, långivare – låntagare, arbetsgivare – arbetstagare, miljöstörare – miljöstörd och hyresvärd – hyresgäst, jfr ovan i kap 1 s 8 f.

174 Jfr Fisch s 53. – Betr för- och nackdelar med en specialisering av den dömande verksamheten se SOU 1987:13 s 59 ff.

skydd håller vid tillståndsprövningar av betydelse.[175] Också vid VA-nämnden, liksom i t ex byggnads- och skattemål vid länsrätter, kammarrätter och regeringsrätten, kan i vid mening class actionliknande situationer och partskonstellationer förekomma och intresseavvägningen företer ibland drag som påminner om förhållandena i äldre engelsk equity och modern amerikansk public law litigation.[176]

Av särskilt intresse ur de synpunkter vi har att beakta är prövningen vid miljö- och hälsoskyddsnämnderna och koncessionsnämnden för miljöskydd. Jag saknar tyvärr möjlighet (och kunskaper) att gå in närmare på dessa prövningsorgan. Vad gäller miljö- och hälsoskyddsnämnderna hänvisas till (delar av) framställningen ovan under (8.). Framställningar om förfarandet vid koncessionsnämnden för miljöskydd (i s a s processuellt perspektiv) saknas nästan helt. Michelson har dock pekat på vilka konsekvenser valet – det är ibland fråga om ett val – mellan prövning vid fastighetsdomstol och koncessionsnämnd har i vissa processuella hänseenden (bevisbördan, dispositionsprincipen etc)[177] och en uppsats om förfarandet vid koncessionsnämnden kommer att läggas fram som examensarbete i processrätt i Uppsala under 1988.[178]

Då det gäller processen vid svenska *specialdomstolar* i mera inskränkt mening, dvs arbetsdomstolen (AD), bostadsdomstolen (BD) och marknadsdomstolen (MD), är rättegångens karaktär av class actionalternativ ibland uppenbar. Visserligen har enskild person (med undantag för förhållandena vid BD) i allmänhet endast i andra hand – om ens det – möjlighet att föra talan och agera på ett bindande sätt för mångas räkning inför domstol av det här slaget; där existerande processformer kan därför inte betecknas som en svensk class action i egentlig mening. Men t ex då en enskild arbetstagare för talan vid AD eller en hyresgäst vid BD (liksom vid hyres- och arrendenämnd) påminner effekterna ibland starkt om de resultat som kan uppnås genom en class action rörande injunctions

175 Jfr Michanek s 35, Westerlund, Rätt och miljö s 165 f och Backer, Rettslig interesse s 000, i Sverige saknar dock organisationer rätt att överklaga, jfr nedan s 612 not 188.

176 Ovan s 66 f och 441 f

177 Michelson i Svensk Juristtidning 1986 s 100 ff. "Komparativa" studier av detta slag framstår som ytterst intressanta och angelägna ur rättspolitisk synpunkt; jag hoppas på flera reviröverskridanden av det här slaget.

178 Victor, A, Om "processen" i koncessionsnämden för miljöskydd.

vid amerikansk allmän domstol (se t ex 9 § 3 st lagen om hyres- och arrendenämnder); det blir nästan bara den ganska subtila gränsen mellan res judicata och stare decisis som skiljer domarna åt.[179] Och vid MD kan inte bara konsument- och näringsfrihetsombudsmannen – och vissa organisationer – utan även enskild näringsidkare föra en talan som företer klart class actionliknande drag i så måtto att en hel grupps likartade intressen åberopas till grund för en förbudstalan varvid bifall till ansökningen får direkt betydelse för alla berörda. Det har t o m förekommit att part fört talan vid MD för en hel grupps räkning utan att ha inhämtat fullmakt från samtliga.[180]

Handläggningen vid våra svenska specialdomstolar liknar också i så måtto den amerikanska class actionprocessen att den rymmer ett visst mått av officialprövning; domarna torde över huvud taget agera mer kraftfullt vid specialdomstolarna än i vanlig dispositiv tvistemålsprocess vid allmän domstol.[181]

En direkt jämförelse av just antytt slag mellan class actions och process vid våra tre svenska specialdomstolar kan te sig en aning vågad bl a ur den synpunkten att det relativt sällan förekommer att enskilda för processer av här aktuell typ; talerätten för enskilda är i stor utsträckning subsidiär vid AD och MD. Men betänkligheterna blir mindre om man jämför rättegången vid AD och MD med de två processformer som brukar betecknas som de närmast till hands liggande class actionalternativen, nämligen "public actions" och "organisationstalan". Det förefaller helt klart att berörda organisationers processer inför AD och – ehuru sällsynta – vid MD kan betecknas som en form av organisationstalan[182] med många drag gemensamma med t ex sina amerikanska, tyska och franska motsvarigheter. Ytterligare en slående parallell mellan process vid svensk specialdomstol och internationella class actionalternativ

179 Ovan s 226 ff och 238 f. Betr rättskraft vid AD, se Rättegången i arbetstvister s 166 ff och Fahlbeck s 299 f.

180 I ett i november 1985 anhängiggjort ärende vid MD rörande rätten att begagna beteckningen "Saluhall" yrkade sökandena förbud enligt 2 § marknadsföringslagen för Åhléns AB att bruka namnet i fråga. Ombudet för sökandena förklarade sig "av praktiska skäl" inte ha inhämtat formell fullmakt från alla som upptagits som parter.

181 Se t ex Lind i Rättegången i arbetstvister s 293 ff betr AD och Johansson s 86 ff betr MD.

182 Jfr nedan s 609 ff. – Vid BD (liksom vid hyres- och arrendenämnderna) förekommer däremot inte motsvarande organisationsinflytande. Här påverkar (?) organisationerna i stället via sina intresserepresentanter i domstolen.

erbjuder konsumentombudsmannens (och i viss mån näringsfrihetsombudsmannens) ovan nämnda talerätt vid marknadsdomstolen.[183] KO:s talan enligt t ex avtalsvillkorslagen och NO:s processer rörande konkurrensbegränsning framstår som intressanta varianter av de class actionalternativ som brukar betecknas som "parens patriae" och "public actions" rörande injunctions.[184]

Process vid BD, AD och MD (särskilt de två sistnämnda[185]) visar upp många av de särdrag som Chayes anser skilja modern "public law litigation" – bl a class actions – från traditionell tvåpartsprocess.[186] Rättegången är inte uppbyggd på ett traditionellt tvåpartsförhållande utan visar upp nya parter och partsgrupperingar, den är inte inriktad på att kompensera käranden utan på att avskräcka svaranden och hans likar från de beteenden det gäller, den är prospektiv och inte retrospektiv och har alltså en klar inriktning på handlingsdirigering, det företas en bredare intresseavvägning än i vanlig process och sambandet mellan "right" och "remedy" följer inte naturligt av lag eller avtal.

Det förefaller alltså uppenbart att våra svenska specialdomstolar erbjuder intressanta alternativ till class actioninstitutet och då främst vad gäller dess handlingsdirigerande funktion vid talan om injunctions. Nyligen har ett intressant förslag om talan rörande produktåterkallelse presenterats.[187] Någon parallell till en federal (b)(3) class action enligt Rule 23, dvs skadeståndstalan, förekommer däremot inte. Och dessa inhemska class actionalternativ existerar bara på några av de rättsområden som är aktuella i class actionsammanhang och då endast inom delar av dessa, närmast konsument- och marknadsrätten.[188] Enskild konsument erbjuds inte motsvarande möjligheter att agera vid MD.[189] På miljöskyddsområdet finns ingen direkt motsvarighet till här berörda specialdomstolar och de

183 Se även nedan i kap 15 avsnitt 5.4.

184 Vidare härom nedan s 567 ff, jfr Utterström s 380.

185 Se Lindblom, Tes s 799.

186 Ovan s 440 ff.

187 SOU 1987:24, jfr nedan kap 15 avsnitt 5.1.

188 Se Bernitz s 62 ff, 129 ff och 265 ff.

189 Se Johansson s 56 f, jfr SOU 1983:40 (Konsumentpolitiska styrmedel) s 17 ff och Lindblom, Konsumentmål s 48 med not 33. Betr organisationers möjligheter att föra talan vid MD se Johansson s 58 f och nedan i kap 14 s 609 ff.

former av grupptalan som förekommer där; vad som erbjuds inom miljörätten är – utöver förvaltningsrättsliga och förvaltningsprocessuella möjligheter vid miljö- och hälsoskyddsnämnder, länsstyrelser, naturvårdsverket och regeringen m m – talan vid fastighetsdomstol och allmän domstol samt talan och prövning vid koncessionsnämnden. På diskrimineringsområdet står valet mellan brottmålstalan (vid rasdiskriminering och då ibland kombinerad med talan om enskilda anspråk) och den "prövning" som kan ske inom ombudsmannaorganisationerna, vartill kommer rättegång inför AD med vissa public actionliknande drag i en del fall av könsdiskriminering.[190] Särskilt vad gäller rasdiskriminering föreligger emellertid besvärande luckor i rättsskyddet. Trots att Sverige anslutit sig till FN-konventionen mot varje form av rasdiskriminering (se citat nedan i kapitel 15 s 668) kan – enligt HD i NJA 1978 s 3 – någon målsägande inte finnas vid brottet hets mot folkgrupp eller det däremot svarande tryckfrihetsbrottet. Följaktligen är inte heller enskilt åtal och talan om enskilt anspråk möjliga vid detta brott.

Men processen vid AD, BD och MD företer alltså class actionliknande drag i åtminstone vissa fall. Och det är inte bara vid specialdomstolar i inskränkt betydelse det förekommer prövningar av class actionliknande karaktär; även vid *fastighetsdomstol* (t ex i expropriations- och fastighetsbildningsmål) och vid *vattendomstol* förekommer prövning som i viss mån påminner om class actionprocesser. Vid handläggningen av ersättningsfrågor är ofta ett mycket stort antal sakägare berörda, avgöranden i tillståndsfrågor får betydelse även för andra än dem som faktiskt uppträder som parter och det åligger i viss mån domstolen att beakta de frånvarande sakägarnas rätt i såväl tillstånds- som ersättningsfrågor. Användning av kungörelsedelgivning väcker också associationer till en del former av "notice" vid class actions.[191] Även *jävsprocess i konkurs* erinrar i någon mån om class actioninstitutet; domen binder alla borgenärer (vad gäller deras rätt till utdelning) oavsett om de deltagit i processen eller inte och parterna tillåts inte disponera helt över

190 Jfr ovan s 538 f samt betr vad ovan sägs om enskilt anspråk i brottmål Nobel s 229 f och nedan s 542 ff.

191 Se Bouvin & Hedman & Stark s 195 betr expropriationsmål; domstolen är ej skyldig att göra någon undersökning av vilka som är sakägare, betr "notice" av jämförbart slag se ovan s 221 f.

processföremålet.[192] Men då befinner vi oss inte längre vid specialdomstol.

De svenska erfarenheterna av t ex expropriations- och vattenmål ger vid handen att en class actionliknande handläggning kan äga rum utan att man behöver tvinga en av de berörda (sakägarna) att dra hela lasset som ensampart på det sätt som sker vid class actions. I grupprättegångar av "svensk modell" arbetar man i stället med konstruktionen (ibland fiktionen) att alla i "klassen" är parter i processen och rättegången görs hanterlig genom begagnande av bl a särskilda delgivningsregler, gemensamt ombud, minskade krav på parternas närvaro och viss officialprövning.

I motsats till de tidigare diskuterade processformer vid AD, BD och MD, vilka främst fungerar preventivt, fullgör de "class action-alternativ" som sist berörts främst en reparativ och processekonomisk funktion; handlingsdirigering är det ju knappast frågan om vid bedömningen av ersättningsanspråk i t ex vatten- och expropriationsmål.

Det amerikanska class actioninstitutet borde inte te sig särskilt skrämmande för en svensk domare van vid handläggning i AD, BD, MD, VA-nämnden eller i expropriations- och vattenmål (och konkursmål). Existensen och utformningen av de här i avsnitt (11.) diskuterade specialprocessuella förfarandena vederlägger i inte obetydlig mån det nära till hands liggande antagandet att class actions (och vissa class actionalternativ som t ex public actions och organisationstalan) är alltför främmande för vår rättstradition för att en svensk reception skall vara möjlig. Den som vill sticka ut hakan skulle rent av kunna hävda att processformen redan finns representerad i vårt land och att det går bra att bygga vidare på våra inhemska motsvarigheter om behov föreligger av utökade möjligheter till grupptalan. Jag återkommer till det i kapitel 15.[193]

(12.) Allmän domstol

(12.1) Brottmål (enskilt åtal, enskilda anspråk)

Kriminaliseringens möjligheter att fungera som class actionalternativ – diskuterade i avsnitt (4.) ovan – förstärks om straffbeläggningen följs upp med möjligheter för målsäganden att anmäla brottet

192 Se Welamson, Konkurs s 157 f och Boman i Festskrift till Ekelöf s 144 ff.

193 Nedan kap 15 avsnitt 4, 5.1 och 7.

till åtal, att själv väcka och föra åtal och att – på egen hand eller via åklagaren – framställa skadeståndsanspråk redan i brottmålet eller på ett förenklat sätt i efterföljande tvistemål. Kriminalisering blir då ett mera verksamt class actionalternativ i såväl preventivt och reparativt som processekonomiskt hänseende.

Möjligheterna till funktionsuppfyllelse i dessa avseenden står naturligtvis i relation till brottmålsprocessens utformning: ett väl fungerande straffprocessuellt förfarande är en förutsättning för att kriminaliseringen skall få avsedd betydelse. I vilken mån den svenska brottmålsprocessen kan effektiviseras i detta hänseende avstår jag från att ta upp till diskussion; några av de nedan under (12.2.2) diskuterade åtgärderna kan möjligen vara av intresse i sammanhanget. Vad som skall beröras nu är enbart de två mera fristående straffprocessuella "bitar" som möjligen kan förtjäna epitetet class actionalternativ, nämligen enskilt åtal och talan om enskilt anspråk i brottmål.

Ett av ändamålen bakom den *enskilda åtalsrätten* är att den skall fungera som kontroll av åklagarens verksamhet, en kontrollfunktion som anses vara betydelsefull bl a i politiskt upprörda tider.[194] I linje härmed borde den enskilda åtalsrätten vara av särskilt värde i USA där åklagarna tillsätts politiskt och måste kandidera för omval med jämna mellanrum. Risken att åklagarna skall falla undan för påtryckningar och undvika det politiskt inopportuna verkar påtaglig och enskild åtalsrätt för målsäganden eller, som i England, för alla ("actio popularis") framstår då som ett ändamålsenligt komplement till det allmänna åtalet just ur kontrollsynpunkt. Det förvånar därför att enskild åtalsrätt inte förekommer i USA överhuvudtaget. Brottmålen är bokstavligen en affär ("plea bargaining") mellan åklagaren och den tilltalade och målsäganden har inte heller möjlighet att själv eller via åklagaren föra *talan om enskilt anspråk* i brottmålet.[195] Det

194 Se Ekelöf, Rättegång II s 59 ff och Heuman i Svensk Juristtidning 1977 s 241 ff. – Att åklagarna kontrolleras är naturligtvis inte något självändamål; värdet av den enskilda åtalsrättens effekter i detta hänseende måste rimligen främst ligga i att man uppnår en mera effektiv och rättssäker åtalsprövning och därmed brottsbekämpning än annars skulle bli fallet. Denna synpunkt förefaller ha fått en undanskymd plats i litteraturen (se dock t ex Heuman, Målsägande s 69 och 72), kanske för att den anses självklar. Den enskilda åtalsrättens "upprättelsefunktion", som verkar ha fått ett visst uppsving på senare år (jfr Nordlund s 60 ff), är knappast av intresse i class actionsammanhang. Betr rasdiskriminering se ovan s 541.

195 Access to Justice II:2 s 804, Fisch s 53. – Det amerikanska systemet med "plea bargaining" förefaller nu till viss del ha kommit till Sverige via

förefaller sannolikt att detta bidragit till att öka intresset för class actioninstitutet. Behovet av prevention och reparation har fått tillgodoses på andra sätt i och med att enskilt åtal och talan om enskilt anspråk i brottmål inte funnits att tillgå; intresset för en fungerande civilprocessuell grupptalan ökar troligen då de straffprocessuella möjligheter vi har i Sverige saknas.

Naturligtvis vore det en oerhörd överdrift att säga att frånvaron av enskild åtalsrätt och möjlighet att pröva skadeståndsanspråk i brottmål utgör den främsta förklaringen till att class actioninstitutet vuxit sig så starkt i USA. Enskilt åtal används mycket sparsamt i de länder där det förekommer[196] och massanspråk av det slag som passar särskilt väl att framställas i class actionform är endast undantagsvis lämpade för att prövas i samband med brottmålet. Vidare är kopplingen till kriminaliserad handling en begränsande faktor som gör att enskilt åtal och enskilt anspråk i brottmål alls inte framstår som lämpliga class actionalternativ generellt sett; på vissa rättsområden passar kriminalisering inte in och när kriminalisering i och för sig är tänkbar medför den, som tidigare diskuterats, ofta en rad nackdelar även i preventivt och reparativt hänseende.[197] Dessa nackdelar har vad man skulle kunna kalla en smittoeffekt på enskilt åtal och talan om enskilt anspråk som class actionalternativ.

Kvar står dock att skillnaderna mellan svensk och amerikansk brottmålsprocess vad gäller enskild åtalsrätt och talan om enskilt anspråk i vart fall torde utgöra en av delförklaringarna till att class actioninstitutet vuxit sig så starkt just i USA. Ytterligare stöd för detta antagande kan man finna i förhållandet att en extremt långtgående form av enskild åtalsrätt ("actio popularis") finns i England där class actioninstitutet förtvinat. Vidare saknas class actions (i egentlig mening) helt i alla de övriga europeiska länder där enskild åtalsrätt existerar, så t ex i Tyskland, Finland, Norge, Danmark (i någon mån) och Sverige. Men den enskilda åtalsrätten kommer sällan till användning; frekvensen enskilda åtal verkar vara ungefär

åklagarnas långtgående möjligheter till förundersökningsbegränsning, åtalsunderlåtelse osv, regler som ger vissa förhandlingsmöjligheter.

196 Se Heuman, Målsägande s 21 ff.

197 Ovan s 499 ff. – De bevissvårigheter som råder i brottmål gäller naturligtvis inte utan vidare en eventuell talan om enskilt anspråk men kommer ändå att fungera som spärr då åklagaren har att pröva om det föreligger tillräckliga skäl för åtal.

lika låg i England, Tyskland och Sverige.[198] Om den enskilda åtalsrätten skall kunna tillmätas någon större betydelse som class action-alternativ måste man bygga på det orealistiska antagandet att institutets blotta existens har så stark handlingsdirigerande effekt att det aldrig behöver komma till användning. Och även om rättsliga normers faktiska effekter alls inte står i direkt relation till hur ofta reglerna kommer till praktisk användning är det svårt att tänka sig att den enskilda åtalsrätten har – eller skulle kunna få – en så drastisk genomslagskraft. Å andra sidan kan det inte heller uteslutas att man genom att införa enskild åtalsrätt i USA skulle sätta sådan press på åklagare och potentiella svarande i class actionmål att antalet grupprättegångar minskade kraftigt. Jag tillåter mig dock betvivla att effekten skulle bli så markant. Rättegångskostnaderna ter sig nog minst lika motbjudande för den som överväger att väcka talan i brottmål som i tvistemål. Och så länge skadestånd inte kan yrkas i brottmålet kan det ju t o m bli nödvändigt med dubbla processer för en skadelidande som vill nå fram till ersättning.

Den enskilda åtalsrätten används alltså sällan i de länder där den förekommer. Skillnaderna här diskuterade europeiska länder emellan är större vad gäller möjligheterna att få *enskilda anspråk* p g a brottslig gärning prövade i brottmålet. Denna möjlighet, som alltså saknas i USA, kommer till viss användning i t ex Danmark, Tyskland, Frankrike och Italien, men alls inte i samma utsträckning som i Sverige.[199] I USA kan man åka snålskjuts på brottmålet endast på så sätt att domen – om den inte grundas på erkännande – kan åberopas som "prima facie"-bevis rörande ansvarsfrågan i en senare skadeståndsprocess. Såvitt jag kunnat utröna är detta dock inte särskilt vanligt förekommande.[200]

De europeiska möjligheterna att föra talan om enskilt anspråk redan i brottmålet framstår som ett konkret class actionalternativ på det generella planet, men är nog ändå mera sällan ett realistiskt alternativ i det enskilda fallet. För det första måste ju anspråket kunna knytas till styrkt brottslig handling, vilket inte är möjligt i alla class actionrelevanta situationer. För det andra kan begränsningen av målsägarbegreppet utgöra ett hinder. Så har varit fallet t ex i

198 Tur s 146 och 165.

199 Ovan s 543, Access to Justice II:2 s 804, Tur s 163 ff och Møgelvang-Hansen i Forbrugerforskning i Danmark s 235.

200 Jfr betr anti-trustmål, Ziskin s 574 f.

vissa diskrimineringssammanhang.[201] Och om nu brottmålstalan är aktuell i och för sig så försenas brottmålet om de enskilda anspråken inte är enkla att bedöma, vilket förvisso sällan är fallet då det gäller att tillgodose det reparativa intresset hos en större grupp. Någon obetingad rätt att få sina ersättningsanspråk prövade i brottmålet har inte målsägandena i denna situation. Rätten till skadeståndsprövning i brottmålet är, i Sverige liksom i andra länder, beroende av en lämplighetsavvägning och är antalet anspråk högt talar detta i allmänhet mot en kumulation av det slag det här gäller.[202]

Möjligheterna att aktualisera enskilda anspråk redan på brottmålsstadiet är alltså de lege lata sällan något realistiskt class action-alternativ då det gäller att bedöma ett stort antal individuella skadeståndsanspråk. Talan om enskilt anspråk i brottmål kan dock fungera som en motsvarighet till civilprocessuell pilotprocess i vissa fall. Och visst har det förekommit att möjligheterna till skadeståndstalan i brottmål faktiskt fått effekter som liknar dem man kan uppnå med en class action. I den tyska rättegång, som sannolikt kommer de amerikanska class actionprocesserna närmast, Thalidomidmålet, spelade både den enskilda åtalsrätten och yrkanden om enskilda anspråk i brottmålet stor roll för den förlikning som här – liksom så ofta vid class actions – blev slutresultatet.[203]

I Sverige har röster höjts för såväl en utvidgning av rätten till enskilt åtal som möjligheterna att avgöra enskilda anspråk i brottmål. Av särskilt intresse ur class actionsynpunkt är kanske de "gamla" tankarna att ge organisationer rätt att väcka enskilt åtal,[204]

201 Se härom ovan s 541, Nobel s 229 f och NJA 1978 s 3. Jag återkommer i någon mån till diskrimineringsfrågor i kapitel 15 s 667 ff.

202 Se t ex RB 22:1–4 och ZPO § 405 som ger domstolen motsvarande möjligheter att avstå från att pröva enskilda anspråk i samband med åtalet. Jfr betr enskilt anspråk i brottmål Heuman i Svensk Juristtidning 1977 s 123 ff och prop 1987/88:1.

203 2 500 barn som skadats av läkemedlet Thalidomid (den tyska motsvarigheten till Neurosedyn) biträdde via sina föräldrar åtalet mot de ansvariga läkemedelstillverkarna i brottmålet. Man nådde så småningom en förlikning med innehållet att en särskild fond tillskapades för ersättning till barnen och deras föräldrar. Se vidare Fisch s 72 ff, jfr ovan not 105.

204 Se betr enskild åtalsrätt för organisationer Palmgren s 103, Olivecrona, Rättegången i brottmål s 80, Ekelöf, Rättegång II s 65 och Heuman, Målsägande s 71 och 498 ff. Heuman och Olivecrona förordar åtalsrätt för åtminstone vissa organisationer medan Ekelöf verkar föredra tekniken att organisationen ställer ombud och ekonomiska resurser till målsägandens förfogande, se vidare nedan s 597 f. – Vad gäller talan om enskilt anspråk

men även de färska propåerna att utvidga åklagarens skyldighet att förbereda och föra skadeståndstalan för målsägandens räkning är av betydande intresse i sammanhanget. I samband därmed märks även förslag till ändring av RB 35:5 i riktning mot ökade möjligheter till skälighetsbedömning av mindre skador.[205]

(12.2) Tvistemål

Följande avsnitt kommer att ägnas frågan i vilken mån tvistemålsprocess vid allmän domstol kan anpassas till en class actionliknande handläggning s a s bit för bit i stället för genom införande av ett helt nytt processuellt institut. Framställningen är exemplifierande. Det vore i och för sig möjligt att ta upp nära nog samtliga regler i t ex rättegångsbalken eller någon amerikansk processordning till diskussion i sammanhanget. Alla eventuella förväntningar i den riktningen kommer dock att sättas på skam.

Då vi nu kommer in på civilprocessuella regler används, som förutskickades inledningsvis, uttrycket class actionalternativ i en snävare betydelse än tidigare.[206] Vad som avses här är, som nyss nämnts, främst vilka möjligheter som finns att genom smärre ändringar i gällande svenska regler tillskapa en process bättre lämpad för gruppanspråk än den nuvarande. Det är naturligtvis inte möjligt att åstadkomma ett class actionalternativ genom en enda ändring i de traditionella civilprocessuella reglerna. Men med en kombination av olika åtgärder kan man komma ganska nära en grupprättegång av amerikansk modell. I första hand avses då talan rörande skadestånd, kanske främst möjligheterna att åstadkomma förbättringar i reparativt och preventivt hänseende genom att göra flera anspråk individuellt processbara. Men det bör upprepas att de flesta class actions i USA gäller "injunctions" och att class actionformen kan ha avsevärda fördelar framför individuell process även i dessa fall.[207] Framställningen i det följande tar därför i viss mån sikte även på processer rörande förbuds- och ändringsåtgärder.

se DsJu 1986:10; de ovan i texten nämnda bevislättnaderna, numera införda i RB 35:5, berörs å s 41 f.

205 Prop 1987/88:1. Dessa förslag trädde i kraft 1 januari 1988.

206 Jfr ovan s 487 f. – Varje förbättring av den ordinära individuella tvistemålsprocessen kan naturligtvis också ses som ett class actionalternativ, jfr nedan s 549 ff och betr utländska reformsträvanden Access to Justice II:2 s 429 ff.

207 Se ovan s 465 ff och nedan i kap 15 avsnitt 7.

(12.2.1) Särskilda förfaranden (småmålsregler, summarisk process)

Särskilda handläggningsregler – vid allmän eller särskild domstol – för handläggning av *tvistemål rörande mindre värden ("småmål")* har avvisats som class actionalternativ i förarbetena till såväl kanadensiska som australiensiska reformer på class actionområdet.[208] Möjligheten till funktionsuppfyllelse via småmålsregler beror naturligtvis på hur dessa regler utformas. Om man som i t ex Sverige och Australien går ifrån huvudregeln om den tappandes ansvar för den vinnandes rättegångskostnader och i stället inför kvittning som huvudregel riskerar man att öka i stället för att minska antalet individuellt oprocessbara anspråk (förutsett att käranden inte är beredd att processa på fritid och utan hjälp av ombud). På så sätt kommer alltså småmålsprocess att bli ett sämre class actionalternativ än vanlig "stor process" i de fall då processföremålets värde understiger kärandens kostnader för ombud och/eller egen inställelse.[209] Det är också uppenbart att åtminstone den svenska småmålslagen (1974:87) inte utformades med sikte på att nedbringa gränsen för vad som var individuellt processbart; målsättningen var snarare att hålla nere samhällets kostnader för rättshjälp och att öka förutsebarheten i fråga om kostnadsrisker och därmed – möjligen – processbenägenheten då käranden inte kan vara säker på att vinna processen. Inte heller är småmålsreglerna avsedda att komma till användning då det – som i class actionsammanhang – föreligger ett stort antal likartade anspråk; svaranden kan till och med avstyra att reglerna tillämpas i sådana fall.[210]

Den svenska småmålsreglerna har alltså en sådan utformning att de snarare ökar än minskar behovet av ett fungerande class actioninstitut. Det är numera i svenska konsumentmål fem gånger vanligare att käranden är näringsidkare än att han är konsument. Även utländska erfarenheter pekar på att "small claim courts" oftare fungerar som en extra inkassomöjlighet för näringsidkarna än som

208 Ontario Report I s 90 och Australian Discussion Paper s 32, betr small claim courts se även Cappelletti m fl i 46 RabelsZ (1982) s 686 med i not 103 anförd litteratur samt SOU 1982:26 s 41–61. Jfr dock Thiere s 347.

209 Studier i Tyskland och USA har visat att de icke ersättningsgilla kostnaderna i småmål genomsnittligt sett ligger fullt i nivå med processföremålet, Access to Justice I:1 s 13. Betr småmålslagen och processbenägenheten se Lindblom, Procedure, s 103 ff, jfr även ovan i kap 9 s 327 ff.

210 1 § 2 st småmålslagen och RB 1:3a st 2.

en skyddslag för konsumenterna.[211] Och då småmålslagen "avskaffades" från den 1 januari 1988 överfördes i stort sett samma särregler – även kostnadsregeln – till rättegångsbalken. Man kan alltså även i fortsättningen konstatera att de särskilda regler som utformats för process i bl a konsumentmål rörande anspråk under ett halvt basbelopp inte minskat utan snarare ökar behovet av en särskild grupptalan.[212]

Inte heller de *summariska processformerna* – lagsökning, betalningsföreläggande och handräckning – förefaller kunna fylla någon funktion som class actionalternativ annat än i mycket speciella fall, t ex som uppföljning efter ett pilotmål (eller ett avgörande vid ARN) och då närmast för att snabbt och billigt erhålla en exekutionstitel. Även den summariska processen är i första hand ett vapen för t ex näringsidkare och kreditgivare, mycket sällan för konsumenter och kredittagare.[213] Men naturligtvis förekommer det att talan förd av konsument väcks som summarisk process för att sedan – efter näringsidkarens bestridande eller tystnad – hänskjutas till vanlig rättegång eller process enligt småmålsreglerna.

(12.2.2) Särskilda regler rörande "multi-district litigation" och parallella rättegångar, överflyttning, forum, delgivning, intervention, kumulation, rättskraft, kostnadsregler osv

I USA har man lagstiftningsvägen (Section 1407, Title 28, United States Code 1968) skapat möjligheter att samla likartade processer från olika domstolar för *gemensam förberedelse* vid en enda domstol enligt särskilda regler för "multi-district litigation" (MDL).[214] MDL kommer huvudsakligen till användning vid stora individuella skadeståndsanspråk (som t ex vid flygolyckor, allvarliga läkeme-

211 Se SOU 1982:26 s 48 och betr utländsk rätt Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 21, Victorin s 134 och SOU 1982:26 s 60 samt Møgelvang-Hansen i Juristen & Ökonomen 1979 s 1 ff. – Det bör dock påpekas att somliga av de småmål näringsidkare anhängiggör torde ha sin upprinnelse i att konsumenten håller inne betalning för att på så sätt tvinga fram rättegång.

212 Jfr ovan i kap 9 s 327 ff.

213 Ekelöf har (Förhandlingarna vid det 29:e nordiska juristmötet, 1981, del I s 189 f) karaktäriserat förfarandet vid den allmänna reklamationsnämnden som konsumenternas motsvarighet till näringsidkarnas summariska processer vid allmän domstol.

214 En utmärkt redogörelse för MDL finns i Rundgrens artikel i Svensk Juristtidning 1984 s 432 ff, s 447–451. Framställningen i det följande bygger i huvudsak på denna uppsats, se dock även t ex Handler i 71 Columbia Law Review (1971) s 15 och betr en fransk motsvarighet Fisch s 68.

delsskador o dyl) och institutet fyller närmast en processekonomisk funktion. Det gäller här anspråk som i hög grad är individuellt processbara och rättegång skulle säkert komma till stånd även om vare sig MDL eller class actioninstitutet existerade. MDL utgör alltså endast undantagsvis ett class actionalternativ i preventivt eller reparativt hänseende. Det är snarare så att MDL kompletterar än konkurrerar med class actioninstitutet; "målgruppen" är en annan. När de enskilda klassmedlemmarna har ett starkt eget intresse av att kontrollera handläggningen av sitt skadeståndsanspråk (= när det avser betydande belopp) och när den individuella skadevärderingen dominerar över de gemensamma frågorna brister det ju i bl a "predominance"- och "superiority"-rekvisiten enligt Rule 23 och en class action är inte ens tillåten.[215] Det har dock även förekommit att MDL kombinerats med en class action.

Som antytts ovan avslutas den gemensamma handläggningen vid MDL i och med att det är dags för huvudförhandling ("trial"); målen skickas då tillbaka till de domstolar de kommit från för slutligt avgörande (om nu inte uppgörelse träffats och målen avskrivits under förberedelsen, vilket ofta inträffar). Risken för motstridiga domar är därför betydande; inte ens mellandom vad gäller t ex skadeståndsskyldigheten i och för sig kan avkunnas vid den domstol som har hand om den gemensamma förberedelsen ("the transferee court"). Härav framgår också att det främst är processekonomiska vinster till följd av gemensam förberedelse (t ex "discovery") i *sakfrågor* man vill uppnå; mål som huvudsakligen är gemensamma vad gäller rättsfrågorna anses lämpa sig bättre för class actioninstitutet eller pilotmålsmetoden.

För att "the judicial panel on multi-district litigation" (bestående av en grupp om sju federala domare, tillsatta av ordföranden i högsta domstolen) skall besluta – självmant eller på parts yrkande – att MDL skall äga rum krävs således *att* det finns en eller flera gemensamma sakfrågor i målen, *att* det gäller tvistemål, *att* målen är anhängiga i olika distrikt (annars klarar man sig med vanliga forum- och kumulationsregler), *att* överflyttningen är till nytta för parter och vittnen *samt att* en handläggning enligt MDL främjar en rättvis och effektiv handläggning av målen.

215 Jfr ovan s 194 ff, betr flygolyckor och andra "mass disasters" se även ovan s 149, 195 och 452.

Det är särskilt det sistnämnda rekvisitet – en (rättvis och) effektiv handläggning – som tillmäts betydelse. Eftersom parterna i allmänhet inte åläggs personlig inställelse vid förberedelsen utgör det gemensamma förfarandet nästan aldrig någon olägenhet för dem. Däremot slipper man upprepade "discoveries" och "pretrial conferences",[216] förhören på förberedelsestadiet – som i allmänhet sker på den hördes hemort – behöver bara ske en gång, man klarar sig med en domare och färre ombud etc.

MDL måste ses mot bakgrund av förberedelsens speciella karaktär i amerikansk tvistemålsprocess, särskilt den omfattande preliminära – och ibland slutgiltiga – bevisupptagning som äger rum på detta stadium av processen ("discovery" etc). Som jag antytt tidigare[217] påminner den amerikanska förberedelsen i detta hänseende nästan mera om en svensk förundersökning i brottmål än om sin svenska civilprocessuella motsvarighet. I linje härmed är MDL än mindre intressant som class actionalternativ i svensk än i amerikansk process. Det finns inte lika stora processekonomiska vinster att hämta vid den svenska förberedelsen där sakfrågor inte alls ägnas lika stor uppmärksamhet. Men även ur andra synpunkter är MDL av begränsat värde som class actionalternativ. Om antalet klassmedlemmar är så stort att en gemensam förberedelse blir "unmanageable" framstår inte MDL som något realistiskt class actionalternativ ens i USA. Som jag påpekade inledningsvis är MDL i bästa fall ett komplement till class actioninstitutet och detta tycks gälla även den processekonomiska funktionen. Förutsättningarna för MDL att fungera som class actionalternativ påminner då i stort sett om vad som gäller kumulation, dock med den begränsningen att man aldrig kan nå "ända fram" (dvs till dom). Man måste ju avstå från de möjligheter till processekonomiska vinster – och enhetlighet i avgöranden – som en (helt eller delvis) gemensam huvudförhandling öppnar.

I Sverige har man länge saknat möjligheter att koncentrera likartade mål från flera domstolar till en domstol, möjligheter som alltså MDL erbjuder i fråga om förberedelsen. Kumulation förutsätter att målen väckts vid samma domstol och överflyttning har inte kunnat ske behöriga domstolar emellan i tvistemål (RB 14:7). Men efter förslag från rättegångsutredningen finns numera möjlighet för högsta domstolen att förordna att mål som uppfyller rekvisiten för

216 Ovan s 245 ff.

217 Ovan s 246.

kumulation skall kunna sammanföras till en domstol även om de väckts vid skilda domstolar.[218] Regeln innebär inte i sig något class actionalternativ men kan – liksom MDL – tillsammans med andra regler om kumulation, mellandom, vilandeförklaring etc[219] utgöra en av byggstenarna i en alternativ konstruktion. Kopplingen till gällande kumulationsrekvisit (såsom dessa f n tillämpas[220]), och det förhållandet att sammanläggningen inte kan begränsas till blott en delfråga, kan dock visa sig innebära en alltför kraftig begränsning av sammanläggningsmöjligheterna för att den nya regeln om *"parallella rättegångar"* skall få någon större betydelse i sin nuvarande utformning. För att man skall kunna bygga ett realistiskt class actionalternativ på den nya grunden erfordras nog en översyn också av mellandomsreglerna och/eller möjligheter till ett snabbt HD-utlåtande i gemensamma rättsfrågor.[221]

Men man kan skapa class actionalternativ som ganska nära ansluter till förebilden inte bara med hjälp av helt nya institut utan även s a s smygvägen genom att – samtidigt eller successivt – företa ändringar i traditionella regler om t ex *delgivning* (vidgade möjligheter till kungörelsedelgivning som motsvarighet till "notice"), *fullmakt* (tyst samtycke och konkludent handlande som behörighetsskapande), *utevaro* (tillräckligt att en i gruppen är tillstädes), *partsbehörighet* (vissa grupper uppfattas som partsbehöriga trots avsaknad av rättssubjektivitet),[222] *processbehörighet* (en i gruppen ges rätt företräda den nyss antydda parten), *kumulation* (särskilda handläggningsregler då ett stort antal mål kumuleras), *intervention* (vidgad interventionsrätt som skydd för tredje man), *mellandom* (i rena rättsfrågor av gemensamt intresse etc), *vilandeförklaring* (utökade möjligheter), *rättskraft* (utökade möjligheter till rättskraft mot tredje man),[223] *materiell processledning* och *officialprövning* (till förmån för tredje man), rättens *förlikningsverksamhet* osv. Man kan vidare formulera nästan hela class actionproblematiken som en fråga om

218 SOU 1982:26 s 190 ff och prop 1986/87:89 s 118 f och 159 f, se även Ekelöf, Rättegång II s 172.

219 Betr reformidéer vad gäller vilandeförklaring, se Heuman, Rättshjälp s 43.

220 Se Ekelöf, Rättegång II s 170 f och nedan s 551 f m not 229.

221 Förslag i sistnämnda hänseende har lagts fram i SOU 1986:1.

222 Jfr ovan s 86 ff och nedan i kap 15 avsnitt 5.

223 Se vidare nedan s 555 f.

talerätt[224] rörande annans rättsställning och presentera en särskild talerättsregel – införd i rättegångsbalken eller i viss materiell lagstiftning – som ett class actionalternativ. En utveckling av pilotmålsmetoden[225] via delavgöranden och vilandeförklaring är ett annat sätt att fullgöra class actioninstitutets preventiva, reparativa och processekonomiska funktioner.

Det blir anledning att återkomma till några av de ovan antydda metoderna i det följande och till olika strategier för en reception av class actioninstitutet i nästa kapitel.[226] Vad jag här velat illustrera är främst att class actionalternativ finns på ganska nära håll, inte bara vid specialdomstolar och andra särskilda domstolar,[227] utan även strax bortom gällande regler för det ordinära civilprocessuella förfarandet.

Några av de nyss antydda class actionalternativen skall emellertid beröras ytterligare något innan vi går över till "de tre stora" (public actions, organisationstalan och pilotmål). Låt oss först se på *kumulation*, ett institut som redan diskuterats något ovan i samband med MDL och som kan framstå som det mest närliggande class actionalternativet. Det var ju kumulationsregler i äldre engelsk rätt som ansågs vara class actioninstitutets vagga. Men även om man accepterar en vidgad tillämpning av t ex regeln om fakultativ kumulation i RB 14:6 och tillåter kumulation vid väsentligt likartade grunder i större utsträckning än nu sker kan man naturligtvis inte åstadkomma ett fullvärdigt class actionalternativ den vägen. Class actioninstitutets tillkomst och existensberättigande bygger på kumulationsreglernas otillräcklighet, på att processen blir "unmanageable" då många anspråk aktualiseras samtidigt. För att kumulation skall fungera som class actionalternativ fordras att särskilda handläggningsregler tillskapas om t ex representation och delgivning och detta kan troligen lika väl ske utan koppling till kumulationsinstitutet.

Kumulationsregler kan i vart fall aldrig ensamma på ett fullödigt sätt fullgöra de uppgifter class actioninstitutet visat sig lämpat

224 Se ovan s 72 och 188 samt nedan s 560.

225 Härom nedan i kap 14 s 624 ff.

226 Nedan i kap 15 avsnitt 5 och 7.

227 Ovan s 537 ff.

för.[228] Men detta hindrar inte att man med hjälp av kumulation ibland kan nå längre i reparativt, preventivt och processekonomiskt hänseende än vad som är möjligt genom en eller ett antal individuella processer;[229] kumulation kan fungera som ett class action-alternativ om klassen är liten eller genom att några i klassen går samman i en slags pilotgrupprättegång. Detta förutsätter dock – i motsats till en class action – att man organiserar sig senast vid rättegångens början. Kumulation kan vidare medföra särskilda samarbetsproblem inom och utom processen som man slipper vid grupptalan av annat slag.

Intervention framstår än mindre än kumulation som ett realistiskt class actionalternativ.[230] En liberalisering av interventionsrekvisiten skulle kunna medföra samma problem som aktualiseras vid kumulation (trängsel i rättssalen, tidsutdräkt etc). Intervention medger med nuvarande regler inte heller att annan än käranden tilldöms skadestånd eftersom en intervenient inte kan yrka något för egen del. Det är snarare som ett class actionkomplement intervention har en uppgift att fullgöra i sammanhanget; att en tillåts processa för alla kan ske lättare om de frånvarande har rätt att träda in som intervenienter i den mån de misstror klassrepresentantens processföring.[231] Och en utsträckning av ogillande doms rättskraft till att gälla även mot tredje man vid förbudstalan skulle kunna försvaras med att interventionsinstitutet skulle fungera som tredjemansskydd redan med nu gällande regler, åtminstone om de tillämpas på det sätt Ekelöf förordat: tredje man äger rätt till självständig intervention om han träffas av rättskraften trots att parterna inte kunnat uppnå motsvarande bundenhet för honom genom ett avtal vid tiden för processen.[232]

228 Kumulation avvisas som class actionalternativ i Ontario Report I s 82 ff och i Australian Discussion Paper s 33 f. Se även Newberg I s 268 och Koch i 5 Civil Justice Quaterly 1986 s 66 f.

229 Jfr ovan s 549 ff betr MDL och Møgelvang-Hansen i Forbrugerforskning i Danmark s 231. Förutsättningarna för subjektiv kumulation har mjukats upp i rättspraxis i Danmark och numera anläggs ett "pragmatiskt" synsätt: frågan om kumulation skall ske avgörs efter en konkret avvägning mellan de processekonomiska fördelarna och nackdelarna för svaranden (övriga kärande nämns inte). De svenska reglerna förefaller tillämpas mera "rigitt".

230 Ontario Report I s 88, Newberg s 268, jfr Lindblom, Konsumentmål s 136 och 138 f.

231 Se ovan s 264 f.

232 Ekelöf, Rättegång II s 194 ff, jfr däremot förhållandena vid talan enligt 9:17 st 3 ABL och upphovsrättslagen.

Intervention är inte ett class actionalternativ i sig men kan, liksom t ex forum- och kumulationsregler, utgöra en av byggstenarna i en class actionliknande konstruktion. I prejudikatsskapande instanser kan intervention och annan "rättegångsmedverkan" bidra till att domstolen får ett bättre underlag vid den lagstiftningsliknande verksamhet tillämpningen av generalklausuler stundom innebär.[233]

Intressantare än kumulation och intervention som class actionalternativ är tanken att begagna särskilda regler om *rättskraft* – och inget annat – för att uppnå samma slutresultat som med en class action. I USA existerar ett – i och för sig omtvistat – embryo till en sådan lösning i reglerna om "offensiv, non-mutual, collateral estoppel".[234] Systemet påminner om vår regel i 9:17 st 3 aktiebolagslagen men är radikalare än sin svenska motsvarighet på så sätt att det är fråga om en generell (icke lagfäst) regel utan anknytning till något speciellt rättsområde, en rättskraftskonstruktion som byggts upp på en bräcklig – men intressant! – teoretisk grund.

Amerikanska rättskraftsregler utgår – vad gäller rättskraft mot tredje man – från grundtanken att ingen mot sin vilja skall bli bunden av en dom utan att ha haft sin "day in court" (rätten till "due process of law" enligt det femte författningstillägget). Antag nu att en av många som skadats av en massproducerad vara väcker talan mot tillverkaren. Förlorar käranden processen kan domen naturligtvis inte binda de andra som lidit identiska skador; de har inte haft sin "day in court". Men antag att käranden vinner process nr 1. De andra medlemmarna i gruppen saknar då anledning att motsätta sig att domen gäller även i förhållande till dem; tvärt om har de intresse av att kunna åberopa den första domens rättskraft i senare process mot svaranden. Grunden för att svaranden skulle behöva finna sig i en sådan ojämlik rättskraftsregel är då att han var med i process nr 1 rörande samma fråga och följaktligen redan haft sin "day in court". Tillerkänns däremot avgörandet inte rättskraft får svaranden – i motsats till kärandeparterna – förmånen att processa två gånger om samma sak; likhetsprincipen ("the doctrine of mutuality") går alltså

233 Vid marknadsdomstolen gäller sådana särskilda regler om intervention och "rättegångsmedverkan", se härom Johansson s 67–72, Bernitz s 267 och SOU 1987:24 s 247 f. Ekelöf har (i festskrift till Eckhoff s 271) betecknat marknadsdomstolen som en lagstiftare i detta hänseende.

234 Se betr rättskraft ovan s 231 ff och Ontario Report I s 81 f samt Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 53 och 58 ff. – Att rättskraftsreglerna kan missbrukas vid class actions diskuteras ovan s 235.

inte att upprätthålla hur man än vänder sig.[235] Detta är grunden till att "offensiv, non mutual, collateral estoppel" bör kunna accepteras.

Man kan anföra allvarlig kritik mot en rättskraftsregel av det här slaget; bl a kan svaranden inte beräkna vilket värde den första processen gäller. Principen om "non mutual collateral estoppel" har också – om än uppbyggd på en allmän princip – bara rönt erkännande i vissa speciella situationer och gäller inte alls i sådan utsträckning att en dylik rättskraftsregel kan fungera som class actionalternativ i någon nämnvärd utsträckning. Vidare går ju många av class actioninstitutets fördelar förlorade med detta system och alternativet är följaktligen inte fullvärdigt. Upprepade processer – om än stödda på den första domens rättskraft i huvudfrågan – kan bli nödvändiga om svaranden sätter sig på tvären och vägrar utge skadestånd till alla i klassen, och om kostnaderna för de senare processerna överstiger processföremålet – vilket ofta är fallet vid anspråk av här aktuellt slag – så förblir anspråken individuellt oprocessbara med ty åtföljande negativa effekter i reparativt och preventivt hänseende. De processekonomiska vinsterna blir också begränsade. Man har vidare anledning erinra sig att 1966 års ändringar i Rule 23 företogs bl a för att ge svaranden ökad trygghet i form av rättskraft mot alla i gruppen.[236] Lagstiftaren har alltså givit uttryck för uppfattningen att en rättskraftsregel av tidigare antytt slag åtminstone inte kan accepteras att gälla generellt. Och om man bibehåller class actioninstitutet vid sidan av rättskraftsregler av den här typen är risken stor att svaranden genstämmer alla i klassen om någon väljer individuell process. Tillåts "offensive, non mutual, collateral estoppel" av ovan berört slag får det alltså sannolikt till följd en avsevärd ökning av antalet "defendants class actions."[237]

Ett class actionalternativ i närheten av det nyss diskuterade skulle kunna vara att anknyta till den första domens bevisverkan i stället för dess rättskraft och införa särskilda *bevisregler* i de situationer då det föreligger ett stort antal likartade anspråk. Man kan t ex tänka sig en friare skälighetsprövning av skadeståndsanspråk än RB 35:5 tillåter idag eller en bevisbördeomkastning knuten till den första

235 Ovan s 234.

236 Ovan s 231 f.

237 Se härom ovan s 231 ff.

domen.[238] Förstnämnda lösning har nyligen aktualiserats genom förslag i prop 1987/88:1. Vad gäller tankarna på en bevisbördeomkastning rörande t ex skadeståndsskyldighet i sig förefaller dock skillnaderna mot gällande rätt hårfina; i den mån målen verkligen är närbesläktade har ändå domen i process nr 1 en bevisverkan av likartat slag. Och en formaliserad bevisbörderegel skulle behöva knytas till rekvisit om hur den första processen förts, hur närbesläktade anspråken skall vara osv på ett sätt som s a s bakvägen aktualiserar samma slags problem som man har att bedöma då någon vill föra en class action.

Återstår att snudda vid särskilda *kostnadsregler*[239] och förändrade *yrkesroller* som class actionalternativ. Uppenbart är att generösa regler om rättshjälp och rättsskyddsförsäkring, liksom särregler av den typ rättegångsutredningen föreslagit (dvs kvittning till förmån för konsumenter i vissa fall),[240] kan verka stimulerande på processbenägenheten och därigenom också ha en preventiv, reparativ och prejudikatskapande – men däremot inte totalt sett processekonomisk – effekt på här aktuella rättsområden. Att införa kostnadsregler av det slag vi har för småmålen torde däremot, som redan berörts, knappast fungera som ett medel att nå ökade reparativa och preventiva effekter.[241] Och kombineras en sådan kvittningsregel som den som gäller i mål om mindre värden med möjlighet till provisionsarvode ("contingent fees") skapar man inte ett class actionalternativ utan en grogrund för en vidgad användning av class actioninstitutet. Processer rörande små belopp blir intressanta ur

238 Møgelvang-Hansen (1979 s 12) påpekar att en kollektiv behandling av ersättningsanspråk i praktiken innebär att man prutar på beviskraven. – Betr möjligheten att öka skadeståndssanktionens effektivitet genom en ändring av bevisbördan och beviskraven "på den materiella sidan" se ovan s 517 f, SOU 1982:26 s 49, 1983:18 s 80 och 1983:35 s 140 samt Westerlund, Rätt och miljö s 171. – Betr en friare skälighetsuppskattning se det i DsJu 1986: 10 framlagda (numera genomförda) förslaget till ändring av RB 35:5 och prop 1987/88:1, jfr Koch, Prozessführung s 287 och ovan i kap 8 s 274 ff.

239 Se t ex diskussionsreferatet i Homburger & Kötz s 108 ff och introduktionen i Public interest law s 5.

240 SOU 1982:26 s 223 ff, jfr dock prop 1986/87:89 s 119 f. Se däremot 5 kap 2 § 1 st lagen om rättegången i arbetstvister och Kötz i ovan not 239 a a s 77 not 17.

241 Jfr ovan s 327 ff. – Att kostnaderna normalt kvittas vid arbetsdomstolen och marknadsdomstolen kan – möjligen – bidra till prejudikatsbildningen men får väl främst förklaras med partsställningen där, jfr ovan i kap 9 s 289 f och nedan i kap 15 avsnitt 4 och 5.

ombudssynpunkt först genom den multiplikationseffekt som kan uppnås i grupprättegång.

Effektiva rättsskyddsförsäkringar, liksom generösa möjligheter till rättshjälp, kan uppenbarligen fungera som class actionalternativ då det gäller att öka den materiella lagstiftningens reparativa och preventiva effekt till följd av individuella processer. Den tidigare utvecklingen mot förstärkta resurser på det här området har också kommit att kallas "den första vågen" i access to justice-rörelsen.[242] Under senare år har man emellertid kunnat iaktta en internationell tendens att starkt reducera, ja i vissa fall närmast avliva, rättshjälpen.[243] I Sverige är en utveckling på gång mot att privatisera rättshjälpen på stora områden genom att medge rättshjälp endast i undantagsfall för tvister inom de sektioner som täcks av de vanliga trafik- och villahemförsäkringarna;[244] det blir alltså i fortsättningen de stora försäkringsbolagen som – via regler om självrisk etc – kommer att ha ett betydande inflytande på vilka frågor som skall komma under domstolsprövning. Rättshjälpens inkomstutjämnande effekter försvinner helt; i fortsättningen får alla, oavsett inkomst, via sina (lika stora) försäkringspremier vara med om att betala de processer vissa försäkringstagare vill initiera och försäkringsbolagen anser vara värda att stödja.

Att hoppas på ett livskraftigt class actionalternativ via kraftigt ökade resurser för rättshjälp och/eller via rättsskyddsförsäkringar förefaller i dag fullständigt orealistiskt. Däremot har de år 1982 införda försämringarna i möjligheterna att erhålla rättshjälp vid parallella rättegångar rörande anspråk som stöder sig på väsentligen likartade grunder möjligen stimulerat utnyttjandet av pilotmålsmetoden i Sverige och därmed ett av de klassiska class actionalternativen.[245] Samma effekter torde uppkomma till följd av de

242 Se ovan s 10 och Cappelletti & Garth & Trocker s 686 ff, betr England se Cooper s 161 ff.

243 Se t ex Garth, Introduction s 379, Cappelletti & Garth & Trocker s 706 och Møgelvang-Hansen 1979 s 13. – Mordförsöken i USA inleddes av vicepresident Spiro Agnew (i 58 American Bar Association Journal, 1972, s 930) och har fullföljts under president Reagan, Garth a st.

244 Se SOU 1984:66, prop 1987/88:73 samt Jonsson m fl s 48 ff.

245 Se härom Heuman, Rättshjälp s 9 ff och Larsson i Svensk Juristtidning 1983 s 223 ff, jfr SOU 1984:66 s 87 och nedan i kap 14 s 624 ff.

urusla möjligheterna att erhålla rättshjälp i miljömål.[246] Vill man vara cynisk kan man uttrycka saken så att det förefaller vara en säkrare väg att öka intresset för grupprättegång (och vissa av dess alternativ) att *försämra* förutsättningarna för ordinär individuell process än att *förbättra* dem. Class actions – liksom en excessiv användning av summarisk process[247] – är kanske lika mycket symptom på ett sjukdomstillstånd som uttryck för en hälsosam reformanda. Gruppbildningar uppkommer kanske främst av den anledningen att förhållandena för den enskilde blivit outhärdliga.

Så långt om rättshjälp, rättsskydd och rättegångskostnader. Kostnadsreglerna står i sin tur i visst samband med de traditionella juridiska *yrkesrollernas* betydelse för möjligheterna att recipiera eller utveckla alternativ till class actioninstitutet och jag tillåter mig därför att ta upp även den sistnämnda frågan bland de "inomprocessuella" class actionalternativen. Att t ex acceptera provisionsarvode och annonsering[248] för att uppmuntra *advokaternas* "entreprenöranda" skulle – vad man nu än må tycka om förändringar i den riktningen – möjligen ha positiv effekt i preventivt och reparativt hänseende på områden där processbenägenheten är för låg.

Attityderna inom *domarkåren* är också av betydelse i sammanhanget, inte bara för hur existerande class actionregler tillämpas,[249] utan även för möjligheterna att nå class actionliknande effekter i individuell process; "public law litigation" förekommer inte enbart i samband med class actions.[250] Här, liksom vad gäller rättshjälpsfrågor, förefaller dock åtminstone den amerikanska entusiasmen ha svalnat under senare år.[251] Men även om man avvisar förslag om ökad *officialprövning* kan redan en ökad medvetenhet om processens handlingsdirigerande funktion bidra till att den materiella lagstiftningen får bättre genomslag på det sätt som är class actioninsti-

246 Se senast SOU 1987:32 s 500; prop 1987/88:85 innehåller inga förslag till förbättringar. Vad gäller rättshjälp i miljömål se även Gillberg i Dagens Nyheter 9/2 1988.

247 Så t ex i Frankrike och Holland.

248 Se Cappelletti & Garth & Trocker s 701, jfr även Homburger s 35 betr god advokatsed i USA och Møgelvang-Hansen 1979 s 6.

249 Se ovan s 208.

250 Se Chayes ovan s 440 ff.

251 Jfr ovan s 442 ff.

tutets yttersta ändamål.[252] Av betydelse i det hänseendet är bl a en kraftig *materiell processledning*, särskilt i processer där tvingande civilrättslig lagstiftning aktualiseras i process mellan parter av olika styrka.[253]

(12.2.3) Talerättsliga lösningar, allmän sänkning av talerättströskeln

Class actioninstitutet kan sägas vara en talerättslig konstruktion[254] där käranden ges talerätt rörande annans rättsställning i en, som det verkar, extrem utsträckning.[255] Även om andra betraktelsesätt är möjliga[256] kan man slå fast att de class actionalternativ som förefaller ligga närmast till hands också de framstår som talerättsvarianter. Särskilt vad gäller behovet av ökad handlingsdirigering på civilprocessuell väg i frågor av allmänt intresse har man sökt skapa nya former av "representativ process", talerättsliga lösningar som medger en vidgning av kretsen potentiella processparter. I kapitel 14 skall jag ta upp några av de talerättsliga lösningar som brukar diskuteras i det sammanhanget. Här skall framställningen avslutas med några synpunkter på metoden att genomföra en allmän sänkning av talerättströskeln.

Backer har i ett intressant arbete om bl a talerättsliga frågor i norsk miljörätt visat på sex olika modeller som kommit till användning eller diskuterats internationellt för att bestämma kretsen av dem som kan väcka talan vid domstol rörande "naturingrepp".[257] Från

252 Jfr Johansson s 86 ff, som bl a konstaterar (s 88) att de indispositiva dragen där (i motsats till vid allmän domstol) sannolikt motiverats med en önskan att öka lagarnas genomslagskraft och tillgodose det allmännas behov av rättsbildning. Vad gäller domstols officialprövning se numera framför allt Westbergs i litteraturförteckningen upptagna arbete (1988) som det dock inte varit möjligt för mig att beakta annat än undantagsvis.

253 Lindblom, Konsumentmål s 146 ff och Cappelletti i Access to Justice II:2 s 808 ff. Se även referat av gruppdiskussion vid det 29:e nordiska juristmötet (1981) del I s 185, där en aktiv domarroll anbefalls vad gäller "vardagslivets tvister". Betr *förlikning* se SOU 1982:26 s 137 ff och Fiss s 1073 ff.

254 Ovan s 552.

255 Betr talerätt rörande annans rättsställning se Lindblom, Processhinder s 214 ff.

256 Bl a regler om rättskraft mot tredje man, partsbehörighet, processbehörighet, fiktiv kumulation, delgivning och personlig närvaro kommer i åtanke, jfr ovan s 72 och nedan s 593 not 90.

257 Backer, Rettslig interesse s 12–17.

den traditionella begränsningen till personer (fysiska eller juridiska) med "viss tilknytning til eller interesse i tvisten" går här en skala över talerätt för organisationer[258] (eventuellt efter officiellt godkännande), relator actions,[259] class actions och rätt att som ställföreträdare processa för "parter" i form av naturobjekt (t ex ett träd eller en älv!)[260] till den totala friheten för alla att föra talan, dvs en civilprocessuell "actio popularis". Samtliga[261] dessa sex varianter kan i systematiskt hänseende betecknas som olika metoder att "sänka talerättströskeln". Men vad som nu först åsyftas med en "allmän sänkning av talerättströskeln" är en mer eller mindre långtgående uppmjukning av kravet på den private, individuelle kärandens anknytning till saken. Man kan t ex tänka sig att låta inte bara grannar och kringboende föra förbudstalan vid miljöfarlig verksamhet, man kan släppa kravet på rättslig anknytning till fast egendom vid utformningen av det expropriationsrättsliga sakägarbegreppet,[262] man kan låta alla som bor i ett visst distrikt – oavsett ras, kön, religion osv – föra talan rörande t ex rasdiskriminerande anställningsvillkor vid ett företag på orten oavsett om de själva har – eller ens påstå sig ha – blivit utsatta för diskriminering etc.

Metoden att sänka talerättströskeln för att öka den materiella lagstiftningens genomslagskraft har diskuterats livligt i internationell doktrin och då särskilt just vad gäller process som anses ligga i "allmänt" och "offentligt" intresse.[263] Gränsen mellan vad som är

258 Se vidare nedan s 596 ff. – Vid marknadsdomstolen arbetar man med en jämförelsevis låg talerättströskel vad gäller de organisationer som får föra talan, se härom Johansson s 58 ff rörande tolkningen av lokutionen "sammanslutning av" i t ex 10 § avtalsvillkorslagen, jfr nedan s 611.

259 Se ovan s 350, 354 och 385 samt nedan s 586 och 593. Backer tar inte med parens patriae och public actions i uppräkningen, se dock a a s 161 ff där offentliga organs tale- och besvärsrätt diskuteras.

260 Se Backer a a s 15 f och Eckhoff i Hefte for Kritisk juss 1980 s 2 ff.

261 En vidgning av talerättskretsen kan naturligtvis också åstadkommas genom en uttunning av kravet på kärandens personliga anknytning till processföremålet, se t ex Lindblom, Kontinuitet s 232 ff rörande talan enligt miljöskyddslagen.

262 Se vidare Lindblom, Det expropriationsrättsliga sakägarbegreppet (stencil), Juridiska Institutionen i Uppsala 1973.

263 Se Wining, Legal identity (1978), The Law Reform Commission of Australia, Report No. 27: "Standing in public interest litigation" (1985), Kötz i I Civil Justice Quarterly (1982) s 237 ff, Backer ovan i texten a a s 14 f och Lindblom, Konsumentmål s 31 ff. Se också diskussionsreferatet i Homburger & Kötz s 110 ff. – Även diskussionen rörande administrativ besvärsrätt är av intresse i sammanhanget, se t ex Backer s 18, Ragnemalm i FT 1971 s

"allmänt" eller "enskilt" intresse i det här sammanhanget är naturligtvis lika svår att dra som alltid.[264] Men så mycket kan åtminstone sägas som att bl a just de class actionintressanta rättsområdena intar en framträdande plats i diskussionen om enskilda processer i allmänt intresse. Betecknande är att man tvingats ta till motsägelsefulla uttryck som "private attorney general" i samband med ansträngningarna att öka utrymmet för privata initiativ på områden där det uppstått behov av att få till stånd en intensifiering av handlingsdirigeringen.[265]

Som redan påpekats ovan är den logiska slutpunkten på resonemang i den här riktningen att avskaffa talerättströskeln helt och hållet och införa ett slags civilprocessuell "actio popularis" ("citizen suit", "Popularklage") på vissa (eller alla) rättsområden.[266] Förslag i den riktningen brukar dock väcka farhågor om ett oacceptabelt intensivt processande, en kverulanternas julafton.[267] Men det är mycket som talar för att en actio popularis alls inte skulle innebära några revolutionerande förändringar i processbenägenheten; bl a erfarenheterna av motsvarande möjligheter i brottmål borde lugna den orolige.[268] Alla taleberättigade väntar sig att någon annan skall gå till aktion. Det är svårt nog att öka processbenägenheten bland de närmast berörda, särskilt vid talan om "diffused, fragmented and collective interests".[269] Försök i USA att utsträcka talerätten radikalt i miljömål på såväl det federala som det delstatliga (Michigan) planet genom att släppa krav på att käranden skall vara personligen berörd av miljöstörningen har resulterat i en synnerligen begränsad ökning av antalet processer.[270] Tanken att det skall stå en massa idealister i

104 ff och Strömberg, Allmän förvaltningsrätt (11:e uppl) 1982 s 196 rörande organisationers besvärsrätt. Jfr även ovan s 543 betr actio popularis i brottmål och nedan s 608.

264 Se ovan i kap 1 s 14 och nedan i kap 14 s 592 ff samt särskilt Thiere s 23 ff.

265 Se härom ovan s 299 ff. Aktuella är (som vanligt) miljö-, antitrust- och civil rights-mål.

266 Se t ex Thiere s 263 och 334 ff.

267 Jfr Lindblom, Kontinuitet s 207 f och Konsumentmål s 17 f och 32 f.

268 Se Koch, Prozessführung s 267 ff (som däremot pekar på risken för att okvalificerade parter uppträder), jfr betr processbenägenheten Heuman i Svensk Juristtidning 1977 s 244 f och (betr England) densamme, Målsägande s 25.

269 Lindblom, Konsumentmål s 17 f och 32 f.

270 Se Tur s 169 och Access to Justice I:1 s 40 med not 107.

kulissen, fyllda av oegennytta och beredda att begå ekonomisk harakiri i form av process ("utan eget intresse") mot t ex miljöstörande företag eller tillverkare av farliga produkter, förefaller helt verklighetsfrämmande. Svenska erfarenheter talar i samma riktning; de taleberättigades krets i miljömål utvidgades radikalt i slutskedet av arbetet på miljöskyddslagen men detta förefaller inte ha avsatt några märkbara resultat.[271] Antalet processer är – trots vissa tecken på en uppgång på senare tid – fortfarande synnerligen lågt, ja sannolikt ännu lägre än på många andra jämförbara rättsområden.[272]

En sänkning av talerättströskeln kan, som antyddes inledningsvis, fungera som class actionalternativ endast vad gäller den preventiva funktionen; förbudstalan är det enda som kan komma ifråga om alla skall ges möjlighet att föra talan. Så snart det blir fråga om att yrka ersättning för tredje man har vi lämnat alternativen och kommit över på olika former av grupptalan.

Då det gäller "tröskelmetodens" för- och nackdelar kan hänvisas till vad som sagts rörande individuell process contra class actions i förbudsmål över huvud taget.[273] Vad man uppnår med en sänkning av talerättströskeln är ju endast – en eventuell – ökning av antalet individuella processer. Däremot blir effekterna annorlunda om man använder en reformering av talerättsreglerna till att ge offentliga organ eller privata organisationer möjlighet att föra process på här aktuella områden. Det kommer att visa sig i nästa kapitel.

3. Sammanfattning och avslutande synpunkter

Utgångspunkten för det här kapitlet har varit framställningen i kapitel 12. Jag konstaterade där att class actioninstitutet utöver sin rent processekonomiska funktion också har preventiva och reparativa uppgifter, båda med sikte på att ge de materiella reglerna maximal genomslagskraft. Härtill kommer så vissa andra ändamål som t ex rättsutveckling och prejudikatsbildning. Class actioninstitutet är för-

271 Se Lindblom, Kontinuitet s 224 ff och Bengtsson i NU 1976:25 s 75 f och 93 samt Michelson s 75 ff.

272 Processbenägenheten anses internationellt sett vara låg i Sverige ö h t, jfr Victorin s 133 och Lindblom, Procedure s 105 f.

273 Jfr ovan s 465 ff och nedan s 624 ff samt i kap 15 avsnitt 7.

enat med en rad för- och nackdelar vad gäller möjligheterna till funktionsuppfyllelse i alla dessa hänseenden.

Särskilt om de preventiva och reparativa uppgifterna accepteras fullt ut är det lätt att visa på ett nästan förvirrande stort antal alternativ till grupptalan av det slag class actions utgör ett av de främsta exemplen på. En framställning om alternativen riskerar därför att skymma sikten för class actioninstitutets plats i systemet lika mycket som att göra denna tydlig. Till detta bidrar även svårigheterna att systematisera alternativen på ett logiskt och pedagogiskt riktigt sätt. Med en författare som inte kan utge sig för att vara allvetare är det också ofrånkomligt att framställningen blir i hög grad rapsodisk, oproportionerlig och lös i köttet.

Att jag ändå vågat mig på att presentera class actionalternativen i vid mening (eller åtminstone en del av dem) skall ses mot bakgrund av att det i stort sett saknas framställningar av den typen i den litteratur jag kommit i kontakt med. Och detta har känts som en stor brist. Om det nu visar sig att inte särskilt mycket går att få ut av försök i den riktningen är ändå åtminstone något vunnet.

Det framstår inte som meningsfullt att här försöka sammanfatta framställningen i det föregående; jag hänvisar till den förteckning över alternativ som presenterades redan i avsnitt 1. Vad som bör upprepas är dock att indelningen i alternativ "inom och utom domstolsväsendet" naturligtvis bara är en av många tänkbara distinktioner och att den lider av flera uppenbara brister. Så är t ex kriminalisering knappast ett realistiskt alternativ om ej efterföljande lagföring, straffverkställighet etc tas med i bilden; värdet av fond- och försäkringssystem hänger intimt samman med formerna för prövning av anspråk riktade mot organ av detta slag; privata organisationer liksom statliga och kommunala myndigheter kan tänkas verka både inom och utom domstol osv. Den främsta anledningen till att uppdelningen mellan inom- och utomprocessuella alternativ ändå fått styra dispositionen är att framställningen härigenom kan starta på ett mycket allmänt plan för att sedan successivt snävas in och närmas till de class actionalternativ som mest erinrar om jämförelseobjektet, dvs andra former av grupptalan och pilotmål. En, relativt sett, utförligare redogörelse för dem bildar resans naturliga slutpunkt. Men då finns också så pass mycket att säga att det förefaller lämpligt att låta redogörelsen för dem bilda ett särskilt kapitel, det som skall följa härnäst.

Innan vi lämnar den fragmentariska skildringen av övriga class actionalternativ bör dock två påpekanden göras. För det första man

kan konstatera att vi i Sverige har tillgång till flera class actionalternativ som i stort sett saknas i USA, så t ex lösningar av den typ småhusskadefonden och patientskadeförsäkringen representerar. Ytterligare exempel är processen vid marknadsdomstolen, ombudsmannaorganisationen och de långtgående möjligheterna att – även via åklagaren – framställa enskilda anspråk i brottmål. Skillnader av det slaget kan utgöra en del av förklaringen till att vi saknar class actions i Sverige medan denna processform förefaller fylla ett stort behov i USA.[274] Å andra sidan verkar det verklighetsfrämmande att se dessa skillnader som enda förklaring till att class actions är okända i svensk rätt. Och class actioninstitutet skulle säkert överleva i USA även om det kompletterades med motsvarigheter till svenska alternativ av nyssnämnt slag.

Det sist sagda leder fram till det andra påpekande som skall göras innan vi övergår till att bekanta oss med class actioninstitutets närmaste grannar: class actionalternativen är inte alternativ i ordets snävaste mening. En lösning utesluter inte en annan och de olika formerna för att uppnå bättre genomslag för den materiella lagstiftningen är inte – åtminstone inte alltid – *konkurrerande* utan *kompletterande* alternativ. Detta kommer att framgå även i nästa kapitel.

274 Se vidare nedan s 669 ff.

Kap. 14 Närmare om statlig grupptalan, organisationstalan och pilotmål

". . . a perversion rather than a consistant development. . ."

Malina & Blechman[1]

1. Inledning 567
2. Statlig grupptalan ("parens patriae", "public actions") 568
   - 2.1 Statlig aktivitet i civilprocessen 568
   - 2.2 "Parens patriae" och "public actions" i USA 572
     - 2.2.1 Den första fasen – ett kungligt prerogativ 572
     - 2.2.2 Den andra fasen – "quasi-sovereign rights" 573
     - 2.2.3 Praxis och doktrin fram till början av 1970-talet – *Hawaii v. Standard Oil Company* 574
     - 2.2.4 Den tredje fasen – terminologisk förbistring, "parens patriae" och "public actions" 581
   - 2.3 Funktioner, för- och nackdelar 587
   - 2.4 Sammanfattande och avslutande synpunkter: statlig grupptalan och process i allmänt intresse. Debattläget 592
3. Organisationstalan ("Verbandsklage") 596
   - 3.1 Terminologi och avgränsningar 596
   - 3.2 Bakgrund, förekomst m m 601
   - 3.3 Funktioner, för- och nackdelar 614
   - 3.4 Sammanfattande och avslutande synpunkter rörande organisationstalan 621
4. Pilotmål ("test cases", "Musterprozessen") 624
   - 4.1 Terminologi och avgränsningar 624
   - 4.2 Bakgrund, förekomst m m 627
   - 4.3 Funktioner, för- och nackdelar 628
   - 4.4 Sammanfattande och avslutande synpunkter rörande pilotmål 634
5. Sammanfattning och avslutande synpunkter 636

[1] Nedan s 595.

1. Inledning

Många av de alternativ till class actioninstitutet som diskuterades i föregående kapitel avsåg utomprocessuella åtgärder för att uppnå reparativa och preventiva förbättringar inom t ex konsument- och miljörätten. Några alternativ var dock av renodlat processuell natur och av dem gällde en undergrupp särskilda förfaranden och särregler i tvistemål vid allmän domstol och då inte särskilda institut för grupptalan utan partiella reformer som kan verka i samma riktning. Men även om man på detta sätt kan diskutera class actionliknande former av representativ grupptalan har hittills inte mycket sagts om de processformer som kanske ligger class actioninstitutet närmast, nämligen statlig grupptalan och organisationstalan. Inte heller den metod som på sätt och vis utgör motsatsen till grupptalan men ändå kan fylla ungefär samma funktion – pilotmål – har varit föremål för någon uppmärksamhet annat än motsatsvis vid beskrivningen av class actioninstitutets för- och nackdelar i kapitel 12.

Alla de här tre class actionalternativen är naturligtvis förtjänta av sina egna monografier och de två sistnämnda har redan fått avsevärd uppmärksamhet. Heumans bok om rättshjälp och pilotfall har dock en helt annan inriktning än den här aktuella och litteraturen om organisationstalan avser huvudsakligen tyska förhållanden ("Verbandsklage").[2] Direkta jämförelser med class actioninstitutet är därför svåra att utföra med hjälp av dessa arbeten. Störst är dock kanske bristen vad gäller litteratur om statlig processuell aktivitet vid allmän domstol; förutom en värdefull men ganska ytlig komparativ översikt inom ramen för Access to Justice-projektet[3] finns på det utomnordiska området i stort sett endast några amerikanska artiklar,[4] de flesta med inriktning på antitrustmål, samt vissa tyska arbeten[5] som mera i förbigående berör frågor av här aktuellt slag.

Bl a av dessa skäl har det erbjudit stora svårigheter att få grepp om utvecklingen och omfattningen av "statlig civilprocess" (främst i USA) och dess för- och nackdelar som alternativ till class actioninstitutet. Men "statlig grupptalan" av olika slag framstår redan vid ett ytligt betraktande som ytterst intressant i sammanhanget och jag

2 Se vidare nedan s 602 ff.

3 Capelletti i Access to Justice II:2 s 769 ff.

4 Se nedan i not 20 anförd litteratur, jfr dock även t ex The law reform commission of Australia, Report No. 27.

5 Se t ex Koch, Prozessführung s 112 ff och Gottwald s 31 f.

har därför velat presentera något mer än en katalogartad framställning på det området. Trots risken för att materialets svåråtkomlighet[6] och ofullständighet samt den terminologiska och begreppsliga förvirringen kring "public actions", "parens patriae" etc kan ha lett mig vilse, inleds framställningen här med en redogörelse för utvecklingen av statligt initierad civilprocess i USA. Organisationstalan och pilotmål kommer att ägnas mindre utrymme i det hänseendet; ambitionen därvidlag är endast att teckna en översiktlig bakgrund för att sedan kunna beröra dessa processtypers möjligheter till funktionsuppfyllelse, deras för- och nackdelar på ett sätt som ger möjlighet till jämförelser med motsvarande partier rörande statlig grupptalan och class actions.[7]

2. Statlig grupptalan ("parens patriae", "public actions")

2.1 Statlig aktivitet i civilprocessen

Med statlig grupptalan kan man t ex avse att ett statligt organ agerar civilprocessuellt på ett sätt som får direkt betydelse för en större eller mindre grupp medborgare. Nära nog alla statliga processuella aktiviteter fångas då in; utanför faller möjligen vissa av de rättegångar där staten uppträder som part utifrån en civilrättslig position som köpare, säljare, fastighetsägare, skadeståndsskyldig etc. Men man kan naturligtvis också reservera begreppet grupptalan för blott de fall då det är fråga om representativ process i class actionliknande mening, dvs då staten utan uppdrag för talan för en avgränsad krets av medborgare som alla – oavsett processens utgång – blir bundna av domen.[8] Även om rättegångar av det slaget förekommer i viss omfattning, och även om förslag om sådan statlig grupptalan spelar en ganska viktig roll i debatten de lege ferenda,[9] är emellertid

6 Jämförelsevis litet finns skrivet om parens patriae i nordisk litteratur, se dock t ex Backer, Rettslig interesse s 161 ff och Lindblom, Konsumentmål s 91 ff; åtminstone den sistnämnda framställningen lider av den terminologiska röra som kännetecknar hela rättsområdet.

7 Betr för- och nackdelar med class actions se ovan kap 12 s 465 ff.

8 Betr termerna representativ process och grupptalan se även ovan s 19 ff och nedan s 596 ff.

9 Se t ex det ovan i kapitel 10 s 348 ff och nedan s 585 f berörda förslaget samt (för svensk rätts vidkommande) Eisenstein, Consumer protection s 49 ff. Jfr även nedan s 581 ff betr "the Hart-Scott-Rodino Act".

statlig aktivitet på det civilprocessuella området i allmänhet inte av gruppkaraktär i denna inskränkta mening. I det breda perspektiv som här anlagts på class actionalternativen[10] är det då inte konsekvent att enbart beröra statlig grupptalan av det slaget. Jag har därför valt att arbeta med en vid definition på begreppet statlig grupptalan i det följande. Ytterligare ett skäl för detta är att de processuella företeelser som dominerat åtminstone den amerikanska debatten på området – parens patriae och public actions – inte annat än i vissa fall låter sig infogas under begreppet grupptalan i snäv mening. Att avgränsa framställningen till enbart dessa fall av grupptalan skulle vara att omöjliggöra förståelsen för institutens framväxt och användningsområden; det skulle vara att låta terminologin styra innehållet på ett ur saklig synpunkt omotiverat och olyckligt sätt. En viss terminologisk slapphet i inledningsskedet borde därför vara ursäktlig, särskilt som det blir anledning att återkomma till den rådande begreppsförvirringen längre fram.[11] Utgångspunkten nu är således att diskutera statlig aktivitet i civilprocessen på ett ganska allmänt plan.

Vid genomgången av class actionalternativ i kapitel 13 har jag redan redogjort kortfattat för metoden att låta offentliga – statliga och kommunala[12] – organ av olika slag, myndigheter, ombudsmän etc, verka *utom* domstolsväsendets ram på t ex konsument- och miljöskyddsområdet. Där framgick att det föreligger en utbredd internationell skepsis vad gäller sådana organs möjligheter att fullt ut tillgodose behovet av handlingsdirigering och kompensation på nyssnämnda (liksom flera andra) rättsområden; bl a bristande personella och ekonomiska resurser samt risken att övervakande organ så småningom blir lierade med den verksamhet de är satta att bevaka har anförts som skäl för att "administrative agencies" o dyl aldrig ensamma kan anförtros alla de uppgifter som kan komma ifråga i sammanhanget.[13]

Offentlig verksamhet för att tillse att lagarna efterlevs på här aktuella rättsområden försiggår i allmänhet i förvaltningsmässiga och förvaltningsprocessuella former och följaktligen utom ramen för

10 Se ovan i kapitel 13 s 485 ff.

11 Se nedan s 581 ff.

12 I det följande använder jag uttrycket "statlig" grupptalan även för kommunal aktivitet på området.

13 Se ovan s 523 ff, jfr även Cappelletti & Garth i Access to Justice I:1 s 37 f.

tvistemålsprocess vid allmän domstol; den processuella verksamhet som förekommer är framför allt brottmålstalan och – i några fall – process vid specialdomstol för det särskilda rättsområdet. Ett intressant exempel på statlig grupptalan av det sistnämnda slaget är konsumentombudsmannens och näringsfrihetsombudsmannens processer vid den svenska marknadsdomstolen; rättegången där företer ju särdrag i en rad hänseenden.[14]

Möjligheterna till statlig aktivitet i dispositiva tvistemål vid *allmän* domstol är däremot starkt begränsade i de flesta länder; i Sverige existerar de knappast överhuvudtaget.[15] Staten tillhandahåller genom civilprocessen ett instrument för enskilda parter att göra upp om sina respektive rättigheter och skyldigheter; det allmänna lägger sig oftast inte i hur parterna tillvaratar sina möjligheter därvidlag och figurerar – åtminstone i Sverige – endast undantagsvis som aktör på den civilprocessuella arenan.[16]

Den svenska tvistemålsprocessens ("*civil*processens") privata karaktär följer naturligt av det traditionella synsättet att skilja mellan privat och offentlig rätt och därmed mellan civilprocess och förvaltning (samt förvaltningsprocess). Tankemönstret förefaller vara ungefär detsamma i många andra länder men svensk rätt framstår som ett av de mest utrerade rättssystemen i detta hänseende, åtminstone om man ser till process enligt RB, dvs vid allmän domstol. En rigid processuell hållning härvidlag är naturligtvis att vänta särskilt i utpräglat individualistiska samhällen med en liberalt organiserad ekonomi. En "privatkapitalistisk" rättegångsordning som den svenska borde passa bäst in i ett samhälle helt byggt på marknadshushållning.

Att den allmänna civilprocessen i dag verkar vara betydligt mer avskärmad från statligt engagemang i vårt land än i t ex USA är naturligtvis i viss mån en synvilla betingad av domstolsorganisationen; den civilprocessuella utvecklingen i vårt land har till stor del ägt rum vid sidan av allmän domstol. Men man kan också hävda att

14 Se vidare nedan s 609 ff, jfr numera även SOU 1987:24 s 171 ff. – Betecknande nog ansågs marknadsdomstolen länge inte vara en domstol i egentlig mening. Se härom, samt rörande de särdrag som präglar processen vid marknadsdomstolen, Lindblom, Tes s 799 och Johansson s 54 ff, ovan i kapitel 13 s 539 ff och nedan s 609 ff betr organisationstalan.

15 Se Lindblom, Konsumentmål s 38 ff, jfr betr tysk rätt Thiere s 213 ff.

16 Se Lindblom, Konsumentmål s 24 och Cappelletti & Garth, The protection s 124.

det nyss antydda sambandet mellan civilprocess och samhällssystem inte existerar vad gäller inslaget av statligt engagemang eller att det svenska samhället är mer privatkapitalistiskt och det amerikanska mer statsdirigerat än man vanligen antar. Civilprocessen i USA framstår nämligen, som strax skall framgå, inte alls som en ren privatsak i samma utsträckning som den svenska.

Det är inte bara senare tids uppluckring av gränsen mellan enskilda och offentliga intressen som gör att man kan tala om en viss avprivatisering av tvistemålsprocessen i USA ("public law litigation").[17] Det finns också traditionellt avsevärda möjligheter och skyldigheter för offentliga organ att uppträda som part i civilprocess vid allmän domstol. Medborgarna har – enskilt och i grupp – vittgående möjligheter att ifrågasätta grundlagsenligheten i lagar och avgöranden fattade av offentliga organ och prövningen härvidlag sker vid allmän domstol. Statliga likaväl som kommunala myndigheter figurerar därför inte sällan som svarandeparter (i t ex rättegångar rörande diskriminering vid statliga anställningar och inom skolväsendet). Men statliga myndigheter har också – åtminstone på papperet – traditionellt vissa möjligheter att ta initiativ till process och uppträda som kärande vid allmän domstol. Detta gäller – i varierande utsträckning – även i t ex England, Kanada, Australien, Frankrike, Sovjetunionen och de östeuropeiska staterna. Här skall bara nämnas de befogenheter som tillkommer "the Attorney General" i den anglo-amerikanska rättssfären, "ministère public" i Frankrike och "procuratora" i de östeuropeiska länderna. Att sedan dessa faktiska befogenheter mera sällan kommer till praktisk användning i de flesta länder är en annan historia.[18] Åtminstone i USA har man dock kunnat iaktta ett ökat intresse för statlig aktivitet på det här området under de senaste decennierna. Debatten gäller i stor utsträckning olika former av "parens patriae" och "public actions". Det avsnitt som nu följer inriktas helt på utvecklingen av dessa processformer.

17 Jfr dock ovan i kap 12 s 442 f betr "the spirit of the 80's".

18 Se t ex Cappelletti i Access to Justice I:1 s 37 f och II:2 s 775 ff, Taylor & Head s 599 ff. Se även Thiere s 235 ff betr "ministère public" och s 240 ff vad gäller "procuratora".

2.2 *Parens patriae och public actions i USA*

2.2.1 Den första fasen – ett kungligt prerogativ

"Attorney generals", "ministère public" och "procuratora"[19] har i så måtto en gemensam historisk bakgrund att de alla åtminstone i viss utsträckning grundar sina befogenheter på begreppet *parens patriae*. Men den teoribildning och praktiskt-processuella verksamhet denna rättsfigur givit upphov till förefaller numera mest omfattande och betydelsefull i amerikansk rätt som – kanske överraskande för någon – i dag erbjuder det måhända mest dynamiska och intressanta studieobjektet också då det gäller statligt engagemang i civilprocess vid allmän domstol. Parens patriae-begreppet har där genomgått en dramatisk utveckling och fått en betydligt bredare innebörd än tidigare. En rättshistorisk tillbakablick är nödvändig för att den aktuella amerikanska diskussionen de lege lata och de lege ferenda skall bli begriplig. Utvecklingen kan delas in i tre faser och precis som då det gäller class actioninstitutet får man söka institutets rötter i medeltida engelsk rätt.

I det feodala England uppfattades kungen som "father of his country" (parens patriae) med vissa därav följande rättigheter och skyldigheter då det gällde att tillvarata sina undersåtars intressen.[20] En del av dessa rättigheter behöll monarken som "the royal prerogative" även då landets konstitutionella utveckling fjärmade styrelseskicket från den ursprungliga feodalismen. Men kungens funktion i det här avseendet var i princip inskränkt till de innevånare som själva saknade rättslig handlingsförmåga; han var "the general guardian of all infants, idiots, and lunatics".[21] Därutöver utövade han dock en omfattande kontrollfunktion beträffande all välgörenhet ("charities") i riket.

Det kungliga prerogativet har levt kvar i England i nästan oförändrat skick. Men den berörda gruppen av omyndiga kom att inskränkas ytterligare till dem som saknade annan vårdnadshavare,

19 Att även den ryske "procuratorn" ingår i familjen kan förklaras med det franska inflytandet i rysk rätt före revolutionen; det går alltså en linje från parens patriae över ministère public till prokuratora, jfr Cappelletti i Access to Justice II:2 s 794.

20 Se Malina & Blechman s 197 f med hänvisningar till Blackstone, jämför även Note, State protection s 412 och rättsfallet *Hawaii v. Standard Oil Co*, 405 US 251 (1971) s 257 (nedan s 576 ff) samt ovan i kap 2 s 50.

21 Blackstone såsom han citeras i *Hawaii* s 257.

samtidigt som bl a vissa "committies" (motsvarande barnavårdsnämnder etc) tagit över det mesta av den statliga "vårdnadsfunktionen" som snart också kom att omfatta tillvaratagande av de "bortavarandes" rätt. Vad gäller välgörenheten i riket är uppsynen – utövad via lordkanslern – däremot fortfarande av generell natur och omfattar bl a statlig kontroll över det betydelsefulla trustinstitutet.[22]

2.2.2 Den andra fasen – "quasi-sovereign rights"

Rätten och skyldigheten för landets överhöghet att kontrollera välgörenheten och bevaka vissa omyndigas rätt hade i och med det amerikanska frihetskriget på 1700-talet gått över på de olika amerikanska staternas främsta företrädare som uppträdde som parens patriae i dessa hänseenden. När sedan federationen bildades flyttades delvis dessa rättigheter vidare över till den federala regeringen och låg delvis kvar i de enskilda delstaternas exekutiva maktsfär.

Men parens patriae-institutet har fått ett betydligt vidare användningsområde än så. Den statliga processuella verksamheten – utövad av "the Attorney General" i respektive delstat[23] – inriktades sedan federationen bildats i minst lika hög grad på att utnyttja den i konstitutionen fastlagda rätten att dra en annan delstat – eller en av den andra delstatens innevånare – inför den federala högsta domstolen för att lösa interstatliga konflikter rörande t ex gränsområden och gemensamma vattenvägar. Företeelsen är känd så långt tillbaka som från början av 1800-talet. Delstaternas "talerätt" (eller federala jurisdiktion) i detta hänseende erbjöd inga särskilda problem så länge processerna gällde anspråk av nyssnämnt slag och därmed anknöt direkt till konstitutionen. Att "talerätten" var grundlagsfäst bidrog, kan man föreställa sig, till att parens patriae-doktrinen åtminstone till en början inte åberopades i sammanhanget. Men i slutet av 1800-talet började de federala domstolarna (även i lägre instanser) att acceptera delstaterna som parter också i vissa tvister rörande innevånarnas "*general* health, safety and welfare" (min kursiv), nämligen då de enskilda innevånarna saknade rätt att själva väcka talan.[24] Att medborgarna själva inte hade sådana möjligheter att processa berodde dock inte, som vid parens patriae enligt det kung-

22 Malina & Blechman s 199 f.

23 Betr "the Attorney General" se ovan s 350 not 61.

24 Malina & Blechman s 203 med not 52.

liga prerogativet, på att de saknade förmåga att bevaka sina egna intressen utan på att de intressen det gällde svårligen kunde ges en individuell anknytning; det var här fråga om befolkningen i stort och inte enbart vissa individer.

Delstaternas offentliga företrädare fick alltså via en utveckling i praxis[25] en möjlighet att agera processuellt för att tillvarata vad man kallade – och kallar – "quasi-sovereign rights", dvs "health, comfort and welfare of the populase, interstate water rights, pollution-free interstate waters, protection of the air and earth from interstate pollutants, and the general economy of the state".[26] Och eftersom delstaten uppträdde som innevånarnas beskyddare och överhuvud ("quasi" framför "sovereign" för att det gällde *del*staterna) uppfattades deras processuella rätt som en form av parens patriae trots att rättegångarna varken gällde omyndiga eller välgörenhet. Gemensamt med den ursprungliga formen av parens patriae var visserligen att "suveränen" uppträdde för att tillvarata undersåtarnas rättigheter i fall då detta inte kunde överlämnas till dem själva. Men klart är att "(t)he nature of the *parens patriae* suit has been greatly expanded in the United States beyond that which existed in England".[27] Denna utveckling har fortsatt ända in i vår tid.

2.2.3 Praxis och doktrin fram till början av 1970-talet – *Hawaii v. Standard Oil Company*

Fram till *Hawaii v. Standard Oil Company* (1971) – det viktigaste rättsfallet rörande parens patriae, åtminstone om man ser till följderna i form av lagstiftning och doktrin – hade de flesta rättsfall rörande "quasi-sovereign rights" gällt talan om förbud eller fastställelse ("injunctive" och "declaratory relief") i miljöskyddsmål. Rätten till motsvarande processer i antitrustmål och frågan om tillåtligheten av skadeståndstalan hade dock aktualiserats i ett tidigare centralt mål rörande parens patriae, nämligen *Georgia v. Pennsylvania R. Co* (1945).[28] Delstaten Georgia yrkade här såväl förbud

25 Se *Louisiana v. Texas*, 176 U.S.1 (1899), *Missouri v. Illinois*, 180 U.S. 208 (1901) och *Georgia v. Tenessee Copper CO*, 206 U.S. 230 (1907) m fl varom Malina & Blechman s 203 ff, Note, State protection s 413, Comment, State standing s 1072 ff och *Hawaii* s 257 f.

26 Note, State protection s 412 f.

27 *Hawaii* s 257.

28 324 U.S. 439 (1945).

som skadestånd under åberopande av att delstatens ekonomi lidit allvarlig skada till följd av prisöverenskommelser ett 20-tal järnvägsbolag ingått i strid med den federala antitrustlagstiftningen. Supreme Court biföll Georgias talan i förbudsdelen men fick, av skäl som vi här kan bortse från, aldrig anledning att ta slutlig ställning till skadeståndsyrkandet. Supreme Court gjorde emellertid ändå en del uttalanden i skadeståndsdelen och dessa blev länge föremål för skilda tolkningar; somliga hävdade att *Georgia* helt saknade prejudikatsvärde i skadeståndsdelen, andra menade att domen borde förstås som ett klart stöd för att en skadeståndstalan av aktuellt slag var möjlig att föra enligt parens patriae-doktrinen. Det skulle visa sig att båda dessa uppfattningar fanns representerade 25 år senare ända upp i Supreme Court.[29]

De som hävdat att parens patriae-doktrinen ger delstaterna rätt att även föra talan rörande skadestånd har resonerat t ex på följande sätt:

> "The States have traditionally been viewed as "protectors" of persons unable to aid themselves. Under the *Georgia* decision, States may exercise their parens patriae powers to protect consumers injured by antitrust violations. Furthermore, since such suits are in the "public interest" the attorneys general are empowered to institute such actions persuant to pertinent state statutes or judicial decisions. Class actions under Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure do not afford consumers a viable remedy because the potential class may be too unwieldy and because, when individual damages are small, consumers may be too apathetic to gather the prove required to sustain their claims. For want of an adequate procedure, antitrust violators may be permitted to retain the fruits of their wrongdoing. Therefore, in order to provide both an effective remedy for consumers and a viable deterrent to antitrust violators, parens patriae suits for treble damages should be allowed."[30]

Resonemanget illustrerar hur anhängarna av ett vidsträckt parens patriae-begrepp låter de två olika formerna av parens patriae – kungens prerogativ att hjälpa "incapable", dvs vissa "svaga" grupper vars medlemmar (barn, utvecklingsstörda etc) saknar rättslig handlingsförmåga, respektive delstaternas möjlighet att processa rörande "quasi-sovereign rights" – *tillsammans* fungera som rättsligt underlag för den påstådda rätten till skadeståndstalan. Sammankopplingen är anakronistisk men verkar ändå ganska närliggande:

29 Se nedan s 577 f.

30 Malina & Blechman s 213 (som här refererar åsikter som de själva ej delar).

när de enskilda innevånarnas individuella skador är så små att de är oprocessbara, åtminstone på individuell basis, blir ju medborgarna i motsvarande mån inkapabla att själva genomdriva sin rätt, åtminstone om de inte är ekonomiskt starka eller själva besitter hög juridisk kompetens. Att staten agerar som parens patriae kan då te sig följdriktigt, dels för att hjälpa den inkapabla gruppen, dels ock för att det är ett hot mot statens allmänna ekonomiska situation och utveckling att ingen förmår ingripa mot "the wrong-doers" i dylika fall. En skadeståndstalan grundad på parens patriae fyller alltså såväl en reparativ (kompensatorisk) som en preventiv (handlingsdirigerande) funktion i fall av här aktuellt slag. Men från rättshistorisk synpunkt är resonemanget naturligtvis felaktigt: staten har inte någon på parens patriae-grund *allmän* befogenhet att agera som en processuell Robin Hood för svaga grupper.[31] De som saknar ekonomiska resurser att genomföra en process är inte för den skull "incapable" i ovan angiven mening. Detta belyses av omständigheterna i, och diskussionerna kring, *Hawaii*:[32]

> Delstaten Hawaii stämde fyra oljebolag, bl a Standard Oil Company of California, för prisöverenskommelser i strid med antitrustlagstiftningen. På ett ur pedagogisk synpunkt välkommet sätt använde man samtidigt flera olika taleformer och yrkade – förutom förbud mot fortsatta prisuppgörelser – ersättning
> *1.* i form av vanlig individuell talan för skada som drabbat delstaten Hawaii i dess egenskap av köpare av oljeprodukter för egen konsumtion;
> *2.* i form av parens patriae-talan för skada som drabbat "the economy and prosperity of the State of Hawaii" samt
> *3.* i form av class action för skada som drabbat alla köpare av olja på Hawaii (inkl delstaten själv).
>
> Hawaii ändrade sin talan flera gånger och i en rad olika hänseenden[33] men formulerade sig till sist på följande sätt i parens patriae-delen:
> "19. The State of Hawaii, acting through its Attorney General brings this action by virtue of its duty to protect the general welfare of the State and its citizens, acting herein as *parens patriae*, trustee, guardian and representative of its citizens, to recover damages for, and secure injunctive relief against, the violations of the antitrust laws hereinbefore alleged.
> "20. The unlawful contracts, combination and conspiracy in restraint of trade, unlawful combination and conspiracy to monopolize and monopolization, hereinbefore alleged, have injured and adversely affected the economy and prosperity of the State of Hawaii in, among others, the following ways:

31 Malina & Blechman s 213 f.

32 405 U.S. 251 (1971).

33 Möjligheterna till taleändring förefaller vara betydligt större än i svensk rättegång.

"(a) revenues of its citizens have been wrongfully extracted from the State of Hawaii;
"(b) taxes affecting the citizens and commercial entities have been increased to affect such losses of revenues and income;
"(c) opportunity in manufacturing, shipping and commerce have [*sic*] been restricted and curtailed;
"(d) the full and complete utilization of the natural wealth of the State has been prevented;
"(e) the high cost of manufacture in Hawaii has precluded goods made there from equal competitive access with those of other States to the national market;
"(f) measures taken by the State to promote the general progress and welfare of its people have been frustrated;
"(g) the Hawaii economy has been held in a state of arrested development."

Hawaii's talan stöddes i "briefs of amici curiae"[34] av "the Attorney Generals" i – om jag räknat rätt – samtliga delstater och man hade också framgång i första instans (*"the district court"*). I class actiondelen avvisades visserligen Hawaii's talan såsom varande "unmanageable",[35] men delstaten tilläts agera som parens patriae inte bara i förbuds- utan även i skadeståndsdelen.[36] Enligt domstolen måste två rekvisit vara uppfyllda för att en skadeståndstalan av här aktuellt slag skall kunna föras under åberopande av parens patriae: det måste vara frågan om "(1) an independent interest of the State and (2) an adverse effect upon a substantial portion of the inhabitants". Domstolen ansåg detta vara fallet och tillät som nämnts parens patriae-talan men uppfattade rättsläget som oklart och gav därför svaranden rätt till särskild fullföljd beträffande tillåtligheten, en rätt som svaranden utnyttjade. (Däremot överklagade Hawaii inte beslutet att avvisa class actiondelen såsom "unmanageable".) *Court of Appeals* ändrade beslutet och vägrade Hawaii att föra skadeståndstalan i form av parens patriae,[37] varefter Hawaii fullföljde till *Supreme Court* vars majo-

34 I Black's law dictionary (s 43) förklaras termen "amicus curiae" på följande sätt: "Means, literally, friend of the court. A person with strong interest in or views on the subject matter of an action may petition the court for permission to file a brief, ostensibly on behalf of a party but actually to suggest a rationale consistent with its own views. Such amicus curiae briefs are commonly filed in appeals concerning matters of a broad public interest; *e.g.* civil rights cases. Such may be filed by private persons or the government. In appeals to the U.S. courts of appeals, such brief may be filed only if accompanied by written consent of all parties, or by leave of court granted on motion or at the request of the court, except that consent or leave shall not be required when the brief is presented by the United States or an officer or agency thereof. Fed.R.App.P. 29."

35 Betr "manageability" se ovan s 206 f.

36 301 F. Supp. 982 (1969), här referat efter Note, State protection s 413 f.

37 431 F. 2d 1282 (1970). Jag har inte haft tillgång till domen i andra instans. Av Supreme Court's dom (405 U.S. 251 s 269) framgår dock att Court of Appeals var "sceptical of the existence of an *independent* (min kurs) harm to the general economy" (431 F. 2d 1282 s 1285), jfr även Handler s 14 i not 76 för ett längre citat från domen.

ritet (5–2)[38] ogillade och/eller avvisade (hur man nu vill uttrycka saken) Hawaii's parens patriae-yrkande i skadeståndsdelen. Domen inleds – i vanlig ordning – med en rättshistorisk exposé från äldre engelsk rätt via amerikansk praxis och doktrin beträffande "quasi-sovereign rights" fram till tiden för domen.[39] Man konstaterar att en delstat är berättigad att föra talan "to prevent *or repair* (min kurs) harm to its 'quasi-sovereign interests'" och utvecklar i förbigående i en fotnot (!) med hänvisning till några rättsfall att delstaten måste föra sin talan "on its own behalf and not on behalf of particular citizens... an action brought by one State against another violates the Eleventh Amendment if the plaintiff State is actually suing to recover for injuries to designated individuals".[40] Men för Supreme Court är det inte detta som är knäckfrågan i målet utan om de skador Hawaii åberopat[41] är ersättningsgilla enligt § 4 i the Clayton Act som medger (tredubbel) ersättning till den som blivit "injured in his business or property" av en åtgärd som är förbjuden enligt the Clayton Act; "... the critical question is whether the injury asserted by Hawaii in its *parens patriae* count is an injury to its 'business or property'". Enligt majoriteten besvaras inte frågan om ersättning kan utgå för en "injury to the general economy of a State" i rättsfallet *Georgia* i the Clayton Act.[42] Efter en (tio sidor lång) diskussion kommer man så fram till att skadorna i fråga inte är ersättningsgilla. Slutsatsen blir att § 4 i the Clayton Act inte ger en delstat rätt att väcka talan för sådana skador, varför avgörandet i Court of Appeals fastställdes. Minoriteten ville däremot upphäva beslutet från Court of Appeals och tillåta Hawaii att föra talan i parens patriae-form för skadorna.

Domen i *Hawaii* visar på ett slående sätt hur bedömningen av en – enligt vårt sätt att se – materiell fråga (om de åberopade skadorna är ersättningsgilla enligt den ifrågavarande lagtexten) får styra utgången av den processuella frågan om den valda taleformen (parens patriae) är tillåten. Och det finns inte något som motsäger att detta tankemönster är lika rationellt som det motsatta: likaväl som det kan vara bortkastad möda att pröva den materiella frågan ("själva saken") om en talan sedan inte kommer att tillåtas på formella grunder kan det vara förspilld tid att ägna den formella frågan uppmärksamhet om talan ändå är dödfödd ur materiell synpunkt.[43] Det visar

38 Majoritetens votum avfattades av Justice Marshall, vari bl a Justice Burger instämde.

39 De ovan nämnda artiklarna av Malina & Blechman och Note, State protection åberopas i domen.

40 *Hawaii* s 258 i not 12.

41 Se ovan s 576 p 1–3.

42 *Hawaii* s 260. Betr *Georgia* se ovan s 574 f, vad gäller minoritetens uppfattning se nedan s 579.

43 Se Lindblom, Processhinder s 96 ff och 239 samt SOU 1982:25 s 433 ff.

sig vidare att de argument Supreme Court anser relevanta i sammanhanget är av både formell och materiell "natur". Majoriteten anför – förutom den rättshistoriska bakgrunden och redogörelsen för tidigare avgöranden, varvid *Georgia* inte tillmätts något prejudikatsvärde i skadeståndsdelen – lagförarbeten av olika slag, de skilda effekterna av upprepade processer rörande förbuds- och skadeståndstalan (t ex risken för dubbelersättning, "double recovery", i sistnämnda fall), de övriga incitament till process som the Clayton Act erbjuder ("treble damage", rätt till ersättning för ombudsarvode och undantag från den federala 10.000 dollarsspärren[44]), svårigheterna att beräkna skadeståndets storlek, tillgången på alternativa processuella vägar för delstaten (t ex brottmålsprocess och att en class action vore lämpligare i det aktuella målet)[45] samt att det enligt Supreme Courts uppfattning krävs uttryckligt lagstöd ("a clear expression of congressional purpose") för att skador av den aktuella typen skall kunna ersättas.[46]

Minoriteten tyckte tvärtom i det mesta: *Georgia* utgjorde ett stöd för att Hawaii's parens patriae-talan borde godtas även i skadeståndsdelen, det krävdes stöd av lagstiftaren (kongressen) för att ge § 4 i the Clayton Act en så restriktiv tolkning som majoriteten gjorde, det var fullt möjligt att tillerkänna Hawaii skadestånd utan att det blev frågan om dubbelersättning, skadeståndsberäkning kunde ske med hjälp av nya tekniker som fanns tillgängliga, svårigheter att beräkna skadans storlek borde inte påverka skadans art och frånta den dess egenskap att avse delstatens "business or property" i den mening som avses i § 4 the Clayton Act. Man ansåg vidare att de frågor som aktualiserades genom Hawaii's parens patriae-talan lämpade sig bättre för ett avgörande efter huvudförhandling ("trial") än redan i samband med den inledande skriftväxlingen ("the pleadings"); Hawaii borde tillåtas fortsätta och fullfölja processen.[47]

44 Se betr dessa tre företeelser ovan s 272, 291 och 179.

45 Detta förefaller ha varit en klen tröst i sammanhanget eftersom Hawaii's talan redan avvisats i class actiondelen. Situationen påminner om en händelse i Ångermanlands skärgård. En seglare frågade i en nyöppnad kiosk om det fanns apelsiner att köpa varvid ägaren stolt svarade: "Nej, men vi har haft bananer!"

46 Hawaii s 264. – Man får väl anta att det sistnämnda argumentet hämtar sin näring ur de övriga, annars förefaller hela resonemangt – utom påståendet om bristande lagstöd – överflödigt i en utsträckning som inte ens kan förklaras med amerikanska domares benägenhet för obiter dicta.

47 Hawaii s 266 ff. Betr trial och pleading se ovan s 250 och 242.

Domarna i *Hawaii* erbjuder förvisso stimulerande och lärorik läsning men rättsfallets betydelse ligger nog framför allt i den debatt som målet föranledde redan före Supreme Court's dom och i den lagstiftning som blev resultatet av den slutliga utgången. Man kan rent av påstå att den viktigaste litteraturen kring det moderna amerikanska parens patriae-begreppet – ett antal artiklar från början av 1970-talet – tillkom medan (och på grund av att) målet låg i Supreme Court för avgörande;[48] ett par av dessa artiklar åberopades t o m i domen i högsta instans.[49] I en av dem, "Note, State protection", anknyter man till de två ovan nämnda rekvisit som diskuterats i domen i första instans, nämligen att det skall föreligga (1) "an independent interest of the State" och (2) att det påtalade beteendet skall ha "an adverse effect upon a substantial portion of the inhabitants".[50] *Det första rekvisitet* torde i och för sig vara ostridigt i praxis och doktrin men innebörden tolkas något olika. Gemensamt är dock att man söker minska risken för dubbelersättning. Kravet på "independent interest" är enligt Note uppfyllt *antingen* (a) om delstaten och innevånarna drabbats av skilda skador – vilket enligt "Note" var fallet i *Hawaii* – *eller* (b) om det är fråga om en skada "to the public at large". Med detta menas att befolkningen i stort drabbas utan att man kan säga precis vilka innevånare det är fråga om, så t ex vid ett radioaktivt utsläpp då man vet att cancerfrekvensen kommer att öka men inte vilka innevånare som kommer att insjukna tio eller tjugo år senare (då skadorna kommer att belasta inte bara dessa individer utan även samhället t ex i form av sjukhuskostnader och minskade skatteintäkter). *Det andra rekvisitet* – att det skall vara frågan om en negativ effekt för en stor del av befolkningen – är mera omstritt; i "Note, State protection", hävdas att det inte behöver vara uppfyllt[51] men man är starkt medveten om att det finns före-

48 Malina & Blechman och Handler är negativa till parens patriae i skadeståndssammanhang medan man i artikeln Note, State protection, intar motsatt ståndpunkt, så även Ziskin.

49 Jfr ovan not 39. Detta skedde trots att Malina & Blechman enligt vad som framgår av deras artikel fungerat som ombud för svarandesidan.

50 För detta och det följande se Note, State protection s 413 ff, jämför ovan s 577 betr domen i "the district court".

51 "(T)he issue of *parens patriae* standing is related to the interest effected, not the number of persons who are injured simultaneously", Note, State protection s 418.

trädare för motsatt uppfattning.[52] Och utvecklingen har gått vidare; den relativa klarhet och terminologiska enhetlighet som uppnåddes i anslutning till *Hawaii* är nu åter raserad.

2.2.4 Den tredje fasen – terminologisk förbistring, parens patriae och "public actions"

Ett prejudikat i Supreme Court får inte sällan på lång sikt effekter rakt motsatta dem man tror sig kunna utläsa av domen. I *Alyeska*[53] underkändes "private attorney general"-teorin rörande ombudskostnader; ersättning härför ansågs inte kunna tillerkännas vinnande part utan stöd i "statute". Resultatet blev att ett stort antal bestämmelser om ersättning för ombudsarvode infördes under åren efter domen och rättsläget i dag är betydligt gynnsammare för den som hoppas på ersättning än det var före *Alyeska*. Utgången i *Hawaii* blev på motsvarande sätt en förlust för parens patriae-anhängarna endast i det korta perspektivet. Supreme Court verkade i och för sig kunna tänka sig skadeståndstalan grundad på parens patriae rörande "separable injuries", men inte enligt § 4 i the Clayton Act; de skador Hawaii åberopat ansågs inte – utan lagstiftarens uttryckliga stöd – ersättningsgilla enligt detta lagrum.[54] Denna "Aufforderung zum Tanz" förklingade inte ohörd, vilket knappast är ägnat att förvåna då samtliga attorney generals i USA (och därmed de högsta juridiska ämbetsmännen i varje delstat) backat upp Hawaii's talan.[55] Några år senare (1976) infördes så genom den s k Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act (i det följande Hart-Scott-Rodino Act) ett tillägg till § 4 i the Clayton Act under rubriken: "Actions by state attorneys general – Parens patriae; monetary relief; damages". Och lagstiftaren (kongressen) stannade inte vid att förklara skador av "Hawaii-typ" ersättningsgilla; man gick mycket längre och tillskapade rätt till parens patriae-talan rörande skadestånd i antitrustfall enligt the Clayton Act inte bara för "separable injuries" utan även – ja framför allt – för innevånarnas individuella skador, dvs just då

52 Så t ex Ziskin (s 586) som menar att detta rekvisit tjänar syftet att förhindra staten från att förbruka statskassan till att hjälpa några få individer; staten måste agera till förmån för "a substantial portion of its populase". Ziskin finner stöd för denna inställning i bl a några rättsfall, jämför även "the district court" i *Hawaii* ovan s 577 och Comment, State standing s 1082.

53 Ovan s 300 f.

54 Se ovan s 578.

55 Se ovan s 577 not 34.

risken för dubbelersättning framstår som störst! Den inledande bestämmelsen (i den flera sidor långa lagtexten)[56] lyder:

> (a) (1) Any attorney general of a State may bring a civil action in the name of such State, as parens patriae *on behalf of natural persons* residing in such State, in any district court of the United States having jurisdiction of the defendant, to secure monetary relief as provided in this section *for injury sustained by such natural persons to their property* by reason of any violation of Sections 1 to 7 of this title. The court shall exclude from the amount of monetary relief awarded in such action any amount of monetary relief (A) which duplicates amounts which have been awarded for the same injury, or (B) which is properly allocable to (i) natural persons who have excluded their claims pursuant to subsection (b)(2) of this section, and (ii) any business entity.
>
> (2) The court shall award the State as monetary relief threefold the total damage sustained as described in paragraph (1) of this subsection, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee. (min kurs)

Medan parens patriae i sina två första faser (det kungliga prerogativet och talan rörande "quasi- sovereign interest") egentligen inte utgör något *alternativ* till en class action vad gäller skadeståndstalan – processerna gäller ju då olika skador – framstår parens patriae i ovan citerade uppenbarelseform närmast som en statlig class action. En skillnad är att staten inte behöver ha lidit någon egen skada för att få representera klassen, men för övrigt finns alla class action-institutets karakteristika representerade: de berörda individerna skall underrättas ("notice"), de har rätt att begära att de utesluts ur "klassen" ("opt-out") och om så ej sker träffas de alla av domens rättskraft. Och som extra socker på moset ger reglerna möjligheter till ersättning för ombudskostnader (för såväl käranden som svaranden). De tillåter även förenklade former för beräkning och fördelning av skadestånd.[57]

De talemöjligheter kongressen tillskapade i antitrustmål som en reaktion på *Hawaii* rubriceras alltså av lagstiftaren som "parens patriae", men uppfyller inte någotdera av de två rekvisit som utbil-

56 Se bil 2, se även Comment, State standing s 1081 f betr *Hawaii* och Hart-Scott-Rodino Act.

57 Vad gäller skadeståndsberäkning stadgas att "damages may be proved and assesed in the aggregate by statistical or sampling methods, by the computation of illegal overcharges, or by such other reasonable system of estimating aggregate damages as the court in its discretion may permit without the necessity of separately proving the individual claim of, or amount of damaged to, persons on whose behalf the suit was brought", § 4 D Clayton Act, 15.U.S.C § 15 d, nedan i bil 2. Betr skadeståndsberäkning se ovan i kap 8 s 274 ff och nedan i kap 15 avsnitt 5.5.

dats i praxis och doktrin rörande parens patriae i skadeståndsmål; talan behöver inte gälla en stor del av innevånarna och får dessutom avse individuella skador. Ja, på sätt och vis kan man säga att den nya lagen inte ändrat rättsläget i just det avseende som var föremål för prövning i *Hawaii*. Skador av det slag Hawaii yrkade ersättning för nämns inte i lagtexten och därmed är dessa måhända fortfarande att uppfatta som icke ersättningsgilla. Däremot har lagen givit parens patriae-begreppet en helt ny innebörd. Gränsen mot class action-institutet förefaller utsuddad och begreppsförvirringen blir därmed svårartad. Tendenser i samma riktning hade i och för sig skymtat tidigare. Så betecknade t ex the District Court i *Hawaii* delstatens class actiontalan (i dess första version) såsom "overlapping, parallel and/or alternative to the parens patriae claim" och i Supreme Court avslutade majoriteten sitt votum med att påstå att "parens patriae actions may, in theory be related to class actions".[58] Parens patriae enligt den nya antitrustlagen framstår som en statlig "super class action".[59]

Marschen mot det terminologiska sammanbrottet hade alltså inletts redan före the Hart-Scott-Rodino Act och även manifesterat sig i de tidigare nämnda anakronistiska försöken att sammankoppla parens patriae som ett kungligt prerogativ med delstaternas rätt till talan rörande "quasi-sovereign interest"; anhängarna av en vidsträckt parens patriae ville ge delstatens företrädare rätt att agera för *alla* som inte förmådde tillvarata sina intressen, inte bara "persons under legal disability".[60] I ett par delstater, Kalifornien och North Carolina, hade vid tiden för *Hawaii* utvecklats särskilda teorier härom, teorier som inriktades på delstatens möjlighet att representera dem som inte kunde antas starta en class action eller ens framställa anspråk på ersättning efter en framgångsrik sådan. Enligt "Kalifornien-teorin" kan delstaten uppträda som något av en god man för de "frånvarande" och lägga beslag på deras eventuella rätt till skadestånd, pengar som får gå in i statskassan och därvid anses komma alla delstatens innevånare till godo. Delstatens talan fyller här en

58 Rättsfallet s 254 och 266 – I Comment, State standing (s 1103 och 1107) uppfattar man class actions och parens patriae som konkurrerande alternativ där praxis ibland givit företräde åt class actions och vägrat parens patriae då sådan talan är möjlig, så t ex i *Hawaii*. Andra rättsfall pekar dock i motsatt riktning.

59 Jfr Ziskin s 593.

60 Se ovan s 575 och Note, State protection s 423 ff.

nära nog renodlat preventiv funktion.[61] Även "Carolina-teorin" går ut på att driva in passiva eller okända klassmedlemmars ersättning, men här öronmärks pengarna och det uppdras åt ett särskilt statligt organ att söka spåra de skadade som inte hört av sig och vidarebefordra pengarna till dem; en reparativ funktion tillkommer alltså jämfört med "Kalifornien-teorin".

I "Note, State protection" försöker man på ett förtjänstfullt sätt hålla de här båda företeelserna utanför parens patriaebegreppet och ger dem i stället beteckningen "class action supplements":

> "The California 'parens patriae' theory and the North Carolina *Receiver ad litem theory* are not true parens patriae actions. The states seek through these theories to represent individuals who fail to present their claims in a class action. This is not an independant quasi-sovereign interest but rather an attempt to represent others who are the real parties in interest. The theories of California and North Carolina are properly turned 'Class Action Supplements' rather *parens patriae* actions. *Parens patriae* has never meant that the judiciary can waste a state with a substantive 'compensable' right which belonged to another plaintiff the moment before and may have to be returned if the reluctant plaintiff appears after all."[62]

Att man i the Hart-Scott-Rodino Act, som tillkom flera år senare, ändå använder parens patriae-terminologin på en företeelse som även den snarare borde kallas "class action supplement", "state class action" el dyl får väl ses som den definitiva bekräftelsen på att parens patriae-begreppet förlorat sin traditionella innebörd. Termen parens patriae har också använts som beteckning på statligt bistånd vid fördelning av inprocessat skadestånd i andra class action-sammanhang, så t ex i det stora antibiotikamålet där delstaten åtog sig att fördela de medel som tillerkändes de skadelidande enligt förlikningsavtalet.[63]

Parens patriae av det slag som lanserades i Hart-Scott-Rodino Act framstår som en djärv och långtgående form av statligt agerande i dispositiva tvistemål. Men lagen fick aldrig så stor praktisk betydelse och delstatens möjligheter att driva anti-trustmål å sina innevånares vägnar på där avsett sätt har inskränkts genom senare lagar och

61 Note, State protection s 425.

62 Note, State protection s 428.

63 Se Malina & Blechman s 195 och Bartsh, A class action suit that worked. The consumer refund in the antibiotic antitrust litigation (1978).

avgöranden.[64] Den terminologiska skadan har dock blivit bestående och risken för missuppfattningar är stor. Parens patriae används numera i (åtminstone) fem olika betydelser: 1. Parens patriae i den ursprungliga engelska varianten (det kungliga prerogativet att agera för vissa omyndiga och i välgörenhetssammanhang), 2. den i USA utvecklade läran att delstaterna kan processa som parens patriae för att tillvara "quasi-sovereign interests" (vad gäller skadestånd bara så länge det inte gäller individuella anspråk), 3. en statlig "super class action" av Hart-Scott-Rodino-typ där ersättning yrkas för innevånarnas individuella skador ("public action" i nedan angiven mening), 4. "class action supplements" enligt "California- eller Carolina-teorierna", dvs rätten att representera dem som ej fångas in genom en vanlig class action och lägga beslag på, respektive vidarebefordra ersättningsbeloppen, och 5. statliga åtaganden att ombesörja fördelning av ersättning till grupper av sina innevånare vid förlikningar i class actions och i class actionliknande situationer.

De typer av parens patriae-processer som betecknats med 1. och 2. ovan kallas i det följande "äkta" parens patriae. Men den variant som tilldrar sig det största intresset vid en diskussion av alternativ till class actioninstitutet, åtminstone vad gäller talan rörande skadestånd, är naturligtvis en statlig "super class action" enligt 3. ovan; taleformerna kommer ju här varandra så nära att det verkligen blir fråga om alternativ även i snäv bemärkelse. I det följande begagnas termen *"public actions"* för sådana processer, dvs då staten agerar i sina innevånares ställe och utan uppdrag från dem yrkar ersättning för skador som de lidit och normalt sett har rätt att driva in på egen hand.[65] En talan enligt Hart-Scott-Rodino Act är således enligt denna terminologi en public action men inte en "äkta" parens patriae. Detsamma kan sägas om process enligt det lagförslag som lades fram i "Bill 1978" och presenterades utförligt ovan i kapitel 10.[66] I grova drag var denna taleform konstruerad på följande sätt:

64 Se betr tillämpningsområdet Berry s 322, jfr Black's law dictionary s 579.

65 Det förtjänar understrykas att termen "public actions" inte förekommer i juridiska ordböcker etc utan är en allmän beteckning som här givits en speciell innebörd, jfr nedan s 594.

66 Se ovan s 348 ff. Förslaget kallas i Australian Law Reform Commission Discussion Paper 11 (s 30) "a variation of the parens patriae action". Eisenstein (Consumer protection s 48 ff) nämner märkligt nog inte Bill 1978 men begagnar termen parens patriae för taleformer av likartat slag. Att döma av bilagan till hans bok har han närmast utgått från Hart-Scott-Rodino Act. Oklarheterna vad gäller terminologin hos Eisenstein kan möjligen bero på

En "civil public action" enligt förslaget i Bill 1978 skulle vara obligatorisk i konsumentmål rörande individuella skadestånd understigande 300 $. Federal eller delstatlig Attorney General skulle då, själv eller via en enskild medborgare,[67] föra talan för alla berörda konsumenter och eventuellt ersättningsbelopp skulle sedan fördelas till de berörda av den amerikanska motsvarigheten till domstolsverket. Meningen var att vanliga class actions enligt Rule 23(b)(3) inte skulle få förekomma inom tillämpningsområdet för denna public action. Även individuell talan avsågs vara utesluten efter bifall till en statlig talan av det här slaget.[68] Därigenom undanröjs effektivt risken för dubbelersättning. Det framgår också tydligt att denna public action inte är någon parens patriae i betydelsen talan rörande "quasi-sovereign interests", dvs rörande sådana delstatliga skador som går att särskilja från de individuella. En public action enligt Bill 1978 företer drag av parens patriae endast i de ovan under 3–5 nämnda betydelserna. Och i de fall då the Attorney General överlåter åt enskild konsument att föra processen blir den närmast att beteckna som en "relator action".[69]

Hart-Scott-Rodino Act fick, som nyss nämnts, aldrig den stora betydelse man skulle kunna vänta sig av lagtextens generösa utformning och Bill 1978 har ännu inte lett fram till lagstiftning.[70] Men man kan ändå, åtminstone enligt vissa bedömare, tala om en tydlig trend i USA (liksom i någon mån i Kanada och Australien[71]) att arbeta för och acceptera ökad statlig aktivitet på det civilprocessuella området.[72] Bill 1978 utgör ju åtminstone ett belägg för att det

att ett avsnitt förefaller ha kommit bort i hans bok. Från avsnitt B i kap III övergår framställningen direkt till avsnitt D som berör för- och nackdelar med parens patriae; något avsnitt C finns inte ö h t. – Nämnas kan också att i förslaget om ett nytt class actioninstitut i Ontario Report ingår regler om möjligheter för en statlig representant att föra processen i vissa fall, se ovan i kap 11 s 421.

67 I sistnämnda fall föreligger en relator action, se härom Cappelletti i Access to Justice II:2 s 827 ff och Cappelletti & Garth, The protection s 132 ff, jfr ovan s 561 not 259 och nedan not 92.

68 Det framgår ej av förslaget om ny talan är möjlig sedan den första talan *ogillats*, däremot att bifall innebär sådant hinder, Summary of draft Bill 1978 s 4.

69 Se nedan s 593.

70 Se ovan s 352.

71 Betr Kanada se ovan i not 66 in fine, vad gäller Australien märks främst den ovan i not 4 nämnda offentliga utredningen.

72 Cappelletti & Garth, The protection s 130, jfr dock ovan s 442 f.

på sina håll finns – eller kanske blott fanns – långtgående ambitioner i den riktningen. Men man måste också erinra sig att lagförslaget lades fram i en helt annan politisk situation än den nu rådande. Och de varianter av parens patriae och public actions som tillkommit under de senaste decennierna förefaller inte särskilt långtgående, åtminstone inte i praktiken.[73] Reformerna har i första hand gällt antitrustområdet där det verkar oerhört svårt att tillskapa tillräckligt effektiva remedier överhuvudtaget. Vissa möjligheter till statlig aktivitet i form av parens patriae-liknande processer har dock tillkommit lagstiftningsvägen också på diskrimineringsområdet och inom arbetsrätten.[74] Även i praxis kan man skönja vissa positiva drag i utvecklingen.[75] Och åtminstone på det delstatliga planet förekommer rätt för statliga organ att anhängiggöra talan av public actiontyp i t ex konsumentmål i vissa fall.[76]

Statliga myndigheter kan naturligtvis även bistå enskilda medborgare både i vanlig civilprocess och vid class actions t ex genom att ställa ombud till förfogande och genom att åta sig att svara för vissa kostnader.[77] Men då har man kommit utanför gränsen för vad som avhandlas i detta kapitel, nämligen direkt statligt deltagande i civilprocessen.[78]

2.3 Funktioner, för- och nackdelar

Då jag nu går över till att diskutera möjligheterna till funktionsuppfyllelse samt för- och nackdelar med statligt initierade processer så avses, då annat ej framgår av sammanhanget, med statlig grupptalan parens patriae i alla dess ovan angivna uppenbarelseformer, dvs

73 Se t ex de i Harvard Developments s 1635 ff anförda exemplen, jfr även de av Gottwald s 33 nämnda exemplen från konsumentområdet. Framgångarna har hittills varit måttliga, lagförslagen täcker bara begränsade rättsområden, så t ex Hart-Scott-Rodino Act varom ovan s 581 ff och Berry s 321 f, jfr Handler & Blechman s 626 ff och Harvard Developments s 1635 ff betr inskränkningarna ifråga om skadeståndsberäkning och fördelning.

74 Se Harvard Developments s 1639 resp 1640 f. – Vad gäller miljörätten se Wright & Miller § 1782, jfr även Backer, Rettslig interesse s 161 ff, betr norsk rätt.

75 Se Cappelletti & Garth, The protection s 130.

76 Se t ex Jeugesen s 301 ff betr New York city.

77 Harvard Developments s 1643 f.

78 Se ovan s 568 ff, betr terminologin se även nedan s 592 ff.

även public actions av den typ t ex Bill 1978 representerar. Detta innebär att class actioninstitutet ibland kan fungera som ett jämförelseobjekt, ibland inte. Vissa "äkta" former av parens patriae – och då närmast skadeståndstalan rörande "quasi-sovereign interests" – avser ju anspråk som inte kan göras gällande av enskilda medborgare och därmed inte i form av enskild process eller en vanlig class action. En statlig process är då inte i alla avseenden ett konkurrerande alternativ till en class action. Men även en process rörande "quasi-sovereign interests" kan fungera som ett komplement vad gäller class actioninstitutets *preventiva och rättsbildande funktioner*. Svaranden och hans likar på t ex konsument- och miljöskyddsområdet kan – liksom vid en förbudstalan – avhållas från beteende som skadar både statens och medborgarnas individuella intressen. Och via ökad prejudikatbildning kan gränsen för vad som är tillåtet fastställas och förskjutas. Processer av det slaget fullgör dock inte class actioninstitutets *reparativa* eller *processekonomiska funktion* på rättsområdet annat än på ett mycket avlägset plan.

Vid andra former av statlig grupptalan, främst public actions i ovan angiven betydelse, t ex en talan enligt Hart- Scott-Rodino Act eller Bill 1978, är det däremot möjligt att göra mer direkta jämförelser med class actioninstitutet vad gäller dess samtliga funktioner; då är det ju fråga om alternativa former av grupptalan rörande samma sak. Det innebär dock inte att funktionsfördelningen är identisk: kanske träder de reparativa och processekonomiska funktionerna i bakgrunden vid en statlig grupptalan medan däremot de preventiva uppgifterna kan ges en mer dominerande roll än vid en vanlig class action.[79] En skillnad är vidare att statliga processer i större utsträckning kan inriktas på just de rättsområden och frågor där det föreligger ett särskilt starkt behov av vägledande avgöranden.

Här skymtar nu redan svårigheterna att hålla allmänna funktionsresonemang åtskilda från mer konkreta för- och nackdelar med respektive taleform. Beträffande detta, liksom vad gäller funktionerna i stort, hänvisar jag till framställningen i kapitel 12. På samma sätt som skedde i det kapitlet kommer nu (med vissa undantag) förbuds-

79 Enligt Summary of draft Bill 1978 är "the private public action" avsedd att "deter unlawful conduct causing widespread harm in small amounts to each individual", jfr ovan s 349 ff.

och skadeståndstalan att behandlas så att säga i klump; det torde ändå framgå vilken eller vilka taleformer som är aktuella.

Senare i detta kapitel kommer motsvarande redovisning att ske beträffande för- och nackdelar vid organisationstalan och pilotmål. Det kan te sig frestande att sammanställa dessa processformer med statlig grupptalan och med class actioninstitutet i fråga om samtliga för- och nackdelar och på den vägen söka nå fram till en rangordning vad gäller möjligheterna till funktionsuppfyllelse. Att upprätta en sådan topplista förefaller emellertid vara en nästan omöjlig uppgift. Eftersom funktionerna inte är jämförbara eller ens ostridiga och eftersom inte heller alla för- och nackdelar kan vara av samma relevans förutsätter en sådan jämförelse att såväl funktioner som för- och nackdelar kan åsättas vissa vikter eller värden. Dessa koefficienter varierar säkert med läsarens eller beslutsfattarens egna värderingar och dessutom mellan de olika rättsområden där grupptalan kan komma ifråga. Vidare är det, som tidigare nämnts, sannolikt mera fruktbart att se alternativen som kompletterande än konkurrerande och arbetet att försöka rangordna alternativen är därmed i stort sett bortkastat.

Av ovan anförda skäl har jag avstått från att här företa närmare jämförelser och totalbedömningar rörande de aktuella processformernas inbördes företräden. Några synpunkter av detta slag återfinns visserligen i nästa kapitel,[80] men de får för övrigt anstå till dess reformbehovet på varje särskilt rättsområde kan penetreras, vilket inte är fallet i detta arbete. Jag har i det följande valt att kortfattat "lista" för- och nackdelar ganska isolerat för varje processform men med class actioninstitutet som huvudsakligt jämförelseobjekt. I motsats till i kapitel 12 sker ingen uppdelning i för- och nackdelar för käranden, svaranden och det allmänna.[81]

En statlig grupptalan är förenad med följande *fördelar*:

1. Process kan komma ifråga även då den ter sig ekonomiskt olönsam för privata parter och ombud. Detta gäller inte bara vid individuellt oprocessbara, utan även vid processimmuna, anspråk.[82] Vidare aktualiseras (troligen) inte den federala

80 Se nedan i kap 15 avsnitt 3.2 och 7.1–2.

81 Jfr ovan s 465 ff.

82 Betr dessa termer se ovan s 449 f.

10.000 dollargräns för federal behörighet som gäller för class actions.[83]

2. Risken minskar att process startas på irrationella grunder (hämndbegär, kverulans, advokaters vinstintresse etc), särskilt om processformen utesluter annan processuell prövning.
3. Åtminstone vissa former av parens patriae och public actions är lättare att hantera för domstolen än en class action.
4. Det behövs ingen prövning av kärandens och ombudets representativitet respektive kvalitet som vid class actions.
5. Regler om opt-out är – kanske – inte oundgängliga.
6. Regler om notice kan förenklas.
7. Staten har god förmåga att bära initialkostnaderna i processen (t ex för "notice").
8. Skadeståndsberäkning och fördelning kan förenklas och delvis lyftas ur processen (avindividualiseras varefter de ersättningsberättigade senare får styrka sina skador och precisera sina anspråk för en särskild statlig myndighet).
9. Det kan ibland vara lättare att bevisa skador för befolkningen i stort än individuell påverkan (så t ex vid luft- och vattenföroreningar).[84]
10. Klassmedlemmarna drabbas inte av några ombudskostnader och domstolen slipper i många fall ta ställning till ombudsarvodenas storlek.
11. Vinnande svarande kan räkna med att få ersättning för sina ersättningsgilla rättegångskostnader.
12. Risken för intressekonflikter bland klassmedlemmarna upphävs eller minskar. (Däremot kan intressemotsättningar föreligga mellan den statliga representanten och klassmedlemmarna.)
13. Risken för slapp och ineffektiv processföring minskar (eventuellt); offentliga organ är ansvariga gentemot det allmänna för sina åtgärder.
14. En offentlig grupptalan kan ge upphov till ett politiskt tryck för förändring.

83 Så Comment, State standing s 1105, betr forumspärren se ovan i kap 5 s 174 ff.

84 Se ovan s 580.

15. Staten är inte – som vid privat process – beroende av att enskild tar initiativ till rättegång och man har därmed en garanti för att rättegång kan komma till stånd när detta ligger i allmänt intresse. (Vanliga tvistemål saknar "självstart".[85])
16. Processerna kan inriktas på områden där behovet av prejudikat är särskilt stort.
17. Ovälkomna och otillständiga förlikningar kan undvikas.
18. Svaranden rättar sig sannolikt efter domen eftersom han har att räkna med att processen följs upp på ett effektivt sätt.
19. En bredare intresseavvägning är möjlig än vid t ex individuell förbudstalan i form av pilotmål.
20. Goda möjligheter föreligger till uppmärksamhet i massmedia.
21. Riskerna för upprepat processande minskar.
22. Staten har ibland tillgång till bättre juridisk och teknisk sakkunskap och undersökningskapacitet än enskilda på vissa områden; myndigheter har en skyldighet att "räcka varandra handen".

Följande *nackdelar* låter sig urskiljas:

1. Det föreligger risk för att enskilda passiviseras; man avvaktar statliga initiativ i stället för att stämma själv (ovan s 528).
2. Det föreligger risk för politisk påverkan (process undviks trots att den är befogad eller startas då den är obefogad).
3. Det finns risk för att bristande ekonomiska och personella resurser hos myndigheterna leder till begränsning av verksamheten och ur allmän eller enskild synpunkt irrationella prioriteringar vid valet av de fall då process skall startas. Risk finns att endast grava och solklara fall förs till domstol.
4. Risk föreligger att de övervakande organen så småningom intar en alltför förstående attityd gentemot dem de är satta att övervaka.[86]
5. Risk föreligger för negativa byråkratiska tendenser i form av krångel, långsamhet, stelhet, passivitet etc.
6. Risk föreligger för "double recovery" och "legal overkill" (dubbelersättning och rättslig överkapacitet).

85 Jfr däremot förhållandena i brottmål.

86 Se ovan s 523 ff.

7. Om offentlig grupptalan är obligatorisk flyttas en del av den rättsliga prövningen över från domstol till administrativ myndighet; beslut att ej väcka talan kan få materiell betydelse och försämra den enskildes odds vid egen process.
8. Det kan uppstå svårigheter att beräkna skadestånd på individuell basis när andra beräkningsgrunder är olämpliga eller otillåtna; svårigheter föreligger vidare att beräkna skadeståndets storlek vid "quasi-sovereign interests".
9. Vid vissa former av offentlig grupptalan (äkta parens patriae) gör kravet på "eget intresse" för staten att rättegång inte kan initieras i alla de fall då detta vore önskvärt.
10. En möjlighet för staten att processa för innevånarnas räkning utan deras hörande i rättegången kan – precis som rätt till class actions – uppfattas som en inskränkning i innevånarnas fri- och rättigheter, i USA som ett brott mot det femte författningstillägget (kravet på "due process of law").
11. Statlig grupptalan är knappast möjlig när annan statlig myndighet är svarande. Även i andra fall kan dubbla lojaliteter försvåra rationella beslut.
12. Det föreligger en risk att svaranden till varje pris vill undvika process och därför lägger sig godvilligt. Härmed förhindras prejudikat.[87]

2.4 Sammanfattande och avslutande synpunkter: statlig grupptalan och process i allmänt intresse. Debattläget

Som framgått av det ovanstående saknas det en fast och etablerad terminologi vad gäller statligt engagemang i civilprocess vid allmän domstol. Motsvarande oklarheter råder beträffande process i allmänt intresse över huvudtaget. Redan det förhållande att vanlig individuell process fyller en samhällsfunktion genom att utgöra ett led i den allmänna sanktionsmekanismen gör det svårt att etablera en fast gräns mellan privat rättegång och process i allmänt intresse. Att staten kan uppträda som subjekt i ordinära rättsförhållanden – och därmed som part i civilprocess – luckrar upp gränsen så att säga från andra hållet. Men det är alls inte självklart att just sådana rättegångar har större betydelse för andra än parterna än då staten ej finns representerad; vissa processer mellan två privatpersoner kan vara av

87 Jfr SOU 1986:1 s 206 ff.

mera allmänt intresse än en del rättegångar då staten (i någon skepnad) uppträder som kärande eller svarande t ex i anledning av ett köp eller ett hyresförhållande.[88]

Gränsöverskridanden förekommer också på andra sätt. Numera är det – åtminstone på den internationella scenen – inte ovanligt att både statliga organ och enskilda personer lämnar sina normala civilprocessuella revir och väcker talan för att "hjälpa varandra": staten för att utverka förbud eller skadestånd till förmån för en grupp (eller alla) medborgare och privatpersoner för att driva process "i allmänt intresse". Då privatpersoner (och privata organisationer) utnyttjar denna möjlighet är det ofta en konsekvens av att talerättströskeln är låg på vissa områden, så t ex inom miljörätten och då det gäller "civil rights". Man säger ibland att den enskilde startar *public interest actions*[89] och att sådana processer utgör exempel på *public law litigation*.[90] Eftersom processuell aktivitet av det här slaget normalt ankommer på delstatens attorney general kallas en privatperson som åtar sig motsvarande uppgifter (genom att starta en class action eller "vanlig" process) för en *private attorney general*.[91]

I vissa länder – framför allt de anglo-amerikanska – förekommer det också att en representant för det allmänna (oftast "the attorney general") överlåter sin rätt att föra talan rörande frågor av bl a aktuellt slag till en privatperson som annars saknar talerätt rörande frågan *(relator actions)*.[92] Om man så vill kan naturligtvis termerna

88 Ovan i kap 1 s 4 och 13.

89 Homburger s 45 ff. Jaffee och Koch (Prozessführung s 53 ff) använder – tyvärr – termen public actions i en helt annan mening, jfr nedan vid not 93.

90 Medan class actions bygger på generösa teorier om *representation* (man arbetar med fiktionen att alla berörda befinner sig inför domstolen antingen personligen eller via en representant, jfr Cappelletti i Access to Justice II:2 s 833 not 280 och Homburger s 47) bygger däremot "private public interest actions" inte på ett liberalt representationsbegrepp utan på en liberalt utvidgad *talerätt;* käranden representerar inte någon speciell individ, varken sig själv eller annan, utan uppträder som talesman för "the public at large", jfr Homburger a st. Distinktionen förefaller knappast hållbar; både vid class actions och public interest actions är läget det att käranden "present(s) to the Court issues which are larger than the individual interest of the litigant who appears in Court" (Homburger citerad efter Cappelletti a a s 832 i not 280).

91 Jfr ovan s 299 ff och – betr terminologin – Garth, The institution s 306 ff. – Cappelletti (a a) skiljer mellan tre slags "attorney generals" (AG) nämligen "the public (governmental)" AG (s 775 ff) och "the private attorney general" (PAG) varav det finns två sorter "the individual" PAG (s 827 ff) och "the organizational" PAG (s 836 ff).

92 Se härom ovan not 67 och Kötz i Welfare state s 162 ff samt Jacob i Public interest law s 83 f och rättsfallet *Gouriet*, [1977] Q.B. 729; [1978] A.C. 435.

"public interest actions", "private attorney general" och "public law litigation" appliceras också på denna taleform; språkbruket varierar som sagt på hela det här området.

Det är lätt att redovisa ytterligare svårigheter då det gäller terminologin vid processer i allmänt intresse. Termen *public actions* har tyvärr även begagnats för att beteckna vissa former av "public interest actions", dvs rättegångar där *enskild* uppträder som part i mål av allmänt intresse.[93] Vanligast är dock motsatsen, dvs att man – såsom skett i denna framställning – reserverar termen *public actions* för processer där staten agerar på kärandesidan. Den närmare innebörden kan sedan skifta; här har termen public actions begagnats för representativa processer av det slag som lanserats i Bill 1978 och i Hart-Scott-Rodino Act.[94] Bristande enhetlighet i terminologiskt hänseende vidlåder desslikes uttrycket *parens patriae,* ett begrepp som numera omfattar bortåt ett halvdussin processuella situationer[95] (inklusive public actions i nyss angiven mening). Önskvärt vore att termen parens patriae kunde inskränkas till att beteckna de "äkta" formerna, dvs statlig talan enligt det kungliga prerogativet och rörande "quasi-sovereign interests".

Jag har här rekommenderat vissa definitioner vad gäller statlig grupptalan och process i allmänt intresse men inser givetvis att det är orealistiskt att hoppas på en fast och gemensam terminologi på det här området; debatten är alltför internationell för att detta skall vara möjligt. Och det är viktigt att ha klart för sig att lösryckta citat och synpunkter på för- och nackdelar med public actions, parens patriae etc lätt kan missförstås: citatets upphovsman kanske avser en helt annan företeelse än läsaren associerar till. Det är dock en tröst i det sammanhanget att möjligheterna till funktionsuppfyllelse, liksom för- och nackdelarna, inte skiljer sig så mycket åt vid olika statliga taleformer. Det blir i allmänhet fråga om att redogöra för "pros" och "cons" vid statlig processuell verksamhet överhuvudtaget. Så har också i stor utsträckning skett i avsnitt 2.3 ovan.

I den internationella doktrinen går åsikterna starkt isär vad gäller värderingen av parens patriae och public actions av olika slag. Särskilt intensiv var debatten i anslutning till rättsfallet *Hawaii;* innan Supreme Court hade avgjort målet hade Malina & Blechman hunnit

93 Så Jaffee (enligt Homburger s 46 i not 195) och Koch, Prozessführung s 28 ff.

94 Se ovan s 581 ff.

95 Ovan s 585.

sammanfatta sin åsikt med att ett accepterande av parens patriae rörande skadestånd skulle "represent a perversion rather than a consistant development of the concept"[96] och Handler gjorde vid samma tidpunkt gällande att vid parens patriae är

> ". . . all of the disadvantages of consumer class actions. . . present together with those inherent in this novel and bizarre procedure and thus, the same policy considerations are equally applicable. . . I would hope that this recent decision (*Hawaii*, min anm) will help eliminate the *parens patriae* suit entirely from antitrust."[97]

Att parens patriae rörande skadestånd är en perversion, liksom att detta institut skulle lida av *alla* class actioninstitutets brister, framstå som groteska överdrifter. Inte heller i övrigt verkar Handlers omdöme helt rättvisande. Men även de artiklar som publicerades till stöd för Hawaii's talan före Supreme Court's dom ger intryck av att vara onyanserade. Ziskin förefaller ha missat att Hawaii's talan alls inte gällde medborgarnas individuella skador (i parens patriae-delen) och ser parens patriae som ett överlägset alternativ till class actions på antitrustområdet:

> "Even the class action, which allows consumers to pool their damages in a single litigation, fails to meet the particular needs of the consumer-victim of an antitrust violation because of the costs of notice.
>
> No form of legal action will deter violations of antitrust laws and compensate the victims more effectively than governmental *parens patriae* suits."[98]

I den kanske mest välrenommerade artikeln i sammanhanget, "Note, State protection",[99] skiljer man mellan parens patriae och "class action supplements"[100] och går därmed inte i samma fälla som Ziskin. Riskerna med parens patriae och "class action supplement" (t ex farhågor om "legal overkill") vägs mot fördelarna, man konstaterar att alla medel behövs i antitrustkampen och konkluderar:

> "The state today is confronted with problems of consumer fraud, the effect of antitrust law violations, and pollution of its land, water, air, wildlife and other natural resources. In order to combat these problems, the State must

96 Malina & Blechman s 223.

97 Handler s 114 f.

98 Ziskin s 595.

99 Jfr Wright & Miller § 1782 ("an excellent discussion. . .").

100 Se ovan s 583 f.

> utilize every legal tool at its disposal. The *parens patriae* damage suit has lain dormant, undiscovered; the Class Action Supplement is in the midst of being born. Their use by states in attacking to-day's problems is both approriate and timely."[101]

I den allmänna diskussionen rörande public actions och parens patriae under senare år kan man avlyssna positiva stämningar rörande grupptalan av t ex den typ som lanserades i Hart-Scott-Rodino Act[102] men också en allmän skepsis både mot statlig aktivitet på det civilprocessuella området i allmänhet[103] och mot den tekniska utformningen av de förslag som lagts fram, så t ex i Bill 1978.[104] Få tror nog att public actions och parens patriae i sina olika uppenbarelseformer helt kan fylla de behov av handlingsdirigering och reparation som inte låter sig tillfredsställas i traditionell individualistisk civilprocess eller genom class actions. Statlig grupptalan eliminerar inte class actioninstitutets existensberättigande och är knappast ett alternativ till class actions i den meningen att andra kollektiva processformer skulle bli överflödiga om vidsträckta möjligheter till statlig process infördes. Men mycket tyder på att statlig grupptalan åtminstone kan fylla en viktig funktion vid sidan av class actions och vissa andra processformer. De två processtyper som oftast nämns i det sammanhanget är organisationstalan och pilotmål.

3. Organisationstalan

3.1 Terminologi och avgränsningar

Termen *organisationstalan* används i det följande i en avgränsad men ändå ganska vid betydelse. Om framställningen begränsades till enbart äkta grupptalan[105] av det slag class actioninstitutet utgör det bästa exemplet på skulle diskussionen få föras helt de lege ferenda; såvitt jag vet finns det nämligen inte i något land en existerande

101 Note, State protection s 431 f.

102 Se t ex Comment, State standing s 1109 ("a viable and desirable alternative"), jfr Eisenstein (Consumer protection s 53 f) som förordar parens patriae av public action-typ för svenskt vidkommande.

103 Se t ex Cappelletti & Garth i Access to Justice I:1 s 36 ff.

104 Betr vissa nackdelar av mera teknisk art, se diskussionen de lege ferenda ovan i kap 10 s 352 ff.

105 Se ovan s 19 betr termen äkta grupptalan.

organisationstalan av innebörd att organisationen kan processa som part rörande såväl förbud som skadestånd utan uppdrag från den berörda gruppen men med bindande verkan för dess samtliga medlemmar oavsett processens utgång.[106] En organisationstalan av detta slag skulle närmast kunna rubriceras som en särskild slags class action. Men i de länder där class actioninstitutet existerar har organisationer endast undantagsvis givits möjlighet att starta sådan process[107] och i de länder där class actions inte är tillåtna ens för enskilda personer har inte heller organisationer tillgång till en sådan taleform.

Trots de nyssnämnda begränsningarna utgör emellertid talan förd av organisationer otvivelaktigt ett viktigt alternativ till class actioninstitutet inte bara de lege ferenda utan även de lege lata.[108] I flera länder har organisationer möjlighet att föra talan som part i förbudsmål på t ex miljö- och konsumentområdena och det har även framlagts förslag om att organisationer skall ges en motsvarande rätt att väcka fullgörelsetalan rörande skadestånd (i det följande "skadeståndstalan") för sina medlemmars räkning. Den närmare utformningen av bl a rättskraftreglerna gör dock att en tämligen vid definition på begreppet organisationstalan måste tillgripas för att sådana taleformer skall fångas upp; huvudprincipen är nämligen att medlemmarna inte blir bundna av dom i organisationens processer.

Jag skall strax återkomma till ett par exempel på organisationstalan av nyss antytt slag. Men först måste några avgränsningar diskuteras. Skall termen organisationstalan reserveras för de fall då organisationen (föreningen, stiftelsen etc) uppträder som *part?* Och bör ens *alla* de situationer där så är fallet inrymmas under rubriken organisationstalan i en framställning om alternativ till class actioninstitutet? Även frågan om *förbudstalan* kan ses som en form av grupptalan bör (åter[109]) beröras.

Det är uppenbart att organisationer kan fylla en funktion som class actionalternativ redan genom att ställa ekonomiska och personella resurser till förfogande dels utom process, dels ock för enskild part

106 Arbetsmarknadsorganisationernas talerätt vid den svenska arbetsdomstolen kommer dock nära.

107 Se dock t ex Bogart, Questioning s 687 betr class actions i Quebec.

108 Organisationstalan nämns märkligt nog inte som class actionalternativ i Ontario Report eller de australiensiska förslagen. Jfr däremot t ex Cappelletti i Access to Justice II:2 s 836 ff.

109 Se ovan s 22 ff.

som tvingas, vill eller kan övertalas att fungera som part i miljö-, konsument- och diskrimineringsmål.[110] Stiftelsen Miljöcentrums aktivitet i miljömål kan tas som ett exempel:[111] stiftelsen ställer teknisk expertis till partens förfogande och bidrar också till att minska den enskildes ekonomiska risktagande t ex genom att bekosta tekniska utredningar och samla in pengar till rättegångskostnaderna bland organisationens medlemmar. Många av de för- och nackdelar med organisationstalan som diskuteras nedan under 3.3 är aktuella också i denna typ av processer, men jag inkluderar dem ändå inte under begreppet organisationstalan; de utgör snarare ett specialfall av pilotmål eller ett mellanting mellan organisationstalan och pilotmål.[112] Taleformens praktiska betydelse och potential de lege ferenda påverkas dock naturligtvis inte av denna terminologiska avgränsning och processtypens för- och nackdelar som class actionalternativ kan, som nyss antytts, i stor utsträckning utläsas analogt av framställningen i avsnitt 3.3 nedan.

Då nu termen organisationstalan avgränsas till de fall då organisationen *processar som part* faller alltså bistånd och service av ovan exemplifierat slag utanför det område som skall behandlas. Men ytterligare ett par avgränsningar är nödvändiga. Alla rättegångar då en organisation uppträder som part är nämligen inte att betrakta som organisationstalan i här avsedd mening. Antag t ex att en konsumentorganisation processar – som kärande eller svarande – rörande inköp av en dator till sitt kontor eller att en båtklubb uppträder som part i rättegång rörande utsläpp av avloppsvatten i närheten av båtklubbens brygga. Även om sådana processer åtminstone indirekt berör även medlemmarnas intressen är situationen i allmänhet inte sådan att organisationen processar som part *å medlemmarnas väg-*

110 Jfr ovan s 529 ff. I Sverige kan medlemskap i intresseorganisation enligt 20 § rättshjälpslagen rent av medföra att en rättssökande förlorar sin rätt till rättshjälp (!), så dock sällan i praxis, se härom SOU 1984:66 s 83 f.

111 Andra exempel som mera otvetydigt faller utanför det område jag har anledning att beröra är att företagarnas organisationer biträder sina medlemmar (som svarande i mål av här aktuellt slag) och att fackföreningarna biträder sina medlemmar i tvister som faller utanför organisationens huvudsakliga intresseområde. Det förstnämnda fallet ("dubbel organisationsprocess") kan möjligen vara av särskilt intresse i samband med tillskapandet av prejudikat jfr SOU 1986:1 s 153 ff.

112 Jfr nedan s 628. Organisationen kan naturligtvis stödja även en class action ekonomiskt och på annat sätt.

nar på det sätt som gör en jämförelse med class actioninstitutet intressant.

Antag emellertid att processen i nyssnämnda fall är utformad som en *förbudstalan:* konsumentorganisationen yrkar att datortillverkaren skall förbjudas annonsera på ett visst sätt, båtklubben yrkar att den förorenande industrin skall åläggas att nedbringa sina utsläpp[113] så att ytterligare skador på organisationens brygga (och därmed även på medlemmarnas båtar) förhindras. Bör även sådana rättegångar uppfattas som exempel på organisationstalan? Ja, det kan vara fallet, men endast om organisationens syfte med processen är att skydda sina medlemmars (eller tillvarata ett allmänt) intresse. Om det enbart är fråga om att bevaka organisationens "egna intressen" i snäv bemärkelse, dvs processa för själva organisationen snarare än för dess medlemmar, finns det ingen anledning att begagna termen organisationstalan.

Intresseresonemang av det här slaget är naturligtvis ytterst vanskliga[114] och aktualiserar omedelbart svåra gränsfall – inte minst då även "allmänna intressen" finns med i bilden.[115] Och dessa problem accentueras just vid förbudstalan som bl a på grund av sin framåtblickande – prospektiva – inriktning saknar en sådan fast anknytning till vissa bestämda personer (medlemmar i organisationen eller ej) och rättsförhållanden att rättegången får den karaktär av grupptalan som utmärker t ex en class action enligt Rule 23(b)(3).[116] Förbudstalan har nästan alltid stor betydelse för många andra än parterna (åtminstone vid bifall); det som ger organisationstalan och (i mindre mån) class actions en representativ karaktär utöver den vanliga i sådana sammanhang är den *oegennyttiga* karaktären, syftet att tjäna tredje mans – gruppens – intresse minst lika mycket som det egna. Och eftersom intresseorganisationer av olika slag förhoppningsvis endast i undantagsfall fungerar som självändamål och i allmänhet arbetar för att i första hand tillvarata sina medlemmars intressen (eller det allmänna intresse som fått dem att sluta sig samman) erbjuder kravet på oegennytta mera sällan några problem i det här sammanhanget; vad det gäller är bara att

113 Att även ett sådant yrkande här rubriceras som förbudstalan har kommenterats ovan s 21.

114 Jfr Lindblom, Processhinder s 224 ff och Thiere s 23 ff.

115 Se ovan s 592 ff och Thiere s 28 ff, jfr även Koch, Prozessführung s 8 ff.

116 Jfr ovan s 22 f och Lindblom, Konsumentmål s 92.

skilja ut de fall då organisationen processar om sin egen rättsställning från organisationstalan i den mening som avses i det här kapitlet.

Ett motsvarande altruistiskt krav kan ställas för att en *fastställelsetalan* skall anses förtjäna beteckningen organisationstalan; att organisationen i vissa fall kan ha ett "eget" intresse av processen är inte diskvalificerande så länge gruppens, medlemmarnas, behov och intresse är det centrala. Vad gäller *fullgörelsetalan* rörande skadestånd (skadeståndstalan) är väl karaktären av class actionalternativ ännu lättare att urskilja i de flesta fall och detta även om yrkandet går ut på att ersättningen skall tilldömas organisationen och inte dess medlemmar. Avsikten då är naturligtvis i allmänhet att ersättningen senare skall slussas vidare till medlemmarna eller utnyttjas enligt t ex cy-prestekniken.[117] Inte heller det fallet att medlemmarna överlåter sina anspråk på organisationen för att denna sedan skall kunna processa som part i skadeståndsmål[118] behöver hållas helt utanför diskussionen om organisationstalan. Även om intresseresonemang av ovan anfört slag här skulle kunna leda till slutsatsen att det inte är fråga om en organisationstalan i egentlig mening eftersom rättegången rör organisationens "egna" anspråk då väl överlåtelsen skett, torde regresskrav, frånvaro av vederlag vid överlåtelsen etc, göra att rättegången ytterst ändå har en sådan representativ gruppkaraktär att den kan inrymmas under beteckningen organisationstalan. Den terminologiska stringensen får här – liksom så ofta i det föregående – vika för det sakligt motiverade i att se mer till det faktiska innehållet än till den yttre formen.

Med organisationstalan avses alltså i det följande förbuds-, fastställelse- eller skadeståndstalan förd av en organisation som part i huvudsakligt syfte att tillgodose medlemmarnas eller ett allmänt intresse. Jag förutsätter vidare att organisationen inte tillskapats ad hoc enbart för den aktuella processen.[119] Att definitionen brister i precision bl a till följd av att uttryck som "huvudsakligt" och "intresse" kommit till användning är uppenbart; en tröst i det sammanhanget är dock att mycket av vad som sägs i det följande är av

117 Härom ovan s 280.

118 Jfr Lindblom ang överlåtelser till konsumentombudsmannen i Konsumentmål s 125 ff.

119 Det förekommer, i Sverige liksom i t ex Tyskland (Koch, Prozessführung s 296), att föreningar bildas enbart för att föra en viss process men detta torde då oftast ske i form av pilotmål, jfr dock nedan s 604 och 619 not 212.

relevans inte bara i de "äkta" fallen av organisationstalan utan även i gränsfallen och till och med vid sådan organisationell processuell aktivitet som otvetydigt faller utanför termen organisationstalan med här gjorda begränsningar.

3.2 Bakgrund, förekomst m m

I kapitel 2 och 3 visade jag hur class actioninstitutet i äldre engelsk och amerikansk rätt fungerat som ett sätt att på processuell väg ge grupper som saknade associationsrättsligt erkännande – t ex "friendly societies" och "joint stock companies" – möjlighet att agera samfällt via en representant för gruppen.[120] Denna processuella utveckling ledde så småningom till erkännande även på det materiellrättsliga planet. Och då sammanslutningar av det här slaget accepterades som juridiska personer bortföll åtminstone i viss mån behovet av en representativ process av class actiontyp. Vissa class actions har ersatts av processer där organisationen uppträder som part.

Att sammanslutningar av här aktuellt slag förvärvat rättssubjektivitet och därmed partsbehörighet har emellertid inte uteslutit behovet av class actions eller andra former av representativ process ens för de fall då det redan finns en rättskapabel och processintresserad organisation på just det område processen gäller. Saknar organisationen en klar materiellrättslig förankring i de frågor rättegången avser uppstår problem i bl a talerättshänseende.[121]

En partsbehörig ideell förening, stiftelse etc har naturligtvis utan vidare talerätt rörande sina egna angelägenheter i den mening som berörts ovan under 3.1; talerätten följer då naturligt av partens civilrättsliga dispositionsrätt. Då det blir frågan om organisationstalan i betydelsen process som part rörande medlemmarnas (eller allmänna) intressen är däremot förhållandet annorlunda. Även om alla förutsättningar för en framgångsrik process i dessa fall inte behöver – och inte bör – formuleras som frågor om talerätt[122] måste

120 Se ovan s 86 ff och 117. Jfr betr förhållandena i England idag Cappelletti i Access to Justice II:2 s 847 f och ovan i kap 11 s 376 f.

121 Betr partsbehörighet och talerätt se Ekelöf, Rättegång II s 46 och 52 ff samt Lindblom, Processhinder s 171 ff.

122 Jfr härom närmare Lindblom, Processhinder s 171 ff och Kontinuitet s 237 f.

ändå erforderligt rättsligt underlag tillskapas för att det skall bli möjligt att nå fram till ett bifall. Tillvägagångssättet härvidlag kan vara antingen materiellt eller processuellt. Materiellt kan detta, som tidigare nämnts, ske t ex genom en överlåtelse av medlemmarnas individuella anspråk till organisationen. Processuellt kan naturligtvis medlemmarna utfärda fullmakt för organisationens företrädare att föra deras talan, men då är det inte fråga om en organisationstalan i här avsedd mening.

Nej, för att organisationen skall kunna processa framgångsrikt som part utan att åberopa en civilrättslig överlåtelse krävs i de flesta fall en utvidgning av sedvanliga regler om talerätt. Denna utvidgning – som kan ske i praxis eller genom lagstiftning – kan åstadkommas via en allmän sänkning av talerättströskeln;[123] inför man t ex "actio popularis" ("citizen suit") vad gäller förbudstalan i miljömål kan den naturligtvis utformas så generellt att den också kommer att gälla för organisationer.[124] Men det är också möjligt att tillskapa rättsligt underlag för organisationstalan genom skräddarsydda talerättsregler som inriktas på organisationer av särskilt slag inom vissa rättsområden.

Åtminstone om vi lyfter blicken över den nationella horisontlinjen kan vi konstatera att alla dessa metoder – överlåtelsemetoden, fullmaktsmetoden, tröskelmetoden och skräddarmetoden – har kommit till användning och att man kan nå målet både via praxis och lagstiftningsvägen. I *Tyskland* har man genom lagstiftning tillskapat skräddarsydda regler om organisationstalan ("Verbandsklage")[125] inom delar av konsumenträtten – marknadsrätten – och de lege ferenda har en utvidgning till nya taleformer (skadeståndstalan) och rättsområden (i första hand miljörätten) diskuterats i såväl justitieministeriet som doktrinen.[126]

Den tyska debatten om "Verbandsklage" har betecknats som en pendang till den amerikanska diskussionen om class actions; båda dessa taleformer ses som försök att utjämna det haltande styrkeförhållandet mellan t ex företagare och konsumenter i marknads-

123 Se ovan s 560 f.

124 Se ovan s 560 ff och nedan s 607 f betr Clean Air Act och läget i Michigan.

125 Se för en presentation t ex Gilles s 1 ff och Koch, Prozessführung s 273 ff samt densamme i 5 Civil Justice Quaterly 1986 s 68 ff.

126 Se t ex det av Merten s 474 ff nämnda förslaget samt Kötz i Welfare State s 107 och Gilles s 3 f.

ekonomiskt präglade samhällen. Man menar att materiellrättslig lagstiftning med en dylik utjämnande målsättning förblir otillräcklig så länge effektiva processuella instrument saknas, vilket lätt anses bli fallet då en liberalistisk-individualistisk grundinställning tillåts prägla processrätten.[127]

Marknadsekonomiskt betingade problem ger sig naturligtvis i första hand tillkänna inom konsumenträtten i allmänhet och marknadsrätten i synnerhet. Det är, som ovan nämnts, också här som institutet "Verbandsklage" redan införts. Sedan ett par decennier har partsbehöriga konsumentorganisationer rätt att föra förbudstalan enligt den tyska motsvarigheten till konkurrenslagen och sedan 1976 finns en motsvarande rättighet för organisationer att föra talan om ogiltigförklaring av klausuler i standardavtal.[128] Bifalles organisationens talan kan sedan enskilda konsumenter under åberopande av domen få senare tillkomna klausuler av aktuellt slag i sina respektive avtal ogiltigförklarade.[129]

Enskild konsument saknar talerätt enligt både konkurrenslagen och avtalsvillkorslagen i tysk rätt.[130] En Verbandsklage medför därför ej heller rättskraft till nackdel för konsumenten; man kan ju inte förlora något man inte äger. Detta har naturligtvis underlättat införandet av "Verbandsklage" enligt dessa lagar.

Vad gäller förhållandet olika taleberättigade konsumentorganisationer emellan har det höjts röster för att såväl litispendens- som res judicataregler skulle kunna aktualiseras.[131] Detta är förvisso intressant nog eftersom alla partsbehöriga organisationer har talerätt enligt de här lagarna och något tredjemansskydd i form av "notice", "opt-out" eller prövning av organisationens representativitet inte tycks

127 Se Gilles s 1 f.

128 Se 13 § Gesetz des unlauterend Wettbewerbs (U/WG) och § II Nr 1 Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG). Jfr vidare Gilles s 3, Betterman s 133 ff, Tur s 165 och Fisch s 76 f. Vad gäller vissa organisationers möjlighet att uppträda som svarande men ej kärande enligt tysk rätt ("halbe Prozessfähigkeit") se Cappelletti i Access to Justice II:2 s 841 f med där nämnd litteratur.

129 Liksom dom (vid marknadsdomstolen) i Sverige enligt avtalsvillkorslagen förefaller det alltså vara fråga om enbart prospektiv verkan på framtida avtal, se Koch i 5 Civil Justice Quaterly (1986) s 70.

130 Jfr betr svensk rätt nedan s 609 f.

131 Se t ex Gottwald s 34, Koch, Prozessführung s 294 och Gilles s 11, jfr dock Gilles s 22.

äga rum.[132] Men den förhärskande meningen förefaller vara att rättskraft mot andra än parterna inte inträder; den i tysk rätt så negativa attityden gentemot tankar på rättskraft mot tredjeman (dvs i vårt fall andra organisationer) torde ligga bakom denna grundinställning och även ha bidragit starkt till att planer på en reception av class actioninstitutet avvisats av de flesta.[133] Några helt klara besked i rättskraftsfrågan är det dock, som nyss nämnts, svårt att finna i doktrinen, där man tycks ägna desto mer intresse åt spetsfundiga diskussioner kring frågan om organisationen skall anses företräda ett eget intresse eller blott representera medlemmarna vid "Verbandsklage".[134]

Det är nog så att det teoretiska intresset för "Verbandsklage" hittills varit betydligt större än institutets betydelse i praktiken.[135] Skadeståndstalan är inte möjlig de lege lata och det lagförslag om att införa rätt härtill på konsumentområdet som presenterades 1976 utsattes för stark kritik och torde knappast komma att leda till lagstiftning.[136] Förslaget gick ut på att enskilda konsumenter skulle kunna överlåta skadeståndsanspråk på en konsumentorganisation (även om de inte är medlemmar i den) som sedan skulle ha möjlighet att driva in beloppen vid domstol. Det är svårt att förstå vad som skulle kunna hindra en sådan transaktion redan i dag.[137]

Skadeståndstalan är alltså inte tillåten de lege lata[138] och de existerande möjligheterna till förbudstalan har inte kommit till så flitig användning som man hade väntat sig. Enligt en något föråldrad

132 Gilles s 11.

133 Se Gilles s 22 och Koch, Prozessführung s 128 och densamme i ? Civil Justice Quaterly s 70 f. Jfr dock Gilles s 15 och Gottwald s 15 ff med avvikande meningar.

134 Se t ex Wolf s 15 ff, Betterman s 133 ff, Thiere s 272 ff och Koch, Prozessführung s 62 f och 275.

135 Så Gilles s 4.

136 Se Gilles s 3 f och 11 ff, Tur s 166 och Gottwald s 35. Samma inställning redovisade Kötz vid samtal hösten 1987, jfr däremot Kötz i Welfare State s 107 och Mertens som i sin artikel från 1975 understöder förslag i denna riktning (vilket bör ses mot bakgrund av att han själv medverkat i tillkomsten av den statliga utredningen i frågan), se även Thiere s 363 f.

137 Betr överlåtelsemetoden se ovan s 600, nedan s 619, Lindblom, Konsumentmål s 125 ff, Koch, Prozessführung s 292 f och i 5 Civil Justice Quaterly (1986) s 77; överlåtelse har föreslagits för miljömål men Koch förefaller föredra en form av talerätt rörande annans rättsställning.

138 Jfr dock Thiere s 363 f de lege ferenda.

statistisk undersökning anhängiggjordes ca 150 förbudsprocesser enligt konkurrenslagen under åren 1973–1975; vad gäller organisationstalan enligt avtalsvillkorslagen saknas en motsvarande undersökning men enligt Gilles kan man konstatera att institutet kommer till ganska sparsam användning även på detta rättsområde.[139] Det är dock svårt att förstå att ca 50 processer per år uppfattas som en låg siffra, särskilt som de tyska reglerna om rättegångskostnader måste verka starkt avhållande i sammanhanget.[140] Oavsett hur numerären bör uppfattas kan dock, som Gilles påpekar, också institut som sällan kommer till praktisk användning ha en betydelsefull påtryckningseffekt och på detta sätt verka handlingsdirigerande.[141]

Organisationstalan förekommer ännu inte på miljörättens område i Tyskland,[142] men det är framför allt beträffande detta rättsområde diskussioner förs om Verbandsklage de lege ferenda.[143] Diskussionen speglar ett ökat intresse för organisationstalan i många europeiska länder, även inom östblocket.[144]

I *Frankrike* har organisationer sedan 1973 möjlighet att föra talan i vissa konsumentmål och då enligt artikel 46 i "Le Loi Royer".[145] Denna lag är av särskilt intresse eftersom man där – i motsats till i tysk rätt – gått in för en strikt reglering av vilka kvalifikationer en organisation måste uppfylla för att få uppträda som part i konsumentmål. Organisationen skall 1. ha funnits i minst 1 år, 2. ha mer än 10 000 medlemmar samt 3. syssla med konsumentfrågor i form

139 Gilles s 6.

140 De tyska rättegångskostnadsreglerna är utformade efter ett taxesystem som ger möjlighet till höga ersättningar endast då processen gäller mycket pengar (men då oavsett arbetsinsatsens omfattning), jfr Gilles s 5 och 18.

141 Gilles s 6, jfr även Bogart, Questioning s 697.

142 Se Fisch s 71 och Koch, Prozessführung s 273 i not 28 samt Cappelletti & Garth & Trocker s 46 ang viss försöksverksamhet i delstaten Bremen.

143 Se Koch, Prozessführung s 273 och 292 betr lagförslag på området, jfr även Kötz i Welfare state s 107.

144 Se Cappelletti & Garth, The protection s 138 med där anförd litteratur och Cappelletti i Access to Justice II:2 s 841 f. – De flesta i tysk doktrin förefaller rekommendera en utbyggnad av organisationstalan framför en reception av class actioninstitutet, se Koch, Rechtsschutz s 98 och Mertens s 446 med anförd litteratur samt Schricker i Homburger & Kötz s 103 och nedan i kap 15. Betr Holland se nedan s 708.

145 Se betr fransk rätt t ex Cappelletti a a s 843, Cappelletti & Garth & Trocker s 682 ff med där anförd litteratur, Kötz i Welfare State s 104 f, Tur s 164 och Thiere s 94 ff; betr konsumentmål se särskilt Micklitz & Reich s 5 ff. Artikel 46 i Le Loi Royer återges i Kötz sist a a s 105.

av information, rådgivning och mötesverksamhet. Lagen ger de organisationer som uppfyller kraven (f n ett dussin på det nationella och drygt 50 på det lokala planet) vittgående rätt att väcka talan i såväl tvistemål som i brottmål (i form av enskilt anspråk) i och administrativa processer rörande konsumentfrågor. Även skadeståndstalan är tillåten, dels i form av enskilt anspråk i brottmålet, dels ock som vanlig skadeståndstalan i tvistemålsform; organisationerna har emellertid hittills endast lyckats utverka symboliska skadeståndsbelopp utöver ersättning för skador som drabbat organisationen som sådan.[146]

Le Loi Royer ger jämförelsevis vidsträckt rätt för organisationer att väcka talan på konsumentområdet, men det bör observeras att talan i praktiken nära nog alltid framställts i form av enskilt anspråk i *brottmål* (över 95 % av de fall då lagen kommer till användning); skadeståndstalan knyts alltså nästan regelmässigt till den straffrättsliga prövning som de flesta lagar på konsumentområdet i Frankrike ger underlag för.[147]

Även i miljömål (och i vissa diskrimineringsfrågor) har organisationer sedan 1976 rätt att väcka talan i fransk rätt, men möjligheterna härtill är mera begränsade än i konsumentmål.[148] Det förefaller som om dom efter organisationstalan inte äger rättskraft mot andra än parterna också enligt fransk rätt, men jag har inte lyckats att få full klarhet i detta hänseende.[149]

I *England* saknas möjligheter till organisationstalan.[150] Tur betraktar detta som en stor brist åtminstone vad gäller konsumenträtten; konsumenter tvingas nu "meet suppliers on radically unequal

146 Se Cappelletti & Garth & Trocker s 684 och Würzburg s 139, jfr Lindblom, Konsumentmål s 100 f; där uppges felaktigt att skadeståndstalan inte får föras.

147 Se Micklitz & Reich s 7. – Blott 1 % av fallen utgörs av tvistemål, ca 0,5 % av administrativ process. Jfr även Kötz i Welfare State s 105 f som påpekar att organisationstalan i form av enskilt anspråk i brottmål däremot förekommer ytterst sällan i Tyskland, även om möjligheterna finns, jfr dock betr Thalidomidmålet ovan s 546 no 203.

148 Så Tur s 164, se även Fisch s 67 f och Backer, Retslig interesse s 13 i not 9 med där anförd litteratur.

149 Se t ex det allmänna uttalandet hos Fisch s 69.

150 Thomas s 315 f, jfr dock Cappelletti i Access to Justice II:2 s 847 betr "organiserade grupper". – I Australien finns möjlighet till organisationstalan i vissa begränsade fall, se Thomas s 313 f, betr Holland se Tillägg efter kap 15.

terms".[151] Enligt Cappelletti används emellertid tekniken med "relator actions" för att ge organisationer möjlighet att föra talan i vissa fall i England.[152] Att Tur alls inte nämner denna möjlighet i sin (färskare) artikel om konsumentmål i England är dock ett starkt belägg för att organisationstalan i form av "relator actions" åtminstone inte är något praktiskt betydelsefullt class actionalternativ. Och behovet att införa organisationstalan i England understryks av Thomas i en artikel om "the consumer and public interest law" från 1987; enligt Thomas finns i alla EG-stater utom England, Italien, Grekland och Irland åtminstone någon lag som ger organisationer talerätt medan organisationerna i England endast har möjlighet att stötta enskild part utan att själva föra talan.[153]

Att organisationstalan inte förekommer i England skall emellertid inte tas till intäkt för att denna taleform skulle vara svårare att förena med common lawpräglade rättssystem än med kontinental rätt. Mycket talar till och med för motsatsen; *USA* förefaller nämligen inta tätplatsen inte bara vad gäller class actions och statlig grupptalan[154] utan även i fråga om organisationstalan (i mycket vid mening): "organizational actions in general are . . . brought more easily in the United States than on the European Continent".[155] Särskilt tydlig har trenden att tillerkänna organisationer allt mer långtgående processuella möjligheter varit inom miljörätten.[156] Men även på konsument- och diskrimineringsområdet förekommer mäktiga organisationer med avsevärd processuella aktivitet av detta slag, så t ex av Ralph Nader initierade organisationer inom konsu-

151 Tur s 166. – Däremot tycks motsvarigheten till konsumentombudsmannen ha möjlighet att föra process vid allmän domstol i England i motsats till vad som är fallet i Sverige, Tur a st.

152 Cappelletti & Garth i Access to Justice I:1 s 42. Betr "relator actions" se ovan s 586 not 67 och s 593 m hänv.

153 Thomas s 314 och 321 f. Se även Miller, CJ, Consumer s 354 och 373 ff, vad gäller Italien och Belgien se t ex Thiere s 360, betr Australien Thomas s 313. Jfr även International Encyclopedia s 75 ff.

154 Se ovan s 570 f.

155 Cappelletti & Garth & Trocker s 682, jfr även Cappelletti & Garth, The protection s 136, se dock nedan s 635 not 270.

156 Cappelletti & Garth The protection s 136, Fisch s 59 ff och Parker & Stone s 771 jfr dock Chayes 1982 s 8 ff betr den sena utvecklingen. Se även det kända rättsfallet *Sierra Club v. Morton* 405 U.S. 727 (1972), varom nedan s 609 i not 166, och betr delstatliga försök (i Michigan) med liberala talerättsregler på miljöområdet Tur s 169.

menträtten och NAACP på diskrimineringsområdet.[157] Såvitt jag kan förstå är dock den processuella aktiviteten inte alltid organisationstalan i här avsedd mening; organisationer av nyssnämnt slag processar då inte som parter (de är "unincorporated") utan organiserar process för någon eller några medlemmars räkning.[158]

Även i USA förefaller det vara blott "injunctive relief" (dvs förbud) som kan yrkas i form av organisationstalan;[159] det har inte lyckats mig att finna något belägg för att skadeståndstalan är tillåten överhuvudtaget men det är naturligtvis mycket möjligt att detta förekommer åtminstone på det delstatliga planet.

Medan utvecklingen mot ökade möjligheter till organisationstalan fått ske lagstiftningsvägen gentemot en ganska motsträvig praxis i t ex Tyskland och – framför allt – Frankrike[160] är det i USA praxis som gått före, bl a via en allmän sänkning av talerättströskeln i mål av här aktuellt slag.[161] Att organisationer tillerkänns "standing" i ökad utsträckning hänger samman med den, kanske särskilt i USA, Kanada och Australien, tydliga trenden att utvidga de talerättsgrundande faktorerna från att endast avse "pecuniary, proprietary or economic rights" till att också omfatta "political and ideological interests".[162] Uppenbart är att denna utveckling gynnat möjligheterna för organisationer att föra talan på här aktuella områden.[163] Och även om utvecklingen mot mycket liberala regler om "standing" bromsats upp av Supreme Court i USA under senare år – man kan nästan säga att den stagnerat och vänts i en viss nedgång[164] – måste de amerikanska talerättsreglerna för organisationer fortfarande betraktas som liberala.[165] Att man i allmänhet kräver att åtminstone någon av organisationens medlemmar har talerätt för att organisa-

157 Betr diskrimineringsmål Wright & Miller § 1782 och Ziskin s 592. Vad gäller organisationstalan i USA se även Thomas s 312 f.

158 Jfr Cappelletti i Access to Justice II:2 s 848 not 336.

159 Fisch s 59.

160 Se t ex Tur s 164 f.

161 Ovan s 560 ff, se även Cappelletti & Garth, The protection s 137 och Cappelletti & Garth & Trocker s 682.

162 Se t ex Vinings och Broekmans arbeten, Bogart, Appropriate and just s 86 ff och densamme, Standing and the charter s 2 ff.

163 Så Cappelletti & Garth, The protection s 136.

164 Jfr Chayes 1976 och 1982.

165 Så Fisch s 59.

tionstalan skall vara tillåten,[166] liksom att man i ett känt rättsfall *(Sierra Club)* krävt att organisationen måste påstå att den eller dess medlemmar lidit skada åtminstone i något hänseende, ändrar inte helhetsintrycket att USA gått i täten och leder utvecklingen inte bara på class actionområdet och vad gäller statlig grupptalan utan även beträffande talerätt för organisationer.[167]

Vid en jämförelse med tysk, fransk och engelsk rätt framstår alltså de amerikanska reglerna om organisationstalan på miljö-, konsument- och diskrimineringsområdet som radikala och de kommer dessutom till relativt flitig användning. Det amerikanska "försprånget" i dessa hänseenden gäller även – i stort sett[168] – vid en jämförelse med rättsläget i de *skandinaviska länderna.* I *Sverige* har vissa organisationer visserligen en mycket stark ställning, men då oftare utom än i process och främst på rättsområden som faller utom ramen för det här arbetet.[169] Organisationernas starka position i rättegång vid arbetsdomstolen är dock av principiellt intresse i så måtto att man här finner ett av beläggen för att tekniken att lagstiftningsvägen tillskapa särskilda talerättsregler för organisationer inte är främmande för svensk rätt.[170] Men det är signifikativt att man oftast får söka sig utanför det allmänna domstolsväsendets ram för att finna klara exempel på avvikelser från det traditionellt individualistiska tvåpartstänkande som präglar svensk processrätt i allmänhet.[171]

Ytterligare en illustration till att tankar på organisationstalan inte är främmande för svensk rätt på det specialprocessuella området, och av direkt intresse för diskussionen om organisationstalan i här avsedd mening, är förhållandena vid marknadsdomstolen; man finner här inte bara långtgående former av statlig grupptalan i form

166 Ibid. – I *Sierra Club* (ovan s 607 i not 156) som kan betecknas som ett administrativt mål med överklagande av ett kommunalt beslut, vägrades en organisation talerätt för den ej ens påstått att den själv eller dess medlemmar lidit skada av att ett naturreservat förvandlats till en privat semesteranläggning. Betr detta rättsfall se t ex Homburger s 58 f, Koch, Prozessführung s 63 och Backer, Rettslig interesse s 19. Jfr även nedan s 613 f betr norsk rätt i motsvarande situation.

167 Se ovan s 570 f.

168 Vad gäller Norge se dock nedan not 196.

169 Så särskilt inom arbetsrätten, jfr Victorin s 133 ff. Se betr organisationstalan även SOU 1984:66 s 83 f.

170 Betr organisationstalan vid arbetsdomstolen se t ex Rättegången i arbetstvisters 163 ff, Lindblom, Processhinders 217 ff och nedan kap 15 avsnitt 4.5.

171 Jfr Lindblom, Konsumentmål s 15, se dock t ex varumärkeslagen § 35 st 3.

av konsumentombudsmannens och näringsfrihetsombudsmannens verksamhet[172] utan också exempel på en organisationstalan av svensk modell. Talan enligt 17 § 2 st konkurrenslagen, 10 § marknadsföringslagen och 3 § avtalsvillkorslagen i konsumentförhållanden får väckas av "sammanslutning" av konsumenter, löntagare eller näringsidkare, dock blott om KO respektive NO beslutar att inte väcka talan. En motsvarande subsidiär talerätt för organisationer rörande återkallelse av farliga produkter föreslås i SOU 1987:24.[173] Taleformen uppfyller det krav på organisationstalan som ställts i inledningen till detta kapitel, även om karaktären av grupptalan – liksom vid statlig grupptalan och organisationstalan i övrigt[174] – är problematisk vid förbudstalan av det slag som här kommer i fråga.[175] Av särskilt intresse är att man, liksom vad gäller organisationstalan vid arbetsdomstolen, arbetar med regler om "primär" och "subsidiär" talerätt. Men medan organisationernas talerätt vid arbetsdomstolen är primär i förhållande till de enskilda medlemmarnas möjligheter att agera är organisationernas talerätt vid marknadsdomstolen subsidiär i förhållande till KO:s och NO:s talerätt. Enskilda medlemmar i organisationerna liksom enskilda konsumenter i övrigt däremot har – precis som vid den tyska "Verbandsklage"[176] – inte någon talerätt överhuvudtaget i frågor av här aktuellt slag. Ett undantag från denna för marknadsdomstolen typiska reglering erbjuder dock 3 § avtalsvillkorslagen för näringsidkare; här har näringsidkare – men inte konsument – samma rätt som organisationen att väcka talan.[177]

Enskilda konsumenter saknar alltså talerätt vid marknadsdomstolen, vilket brukar förklaras med "de marknadsrättsliga lagarnas syfte att skydda konsumenterna som grupp, inte direkt som individer".[178] Och det inflytande enskilda konsumenter kan utöva via

172 Se ovan s 538 ff.

173 SOU 1987:24 s 171 f.

174 Se ovan s 594 ff.

175 Jfr Lindblom, Konsumentmål s 92. – Talan har bl a (förutom vid produktåterkallelse) en rent prospektiv inriktning.

176 Se ovan s 602 ff.

177 Se härom, liksom betr organisationstalan vid marknadsdomstolen överhuvudtaget, Johansson s 54 ff med där anförda avgöranden och förarbeten. Jfr även SOU 1987:24 s 173 med motsatt lösning.

178 Johansson s 56 och Bernitz s 266.

sina – i dag jämförelsevis svaga[179] – konsumentorganisationer är sekundärt i förhållande till de statliga organens beslutanderätt. En organisation som vill väcka talan måste alltså utverka ett beslut av NO respektive KO att inte väcka talan. Organisationen kan följaktligen se till att process kommer till stånd, men mera sällan påverka dess utformning. Det är i stället staten som kontrollerar organisationerna genom att bara släppa ifrån sig processer som KO och NO finner principiellt ointressanta eller processuellt dödfödda. Åtminstone så länge NO och KO har resurser att föra alla de processer de önskar – om så är fallet i dag undandrar sig mitt bedömande – kommer på detta sätt en slags skugga av principiellt ointresse eller dåliga odds att vila över den restpott som står till förfogande för organisationstalan och det är inte ägnat att förvåna att denna processform kommer till användning i synnerligen begränsad omfattning.[180]

Kanske är det mot bakgrund av den filtereffekt KO och NO kan åstadkomma man bör se de – åtminstone i jämförelse med fransk rätt – låga krav som ställs på "de sammanslutningar" som tillåts föra talan vid den svenska marknadsdomstolen.[181] Lagtexten är allmänt hållen och ger stor frihet vid tillämpningen. Naturligtvis fordras att organisationen är rättskapabel; annars skulle avvisning ske till följd av bristande partsbehörighet.[182] Men för övrigt förefaller man blott fordra att "sammanslutningen" har till syfte att tillvarata sina medlemmars intresse såsom näringsidkare, konsumenter eller löntagare; några krav på att organisationen skall vara representativ eller äga särskilda kvalifikationer i övrigt (t ex ha existerat ett visst antal år) förefaller inte upprätthållas.[183] Det krävs inte heller att organisa-

179 Se ovan i kap 13 s 530, jfr Tala s 157.

180 Se Johansson s 61 f och Bernitz a st. Däremot förekommer ej så sällan att enskild näringsidkare väcker talan och tendensen här är en ökning, Johansson a st.

181 I Le Loi Royer ställs specifika krav på de organisationer som skall få föra talan (jfr ovan s 605 f) och domstolarna låter "Ministère public" (ovan s 571) yttra sig om en organisation bör godtas i sammanhanget (Cappelletti i Access to Justice II:2 s 843). I fransk miljörätt – liksom i tysk konsumenträtt – intar man däremot en betydligt liberalare hållning, ovan s 606, ungefär som vid den svenska marknadsdomstolen, ovan s 560 not 258.

182 Betr partsbehörighet se Ekelöf, Rättegång II s 46.

183 Johansson s 58 f. – I vattenmål ges i praxis (se prop 1981/82:130 s 150, jfr NJA 1977 s 477) stundom organisationer liberala möjligheter att yttra sig i tillståndsfrågan men de intar ej partsställning och kan t ex inte över-

tionen själv eller via sina medlemmar direkt berörts av det förhållande man vill påtala; det räcker att sammanslutningen "har ett *allmänt intresse* (min kurs) av att gällande normer upprätthålls på marknadsförings- respektive konkurrensområdet, samt av att det sker en sanering av oskäliga avtalsvillkor på marknaden".[184]

Om man bortser från talerättens subsidiära karaktär erinrar möjligheterna till organisationstalan vid marknadsdomstolen om nu gällande regler rörande "Verbandsklage" i tysk rätt. En talan vid marknadsdomstolen har visserligen en rent utpräglad prospektiv inriktning,[185] men inskränkningen av tillämpningsområdet till vissa delar av marknadsrätten, de låga kraven på organisationen och frånvaron av rätt till skadeståndstalan är gemensamma drag. De franska reglerna går längre i bl a sistnämnda hänseende men utnyttjas liksom de svenska och tyska mycket sällan, åtminstone i tvistemålsprocess.[186]

Överenstämmelsen mellan tysk och svensk rätt vad gäller organisationstalan omfattar även tillämpningsområdet för sådan process överhuvudtaget; medan rättegångar av det slaget är möjliga även i miljö- och (i någon mån) diskrimineringsmål i t ex Frankrike och USA gäller motsatsen i svensk rätt där man (i motsats till i tysk doktrin) knappast ens diskuterat saken de lege ferenda. Trots att organisationsbenägenheten är bättre på miljö- än på konsumentområdet[187] och behovet av processuell aktivitet inte kan fyllas av några motsvarigheter till ombudsmannainstitutionerna på konsumentområdet har man hittills inte lagt några förslag i den riktningen.[188] Det ytterst låga antalet förbudsmål vid fastighetsdomsto-

klaga. Inom förvaltningsrätten krävs däremot i allmänhet att en förening skall ha "en allmänt erkänd ställning som företrädare för det intresse som påverkas av beslutet" för att få besvärsrätt, Ragnemalm i Förvaltningsrättslig tidskrift 1971 s 106.

184 Johansson s 58.

185 Vid Verbandsklage kan en dom rörande ogiltigförklaring av avtalsvillkor inte återopas beträffande avtal som ingåtts före domen, se ovan s 603. Jfr även förslaget i SOU 1987:24 ang produktåterkallelse.

186 Se ovan s 605 f.

187 Se ovan s 530 och SOU 1987:32 s 451 ff.

188 Jfr SOU 1987:32 s 45, 63, 67 och 155 samt lagtextförslaget § 48 st 3 (jfr SOU 1964:27 s 39) som dock ej togs med i propositionen (1987/88:85); motioner om administrativ besvärsrätt (t ex 1987/88:Jo 719, Bengt Westerberg m fl) avslogs av riksdagsmajoriteten. I dag "yttrar" sig organisationer i ca 14 % av ärendena vid koncessionsnämnden (SOU 1987:32 s 45).

len[189] kan knappast tas till intäkt för att någon form av organisationstalan skulle vara obehövlig de lege ferenda utan är snarare ett bevis för motsatsen.[190] Det framstår som paradoxalt att goda processuella möjligheter saknas för miljöorganisationerna som är starkare och lättare erhåller allmänt stöd än konsumentorganisationer.[191] På konsumentområdet finns både en kraftfull ombudsmannaorganisation med möjlighet till statlig grupptalan och därutöver viss rätt till organisationstalan (se även nedan) medan motsvarigheter saknas i båda dessa hänseenden på miljösidan!

Jag saknar tillräckliga kunskaper för att uttala mig bestämt om förekomsten av organisationstalan i *Danmark* och *Norge*.[192] Liksom vad gäller ovan diskuterade rättsområden försvåras också en rättvisande jämförelse av skillnader vad gäller bl a kompetensfördelningen mellan domstolar och förvaltningsmyndigheter. Men så mycket kan man nog säga som att man åtminstone på miljöområdet har gått betydligt längre i Norge än i Danmark och Sverige då det gäller att "gi organisasjoner adgang til å fremme sine formål gjennom søksmål".[193] På konsument- och diskrimineringsområdet förefaller skillnaderna mellan de skandinaviska länderna vara mindre framträdande.[194] Allmänt sett tycks dock en utveckling mot mer liberala regler om organisationstalan vara på gång i Danmark och Norge,[195] medan svensk rätt för närvarande visar upp en mera statisk bild i detta hänseende. (Förslaget i SOU 1987:24 (s 173) om en subsidiär talerätt för organisationer av konsumenter, löntagare eller näringsidkare i mål om produktåterkallelse kan dock möjligen ses som början på en vitalisering av grupptalan på konsumentom-

189 Enligt Michelson 1986 s 76 f uppgår antalet hittills (1987) inte ens till ett halvt dussin.

190 Se även ovan i kap 13 s 546 betr diskussionen om rätt för organisationer att föra enskilt åtal.

191 Cappelletti & Garth & Trocker s 685.

192 Se härom och för det följande särskilt Backer, Rettslig interesse s 17 ff, 151 och 133 ff med där anförd litteratur samt Cappelletti & Garth, The protection s 138 not 85a, Møgelvang-Hansen 1982 s 93 och Bengtsson i NU 1976:25 s 75 f och 93.

193 Backer, Rettslig interesse s 151.

194 Enligt Thomas (s 315) finns möjlighet till organisationstalan i Danmark, men någon närmare redogörelse härför lämnar han ej.

195 Se t ex Cappelletti & Garth, The protection s 138 not 85a betr Danmark och betr Norge Backer a st.

rådet.) Vad gäller miljöområdet är det en del som talar för att man i Norge rentav kommit längre än i USA på det här området.[196]

3.3 Funktioner, för- och nackdelar

Organisationstalans möjligheter till *funktionsuppfyllelse* som class actionalternativ är naturligtvis avhängiga av hur processtypen utformas. De lege lata förekommer knappast möjlighet för organisationer att föra talan om ersättning för medlemmarnas (klassens) räkning; det franska undantaget på konsumentområdet[197] bekräftar närmast huvudregeln. Men att organisationstalans *reparativa* potential ännu inte konfronterats med verkligheten innebär inte att en sådan funktion skulle vara utesluten i och för sig. Liksom andra former av grupptalan ger den kollektiva processformen möjligheter att uppnå särskilt goda reparativa effekter vid individuellt oprocessbara anspråk.[198] Men även vid individuellt processbara anspråk kan den gemensamma processföringen innebära ekonomiska vinster och fördela risktagandet på ett sätt som ökar processbenägenheten. Möjligheterna till användning av radikala tekniker för beräkning och fördelning av skadestånd har också en positiv verkan i reparativt hänseende. Allt tillsammantaget har organisationstalan goda förutsättningar att fullgöra class actioninstitutets reparativa funktion, men än så länge har processformen inte fått möjligheter att bevisa riktigheten i detta påstående.

Att organisationstalan kan fylla en *preventiv,* handlingsdirigerande, funktion är kanske mer uppenbart. Här finns existerande processformer att hänvisa till i flera länder, men man måste samtidigt konstatera att det empiriska underlaget hittills tyder på att den faktiska betydelsen är tämligen begränsad, åtminstone om de preventiva effekterna skall mätas med antalet förda processer. Processformens handlingsdirigerande betydelse är dock naturligtvis inte inskränkt till de direkta individuella effekter t ex en förbudstalan i miljömål har i form av stopp för ytterligare miljöfarliga utsläpp från just svarandens företag; den allmänpreventiva effekt som blotta

196 Enligt Backer a a s 19 ger domen i det norska Altamålet anledning anta att utgången i *Sierra Club* (ovan not 166) skulle ha blivit gynnsammare vid en motsvarande organisationstalan i Norge.

197 Se ovan s 606.

198 Jfr ovan s 449 f.

tillgången till en fungerande organisationstalan (möjligen) utgör behöver inte – jag börjar bli tjatig – stå i proportion till antalet processer.[199] Den negativa attityd och skepsis som råder på vissa håll i fråga om möjligheterna till handlingsdirigering och allmänprevention i allmänhet (och kanske civilprocessens möjligheter i det hänseendet i synnerhet[200]) påverkar i och för sig inte jämförelsen mellan alternativa processformers effektivitet i detta hänseende. Organisationstalans möjligheter till preventiv funktionsuppfyllelse bör i stället jämföras med class actioninstitutets motsvarande resurser via en diskussion om de för- och nackdelar som är förenade med respektive processform.

Class actioninstitutets övriga funktioner – sekundära till de redan nämnda i så måtto att även de åtminstone indirekt syftar till förbättrad reparation och handlingsdirigering – är aktuella även vid organisationstalan. De *processekonomiska* vinster som kan uppnås är ungefär desamma vid organisationstalan som vid class actions. Jämförd med en jätteprocess i form av ett via kumulation tillskapat processkonglomerat erbjuder organisationstalan – liksom class actions och statlig grupptalan – processekonomiska vinster för både parterna och samhället. Även i jämförelse med individuell rättegång i form av pilotmål kan organisationstalan – möjligen – medföra vissa processekonomiska vinster via en specialisering på t ex ombuds- och utredningssidan, men de rationaliseringar som uppnås på detta sätt kommer ju kärandesidan till godo (enligt våra regler om rättegångskostnader) blott vid processförlust eller om svaranden inte kan förmås betala rättegångskostnaderna. Det normala torde vara att en organisationstalan ges en mera ambitiös uppläggning än individuell process och följaktligen förlorar processformen på detta sätt vid en jämförelse med individuella rättegångar.

Möjligheterna att fullgöra en *prejudikatbildande* uppgift är sannolikt rentav bättre vid organisationstalan än vid class actions.[201] Enskilda privatpersoner kan inte förväntas visa ett så starkt intresse av att få rättsläget klarlagt att de tar de ekonomiska riskerna att processa då vinstoddsen (sakligt eller rättsligt) framstår som osäkra och en motsvarande tvekan infinner sig säkert för den som överväger att starta en class action. Class actioninstitutets brister i detta

199 Se ovan s 605 och betr organisationstalan Gilles s 5.

200 Jfr ovan s 456 ff.

201 Jfr ovan s 464 f och, betr statlig grupptalan, ovan s 591.

hänseende är naturligtvis ytterst ovälkomna just på de rättsområden det här gäller. En bristande processbenägenhet på t ex miljö-, konsument- och diskrimineringsområdet får särskilt negativa konsekvenser vid en övergång från en kasuistisk (konkret) till en allmän (abstrakt) lagstiftningsteknik med ett rikligt inslag av ramlagar och generalklausuler. Följden blir ett accentuerat behov av vägledande avgöranden, gärna från högsta instans. Om inte behovet av prejudikat kan tillgodoses kan effekten bli att t ex konsumentkollektivets rättigheter aldrig klarläggs till sina yttersta gränser och att konsumenten avstår från process även då ett bifall till hans talan bäst skulle harmoniera med de ändamålsöverväganden som ligger bakom de oprecist angivna materiella reglerna. Saknas samtidigt möjlighet till statlig grupptalan kan prejudikatstorkan bli besvärande, så t ex i Sverige där konsumentombudsmannen inte har möjlighet att agera vid allmän domstol i situationer av här aktuellt slag och det på miljöskyddsområdet inte ens finns en ombudsmannainstitution att tillgå.[202] Är konsumentsidan – som i Sverige – i stort sett oorganiserad eller saknas, som på miljöskyddsområdet, möjligheter till organisationstalan för de organisationer som finns föreligger en uppenbar risk för en "sned" prejudikatbildning: de enskilda (konsumenter, miljöstörda etc) är "one shot litigants" (dvs har i allmänhet bara anledning att starta process en gång och i allmänhet inte ens det) medan näringsidkarsidan har processuell erfarenhet (åtminstone via sina organisationer) och skäl att fästa principiell vikt även vid en individuell tvist eftersom andra konsumenter kan förväntas framställa liknande anspråk. Näringsidkaren är inte en "one shot litigant" utan en "repeat player"[203] och har anledning lägga ned processuella resurser i proportion härtill. Effekten kan bli att rättspraxis ger en sned och ofullständig bild av de materiella reglernas innebörd.[204]

Förekomsten av organisationstalan kan alltså bidra till att t ex konsumenter och miljöstörda förmår utnyttja "tolkningsutrymmet på sin sida av lagtexten"[205] i högre grad än som är fallet vid individuell process och class actions. Liksom vid statlig grupptalan finns dock

202 Betr behovet av talerätt för KO av detta skäl, se Lindblom, Konsumentmål s 111 ff och 150 ff samt SOU 1986:1 s 201 ff.

203 Jfr härom ovan s 8 f och Cappelletti & Garth i Access to Justice I:1 s 17 f.

204 Lindblom, Protection s 112 f med instämmande av Cappelletti & Garth i The protection s 135, jfr även Møgelvang-Hansen 1982 s 93.

205 Lindblom, Konsumentmål s 106, jfr dock nedan s 620 nackdel 11.

naturligtvis risk att svaranden hellre lägger sig godvilligt än medverkar till tillkomsten av ett uppmärksammat och besvärande prejudikat.[206] Prejudikatseffekten uteblir inte helt men begränsas naturligtvis om domen grundas på medgivande, särskilt om detta sker i lägre instans. Organisationstalan kan möjligen i någon mån även fullgöra class actioninstitutets funktion att verka *rättsbildande,* dels genom att fungera som en processuell murbräcka vid utvecklingen av materiell rätt, dels ock via en opinionsskapande förmåga med ty åtföljande reformeffekter.[207] Huruvida detta skall betraktas som en primär eller (i förhållande till prevention och reparation) sekundär funktion eller "bara" som en fördel med organisationstalan jämförd med vanlig individuell process är en smaksak.

I det följande skall nu göras ett försök att lista de *fördelar* och *nackdelar* organisationstalan har då det gäller att fullgöra uppgifter som ett alternativ (eller komplement) till class actioninstitutet i ovan angivna bemärkelser. Liksom i motsvarande avsnitt beträffande class actions och statlig grupptalan[208] görs ingen genomgående uppdelning i förbuds- och fullgörelsetalan. Jämförelseobjektet är ibland andra former av grupptalan, ibland vanlig individuell process. Som kommer att framgå är många för- och nackdelar gemensamma för alla former av grupptalan; jämförelsen kommer då främst att avse vanlig individuell process och pilotmål.

Utöver, och i samband med, de ovan berörda möjligheterna till funktionsuppfyllelse är organisationstalan förenad med följande *fördelar:*

1. Organisationer har i allmänhet större ekonomiska resurser än medlemmarna var för sig, vilket ökar processbenägenheten och även leder till fördel 3, 6 och 7 nedan.
2. Organisationens sakkunskap på rättsområdet kan komma till direkt nytta i processen i form av bättre ombud, bättre val av experter och sakkunniga, bättre utredning i övrigt etc.
3. De under 1 och 2 nämnda fördelarna innebär att bättre balans uppstår mellan parterna i processen (jfr dock nackdel 15 nedan); näringsidkarna har genomsnittsligt sett större resurser och processvana än konsumenten i gemen och dessutom ofta en egen organisation bakom ryggen. Organisationen –

206 Ovan s 592, SOU 1986:1 s 206 ff.

207 Se ovan 461 ff.

208 Se ovan s 465 ff och 589 ff.

liksom svaranden – är inte en "one shot litigant" utan en "repeat player".

4. Samma problem med att pröva "adequacy of representation" som vid class actions föreligger inte (jfr dock nackdel 2 nedan).
5. Om domen vid organisationstalan antas sakna rättskraft mot medlemmarna (vilket för närvarande är fallet) behövs inga, eller åtminstone inga rigida, regler om "notice" och "opt-out". Införs däremot rättskraft kan sådana saker lösas på ett smidigare sätt vid class actions (t ex via medlemstidningar, branschpress etc).
6. Individuellt oprocessbara anspråk blir processbara, vilket har positiva effekter i såväl reparativt som preventivt hänseende.
7. Föreligger behov av prejudikat är talan möjlig även vid "processimmuna"[209] anspråk och i ovissa rättslägen.[210]
8. Det föreligger ingen risk att processen självdör till följd av "mootness".[211]
9. Risken att svaranden kan köpa ut käranden är liten.
10. Det föreligger goda möjligheter att åstadkomma en kostnadsspridning inom den berörda gruppen.
11. Svarandens benägenhet att frivilligt ställa sig domen till efterrättelse ökas; käranden kan nämligen förväntas gå vidare till exekution om så erfordras.
12. En bredare intresseavvägning blir möjlig t ex vid förbudstalan i miljömål; en enskilds skada och olägenheter kommer inte att dominera bilden som vid individuell process.
13. Chanserna till publicitet med ty åtföljande opinionsbildning är större än vid enskild process.
14. Risken för chikanösa processer minskar.
15. Vid skadeståndstalan kan vissa frågor om beräkning och fördelning av individuellt skadestånd överlåtas till organisationen i stället för att belasta domstolsväsendet.
16. Svaranden har goda möjligheter att få ersättning för rättegångskostnaderna om talan ogillas.

209 Ovan s 450.

210 Jfr dock ovan s 616 och nedan nackdel 15.

211 Se ovan s 467 f.

17. Eventuella intressekonflikter mellan medlemmarna kan hanteras utanför processens ram i större utsträckning än vid class actions.
18. Risken för upprepat processande och motstridiga domar motverkas (se dock nackdel 8), särskilt om rättskraft mot tredjeman införs.
19. Organisationen är ansvarig gentemot sina medlemmar och beroende av dem; detta kan ge större lyhördhet och ansvarskänsla än vid andra former av grupptalan.

Som synes är de flesta – men inte alla – fördelarna desamma som vid class actions och statlig grupptalan. Förhållandet är likartat om vi går över till *nackdelarna*. Jag börjar emellertid med att peka på några i huvudsak organisationstypiska nackdelar:

1. Det finns inte alltid en färdig och/eller accepterad organisation som passar för just den aktuella processen. Class actiongruppens "ad hoc"-karaktär är överlägsen i detta hänseende. Även om man inför liberala regler om talerätt kommer det säkert att inträffa fall då inte någon organisation känner sig motiverad att starta process då sådan i och för sig skulle vara önskvärd. Och att acceptera organisationer som tillskapas enbart för en viss process kommer knappast ifråga.[212]
2. Kriterierna för vilka organisationer som skall få föra talan kan vara svåra att bestämma och bedöma.
3. Det kan föreligga konkurrensförhållanden mellan flera organisationer vilket kan medföra komplikationer också i processuellt avseende. (Rätt till intervention?)
4. Är organisationen svag – och det är inte sällan fallet i konsumentsammanhang – drabbar det även medlemmarna.

Följande nackdelar är åtminstone i viss utsträckning aktuella även vid class actions och statlig grupptalan:

5. Det föreligger en risk för passivisering av de enskilda medlemmarna.

212 Däremot förefaller det svårt att vägra organisation som tillskapats för processen och fått anspråk överlåtna på sig möjlighet att väcka talan, åtminstone enligt svensk rätt (jfr däremot Gilles s 11 ff – ovan s 604 – betr det tyska förslag som hade denna innebörd). Denna teknik befriar också de enskilda från ansvaret för rättegångskostnader! Jfr även ovan s 600.

6. Organisationer – liksom statliga myndigheter – kan så småningom liera sig med sina motparter. Erhåller organisationen statligt stöd finns dessutom risk för politisk påverkan.
7. Ges både organisationen och dess medlemmar egen talerätt kan medlemmens rättshjälp hotas och han kan få nackdel av att organisationen inte vill väcka talan; detta kan uppfattas som ett stöd för motpartens inställning. Motsvarande nackdel aktualiseras om statliga organ ges primär talerätt.[213]
8. Så länge dom vid organisationstalan saknar rättskraft föreligger risk för upprepade processer, motstridande domar och dubbelersättning. Införs däremot rättskraft ökar kraven på bl a notice och prioriteringsproblem enligt nackdel 3 ovan kan uppkomma.
9. Processen blir sannolikt mer omfattande och komplicerad än vid enskild rättegång.
10. Detta medför risk för att den individuella gottgörelsen försenas.
11. Det är möjligt att svaranden kommer att streta emot hårdare än vid individuell process men det är också möjligt att svaranden förhindrar prejudikat genom att medge kärandens talan.[214]
12. I vissa fall kan beräkning av skadestånd försvåras av att alla berörda inte medverkar i processen.
13. Organisationer har en tendens att byråkratiseras med minskad effektivitet till resultat.
14. Grupptalan av denna (och andra) typer passar inte in i den traditionella individualistiska tvåpartsprocessen; domare och ombud kan känna sig vilsna och begå misstag. Vidare kan en negativ attityd hos enskild till grupprocesser överhuvudtaget försvåra bifall till talan.
15. Organisationer på här aktuella rättsområden är i allmänhet svagare än sina motparter; risk föreligger att organisationen undandrar sig process mot "övermäktiga" motståndare och enbart angriper små och medelstora näringsidkare, miljöstörare etc för att inte uttömma sina resurser.[215]

213 Jfr ovan s 592 och, ang förlust av rättshjälp, SOU 1984:66 s 83 f.

214 Ovan s 592.

215 Jfr Cappelletti & Garth & Trocker s 684 och de tyska effekterna i rättegångskostnadshänseende, berörda ovan s 605.

16. Sämre möjligheter föreligger (de lege lata) att erhålla ekonomiskt stöd via rättshjälp, rättsskyddsförsäkring etc än vid individuell talan.
17. Det kan finnas ett politiskt motstånd mot att ge organisationer ökade maktbefogenheter (risk för långtgående "korporativism").

3.4 Sammanfattande och avslutande synpunkter rörande organisationstalan

Med organisationstalan har i det föregående avsetts talan rörande förbud, fastställelse eller fullgörelse förd av en organisation som part i huvudsakligt syfte att tillgodose medlemmarnas eller ett allmänt intresse. En stor del av framställningen torde dock vara av relevans även vad gäller andra former av processuell aktivitet från organisationers sida på konsument-, miljö- och diskrimineringsområdet.

Organisationstalan i "egentlig mening" förekommer i stor utsträckning i USA, men processformen har ändå inte rönt en uppmärksamhet i litteraturen som ens kommer i närheten av vad som gäller class actions. I USA har möjligheterna till organisationstalan framför allt vuxit fram i praxis och det är svårt att bilda sig en klar uppfattning om hur pass vanliga processer av det här slaget är. Troligen är dock denna form av representativ process betydligt vanligare i USA än i Tyskland och Frankrike, där utvecklingen skett via lagstiftning och det praktiska användningsområdet hittills förefaller ha varit starkt begränsat åtminstone på det rent civilprocessuella planet. I svensk rätt finns vissa möjligheter för organisationer att föra talan vid marknadsdomstolen (i den mån inte NO eller KO önskar föra processen) men dessa utnyttjas så gott som aldrig. En anledning härtill är (kanske) den passiviseringseffekt KO:s och NO:s närvaro kan medföra men också de negativa effekter som följer av en subsidiär talerätt enligt svensk modell.[216] De mål som KO och NO avstår från att driva framstår naturligtvis som sekunda och föga frestande att satsa ekonomiska och personella resurser på. Situationen påminner om vad som gäller vid enskild åtalsrätt; åklagarens beslut att inte åtala ställer det enskilda åtalet i negativ dager

216 Se ovan s 592 p 7 och 620 p 7.

och får processen att framstå som näranog dödfödd, som en kamp mot alla odds.

Att organisationstalan är av mindre betydelse de lege lata i miljömål än i konsumentmål i både Frankrike, Tyskland och Sverige (men däremot inte i USA och Norge) är ett intressant förhållande som kan föranleda en rad spekulationer. Här får det räcka med en förmodan att denna "obalans" sannolikt kommer att minska i framtiden. Samtidigt som tankar på en mera aktiv miljöpolitik vinner allt starkare stöd förefaller intresset för konsumentfrågor ha minskat under senare tid. Detta skall sedan jämföras med att organisationerna är svagare på konsument- än på miljöområdet medan företeelser som särskilda ombudsmän och organisationstalan finns blott på konsumentområdet. En utjämning förefaller oundviklig. Det uppseendeväckande låga antalet förbudsmål vid fastighetsdomstolen ger knappast utrymme för tolkningen att behovet av adekvata processformer i miljömål redan skulle vara tillfredsställt organisationstalan förutan.

I Sverige liksom på det internationella planet har organisationstalan hittills förekommit nästan enbart i form av förbudstalan. Möjligheterna till skadeståndstalan i Frankrike har visat sig resultera i ytterst få tvistemålsprocesser och – vid bifall – blott symboliska skadestånd.[217] Det tyska förslag som lades fram för drygt 10 år sedan kommer sannolikt inte att leda till lagstiftning.[218] Det är lätt att göra antagandet att en skadeståndstalan endast kan få full effekt och väcka tillräckligt intresse om den, liksom det amerikanska class actioninstitutet, förenas med radikala metoder för beräkning och fördelning av skadestånd samt en regel om rättskraft för och emot organisationens medlemmar, åtminstone mot dem som inte valt att hoppa av (processen eller organisationen). Och då en rättskraftsutsträckning av det slaget vanligen anses strida mot vad som i flera länder uppfattas som allmänt vedertagna och oomkullrunkeliga principer om rättskraftens begränsning till parterna är det kanske inte realistiskt att räkna med en fungerande organisationstalan på skadeståndsområdet de lege ferenda. Att organisationstalan – liksom statlig grupptalan – är fullt tänkbar även i Sverige då det gäller åläg-

217 Ovan s 606.

218 Ovan s 604.

gande om produktåterkallelse ger dock ett färskt förslag om produktåterkallelse belägg för.[219]

Nu är det emellertid frågan om inte en organisationstalan rörande skadestånd skulle kunna klara sig väl – åtminstone ur medlemmarnas synpunkt – även en generell rättskraftsregel förutan. Man kan antingen tänka sig en ensidig rättskraftsregel av "non-mutual"-typ, dvs att blott bifallande dom äger rättskraft mot alla.[220] Eller man kan nöja sig med domens bevisverkan (i såväl sak- som rättsfrågan). I de flesta fall skulle säkert detta vara tillräckligt för att svaranden skulle rätta sig efter domen; att provocera fram ny process lönar sig blott om svaranden kan räkna med att vinna process nr två.

"Ensidiga" rättskraftsregler av ovan antytt slag, liksom kraftig bevisverkan, existerar i sinnevärlden i flera länder, så ock i Sverige.[221] Långtgående regler om rättskraft mot tredje man är inte någon avgörande faktor ur gruppmedlemmarnas synpunkt; man har här anledning erinra sig att den generella rättskraftsregeln vid class actions rörande skadestånd enligt Rule 23 (b)(3) främst tillkom av hänsyn till *svaranden,* som annars skulle ha allt att förlora men föga att vinna vid en class action.[222] Om man kan avstå från en generell rättskraftsregel för och mot tredjeman (medlemmarna) bortfaller alla problem med delgivning (notice), avhopp(opt-out), representativitet osv. Det är möjligt att utvidgad rättskraft inte är värd att sträva efter ur organisationens eller dess medlemmars synpunkt.[223]

Om rättskraftsproblematiken kanske inte är en så stor stötesten för en expansion av organisationstalan som man lätt kan föreställa sig är möjligen motsatsen fallet vad gäller nya metoder för beräkning och fördelning av skadestånd. Denna svårighet är emellertid gemensam för alla former av grupptalan. Och grupptalan är i och för sig tänkbar även nya skadeståndsregler förutan.[224]

Möjligheterna till funktionsuppfyllelse, liksom för- och nackdelar vid organisationstalan, företer i stor utsträckning samma bild som vid class actions och statlig grupptalan. Men skillnader finns i funktion, kanske främst vad gäller den nyss berörda reparativa effek-

219 SOU 1987:24 s 173.

220 Jfr ovan s 234 f.

221 Se ovan s 555 och nedan kap 15 avsnitt 4.

222 Se ovan s 124.

223 Jfr ovan i kap 6 s 238 f.

224 Ovan i kap 8 s 282, nedan i kap 15 avsnitt 5.6.

terna (åtminstone de lege lata) och vad gäller möjligheten att fylla en prejudikatskapande uppgift. För- och nackdelar är delvis desamma olika former av grupptalan emellan, delvis artspecifika. Skillnaderna framträder främst vid en jämförelse med vanlig individuell process eller pilotmål. En kombination mellan organisationstalan och pilotmål (eller olika former grupptalan emellan) är, som kommer att framgå av nästa avsnitt, också möjlig.

4. Pilotmål ("test cases", "Musterprozessen")

4.1 Terminologi och avgränsningar

Vid en diskussion om alternativ till class actioninstitutet utgörs det mest närliggande jämförelsematerialet av andra former av gruppprättegång, såsom t ex statlig grupptalan och organisationstalan. Men man kan naturligtvis inte inskränka sig till att jämföra dessa processtyper inbördes, man måste även ställa effekterna av olika grupprocessuella varianter mot vad som kan uppnås i individuell rättegång. Uttrycket "individuell rättegång" är emellertid inte entydigt och det finns alltså anledning att skilja mellan olika kategorier även i det hänseendet.

En särställning i den individuella gruppen intas av vad vi i Sverige kallar *pilotmål* (pilotfall), en processuell variant som varit föremål för uppmärksamhet även i svensk doktrin, dock ej som class actionalternativ.[225] I den internationella debatten har däremot pilotmål ("test cases", "Musterprozessen") diskuterats även i sistnämnda hänseende.[226] Framställningarna är dock i allmänhet ytterst kortfattade[227] och vaga i konturerna. Denna vaghet sammanhänger i viss utsträckning med den terminologiska förbistring som råder

225 Se Ekelöf, Rättegång V (4:e uppl 1979) s 166, depchefen i prop 1981/82: 28 s 22 ff och 34, Heuman, Rättshjälp varom Larsson i SvJT 1983 s 223 ff. Se även SOU 1984:66 s 84 ff (med intressanta iakttagelser rörande utvecklingen efter publiceringen av Heumans arbete).

226 Se t ex Ontario Report I s 86 och ALRC s 34.

227 Så t ex i Ontario Report och Australian Law Reform Commission (ovan s 400), jfr dock Koch, Prozessführung, bl a s 141–153, vars framställning intar en särställning såväl kvalitativt som kvantitativt i det här sammanhanget, även om den – tyvärr – inte är inriktad på pilotmål som class actionalternativ.

även på detta område.[228] Med *pilotmål* kan man mena allt från vanlig individuell process som planeras och genomförs helt på egen hand och utan avsikt att verka styrande för andra till välorganiserade gruppaktiviteter som endast till skenet – om ens det – avviker från öppet redovisade former av grupptalan av det slag class action-institutet, statlig grupptalan och organisationstalan utgör de främsta exemplen på.

Redan ett typiskt individuellt tvistemål kan vara av intresse för andra än parterna om de rätts- eller sakfrågor som aktualiseras har sin motsvarighet i förhållandet också mellan andra rättssubjekt än de som figurerar som parter i rättegången. Om t ex en köpare av en felaktig produkt eller tjänst, en person som utsätts för diskriminerande behandling på en restaurang, eller någon som är bosatt vid en förgiftad sjö väcker talan mot "illgärningsmannen" fungerar rättegången som pilotmål för andra som är i samma position som käranden genom att domen innehåller ställningstaganden till svarandens skyldigheter, trovärdighet etc och därmed verkar styrande på olika sätt även i förhållande till andra än käranden, dvs i vårt fall gruppen (klassen). Det krävs inte att den som väcker en individuell process av detta slag ("piloten") har för avsikt att hjälpa eller vägleda gruppmedlemmarna ("passagerarna") eller ens att han har kännedom om passagerarnas existens för att man skall kunna tala om "pilotmål" i åtminstone någon bemärkelse. Man skulle rent av kunna hävda att *alla* processer är pilotmål i den meningen att de påverkar det framtida beteendet hos svaranden och hans likar i motsvarande situationer och därmed är av betydelse för de potentiella kärande som befinner sig i en situation motsvarande den aktuelle kärandens.[229] Med denna vida definition förlorar emellertid begreppet pilotmål all substans. Åtminstone den avgränsningen bör därför göras att ett pilotmål anses vara för handen blott om det redan vid processens början finns någon eller några som är i en likartad situation som endera parten och därför har intresse av processens utgång i det enskilda fallet; det bör vara också andra än parterna som hoppas på processen och känner sig beroende av dess utgång. (Man kan dock också tänka sig det fallet att käranden och svaranden har anledning att

228 Jfr ovan s 581 ff betr statlig grupptalan och s 596 ff betr organisationstalan samt s 19 ff betr begreppet grupptalan. – Att pilotfallsbegreppet är oklart framhävs av såväl Heuman som Larsson (s 223).

229 Jfr Lindblom, Konsumentmål s 17 ff och ovan i kap 1 s 10 f och 13 ff.

räkna med flera likartade tvister i framtiden och att därför processen fungerar som ett pilotmål endast dem emellan.)

Den nyss gjorda avgränsningen aktualiserar en rad problem som här måste förbigås.[230] Det får räcka med konstaterandet att termen pilotmål kan ges en mycket vid innebörd och att framställningen i det följande snarare bygger på ett sådant synsätt än på motsatsen, dvs en definition som söker sig mot den andra extremen och t ex kräver att det finns en väl avgränsad grupp, att det redan finns flera processer anhängiggjorda och att pilotmålet så att säga framtvingas genom domstolens försorg, att medlemmarna ekonomiskt eller på annat sätt understödjer "pilotens" processuella aktiviteter, att det föreligger en överenskommelse mellan gruppmedlemmarna ("passagerarna") om att en skall driva processen för allas räkning men med gemensam ansvarighet för kostnader o dyl, att passagerarna och svaranden förbinder sig att ställa sig domen till efterrättelse i andra likartade förhållanden eller att domen skall tas till utgångspunkt för en kommande uppgörelse även med de gruppmedlemmar som inte deltar i det enskilda målet.[231]

Termen pilotmål förses alltså inte med några begränsningar av nyssnämnt slag i det följande utan används i en vid betydelse där

230 Rent allmänt förefaller termen pilotmål (och kanske i ännu högre grad "test case") implicera en avsikt – hos parterna och bland gruppmedlemmarna – som nog ofta saknas i praktiken (jfr Smith s 272) och som domstolen mera sällan har anledning att efterforska och konstatera, jfr 8 och 34 §§ rättshjälpslagen samt SOU 1982:25 s 190 ff och SOU 1984:66 s 84 ff.

231 Se för några av dessa varianter t ex Ontario Report I s 86, Jacob s 346 och Australian Law Reform Commission PM s 34. Heuman (Pilotfall) verkar arbeta med en ganska snäv innebörd av termen pilotfall vilket skall ses mot bakgrund av att hans undersökning främst gäller sambandet mellan rättshjälp och pilotmål. – I *Katz v. Carte Blanche Corp.* (496 F. 2d 747, 1974, nedan s 631 f)) använde man först beteckningen "a classic test case" för den yttersta extremen (bindande verkan för svaranden även gentemot passagerarna) men väljer senare en vidare – ej närmare angiven – definition, sannolikt för att inte hamna bortom det praktiska betydelsefulla: "Some confusion surrounded the meaning of the term test case. A classic test case with binding legal effects on all those effected by its outcome is not possible, of course, without the express consent of all those affected, both parties and non-parties." (rättsfallet s 758. Även Tur (s 149) har explicit avstått från att begränsa termen test case till fall då bindande verkan föreligger mellan parterna. Jfr även Koch, Prozessführung s 142 ff som diskuterar olika former av "Musterprozessen", också det fallet (s 142) att man har anledning att räkna med samma parter i de kommande processerna. Han tar även upp situationerna vid t ex flygolyckor, miljökatastrofer och läkemedelsskador (s 143 och 295 f) samt frågan om rättskraftens subjektiva begränsning i tysk rätt i här aktuella sammanhang (a a s 124 ff och 150 ff, jfr Gottwald s 21).

avgränsningen närmast består av att representativ grupptalan i form av class action, statlig grupptalan eller organisationstalan framstår som tänkbara alternativ i den aktuella situationen. Det är ju blott dessa fall vi har anledning att intressera oss för vid en diskussion av alternativ till class actioninstitutet. Av denna definition följer också att såväl skadestånds- som fastställelse- och förbudstalan kan tas med i bilden och detta trots att det erbjuder vissa problem att inordna åtminstone förbudstalan under representativa processer av det slag vi sysselsätter oss med, ett problem som varit föremål för diskussion flera gånger i det föregående.[232]

4.2 Bakgrund, förekomst m m

Pilotmål förekommer säkert i alla rättssystem; det är svårt att tänka sig ett förbud mot en processform som är så väl anpassad till den traditionella individualistiska tvåpartsprocess som är förhärskande i västvärlden. En särskild regel som *tillåter* pilotmål behövs följaktligen inte heller; vad som förekommer är i stället regler som *tvingar fram* en användning av metoden i vissa fall då en eller flera av de berörda kanske skulle föredra att starta eller fullfölja en process på egen hand. I Sverige finns numera – vid sin tillkomst starkt omdebatterade[233] – möjligheter att pressa fram pilotmål med hjälp av rättshjälpslagen (8 och 34 §§, se även 9 § 3 st lagen om arrende- och hyresnämnder), men det vanligaste är givetvis att metoden används helt frivilligt. Säkert inträffar detta relativt ofta på områden där möjlighet till grupptalan saknas.

Pilotmål har emellertid visat sig vara användbara inte bara i brist på grupptalan utan även som en intressant teknik i länder där både organisationstalan och class actions finns att tillgå som konkurrerande processuella varianter. I *USA* är det särskilt i rättegångar rörande civil rights som "test cases as a form of pressure group activity" har visat sig vara en effektiv processform.[234] I ett case lawland som USA kan pilotmål användas i politiska syften, för att blottlägga missförhållanden och skynda på utvecklingen, och så har

232 Ovan kap 1 s 22 ff och i detta kap s 599 f.

233 Se Heuman, Rättshjälp (som nästan helt ägnas häråt), jfr dock SOU 1984:66 s 84 ff där det görs gällande att erfarenheterna av reglerna varit positiva.

234 Kötz i Welfare State s 101.

också skett i betydande utsträckning.[235] Även i t ex *Tyskland* anses "Musterprozessen" vara ett effektivt processuellt vapen, så t ex på miljöområdet:

> "In Germany too, for instance, the construction of both nuclear and conventional power plants has virtually come to a standstill in recent years, not because standing requirements were broadened but because there was no dearth of personally affected individuals willing to lend their names to cases financed and controlled by larger groups of citizens."[236]

Som framgår av citatet ovan förekommer det att själva piloten intar en undanskymd, närmast formell, plats i pilotmålet på ett sätt som erinrar om förhållandena vid somliga class actions. Det förtjänar även att upprepas att pilotmål inte bara kan ersätta organisationstalan[237] i vissa fall[238] utan också förekomma i *kombination* med denna och andra representativa processformer. Det har också inträffat att pilotmål följts upp med en class action.[239]

4.3 Funktioner, för- och nackdelar

En framställning om pilotmålsmetodens möjligheter till funktionsuppfyllelse som class actionalternativ blir lätt ett omtuggande av de synpunkter, som först lades fram i kapitel 12 om class actioninstitutets funktioner och sedan upprepats ovan i avsnitt 2.3 och 3.3

235 Se Koch, Prozessführung s 143 med i not 200 anförd litteratur.

236 Kötz a a s 101 f.

237 Enligt Miller C J, Some problems s 18 förekommer ej organisationstalan i England men organisationer "sponsrar" ibland "test cases", se även densamme, Consumer s 374 ff.

238 Se ovan s 598.

239 Så skedde i rättsfallet *In Re Gypsum* (386 F. Supp. 959, (1974)) där kom man överens om att skicka fram 24 (av ett par hundra) fall som pilotmål. Svarandena accepterade att målen gavs "äkta" test-case-status (dvs att domen skulle gälla för alla). Sedan skadeståndsskyldigheten slagits fast genom dom i process nr 1 framställde passagerarna sina individuella skadeståndskrav. De delades då in i "subclasses" (för att få likhet inom grupperna i skadeståndsfrågorna) vars anspråk i sin tur prövades som class actions. I dessa class actionmål skedde sedan förlikning som godkändes av rätten enligt reglerna i Rule 23. Pilotmålsmetoden var här alltså inte något *alternativ* till en class action utan ett *komplement* som underlättade och förbättrade class actioninstitutets användbarhet (se om fallet Newberg s 269 f, jfr även *Katz*, nedan s 631 f, s 760).

beträffande statlig grupptalan och organisationstalan. Betecknande är att Tur beskrivit "the test case" som ett sätt att

> "facilitate access to the courts, not only to provide remedies for injured parties but also to deter breaches of and encourage conformity to the law".[240]

Tur lyckas här i en enda mening fånga in såväl den övergripande class actionfunktion ("increased access") man fäster avgörande vikt vid i t ex Ontario Report[241] som dess egentliga beståndsdelar, dvs de *reparativa* och *preventiva* effekterna. Men det kanske bör tilläggas att verkningarna av ett pilotmål i dessa hänseenden genomsnittligt sett torde vara svagare än vid en class action. För att process skall komma till stånd vid individuellt oprocessbara anspråk måste det vara fråga om en ganska ambitiöst organiserad process med t ex överenskommelse om gemensamt ansvar för rättegångskostnader. Och de handlingsdirigerande effekterna av en förbudstalan torde ligga på en lägre nivå än vid representativ grupptalan av annat slag.[242]

Om nu jämförelser med class actioninstitutet i preventivt och reparativt hänseende ofta utfaller till nackdel för pilotmålsmetoden gäller åtminstone ibland det motsatta i frågan om de *processekonomiska* och – framför allt – *prejudikatskapande* och *rättsutvecklande* uppgifterna (vilka för övrigt alls inte nämns av Tur, men däremot understryks desto tydligare av Koch). Medan class actions kan vara överlägsna vid "quantitave Rechtsdurchsetzung" är pilotmål ibland att föredra vid kvalitativ "Rechtsfortbildung".[243] Väljer man att starta ett pilotmål innebär detta i bästa fall en koncentration till det som är av principiell vikt och gemensamt intresse på ett sätt som kan medföra betydande processekonomiska vinster både då avsikten är att tillskapa ett prejudikat och då processen främst fyller en rättsutvecklande funktion på så sätt att utgången kan förväntas initiera lagstiftning för att bekräfta, vidareutveckla eller kullkasta den rättsliga bedömning domen i pilotmålet mynnar ut i. Den breda uppläggning av processen som ofta följer av att class actioninstitutet,

240 Tur s 149.

241 Se ovan i kap 12 s 448.

242 Jfr ovan s 470 p 7.

243 Jfr Koch (Prozessführung s 141 ff och 152 f) som skiljer noga mellan "Rechtsdurchsetung" och "Rechtsfortbildung" och verkar uppfatta pilotmålsmetoden som särskilt betydelsefull i sistnämnda hänseende.

statlig grupptalan eller organisationstalan kommer till användning, kan avvaras i många fall. Är syftet med processen i första hand att tillskapa prejudikat (i vid mening) blir detta särskilt tydligt och det är bl a fördelarna i processekonomiskt hänseende som föranlett den svenska lagstiftaren att företa vissa ändringar i rättshjälpslagen i avsikt att tvinga fram en ökad användning av pilotmålsmetoden.[244]

Men naturligtvis är inte pilotmålsmetoden något i allo felfritt sätt att "på ett effektivt och billigt sätt. . . tillgodose det allmänna intresset av att få fram goda vägledande avgöranden".[245] Visar det sig att alla relevanta frågor inte blir lösta i pilotmålet eller att svaranden bara rättar sig efter domen i förhållande till käranden – om ens det – minskar naturligtvis möjligheterna till funktionsuppfyllelse drastiskt.[246] Osäkerheten i bl a dessa hänseenden måste betecknas som en stor nackdel med metoden i fråga.

Så har framställningen – åter[247] – sakta glidit över från att avse pilotmålsmetodens funktioner till de för- och nackdelar som man kan urskilja s a s på mikroplanet, dvs de faktorer som bidrar till att bestämma graden av funktionsuppfyllelse. Den lista häröver som strax skall presenteras gör lika lite anspråk på fullständighet som de tidigare och bör helst läsas i samband med dessa. Fördelarna med att välja en individuell process i form av pilotmål kan nämligen i stor utsträckning utläsas mutatis mutandis av de nackdelar som kollektiva processformer medför, medan de fördelar som är förenade med grupptalan i stor utsträckning kan omformuleras till nackdelar med individuell process.

Pilotmålsmetodens för- och nackdelar kan naturligtvis systematiseras på flera olika sätt och i diverse underavdelningar. En illustration härtill presenteras i *Katz v. Carte Blanche Corp.*,[248] där domstolen hade att pröva om en class

244 Se ovan s 627.

245 Heuman, Rättshjälp s 9.

246 Enligt Miller (samtal maj 1982) finns det "inte någon" som gillar "test cases", åtminstone inte om man därmed avser blott organiserade former då passagerarna och svaranden förbinder sig att domen i pilotmålet skall gälla mot alla och även kostnadsansvaret regleras. Oenighet i en rad hänseenden (vem som är den lämpligaste pilot och ombud etc) uppstår nästan alltid, vartill bl a kommer förseningar och organisationssvårigheter. Se även Miller, C J (England), Consumer s 354.

247 Jfr ovan s 588.

248 496 F. 2d 747 (1974), jfr ovan s 203 i kap 5. Se även Møgelvang-Hansen 1979 s 121.

action enligt Rule 23(b)(3) var överlägsen andra processuella alternativ, i detta fall i första hand pilotmål. Katz yrkade att Carte Blance Corp. – ett kontokortsföretag – skulle åläggas att återbetala en enligt konsumentkreditlagen ("the truth in lending act") otillåten avgift som påförts samtliga kontohavare. Talan fördes som en class action. Rätten konstaterade att frågan om "superiority"[249] i sådana fall borde bedömas i relation till flera olika intressenter: "Superiority must be looked at from the point of view (1) of the judicial system, (2) of the potential class members, (3) of the present plaintiff, (4) of the attorneys for the litigants, (5) of the public at large and (6) of the defendant. The listing is not necessarily in order of importance of the respective interests. Superiority must also be looked at from the point of view of the issues."[250]

Domstolen tog hänsyn bl a till den sistnämnda faktorn (nr 6) och beslöt att vägra Katz att driva processen som en class action i stället för som "test case" bl a på grund av att svarandebolagets rykte skulle bli lidande om processen fördes som ett class actionmål: i så fall skulle det bli nödvändigt att sända ut ett meddelande ("notice") om rättegången till samtliga kontoinnehavare vilket kunde få till effekt att dessa höll inne med att betala sina månadsräkningar, något som i sin tur skulle kunna leda till konkurs för bolaget.[251]

Av större vikt var dock sannolikt domstolens – troligen felaktiga – antagande att dom rörande skadeståndsskyldighet i sig i ett pilotmål skulle kunna förenas med rättskraft till förmån för alla kontoinnehavare i efterföljande processer (eventuellt i form av en class action) enligt principen om "non-mutual collateral estoppel".[252] Befanns bolaget vara skadeståndsskyldigt skulle alltså "collateral estoppel" kunna åberopas av alla klassmedlemmar; ogillades Katz' talan skulle däremot bolaget kunna åberopa domens stare decisis-effekt i eventuella efterföljande processer.[253] Att ett "test-case" ansågs "superior" berodde alltså delvis på antagandet att det skulle bli möjligt för kontohavarna att efter bifall till Katz "test case" åberopa "non-mutual collateral estoppel" i senare processer rörande skadeståndsskyldigheten. Men det skulle visa sig att ansvarsfrågan aldrig blev avgjord – bolaget ingick sedermera förlikning med Katz! Bättre kan inte vådorna och riskerna (för klassmedlemmarna) med pilotmål illustreras!

Det förtjänar kanske påpekas att domen i *Katz* inte var enhällig. En av dissidenterna fäste vikt vid bl a behovet av jämvikt i processen och formulerade en del av sitt utlåtande på följande sätt: "While there is biblical if not historical support for the notion that one David did slay a Goliath, the social desirability of consumer class actions was to insure that a David plaintiff had a Goliath capability against the Goliath propensities of his adversary, and thus the real power of the courtroom adversaries would be equalized. I have a

249 Betr "superiority" se ovan s 198 ff.

250 *Katz* s 760.

251 Se ovan s 203 och rättsfallet s 757 f.

252 Härom ovan s 233 ff.

253 Rättsfallet s 758 ff, jfr *Fitzgerald v. North Eastern Hospital of Philadelphia* (418 f. supp. 1041 (1976) s 1042. Betr stare decisis se ovan i kap 6 s 227.

gnawing fear that this court, with a historic tradition of consumer protection, today takes a major step backwards."[254]

Katz är det mest kända rättsfallet rörande möjligheterna att ersätta class actions med pilotmål, som är förenade med följande *fördelar*:[255]

1. Processen kan renodlas bättre än vid kollektiva processformer och därmed bli snabbare och billigare (jfr nedan 9.).
2. Den omständliga prövningen av förutsättningarna för class actions (och i någon mån organisationstalan och statlig grupptalan) behöver inte ske.
3. Kostnader för "notice" uppkommer ej.
4. Piloten (men inte passagerarna) kommer snabbare fram till en exekutionstitel.
5. Utgifter för rättshjälp nedbringas.[256]
6. Hot om upprepande av processen kan förmå svaranden till frivillig gottgörelse och medverka till en gynnsam förlikning för gruppen som helhet.
7. Man kan välja att driva just det enskilda mål som framstår som mest negativt ur svarandens synpunkt och som bäst gynnar gruppens intressen vad gäller möjligheter till bifall, rättshjälp, processvana osv.
8. Det är lättare att starta ett pilotmål än mer genomorganiserade former av grupptalan; processformen förutsätter i sina enklaste varianter inte någon kontakt mellan gruppmedlemmarna (jfr dock nackdel 1 nedan).
9. Det förekommer att pilotmålsmetoden leder till ökad snabbhet.[257]

Fördelarna under p 8 ovan torde bidra till att pilotmål i vid bemärkelse säkert är av lika stor praktisk betydelse som representativ grupptalan i form av class actions, statlig grupptalan och organisationstalan även i de länder där alla dessa processformer existerar

254 Rättsfallet s 772.

255 Intressanta synpunkter på för- och nackdelar med pilotmål anförs i SOU 1984:66 s 86 f.

256 I *Fitzgerald* (ovan i not 253) ansågs test casemetoden vara att föredra framför en class action bl a för att käranden hade rättshjälp och de höga kostnaderna för notice i ett class actionmål följaktligen skulle drabba det allmänna! (*Fitzgerald* s 1044.)

257 Så genom koncentration av resurserna, SOU 1984:66 s 87.

sida vid sida, som t ex i USA. Men annars är det påfallande hur få fördelarna är jämfört med vad som gäller för grupptalan av ovan angivna typer. Förhållandet är egentligen självklart; kunde pilotmål bättre fylla andra grupprättegångars funktion skulle dessa naturligtvis ha dött ut. Pilotmålens underlägsenhet kommer också till synes genom att man kommer upp till ett betydligt högre antal då det gäller att förteckna pilotmålsmetodens *nackdelar*:[258]

1. Metoden förutsätter – för att vara effektiv – samarbete mellan alla berörda, om maximal effekt skall uppnås även från svarandens sida.
2. Om svaranden inte bundit sig för att rätta sig efter domen gentemot alla berörda kan flera processer bli nödvändiga. (jfr nackdel 1.)
3. Processen saknar (i motsats till offentlig grupptalan) "självstart".[259]
4. Om provisionsarvode tillämpas kan det bli svårt att skaffa ett skickligt ombud (jfr 14. nedan).
5. Piloten står som part och är följaktligen ensam primärt ansvarig för rättegångskostnaderna; övriga berörda kan visa sig obenägna att bidra trots överenskommelse härom.[260]
6. Det föreligger stor risk att svaranden "köper ut" käranden.[261]
7. Svaranden kan frestas att förhala processen.[262]
8. Regler om summa revisibilis etc kan försvåra tillgången till rättsmedel och därigenom minska möjligheterna till prejudikat;[263] viktiga processer kan komma att handläggas enligt regler för småmål.[264]
9. Övriga mål försenas och följaktligen även individuell gottgörelse för passagerarna.

258 Jfr även ovan i not 255 a st.

259 Se ovan s 591.

260 Jfr SOU 1984:66 s 87.

261 Se betr *Katz* ovan s 631, jfr ovan s 617.

262 Heuman, Rättshjälp s 73.

263 Koch, Prozessführung s 152 f.

264 Jfr dock RB 1:3a.

10. Passagerarna saknar möjlighet att påverka processföringen.[265]
11. Risk föreligger för konflikter mellan piloten och passagerarna och mellan dessa inbördes t ex vad gäller val av bästa mål (pilot) och ombud.[266]
12. Pilotmål väcker i allmänhet mindre uppmärksamhet än t ex class actions.
13. Pilotmål passar inte vid individuellt oprocessbara anspråk.
14. I rättssystem där man beräknar kostnadsersättning enligt taxa (som t ex i Tyskland) blir ersättningen för rättegångskostnaderna lägre än om man kan driva en gemensam process.[267]
15. Käranden tvingas spela en dubbelroll då de egna intressena står i strid med gruppens.
16. Ett prejudikat kan bli alltför "smalt": "domen kan motiveras på ett sådant sätt att viktiga principfrågor inte löses".[268]
17. Risk föreligger att processen avbryts till följd av "mootness"[269] eller till följd av invändningar eller genkäromål som endast avser piloten.
18. Passagerarna är utlämnade till pilotens godtycke.
19. Det kommer (åtminstone skenbart) att råda en bristande balans i processen.
20. Vid intresseavvägning mellan parterna i förbudsmål beaktas inte passagerarna.

4.4 Sammanfattande och avslutande synpunkter rörande pilotmål

Pilotmål är sannolikt det praktiskt sett viktigaste class actionalternativet, en taleform som säkert kommer till nära nog daglig användning i de flesta rättssystem – åtminstone om termen pilotmål ges en så vid innebörd som skett i det föregående. Frekvensen är dock naturligtvis betydligt lägre om betydelsen inskränks till avsiktliga

265 Heuman, Rättshjälp s 23, jfr NJA 1966 s 211 och Fitger 14:28.

266 Se ovan s 204 (citatet) och s 630 not 246, jfr dock SOU 1984:66 s 87.

267 Se ovan s 605.

268 Heuman a a s 75.

269 Ovan s 467 f.

och ambitiöst organiserade former av "individuell grupptalan" med t ex överenskommelser mellan de berörda om gemensamt ansvar för rättegångskostnader, ja kanske t o m med utfästelse från båda sidor att ställa sig domen till efterrättelse trots den avsaknad av rättskraft mot tredje man som normalt gäller i situationer av här aktuellt slag. I Sverige förekommer åtminstone på miljöområdet ett inte obetydligt antal pilotmål med en medveten planering och omfattande samarbete åtminstone på kärandesidan.

Att pilotmålsmetoden intar en betydelsefull plats i svensk tvistemålsprocess säger emellertid inte mycket om detta class action-alternativs värde jämfört med sådana former av representativ process som class actions, statlig grupptalan och organisationstalan; hos oss har pilotmålsmetoden aldrig tvingats mäta sina krafter med processformer av sistnämnt slag eftersom de saknas vid allmän domstol i Sverige. Och i de fall då dylika alternativ existerar (som t ex statlig grupptalan och organisationstalan vid marknadsdomstolen) saknas rätt för enskild att föra process och följaktligen föreligger inte heller förutsättningar för pilotmål, åtminstone inte "privata" pilotmål.

Att pilotmålsmetoden kan klara konkurrensen med – eller åtminstone fyller en funktion vid sidan av – andra processformer, t ex class actions och organisationstalan, illustreras däremot av förhållandena i USA där väl också behovet av kollektiva processformer är större än någon annanstans. "Test cases" har kommit till flitig användning och även visat sig vara möjliga att kombinera med andra metoder (class actions, organisationstalan) så att skräddarsydda processformer kunnat tillskapas för olika behov.[270] Initierade bedömare påstår däremot att åtminstone organiserade pilotmål är föga populära.[271]

Det är givetvis fel att ställa olika processuella metoder på det grupprocessuella området mot varandra för att söka den lösning som erbjuder de bästa möjligheterna till funktionsuppfyllelse; class actioninstitutet och dess alternativ bör snarare ses som komplementerande än konkurrerande remedier på rättsområden där den traditionella individualistiska tvåpartsprocessen inte är väl ägnad att lösa

270 *Katz* s 760, Newberg s 270. – Den påstått intensiva användningen av organisationstalan i USA (ovan s 607 ff) är nog till stor del pilotmål uppbackade av organisationer.

271 Ovan not 246.

alla de problem och konflikter som kan uppkomma. Att pilotmålsmetodens nackdelar är betydligt flera än dess fördelar behöver redan av detta skäl inte betyda att metoden skulle sakna existensberättigande eller utvecklingsmöjligheter. Pilotmål förefaller väl kunna fylla en prejudikatbildande och rättsutvecklande funktion; frånvaron av rättskraft mot tredje man saknar betydelse i dessa fall. Processens uppgift blir då främst att rikta strålkastaren mot ett politiskt eller principiellt viktigt rättsområde till vägledning för rättstillämpningen och med eventuella effekter i form av rättsutveckling via senare lagstiftning och praxis. I kombination med att rättshjälpen inskränks till att avse endast ett mål (pilotmålet) förefaller även avsevärda processekonomiska vinster möjliga i åtminstone vissa fall.[272]

5. Sammanfattning och avslutande synpunkter

De särskilda sammanfattningarna efter varje avsnitt i det här kapitlet gör det möjligt att nu snabbt avsluta framställningen om de kanske viktigaste class actionalternativen: offentlig grupptalan, organisationstalan och pilotmål. Även om presentationen och undersökningen av dessa processuella instrument alls inte har kunnat genomföras på samma ambitionsnivå som motsvarande partier rörande class actions har kapitlet – tillsammans med den allmänna framställningen i föregående kapitel om class actionalternativ i allmänhet – förhoppningsvis kunnat fullgöra sin huvudsakliga funktion att ge relief åt framställningen rörande class actioninstitutet.

Åtminstone den genomgång av class actionalternativ som skett i detta och föregående kapitel ger knappast underlag för slutsatsen att något av dem eller ens alla i förening är så effektivt (effektiva) att en diskussion om att införa class actioninstitutet i rättssystem där det inte existerar skulle vara överflödig. I Kanada, där ett intensivt reformarbete pågår på class actionområdet, gör man följande bedömning i den stora utredningen Ontario Report:

> "The Commission acknowledges that, in certain circumstances, each of the procedural alternatives considered may be an adequate substitute for a class action. However, it also must be recognized that these alternatives have

272 Så enligt rättshjälpskommittén i SOU 1984:66 s 87, där det hävdas att de flesta problem som förutspåddes i samband med regelns införande (här avses bl a Heumans bok om Rättshjälp och pilotfall) inte har uppkommit. Jfr även Larsson i Svensk Juristtidning 1983 s 223 ff.

> significant inherent limitations, and that their utilization in a variety of circumstances, no matter how much animated by ingenuity and good will, frequently results in *ad hoc*, ineffective halfmeasures. We are of the view that many kinds of mass wrong that increasingly arise in a modern industrial society generate novel procedural problems that call for unique procedural rules – a mass remedy – in order to resolve all contentious issues in an efficient, effective, and equitable fashion. It has been suggested that an expanded class action procedure may well provide just such a mass remedy. We now proceed to a discussion of the arguments for and against the expanded use of class actions to secure relief for those injured by a mass wrong."[273]

Det förefaller frestande att instämma i denna bedömning och följa utredningens rekommendation. Några skäl för och emot en svensk reception av class actioninstitutet skall därför tas upp i det avslutande kapitel som nu följer.

273 Ontario Report I s 100. Betr utredningens slutliga förslag se ovan s 420 ff.

Kap. 15 Sammanfattning och värdering – class actions i Sverige?

"Går det där ute
så går det väl också här hemma"
Björn Afzelius

1. Inledning 639
2. En kort sammanfattning 643
3. Värdering av class actioninstitutet 650
   - 3.1 Sexton myter om class actions 650
   - 3.2 Sammanfattande värdering: class actions och alternativen 655
4. Finns behov av en svensk class action? – Aktuella rättsområden 658
   - 4.1 Inledning 658
   - 4.2 Konsumenträtten 660
   - 4.3 Miljörätten 662
   - 4.4 Masskadestånd och katastrofmål ("mass torts") 664
   - 4.5 Arbetsrätten och hyresrätten 665
   - 4.6 Associationsrätten och immaterialrätten 666
   - 4.7 Socialförsäkringsrätten 667
   - 4.8 Medborgerliga fri- och rättigheter 667
   - 4.9 Sammanfattning 669
5. Hinder för en svensk reception av class actioninstitutet 669
   - 5.1 Varför har vi inga class actions – eller har vi? 669
   - 5.2 Grundlagsenlighet, rättskraft och internationella konventioner 674
   - 5.3 Domstolarnas roll, processens funktion 675
   - 5.4 Domarrollen och advokatrollen 679
   - 5.5 Kostnadsregler 681
   - 5.6 Fordras en ny skadeståndsrätt? Bevisfrågor 685
   - 5.7 Alltför få eller alltför många fall? 686
   - 5.8 Få villiga parter, få domar 687
   - 5.9 Sammanfattning 689
6. Behov av samt hinder för en svensk reception av statlig grupptalan och organisationstalan 691

7. Taletyper och teknisk utformning 693
7.1 En svensk class action? 693
7.2 En svensk grupptalan – eller flera! 696
8. Sammanfattning och avslutande synpunkter 703

1. Inledning

I den här boken presenteras och diskuteras det anglo-amerikanska class actioninstitutet. Denna form av grupptalan är ett intressant processuellt vapen när många personer berörs negativt av samma händelse eller på annat sätt befinner sig i en likartad situation som aktualiserar rättsliga påföljder (skadestånd, förbud osv). Förutsättningarna att inleda och framgångsrikt genomföra en traditionell individualistisk tvåpartsprocess vid allmän domstol är då ofta dåliga. Sådan rättegång bygger nämligen på fiktioner om att det råder balans i styrkeförhållandet mellan parterna, att processen gäller ungefär lika mycket för dem båda och att den i stort sett saknar betydelse för tredje man.

Uppenbarligen brister det många gånger i en eller flera av dessa förutsättningar. Detta gäller bland annat på några av de rättsområden som ökat i betydelse under 1900-talet, så t ex miljörätten, konsumenträtten, socialförsäkringsrätten, arbetsrätten och hyresrätten samt i fråga om medborgerliga fri- och rättigheter. Den enskilde saknar ofta ekonomiska och personliga resurser att genomföra en rättegång (om en sådan ens är tillåten). Till detta kommer att det individuella anspråket kan vara så litet att en process i vilket fall som helst ter sig som en oproportionerligt resurskrävande åtgärd. Den som trots allt stämmer till domstol ställs i allmänhet mot en svarande som är betydligt starkare i en rad hänseenden (ett större företag, en statlig eller kommunal myndighet, en arbetsgivare) och som sällan drabbas av ett personligt kostnadsansvar på samma sätt som käranden. För svaranden kan vidare processen indirekt gälla betydande belopp om kärandens individuella anspråk multipliceras med det antal personer som kan tänkas framställa liknande yrkanden. Sistnämnda grupp står visserligen formellt sett utanför rättegången, men gruppmedlemmarna kan ändå vara starkt berörda av processens utgång.

I situationer av det här slaget kan det vara högst önskvärt ur både reparativ och preventiv synpunkt att svarandens eventuella skyldigheter gentemot gruppmedlemmarna får en rättslig prövning. Den materiellrättsliga regleringen kan inte fullgöra sina uppgifter på det

allmänna och individuella planet utan ett effektivt verkande processuellt rättsskydd. Det är emellertid påfallande att process vid allmän domstol inte spelar någon viktig roll de lege lata i Sverige på *något* av de ovan nämnda rättsområdena.[1] Detta kan åtminstone till viss del bero på att den individualistiska konstruktionen av det processuella rättsskyddet passar dåligt in i här aktuella sammanhang. Samhällsutvecklingen har medfört behov av kollektiva lösningar även på det processuella området, så t ex i form av grupptalan.

De ovan skisserade problemen har aktualitet i alla de länder där (post-)industrialismen, urbaniseringen, den ekonomiska koncentrationen, "massifikationen" vid produktionen av varor och tjänster, kollektiviseringen etc konfronteras med en processuell grunduppfattning som fortfarande är starkt inriktad på enskilda individer.[2] Och även om den hundraåriga liberala "privatprocessen" i någon mån fått maka åt sig för "public law litigation" och en "social civilprocess" på sina håll,[3] intar den fortfarande en dominerande plats i hela västvärlden, så ock i vårt land. Detta är sannolikt i stort sett välmotiverat, men det är också tydligt att den individualistiska processen behöver modifieras och kompletteras för att även gruppanspråk av ovan antytt slag skall kunna få en ändamålsenlig handläggning och prövning i rättegång. "Massproduktionen söker sin processrättsliga parallell", som Backer uttryckt saken (i ett otryckt manusutkast). Att också utomprocessuella alternativ kan vara av stor betydelse ur rättsskyddssynpunkt hindrar inte att det är olyckligt att hamna i en situation då inga processuella lösningar längre framstår som realistiska då det gäller att tillgodose de nya behoven.

Mot bakgrund av det ovanstående är det knappast ägnat att förvåna att class actioninstitutet varit föremål för betydande uppmärksamhet inte bara i USA utan även i t ex Kanada, Australien, Tyskland och England. För de flesta svenska jurister torde däremot en

[1] Se t ex betr konsumenträtten Hellner ovan i kap 1 s 3 vid not 6 och vad gäller miljörätten ovan i kap 1 s 7 vid not 22 (jfr nedan s 670 och 690). Hyres- och arbetsrätten, liksom den *näringsrättsliga* lagstiftningen för konsumentskydd, ger visserligen upphov till "rättegång" i vissa fall, men då i förvaltningsmässiga eller specialprocessuella former; den överväldigande delen av tvistlösningen sker dock på annat sätt. Och frågor om medborgerliga fri- och rättigheter, liksom anspråk av socialförsäkringsrättslig art, kan i Sverige endast undantagsvis bli föremål för ordinär domstolsprövning överhuvudtaget.

[2] Jfr Møgelvang-Hansen 1979 s 10.

[3] Se ovan i kap 12 s 441 f och Wasserman s 85, jfr även t ex Bengtsson i Festskrift till Welamson s 16 f och nedan s 706.

grupptalan av detta slag framstå som helt främmande och detta trots att processformen är avsedd att tillfredsställa behov som uppenbarligen existerar även i vårt samhälle. Men den svenska litteraturen på området har varit föga omfattande. Förhoppningsvis är nu den bristen botad i åtminstone någon mån.

Det är naturligt att avsluta en framställning om ett internationellt uppmärksammat sätt att lösa ett gemensamt problem med en diskussion om behovet av och förutsättningarna för en motsvarande lösning på det nationella planet. Så kommer också i någon mån att ske här, men det finns då anledning att erinra om vad som poängterades i det första kapitlet:[4] avsikten har inte varit att företa någon ingående och slutgiltig analys av det slaget utan att presentera och diskutera det *anglo-amerikanska* class actioninstitutet. Och ambitionerna därvidlag sträcker sig inte till att utföra någon total kartläggning av rättsläget *de lege lata* – även om en strävan efter konkretion i fråga om aktuella tillämpningsproblem gjort att beskrivningen av gällande rätt tar upp stort utrymme. Inriktningen är främst *rättspolitisk* och *de lege ferenda*: Hur fungerar institutet i praktiken? Vilka frågor aktualiseras vid dess tillämpning? Vilka funktioner kan det fylla? Vilka för- och nackdelar är det behäftat med? Vilket innehåll har diskussionen de lege ferenda i USA och i andra länder? Vilka är alternativen – inom och utom process – då det gäller att öka de materiella lagarnas genomslagskraft?

Det huvudsakliga undersökningsobjektet är alltså det anglo-amerikanska class actioninstitutet, dess möjligheter och tillkortakommanden vid en strävan efter ett förbättrat rättsskydd, efter ökad access to justice, de lege lata och de lege ferenda. Men vad som skiljer den här boken från andra framställningar om class actions är inte bara denna i vid mening rättspolitiska huvudinriktning utan även att studien har formen av en monografi och att den utförts "ur svenskt perspektiv". Undersökningen fogar sig härvidlag till flera andra svenska arbeten, så t ex Wimans doktorsavhandling om prissättning inom multinationella koncerner, som också den utgår från amerikanska förhållanden. De utländska rättsfigurerna ställs i svensk belysning; framställningen är visserligen inte komparativ i uttryckets mest ambitiösa betydelse,[5] men väl interfolierad med "svenska" synpunkter, späckad med en redovisning av de associa-

[4] Ovan s 37 ff.

[5] Ovan s 40.

tioner och funderingar som den främmande fågeln kan föranleda då den flyger genom svenskt luftrum. Studier av det slaget har i lyckliga fall en korsbefruktande verkan: den svenska infallsvinkeln kan lägga en ny dimension till vedertagna amerikanska synsätt och den amerikanska utgångspunkten kan ge uppslag och synpunkter för svensk rätt, främst rättspolitiskt och de lege ferenda men ibland även de lege lata. Att studera class actioninstitutet är också att studera civilprocessen och alla de grundläggande frågor den väcker: processens funktion, förfarandet, rättegångskostnaderna, rättskraften osv.

Undersökningen står och faller alltså förhoppningsvis inte med om class actioninstitutet befinns vara något för vårt land eller ej. Detta gör att diskussionen i det följande bör kunna framstå som något mer objektiv än annars skulle vara fallet. Någon slutgiltig rekommendation rörande en svensk reception kommer ju, som nyss nämnts, inte heller att ges. Bokens allmänna uppläggning tillåter inte så ingående detaljanalyser av behov, alternativ och konsekvenser för varje särskilt utpekat rättsområde som erfordras i det sammanhanget. En sådan studie bör också utföras av, eller tillsammans med, expertis på rättsområdet ifråga. I stället presenteras några allmänna synpunkter på hur en dylik undersökning kan struktureras. En fortsatt diskussion kan sedan ske på rättsområde efter rättsområde; ett steg i den riktningen kommer för övrigt att tas under 1989 då utskottet för konsumenträtt inom nordisk ministerråd anordnar ett seminarium kring frågan om grupptalan i konsumentmål de lege ferenda, delvis med utgångspunkt från de forskningar som redovisas i den här boken. Det finns vidare anledning anta att likartade överväganden kan komma att aktualiseras ganska snart även vad gäller miljö- och diskrimineringsfrågor.

En diskussion om behovet av och möjligheterna för en svensk reception av class actioninstitutet bör föregås av en mera allmän värdering både av hur institutet fungerat hittills och av vilka möjligheter det har de lege ferenda. Denna sammanfattande värdering skall ske på grundval av vad som redovisats i de tidigare fjorton kapitlen och jag börjar därför med att kortfattat erinra om innehållet i dem. Den som önskar en utförligare och mera synpunktsrik sammanfattning hänvisas till det avslutande avsnittet i varje särskilt kapitel.

2. En kort sammanfattning

Den moderna diskussionen om access to justice riktar främst in sig på frågor rörande medborgarnas processuella rättsskydd i det postindustriella samhället, på svårigheterna att få fullt genomslag för materiell lagstiftning inom områden där ett individualistiskt synsätt vad gäller rätt och rättsskydd inte passar eller räcker till. I den internationella komparativa forskningen delar man in debatten om och utvecklingen av access to justice i tre "vågor", där den första avser rättshjälp o dyl, den andra skyddet för diffusa, fragmentariska och kollektiva intressen och den tredje alternativa tvistlösningsformer samt de juridiska yrkesrollerna. I samband med skyddet för diffusa intressen aktualiseras i hög grad inte bara processens reparativa utan även dess preventiva (handlingsdirigerande) funktion. I detta, liksom i vissa andra hänseenden (processekonomi, prejudikatsbildning osv), framstår olika former av grupptalan som särskilt intressanta och class actioninstitutet är det kanske mest fascinerande inslaget i det sammanhanget. (*Kapitel 1,* som även innehåller några begreppsbestämningar samt synpunkter på källmaterialet och undersökningens uppläggning.)

Det råder – och bör råda – ett samband mellan processen och samhällsutvecklingen. Även den som inte vill acceptera en sådan koppling generellt måste nog medge att diskussionerna om access to justice politiserat frågan om en reformering av domstolarna och rättegången.[6] – Class actioninstitutet föddes i tidig engelsk equity och fungerade som en form av representativ rättegång, där en bred intresseavvägning till förmån för större grupper kunde ske utan att man tvingades till ohanterliga processer till följd av kumulationsreglerna. Under "den första epoken" dominerades dessa grupprättegångar inför kanslern av socialt etablerade och beständiga grupper i det feodala samhället som t ex församlingsbor och arrendatorer. Under "den andra epoken", industrialismen fram till mitten av 1800-talet, kom class actioninstitutet till användning i delvis andra situationer, bl a som en processuell murbräcka för mer tillfälliga och mindre konsistenta sammanslutningar – t ex "friendly societies" och "joint stock companies" – som saknade materiellt (associationsrättsligt) erkännande. Man kan ibland iaktta ett samband mellan aktuella politiska och processuella representationsteorier, men huvudintrycket är att samtidigt som "samtyckesteorin" vinner terräng på den

6 Cappelletti & Garth & Trocker s 705.

politiska arenan tar den där övergivna "intresseteorin" över på den processuella. – I slutet av 1800-talet stagnerade användningen av class actioninstitutet i England för att nästan dö ut under 1900-talet; "representative actions" lever kvar men med så höga krav på enhetlighet mellan gruppmedlemmarnas anspråk att de relativt öppna lagbestämmelserna numera är nästan obsoleta. (*Kapitel 2*, som också innehåller en allmän beskrivning av vissa drag i civilprocessens utveckling i England.)

USA skulle komma att bli framtidslandet även för class actions och under 1900-talet har processformen spelat en betydligt viktigare roll där än i sin ursprungsmiljö. Efter vissa diskrepanser mellan lag (1843 och 1912) och praxis i rättskraftshänseende kom så småningom principen om rättskraft för och mot alla gruppmedlemmar att slå igenom. Det centrala federala stadgandet om class actions – Rule 23 i 1938 års federal rules of civil procedure – ändrades radikalt 1966; bl a blev rättskraftskonsekvenserna vid skadeståndstalan mer långtgående än tidigare. Under det följande decenniet formligen exploderade praxis och doktrin i ett våldsamt ökat intresse för class actions och meningsmotsättningarna blev hårda. Därefter har en viss avmattning skett. – Rule 23 tycks anknyta till såväl samtyckes- som intresseteorin, men i den kanske mest inflytelserika skriften på class actionområdet ("Harvard Developments") har man lanserat en "substantive theory" för class actions, en teori som anknyter mera till ett funktionellt synsätt än till representationsteoretiska tankebyggnader. (*Kapitel 3*)

En rad empiriska undersökningar har utförts rörande class actioninstitutet. Statistik föreligger beträffande frekvensen, aktuella rättsområden, klasstorlekar, processekonomi, processutfall osv; dock har endast en betydelsefull undersökning presenterats på senare tid. Huvudintrycket vid en genomgång av det statistiska materialet är att den våldsamma debatten varit överdriven i en rad hänseenden och att class actions som en form av grupptalan fungerar väl. Efter en oroande stark uppgång av målantalet i anslutning till 1966 års ändringar (en uppgång som dock sannolikt endast i begränsad mån var föranledd av lagändringen) har användningen stagnerat och verkar nu stabiliseras kring ca 0,4 % av det totala antalet tvistemål på det federala planet. Detta motsvarar ungefär 4 federala class actions årligen per miljon innevånare. Härtill kommer ett varierande antal class actions grundande på delstatliga regler. Class actions rörande "civil rights" bildar den största gruppen. Processer i class actionform tar i genomsnitt bortåt 3 gånger mer tid och resurser i

anspråk än vanliga tvistemål. Denna skillnad är överraskande liten och processformen är effektivare än individuell process mätt i inprocessade dollar per timme. Tydligt är dock att class actioninstitutet i viss mån möjliggör rättegångar som annars ej skulle komma till stånd (processer rörande "individuellt oprocessbara anspråk") och därmed väcker en del sovande björnar. Processformens effektivitet hotas inte på något avgörande sätt av ombuds- eller administrationskostnader och riskerna för otillständiga förlikningar till nackdel för käranden, svaranden eller gruppmedlemmarna förefaller vara överdrivna (*Kapitel 4*)

De federala domstolarnas kompetens i class actionmål rörande skadestånd förutsätter i princip att varje individuell skada uppgår till minst 10.000 dollar, vilket naturligtvis är en närmast omöjlig spärr att passera i de flesta class actionsammanhang. Men genom bl a en rad särbestämmelser i "statutes" för speciella rättsområden (civil rights, miljö- och konsumenträtten, antitrustområdet osv) möjliggörs i vissa fall federala class actions inte bara vad gäller förbudstalan utan även i form av fullgörelsetalan rörande små individuella belopp. För att en class action skall tillåtas måste dock ytterligare sju förutsättningar vara uppfyllda. Prövningen av dessa förutsättningar – "the certification issue" – omfattar *att* det finns en klass, *att* käranden är medlem i klassen, *att* antalet klassmedlemmar är tillräckligt stort ("numerosity"), *att* det finns gemensamma sak- och/eller rättsfrågor ("commonality"), *att* den aktuella talan är representativ för gruppmedlemmarnas anspråk ("typicality"), *att* käranden och ombudet uppfyller vissa kvalifikationer ("adequacy of representation") *och att* talan passar in på någon av de tre kategorier som regleras i Rule 23 (b) ("b-kategori"). Dessa rekvisit – liksom några bedömningsfaktorer i anslutning till den tredje (b)-kategorien ("predominance", "superiority" och "manageability") – saknar inte konkretion men väl stringens och konsekvens. De är i betydande grad överlappande. (*Kapitel 5*)

För att rättskraft skall inträda för och mot hela gruppen, och för att en förlikning skall kunna godkännas av domstolen, fordras i princip att klassmedlemmarna får meddelande ("notice") om att process pågår, respektive om förlikningens innehåll. Vid skadeståndstalan krävs individuell notice i vissa fall, medan meddelandet annars i allmänhet kan ske genom kungörelse (i tidningsannonser, radio, TV osv). Gruppmedlem, som inte vill bli bunden av domen, har rätt att bli utesluten ur klassen ("opt-out") vid (b)(3) class actions men inte vid (b)(1) och (b)(2) class actions. De amerikanska rättskrafts-

reglerna medför, på ett för en svensk betraktare överraskande sätt, rättskraft för – men inte mot – tredje man även vid vanlig process i en del fall ("non-mutual collateral estoppel"). Deta förhållande är av betydelse bland annat vid en diskussion av alternativ till class actions och medverkar till att den utvidgning av rättskraften, som infördes vid 1966 års ändringar av Rule 23, på sätt och vis kan sägas ha varit huvudsakligen i *svarandens* (och domstolens) intresse. Rättskraftens betydelse för grupptalan – liksom kanske i tvistemål överhuvudtaget – förefaller många gånger vara överdriven. (*Kapitel 6*)

Ordinär amerikansk civilprocess företer både likheter och olikheter med rättegången i tvistemål enligt RB. Efter en inledande skriftväxling ("the pleading") förekommer dock ett partslett informativt skede ("discovery"), som saknar direkt motsvarighet i svensk rätt och som kan vara synnerligen krävande för parterna (och bidra till att man söker sig bort från domstolarna). Målen avgörs på handlingarna eller efter huvudförhandling ("trial"), ibland efter det att sammanträdet för muntlig förberedelse hållits ("pretrial conference"). Det stora antalet förlikningar och "summary judgements" bidrar till att dom efter huvudförhandling är en ganska sällsynt företeelse. Förfarandet i class actionmål avviker från det ordinära bl a genom den särskilda skriftväxling och de extra sammanträden som kan erfordras för prövning av tillåtlighetsfrågan ("the certification issue") och för handläggning av frågor rörande "notice", förlikning, skadeståndsfördelning och ombudsarvode. En class action präglas också i betydligt högre grad än vanliga mål av officialprövning och en aktiv domarroll; domstolen är visserligen i princip inte bunden av parternas yrkanden i några tvistemål, men officialprövningen sträcker sig ändå längre vid class actions; bl a utövar rätten en mera aktiv materiell processledning och har överhuvudtaget att bevaka gruppens intressen. En förlikning förutsätter domstolens godkännande, så ock kärandeombudets arvodesanspråk. I samband med class actions uppkommer ibland särskilda frågor rörande bland annat genkäromål och intervention. (*Kapitel 7*)

Skadeståndstalan i class actionmål aktualiserar – men nödvändiggör inte – radikala principer för beräkning och fördelning av skadestånd; bland annat har klumpsummemetoder samt "fluid recovery" och "cy-pres"-tekniker kommit till användning i flera fall. I samband därmed uppkommer också frågor om beviskravet bl a för individuella skador. Meningsskiljaktigheter rörande skadeståndets funktion – särskilt i preventivt hänseende – återspeglas delvis i debatten

om class actioninstitutets existensberättigande och användningsområde. Även allmänna frågor om civilprocessens uppgift är av relevans i sammanhanget. (*Kapitel 8*)

De amerikanska kostnadsreglerna och deras betydelse för class actioninstitutet låter sig inte sammanfattas på några rader och det blir snart anledning att återkomma till ämnet (nedan under 5.5). Här skall bara erinras om *att* amerikanska advokater ofta arbetar på provisionsbasis ("contingent fees") *men att* andra faktorer (bl a tidsåtgång) har fått ökad betydelse vid arvodesberäkningen på senare tid, så även i class actionmål. Vidare gäller *att* kvittning av rättegångskostnaderna är huvudregeln ("the American rule"), *men att* många undantag utvecklats härifrån. Detta har främst skett genom lagstiftning för vissa class actionintressanta rättsområden (särskilt i "statutes" rörande civil rights samt inom miljö- och konsumentkrediträtten). Käranden kan därför ofta få full ersättning för ombudskostnader också vid bifall till förbudstalan (tidigare ibland rentav vid ogillande). De amerikanska kostnadsreglerna är otvivelaktigt av stor betydelse då det gäller att stimulera ombuden att starta en class action. Och eftersom vi i Sverige – liksom i England, Australien och Kanada – tillämpar principen om den tappandes ansvar för den vinnandes kostnader ("the English rule") som huvudregel kan man tycka att class actioninstitutet redan av detta skäl inte är något för oss. Men kostnadsregler kan ändras och kompletteras på ett sådant sätt att detta hinder bortfaller. Vidare bör beaktas att vi även i Sverige stundom kvittar eventuella ombudskostnader, så bl a vid specialdomstolarna och i tvister rörande små belopp. Därmed ligger de amerikanska kostnadsreglerna närmare våra egna än man i förstone har anledning anta. Detta är av betydelse ur class actionsynpunkt; skyddet för diffusa intressen gäller ju i hög grad just låga individuella skadeståndsbelopp ("individuellt oprocessbara anspråk"). (*Kapitel 9*)

I den amerikanska diskussionen de lege ferenda har nära nog samtliga ovan berörda frågor blivit föremål för kritisk granskning (forum, de sju prövostenarna, reglerna om rättskraft, notice och opt-out, förfarandet, skadeståndsberäkningen, kostnaderna osv). Mer flexibla regler i bland annat notice-hänseende tycks vara ett ganska allmänt krav, men några ändringar i Rule 23 förefaller inte vara omedelbart förestående. En delstatlig "mönsterlag" för class actions ("the uniform class actions act") har vunnit anslutning i vissa delstater. Bilden på det delstatliga planet är dock fortfarande splittrad. Genom "Bill 1978", som presenterades under president Carters tid i

Vita Huset, lade man i kongressen fram ett intressant förslag ("Bill 1978") till nya regler för class actions rörande skadestånd med bland annat betydande tonvikt på handlingsdirigering och offentligt inflytande (förslaget erinrar mest om "public" och "relator actions" i denna del). Bill 1978 har dock inte föranlett någon lagstiftning; radikala förslag av denna typ förefaller ha haft små chanser att bli genomförda under de två senaste presidentperioderna. (*Kapitel 10*)

En intressant diskussion om class actions de lege ferenda förs sedan flera år också i Australien och Kanada (och numera även i England). Detta är av särskilt intresse eftersom man där har ungefär samma kostnadsregler som i Sverige. Vissa, sällan utnyttjade, möjligheter att föra class actions ("representaive actions") finns i dessa länder, men det är huvudsakligen diskussionen de lege ferenda som är av intresse. I Quebec – med snarare kontinental än anglo-amerikansk bakgrund i rättsligt hänseende – har man dock redan infört ett nytt class actioninstitut med en särskilt statlig stödfond för rättegångskostnader. Även om lagen inte resulterat i så många class actions som man hade hoppats på vissa håll (ca 20 per år i en provins med ungefär Sveriges folkmängd) är detta class actioninstitut av stort intresse. I Ontario lade man 1982 fram ett mycket ambitiöst statligt betänkande ("Ontario Report") med ett genomarbetat lagförslag rörande class actions; förslaget är för närvarande föremål för "aktivt övervägande" i motsvarigheten till vårt justitiedepartement. Även i Australien pågår ett intensivt reformarbete på class actionområdet. I delstaten Victoria ändrades bestämmelserna om "representative actions" för några år sedan på ett sådant sätt att man kan tala om ett nytt class actioninstitut, och på det federala planet har ett viktigt officiellt förslag till en reformering av class actioninstitutet lagts fram våren 1988. Här, liksom i Ontario Report, föreslås förändringar av kostnadsreglerna i förhållande till vad som gäller i vanliga mål i dessa länder. (*Kapitel 11*)

Det finns överensstämmelser men också skillnader mellan amerikanska och svenska uppfattningar om civilprocessens funktion. Liksom hos oss inriktas den ganska begränsade debatten i allmänhet på förhållandet mellan konfliktlösning ("conflict resolution") och handlingsdirigering ("behaviour modification"). Av intresse i det sammanhanget är också diskussionen om den form av rättegång som växte fram vid de federala domstolarna i USA under 60- och 70-talet och som Chayes kallat "public law litigation"; den retrospektiva individualistiska processen med rötter i common law och inriktning på konfliktlösning har här ersatts med en equityliknande

prospektiv processform där tonvikten ligger på breda intresseavvägningar och handlingsdirigering för att tillgodose allmänna intressen. En reaktion mot denna utveckling förefaller dock ha inträtt ("the spirit of the 80's"); perspektivet begränsas åter till en mer individualistisk grundsyn. Class actioninstitutets tillbakagång kan sannolikt delvis förklaras med dessa nya strömningar. – Class actioninstitutet hade ursprungligen främst en processekonomisk funktion, men i dag är det de reparativa och preventiva effekterna som träder i förgrunden. Kategorin "individuellt oprocessbara anspråk" är av särskilt intresse i båda dessa hänseenden. Processformens preventiva (handlingsdirigerande) funktion är inte lika öppet och allmänt accepterad som den reparativa ("increased access"); avskräckning ses av vissa blott som en mer eller mindre välkommen bieffekt, av andra som främmande för civilrätten och civilrättsskipningen överhuvudtaget. Även vad gäller prejudikatbildning och rättsutveckling anses class actioninstitutet kunna spela en viss roll. Processformen har naturligtvis en rad för- och nackdelar för parterna och domstolen då det gäller möjligheterna till funktionsuppfyllelse i alla dessa hänseenden, dvs för att uppnå ett maximalt genomslag för de materiella rättsreglerna. (*Kapitel 12*)

Det finns ett nästan obegränsat antal alternativa påverkansmekanismer (inom och utom domstolsväsendets ram), som helt eller delvis kan fullgöra samma reparativa och preventiva uppgifter som class actioninstitutet. Information, utbildning, propaganda, kriminalisering, försäkringslösningar, offentlig tillsyn och kontroll, "ombudsmän", alternativ tvistlösning, prövning av enskilda anspråk i brottmål, förfaranden vid administrativa myndigheter och specialdomstolar osv, allt detta bör tas med i bilden för att olika former av grupptalan vid allmän domstol skall framtona som de *kompletterande* snarare än *konkurrerande* alternativ de utgör. (*Kapitel 13*)

Av class actionalternativen intar andra former av grupptalan såsom *statlig grupptalan* och *organisationstalan* en särställning, men även metoden att begagna *pilotmål* är av stort intresse i sammanhanget. De förekommer alla i USA, och även i Frankrike, Tyskland och de skandinaviska länderna har man viss tillgång till processuella remedier av det slaget. Class actioninstitutet bör naturligtvis värderas bland annat mot bakgrund av dessa alternativ, som även de kan fullgöra funktioner och förses med listor på för- och nackdelar på ungefär samma sätt som class actioninstitutet. Men det måste understrykas att termerna "public actions", "parens patriae", "organisationstalan" och "pilotmål", används i en rad olika betydelser och

att jämförelser alternativen emellan därför lätt kan missförstås. (*Kapitel 14*)

3. Värdering av class actioninstitutet

3.1 Sexton myter om class actions

Efter 1966 års ändringar i Rule 23 utbröt en intensiv diskussion rörande class actions i amerikansk praxis och doktrin. Luften korsades av överdrifter.[7] Sedan dess har debatten vidgats till flera länder och många av de mest intressanta inläggen kommer numera från doktrinen och det statliga utredningsväsendet i Kanada och Australien. Man kan tryggt säga att debattläget har blivit betydligt lugnare, men meningsmotsättningarna är fortfarande avsevärda och kraven på saklighet kunde ställas högre vissa gånger. Det cirkulerar ett antal mer eller mindre seglivade myter om class actions, myter som ibland har viss täckning i verkligheten men som i andra fall verkar grundas betydligt mera på tro än på vetande. I det följande skall de vanligaste ryktena skärskådas; vad gäller några av dem blir det anledning att återkomma nedan under 5. vid diskussionen om hinder för en svensk reception. De tas dock med kortfattat även här för att listan skall bli någorlunda fullständig.

Den första myten: "Class actions är ett nytt amerikanskt påfund". Detta påstående, som förutsätter ren illvilja eller synnerligen bristfälliga kunskaper, har en viss förmåga att implicit framställa class actioninstitutet som mindre väl lämpat för mera traditionellt inriktade samhällen. Avsikten är kanske att framkalla känslor av obehag hos dem som inte är entusiastiska över utvecklingen i USA under de senaste decennierna. Men myten är helfalsk: class actions uppkom i feodal engelsk medeltidsrätt och har visat sig kunna fungera i England såväl då som under industrialismen. Ett rudimentärt class actioninstitut lever fortfarande kvar i England i form av "representative actions" och vissa tecken tyder nu på att törnrosasömnen är över. I Australien och Kanada har man naturligt nog samma rättshistoriska bakgrund och här har intresset för class actioninstitutet ökat avsevärt under de senaste decennierna. Detta manifesteras i bland annat helt nya class actioninstitut i Victoria (Australien) och

[7] Se t ex ovan s 335 ff.

Quebec (Kanada) samt i en rad kommittébetänkanden och lagförslag på hög ambitionsnivå i båda länderna.[8]

Den andra myten: "Class actions låter sig bara förenas med anglo-amerikansk rättsuppfattning." Exemplet Quebec bevisar motsatsen; rättssystemet har där i betydande mån kontinentalrättslig (fransk) bakgrund, vilket inte hindrade att man för några år sedan införde ett nytt class actioninstitut.[9] Som kommer att framgå nedan i avsnitt 5.3 och 5.4 finns det rent av visst underlag att hävda att class action-institutet i en del hänseenden till och med lättare låter sig förenas med kontinentalrättslig än anglo-amerikansk rätsuppfattning.

Den tredje myten "Class actions är bara tänkbara i ett rättssystem med kvittning av rättegångskostnaderna som huvudregel och där provisionsarvode för advokater är tillåtet." Även här kan hänvisas till Quebec som uppvisar en i stort sett motsatt kostnadsprofil. Vidare går naturligtvis kostnadsregler att ändra eller komplettera om så erfordras för att ett class actioninstitut skall kunna införas.[10] Jag återkommer till kostnadsfrågorna under 5.5 nedan.

Den fjärde myten: "Rättskraft mot tredje man i den utsträckning som förutsätts vid class actions är grundlagsstridig." Påståendet håller inte streck i USA och knappast heller någon annanstans, se vidare nedan under 5.2.

Den femte myten: "Class actions förutsätter att domstolarna ges en funktion och domarna en aktiv roll som är otänkbar i många stater." Ytterligare ett ohållbart påstående, se vidare nedan i avsnitt 5.3 och 5.4.

Den sjätte myten: "Class actioninstitutet rör upp onödiga rättegångar, dränker domstolarna i processer och förlamar industrin." Antalet federala class actions i USA steg brant efter 1966 års ändringar i Rule 23. Många bedömare extrapolerade kurvan som om bara en fortsatt höjning i samma takt var tänkbar. Som Miller visat hängde dock ökningen mera samman med andra faktorer i samhället än med reformeringen av class actioninstitutet. Antalet class actions är numera också nere på en nivå som knappast kan vara särskilt avskräckande för någon.[11] Sant är däremot att vissa processer (rörande "individuellt oprocessbara anspråk") inte skulle komma till

8 Se ovan kap 11 och "Tillägg" efter detta kapitel.

9 Se ovan s 413 f.

10 Ovan s 415 och nedan s 708 f i "Tillägg".

11 Ovan s 143 f och 337 f, jfr nedan avsnitt 5.7.

stånd class actioninstitutet – eller någon annan form av grupptalan – förutan. Huruvida detta skall uppfattas som en positiv eller negativ effekt torde hänga samman med bedömarens inställning till det önskvärda i att den ifrågavarande materiella lagstiftningen får faktiskt genomslag i samhället.

Den sjunde myten: "Antalet class actions är så lågt att institutet saknar praktisk betydelse." Vad gäller USA är påståendet felaktigt redan i sitt första led; åtminstone om till antalet federala class actions läggs motsvarande processer på det delstatliga planet kan class actioninstitutet inte betraktas som betydelselöst ens kvantitativt sett. Man har också anledning erinra sig att en enda class action kan resultera i förbättrat rättsskydd för ett mycket stort antal (inte sällan hundratusentals) enskilda personer. Vidare är naturligtvis *antalet* processer inte ensamt avgörande, särskilt om det är den preventiva (handlingsdirigerande) effekten som eftersträvas.[12] Att det nya class actioninstitutet i Quebec "bara" kommer till användning ca 20 gånger per år behöver alltså inte ses som ett misslyckande. Men skulle antalet class actions åter stiga återgår väl kritikerna till den sjätte myten ovan.

Den åttonde myten: "Inga class actions leder fram till dom efter huvudförhandling ("trial"), vilket visar att class actioninstitutet används av samvetslösa advokater i utpressningssyfte (för att åstadkomma orättmätiga förlikningar)". Sanningen är att de flesta amerikanska civilprocesser alla kategorier avslutas före "trial" (med "summary judgment", avskrivning eller förlikning). Class actions intar inte någon särställning i detta hänseende. Risken för att svaranden pressas till "felaktiga" förlikningar är knappast större än i vanlig process.[13]

Den nionde myten: "Class actions ligger bara i ombudens intresse; de betingar sig otillständiga arvoden och det blir inga pengar över till klassmedlemmarna." Åtminstone när provisionsarvode ("contingent fees") tillämpas är det ofta – ja oftast! – sant att ombudet har större ekonomiskt intresse av processens utgång än någon av klassmedlemmarna. Detta gäller inte bara vid individuellt oprocessbara anspråk utan så fort klassen består av mer än några få personer (vilket alltid är fallet) och provisionen överstiger 10 %, vilket oftast är fallet. Och visst har väldiga arvodesbelopp förekommit, men detta

12 Jfr t ex Bogart, Questioning s 697 och Gilles s 6.

13 Ovan s 154 ff, 166 ff och 319.

beror då på "multiplikationseffekten", inte på att ombuden skulle betinga sig högre provision vid class actions än i andra mål. Att det blir lite över till klassmedlemmarna beror i så fall på att de individuella ersättningsbeloppen i sig är låga (redan före avdrag för provisionsarvodet). Vidare har en utveckling inletts mot tidsrelaterad arvodesberäkning, vilket är till fördel för klassen.[14] Och redan det förhållandet att class actioninstitutet kan göra individuellt oprocessbara anspråk processbara vederlägger den nionde myten.

Den tionde myten: "Class actions är enormt komplicerade och processen blir därför oerhört tids- och kostnadskrävande." Sådana mål förekommer, både som class actions och i form av vanliga rättegångar, men ökningen av tid och kostnader i class actionmål är genomsnittligt sett förvånansvärt låg (ca 3 ggr). Flera undersökningar pekar på att class actions är överlägsna vanlig process ur processekonomisk synpunkt, så t ex vad gäller inprocessade dollar per timme domstolstid.[15]

Den elfte myten: "Class actioninstitutet missbrukas ofta, advokater reser runt och "köper upp" anspråk som annars aldrig skulle komma att prövas i domstol." Visst föreligger risk för missbruk t ex i så måtto att käranden, svaranden och ombuden ibland kan kolludera på klassens bekostnad. Reglerna om officialprövning – även av förlikningsavtal – utgör dock ett ganska effektivt remedium härvidlag. Att advokaterna rotar upp mål som annars inte skulle komma till domstol behöver inte vara något fel. Ofta är det värre ur både de enskildas och samhällets synpunkt om dessa målkategorier aldrig når fram till domstolarna (jfr ovan myt 6). Detta omdöme påverkas inte av att advokaternas drivkraft är mera ekonomisk än idealistisk; då (som i USA) företrädare för handel och industri kräver något annat av advokatkåren är det uttryck för kvalificerad dubbelmoral. Vidare har amerikanska advokater – bl a på grund av provisionsarvodet – självbevarelsedrift nog att inte väcka talan i dödfödda mål.

Den tolfte myten: "Class actions är numera alltid till fördel för käranden och till nackdel för svaranden ("pro-consumer and anti-business")." Påståendet är felaktigt. 1966 års ändringar i Rule 23 var främst till fördel för svaranden. Det förekommer även "defendant class actions" (class actions med gruppen på svarandesidan), så

14 Ovan s 321 ff.

15 Ovan s 159 ff.

t ex på produktskadeområdet. *Svaranden* vill alltså att processen skall drivas som en class action för att han en gång för alla skall uppnå rättskraft mot alla i klassen.[16] Härigenom spar han tid och pengar och slipper motstridiga domar. Av samma skäl är det mycket vanligt att klassmedlemmar och deras ombud föredrar individuell process. Varför förekommer annars så få class actions rörande skadestånd?

Den trettonde myten: "De flesta class actions ser likadana ut; institutet har alltså en mycket smal målgrupp" Påståendet är helt felaktigt. Class actions förekommer på en rad olika rättsområden och varierar vad gäller såväl klasstorlekarna som omstämda belopp och arten av talan (förbud, fullgörelse, fastställelse) osv.[17]

Den fjortonde myten: "Erfarenheterna i USA ger det bästa underlaget för en värdering av class actioninstitutet." Detta är naturligtvis endast riktigt vad gäller USA och inte fullt ut ens där. I andra rättssystem måste class actioninstitutet värderas mot bakgrund av processens utformning i det landet, förhållandena på varje enskilt rättsområde, tillgängliga och tänkbara alternativ etc. Men även i det nationella perspektivet leder det angivna synsättet lätt till alltför statiska slutsatser. Gällande rätt får inte vara ett hinder för förändring. Den amerikanska debatten de lege ferenda illustrerar att det amerikanska class actioninstitutet inte är idealiskt ens i det egna rättssystemet; betydande förbättringar förefaller vara möjliga att uppnå redan genom ganska begränsade reformer.[18]

Den femtonde myten: "Class actions förutsätter en radikal omvandling av skadestånds- och bevisrätten för att ha något existensberättigande." En seglivad myt. Men class actions är förenade med många fördelar och goda möjligheter till funktionsuppfyllelse även vid fastställelse- och förbudstalan.[19] Skadeståndstalan[20] är alltså inte den enda tänkbara taleformen. Vidare har class actions visat sig vara användbara även med traditionell skadeståndsrättslig bakgrund. Att effekten och användningen kan förbättras med hjälp av nya principer för beräkning och fördelning av skadestånd är visserligen

16 Betr 1966 års ändringar se ovan 124 f och 231 ff, jfr Coffee i 62 Indiana Law Journal (1986–87) s 627 ff samt Wright & Miller & Kane § 1770.

17 Ovan s 145 ff.

18 Ovan kap 10.

19 Ovan s 465 ff och nedan avsnitt 7.

20 Ovan s 465 ff och nedan avsnitt 7.

ostridigt. Men en sådan utveckling av skadeståndsrätten förefaller vara på gång även class actioninstitutet förutan.[21] På motsvarande sätt förutsätter inte class actioninstitutet att man accepterar skadeståndets preventiva funktion i större utsträckning än annars; class actioninstitutet verkar inte enbart handlingsdirigerande. Motståndarna till class actioninstitutet förefaller vara samma personer som varken vill tillerkänna skadeståndet eller civilprocessen en preventiv funktion och som dessutom rynkar på näsan åt "public law litigation" och en "social civilprocess."[22]

Den sextonde myten: "Class actioninstitutet är den definitiva lösningen på dagens rättsskyddsproblem, det fyller en mångfald viktiga funktioner, medför ett maximalt förverkligande av den materiella rätten, saknar konkurrensdugliga alternativ och har knappast några nackdelar." Enbart fanatiska class actionanhängare kan ha en så onyanserad – ja grotesk – uppfattning. Class actioninstitutet har visserligen en avsevärd och varierad funktionell potential och många fördelar men också beaktansvärda nackdelar,[23] åtminstone i vissa situationer. Och det existerar – i USA liksom annorstädes – en lång rad inom- och utomprocessuella alternativ (kanske främst statlig grupptalan, organisationstalan och pilotmål) som både kan konkurrera med och komplettera class actioninstitutet.

3.2 Sammanfattande värdering: class actions och alternativen

Om en "myt" är detsamma som en grov och allmänt utbredd vanföreställning går det naturligtvis inte att fullt ut hävda att påståendena 1–16 ovan alla är exempel på myter. Vissa av dem är alls inte allmänt spridda och några av dem är snarare att beteckna som onyanserade påståenden och mer eller mindre allvarliga överdrifter än som vanföreställningar. Vidare har de här bara kunnat diskuteras synnerligen kortfattat; den som vill bilda sig en säker uppfattning om sanningshalten måste ta del av samtliga föregående kapitel och kanske därtill företa egna forskningar på området.

21 Se bl a ovan s 269 och nedan s 684 ff.

22 Jfr t ex samtliga Glenns i litteraturförteckningen upptagna arbeten.

23 Ovan s 473 ff.

Låt oss emellertid tills vidare utgå från att alla de sexton påståendena under 3.1 ovan visar sig falla till marken vid en konfrontation med verkligheten. (Jag återkommer till vissa av dem under 5.1 nedan.) Det skulle ändå vara näst intill omöjligt att företa en helt objektiv "utvärdering" av class actioninstitutet. Även om en sådan studie skulle baseras på enbart "hårddata" av typen statistiska undersökningar har bl a redan valet av undersökta rättsområden stor betydelse för slutresultatet. Vad som är sanningen om class actions i antitrustmål är kanske lögn när det gäller grupptalan i miljömål etc. Även inom respektive rättsområde är det vanskligt att generalisera: det statistiska materialet visar fram en genomsnittsprofil som sannolikt är lika svår att återfinna i verkligheten som en "äkta Medelsvensson". Och om man enbart mäter hur class actioninstitutet fungerat i domstolspraxis, om det föranlett några handläggningsproblem osv, blir bilden knappast objektiv. Den enskilde domarens rättspolitiska grundinställning och hans attityd till såväl det aktuella rättsområdet som civilprocessens, class actioninstitutets och skadeståndets funktioner, påverkar säkerligen ibland hans inställning även i detaljfrågor rörande handläggningen.[24] Så torde åtminstone ha varit fallet i betydande utsträckning i USA och frågan är om ett sådant synsätt ens kan eller skall kritiseras. Men följden blir – särskilt i ett land med en så stark ställning för domaren som i USA – att class actioninstitutets eventuella misslyckanden i praktiken kanske inte ger en korrekt bild ens av möjligheterna till ett lyckat resultat med gällande regler, än mindre av institutets potential de lege ferenda. Ytterligare svårigheter vid en utvärdering uppkommer till följd av att institutet inte bara har en utan flera funktioner och att dessa inte har samma relevans på alla rättsområden. Vidare är för- och nackdelarna med class actions av olika vikt vad gäller varje funktion och de varierar dessutom mellan förbuds- och skadeståndstalan. En strikt utvärdering förutsätter att alla dessa faktorer kan objektiviseras. Några undersökningar med ens blygsamma ambitioner i den riktningen har dock såvitt jag vet aldrig företagits.

Har man rimligare anspråk bör nog en värdering kunna mynna ut i att class actioninstitutet visat sig kunna bidra till ett förverkligande av flera viktiga processuella ändamål: en avsevärd förstärkning av rättegångens reparativa och preventiva effekter i vissa fall, bättre processekonomi samt (i någon mån) ökad prejudikatbildning och en

24 Se t ex ovan s 208.

rättsutveckling i samklang med samhällsutvecklingen. Även om prejudikatbildningen och vidareutvecklingen av den materiella rätten framstår som relativt blygsamma effekter kvantitativt sett – få class actions leder ju fram till dom – saknar dessa funktioner alls inte praktisk betydelse.[25] Åtminstone vid individuellt oprocessbara anspråk är prejudikatsbildning och rättsutveckling via praxis nära nog otänkbara grupptalan förutan.[26] Vidare förefaller det vara svårt att hävda att nackdelarna överväger jämfört med de fördelar som är förenade med institutet; även om det här är fråga om många gånger inkommensurabla faktorer ligger det enligt min uppfattning närmast till hands att påstå att fördelarna klart överväger *åtminstone i vissa fall*. Och ingen har naturligtvis någonsin hävdat att class actions *alltid* skulle vara en överlägsen processform.

Nyssnämnda förhållanden – jämte framställningen i bokens tidigare 14 kapitel – bör kunna befria författaren från att här försöka pressa fram en mer preciserad värdering än den ovanstående. Det förefaller inte heller meningsfullt att driva jämförelsen mellan olika inom- och utomprocessuella class actionalternativ längre än redan skett i kapitel 12–14.[27] Detta betyder dock inte att sådana jämförelser skulle vara överflödiga i alla lägen, bara att de inte är meningsfulla vid diskussioner på det allmänna plan det här gäller. Vad som är en stor fördel på ett rättsområde kan sakna betydelse på ett annat och vice versa.

Till sist finns det kanske anledning att upprepa ännu en beskäftighet: class actionalternativen behöver inte uppfattas som *konkurrerande;* de är snarare *komplementerande* i förhållande till varandra och class actioninstitutet. Inte ens i det aggressivt kompetitiva USA ser man några renodlat prioritetsinriktade jämförelser i doktrinen. Ej heller i class actionlitteraturen i andra länder finner man några mätningar av det slaget. Vissa jämförelser måste dock enligt lag ske vid tillämpningen i praxis: Ontario Report förutsätter (de lege ferenda) en allmän "costbenefitanalys" för att en class action skall tillåtas.[28] Och de lege lata ställer ju Rule 23 upp ett krav på "superiority" för

25 Jfr ovan s 629 betr pilotmål.

26 Betr de risker detta medför för den svagare parten se ovan s 616 och Lindblom, Konsumentmål s 106.

27 Se ovan s 444 ff, 485 ff, 587 ff, 614 ff och 628 ff, jfr även nedan s 691 ff.

28 Ontario Report II s 411 ff, ovan s 421.

att en (b)(3) class action skall få föras.[29] Uppenbart är att dessa jämförelser inte alltid utfallit till class actioninstitutets nackdel; i så fall skulle statistiken över antalet förda class actions av (b)(3)-typ visa på noll, vilket inte är fallet.[30] Att superiority-testet inte alltid utfaller positivt understryker snarare behovet av ett pluralistiskt system än visar på generella svagheter i class actioninstitutet. Det blir snart anledning att återkomma till detta, liksom till att en *kombination* mellan class actioninstitutet och några av dess alternativ kan vara att föredra i vissa fall de lege ferenda.[31]

Att föreslå ett avskaffande av class actioninstitutet i de länder där det förekommer förefaller helt orealistiskt och några sådana propåer har såvitt känt inte heller framställts.[32] Däremot finns det ett uttalat intresse av att införa eller vidareutveckla institutet i flera länder.[33] Men föreligger det behov av class actions i vårt förträffliga land? Vilka hinder och svårigheter är förenade med en svensk reception? Och om en sådan rättsimport är tänkbar, hur skall i så fall ett svenskt class actioninstitut utformas? Det är de tre frågor som återstår att besvara.

4. Finns behov av en svensk class action? Aktuella rättsområden

4.1 Inledning

Class actioninstitutet nämns ofta som ett viktigt inslag vid skyddet av "diffusa intressen". De rättsområden som då avses är i allmänhet konsumenträtten (i vid mening), miljörätten, hyresrätten, arbetsrätten och socialförsäkringsrätten samt frågor om medborgerliga frioch rättigheter.[34] Den historiska utvecklingen visar emellertid att det funnits behov av grupptalan också på andra områden än t ex de som numera betecknas som "the new property".[35] Och fortfarande figu-

29 Ovan s 198 ff.

30 Ovan s 145 ff.

31 Nedan s 696 ff.

32 Jfr dock det citat som inleder kapitel 3 (ovan s 109).

33 Så numera inte bara i Kanada och Australien utan även i England, ovan s 429.

34 Ovan s 11 f.

35 Ovan s 5 f, betr class actions i äldre tid se kap 2 och 3.

rerar och diskuteras class actioninstitutet även i andra sammanhang än de redan nämnda, så t ex vid "masskadestånd" ("mass torts").[36] Det gäller då i och för sig ofta miljö- och/eller konsumenträttsligt grundade anspråk (Three Mile Island, Bhopal, Tjernobyl, Neurosedyn etc), men därtill kommer bl a flyg- och järnvägsolyckor, hotellbränder, översvämningar osv.

Vid en inventering av svenska behov ifråga om grupptalan finns det anledning att studera alla de "rättsområden" som nämnts ovan, och kanske några till. Såsom påpekats flera gånger i det föregående[37] är dock här inte platsen att redovisa detaljstudier av det slag som erfordras i det sammanhanget. Några antydningar om hur sådana undersökningar kan utföras ges dock i det följande.

En empirisk undersökning bör företas särskilt för varje rättsområde (och i samarbete med experter på den ifrågavarande materiella lagstiftningen) i avsikt att kartlägga sådana faktiskt förekommande fall då grupptalan skulle kunna aktualiseras. Denna inventering bör sedan ställas mot en beskrivning av hur dessa situationer hanteras i dag. Därefter är det dags att besvara frågan om class actioninstitutet skulle erbjuda ett bättre alternativ, utgöra ett gott komplement eller kanske rent av fylla en lucka i rättsskyddet. Inte bara class actions ("enskild grupptalan")[38] utan även statlig grupptalan och organisationstalan – samt olika kombinationer dessa tre taleformer emellan – bör undersökas i sammanhanget. Härvid måste naturligtvis beaktas vilka hinder som kan föreligga för att införa grupptalan av olika slag. Först därefter kan skilda modeller för en svensk reception diskuteras.

I det följande presenteras nu ett antal grovstrukturer för undersökningar av ovan avsett slag. Först anläggs några exemplifierande synpunkter för varje särskilt rättsområde som kan vara aktuellt i sammanhanget. Frågorna om eventuella hinder för en svensk reception, liksom alternativa sätt att utforma en svensk grupptalan, kommer däremot att behandlas gemensamt.

36 Ovan s 149.

37 Ovan s 37 ff och 641.

38 Betr terminologin se ovan s 25.

4.2 Konsumenträtten

Vad gäller konsumenträtten kommer, som tidigare nämnts, en behovsprövning och närmare analys av olika former av grupptalan att ske inom ramen för det nordiska samarbetet inom kort. Jag har i tidigare arbete exemplifierat situationer då en class action skulle kunna vara tänkbar.[39] Att svensk konsumenträtt i vid mening redan inrymmer en rad intressanta särlösningar som kan betecknas som alternativ till class actions har redan framgått ovan; nästan alla de alternativa ersättnings- och påverkansmekanismer som redovisats i kapitel 13 och 14 är aktuella i konsumentsammanhang![40] Mycket (t ex dagliga inslag i massmedia) talar dock för att rättsskyddet ännu inte är tillräckligt effektivt, särskilt inte då många konsumenter har likartade anspråk mot samma näringsidkare. Class actioninstitutets reparativa potential vid individuellt oprocessbara anspråk kommer givetvis i åtanke i första hand. Men att det fattas effektiva möjligheter till kollektiv skadeståndstalan vid allmän domstol i konsumentmål har naturligtvis också negativa effekter i preventivt hänseende. Detsamma gäller bristen på realistiska möjligheter att åstadkomma vägledande avgöranden; så länge effektiva reparativa remedier saknas föreligger betydande risker för att rådande rättsovisshet – betingad av bl a lagstiftningstekniken med flitig användning av generalklausuler – kommer att drabba den svagare parten, dvs i allmänhet konsumenten. Även class actioninstitutets (begränsade) prejudikatbildande funktion är alltså av intresse på det konsumenträttsliga området.[41]

I fråga om renodlat preventiva, prospektiva, taleformer (som t ex förbudstalan) förefaller class actioninstitutet däremot inte kunna fylla ett lika uppenbart tomrum; här existerar vissa möjligheter till grupptalan redan de lege lata i vårt land – om än inte vid allmän domstol. Marknadsdomstolen är det främsta exemplet på en svensk domstol med en sådan framåtblickande inriktning och där förekommer såväl statlig grupptalan som organisationstalan, om nu dessa termer ges en vid innebörd.[42] Ytterligare en variant av dessa båda taleformer – men med betydelse för redan uppkomna skador – har lanserats av

39 Se Lindblom, Konsumentmål s 64 ff.

40 Jfr förteckningen ovan s 488–490.

41 Se ovan s 464 f och 656.

42 Se ovan s 596 ff.

produktåterkallelsekommittén i SOU 1987:24. Förslaget är när detta skrivs (maj 1988) föremål för överväganden i finansdepartementet; en proposition är under utarbetande. Genomförs förslaget innebär det ett trendbrott på så sätt att marknadsdomstolen tillförs nya – i viss mån "reparativa" – uppgifter, medan de allmänna domstolarnas tillbakaskjutna ställning i konsumentsammanhang[43] befästs ytterligare. Detta konstateras här utan någon som helst värdering.[44] Däremot må det tillåtas mig att uttrycka viss förvåning över hur lätt kommittén glider förbi frågan om *enskilda* personer bör ges talerätt i sammanhanget. Ifrågavarande resonemang (betänkandet s 172 f) är av så stort intresse att det förtjänar att återges i sin helhet.

"Hittills har vi uppehållit oss vid olika myndigheters ansvar för produktsäkerhetsfrågor. Det är emellertid viktigt att enskilda personer – såväl individuellt som kollektivt, dvs företrädda av sina intresseorganisationer – får tillfälle att ta initiativ för att förbättra produktsäkerheten. Det står självfallet enskilda personer fritt att rikta tillsynsmyndigheternas uppmärksamhet på olika problem som rör produktsäkerheten. Ett sådant påpekande kan ge myndigheterna anledning att ta upp frågan och inleda förhandlingar med berörda näringsidkare eller rikta en begäran till konsumentombudsmannen om att denne skall hos marknadsdomstolen ansöka om säkerhetsåtgärder.

En annan fråga är i vad mån någon enskild person eller organisation bör tillerkännas talerätt i marknadsdomstolen. Enligt marknadsföringslagen gäller bl a att, om konsumentombudsmannen i visst fall beslutat att inte göra ansökan om t ex säljförbud enligt 4 §, en sammanslutning av konsumenter, löntagare eller näringsidkare få göra ansökan i saken. Frågan är om en liknande ordning bör gälla vid tillämpningen av den av oss föreslagna lagstiftningen.

Självfallet kan även organisationer rikta tillsynsmyndigheternas uppmärksamhet på produktsäkerhetsfrågor. Det kan emellertid tänkas att en tillsynsmyndighet eller konsumentombudsmannen gör en annan bedömning av en produktsäkerhetsfråga än den anmälande intresseorganisationen har gjort. Det kan alltså någon gång uppstå spänningar mellan myndigheternas bedömning och ett vitt spridd uppfattning inom någon intresseorganisation eller bland allmänheten. Ett sätt att söka komma tillrätta med detta förhållande är att ge

43 Jag vill här inskjuta att det enligt min mening fortfarande finns goda skäl att genomföra det i Konsumentmål s 111–145 (jfr SOU 1978:40) presenterade förslaget att ge konsumentombudsmannen möjlighet att biträda konsumenter vid allmän domstol. Se betr detta förslag och dess fortsatta öde SOU 1986:1 s 210–216. Frågan om en "talerätt" för konsumentombudsmannen kan åter komma att aktualiseras, särskilt om det visar sig att de av rättegångsutredningen i SOU 1986:1 anvisade metoderna att förbättra prejudikatbildningen inte leder till lagstiftning. En "talerätt" för konsumentombudsmannen kan också vara av intresse ur reparativ och preventiv synpunkt, jfr nedan s 688 f.

44 Se dock ovan not 43 samt betr förhållandet allmän domstol – specialdomstol Lindblom, Tes s 794 ff och SOU 1987:13 s 27 ff.

organisationer av konsumenter, löntagare eller näringsidkare en sådan subsidiär talerätt i marknadsdomstolen som marknadsföringslagen tillerkänner dem.

Enligt vår mening bör däremot inte enskilda näringsidkare tillerkännas talerätt i produktsäkerhetsärenden. En enskild näringsidkare bör visserligen som skäl för att ett åläggande inte skall riktas mot honom kunna åberopa att han inte är lämplig adressat för åtgärden. Han kan också göra gällande att han inte kan genomföra en viss åtgärd utan medverkande av andra näringsidkare. Härav följer emellertid inte att han bör kunna ansöka hos marknadsdomstolen om åläggande mot den eller de andra näringsidkarna. Sådan ansökan bör göras av konsumentombudsmannen eller organisation som nyss nämnts."

Med konstaterandet att det står "enskilda fritt att rikta tillsynsmyndigheternas uppmärksamhet på olika problem" lämnar man alltså frågan om införande av en talerätt för enskilda konsumenter (men däremot inte frågan om en motsvarande talerätt för näringsidkare) trots att fältet låg helt öppet för en banbrytande diskussion om införandet av en första svensk enskild grupptalan, dvs class actions![45]

4.3 Miljörätten

Om det faktiska tillståndet på miljöområdet återspeglar behovet av ett förstärkt rättsskydd borde det gå att uppnå ganska stor uppslutning kring att grupptalans möjligheter i sammanhanget åtminstone bör utredas. Vi har här att göra med typiskt diffusa intressen med de effekter detta har för partsbalans och processbenägenhet.[46] Och den, som det förefaller, ganska ensidiga satsningen på offentlig tillsyn och kontroll möts inte sällan med en i detta sammanhang internationellt utbredd skepsis och misstro.[47] Ingen verkar vara helt nöjd med dagens situation. Förstärkningar av miljöskyddet har aviserats av samtliga politiska partier inför 1988 års riksdagsval.

Även om miljörätten alls inte visar upp ett lika brett spektrum i rättsskyddshänseende som t ex konsumenträtten[48] är regleringen

45 Se SOU 1987:24 s 172 f, jfr prop 1988/89:23 s 64 ff. – Att enskilda konsumenter inte äger talerätt vid marknadsdomstolen har tidigare förklarats med "de marknadsrättsliga lagarnas syfte att skydda konsumenterna som grupp, inte direkt som individer" (ovan s 610 vid not 178). Detta argument förefaller inte äga samma relevans vid produktåterkallelseförelägganden som vid förbudstalan; den sistnämnda taleformen har ju en renodlat framåtblickande verkan.

46 Ovan s 8 ff.

47 Ovan s 523 ff.

48 Bl a saknas ombudsmannainstitutionen helt på miljöområdet, ovan s 528 f och 540 f.

och organisationen av det svenska miljöskyddet synnerligen svårt att överblicka. Det åtgick nyligen bortåt 500 sidor i ett särskilt betänkande (SOU 1987:36), fogat som bilaga till huvudbetänkandet (SOU 1987:32) om miljövårdens organisation, enbart till att återge relevanta författningar och myndigheter på området. I den ambitiösa utredningen sägs däremot så gott som ingenting om de allmänna domstolarnas faktiska och potentiella roll i sammanhanget (med undantag för vissa synpunkter på rättshjälp m m).[49] Till detta skall läggas att antalet miljörättegångar vid fastighetsdomstol varit synnerligen lågt, särskilt vad gäller förbudstalan. Flera uppmärksammade processer måste emellertid betecknas som stora framgångar ur de miljöstördas synpunkt, andra som ytterst intressanta prövningar av rättsläget även då de mynnat ut i ett ogillande av kärandens talan.[50] Förespråkare för miljörörelsen och personer som fungerat som ombud för kärandeparten i miljöskyddsmål har också betonat de allmänna domstolarnas viktiga roll på området;[51] i de fall möjlighet finns att välja mellan prövning vid domstol och koncessionsnämnden för miljöskydd är – åtminstone ur den miljöstördes synpunkt – domstol många gånger att föredra.[52]

Medan såväl statlig grupptalan som organisationstalan förekommer inom konsumenträtten är möjligheterna till en motsvarande partsrepresentation så gott som obefintliga inom miljörätten och detta trots att organisationerna är starkare på det här området än på konsumentsidan.[53] Även om organisationerna relativt ofta ges möjlighet att yttra sig vid koncessionsnämnden för miljöskydd saknar de fortfarande partsställning och äger inte rätt att överklaga nämn-

49 SOU 1987:32 s 32 och 500 ff. De förbättringar som föreslogs där (dvs en återgång till tidigare existerande möjligheter att få rättshjälp) fördes *ej* fram i prop 1987/88:85.

50 Se härom Michelson i Advokaten 1986 s 75 ff.

51 Jfr Gillberg i Dagens Nyheter 1988-07-31 (rörande produktskador); Gillberg pekar bl a på betydelsen av offentlighet, lika partsställning, bevismöjligheter och motiveringsskyldighet.

52 Jfr även Michelson i Svensk Juristtidning 1986 s 107 ff betr de processuella konsekvenserna av detta val (bl a betr rättegångskostnader, dispositionsprincipen, edsansvar, bevisbördan och förfarandet), se även föregående not samt, betr skillnaden mellan administrativ och processuell tillståndsprövning i miljöfrågor, Nyman s 137 ff och prop 1969:28 s 79 ff.

53 Ovan s 530 och SOU 1987:32 s 451 ff.

dens beslut.[54] Och att statlig grupptalan inte förekommer har naturligtvis bl a att göra med att det inte finns någon statlig representant som enbart har att beakta miljöintressena ("miljöombudsman") på det sätt som är fallet inom konsumenträtten. Ett problem med statlig grupptalan på miljöområdet är också att det ofta är statliga eller kommunala bolag, organ och myndigheter som är aktuella som motparter i en eventuell rättegång.[55]

Nu är det självfallet inte så enkelt att den låga frekvensen av miljömål vid fastighetsdomstolarna i kombination med fördelarna med domstolsprövning och kritiken av den offentliga kontrollen automatiskt leder till slutsatsen att det föreligger ett behov av grupptalan. Sofistikerade former av pilotmål är också högst intressanta på miljöområdet och kommer redan till viss användning de lege lata. Men miljörätten förefaller, åtminstone med en så begränsad behovsinventering som kan företas här, vara av stort intresse vad gäller samtliga de funktioner class actioninstitutet visat sig kunna fullgöra. Även frågor om förbättrat rättsskydd i fråga om *arbetsmiljön* framstår som intressanta i sammanhanget, men de behoven har man – hittills – närmast försökt lösa på socialförsäkringsrättslig väg.[56]

4.4 Masskadestånd och katastrofmål ("mass torts")

Att införa en särskild form av svensk grupptalan för katastrofer av typen Bhopal, Tjernobyl etc eller för flyg-, färje- och tågolyckor kommer knappast i fråga; situationerna är svåra att förutse och förhoppningsvis inte så vanliga att en särskild processform framstår som motiverad.[57] Men "mass torts" av olika slag kan naturligtvis aktualiseras vid tillämpning av en generell regel som t ex Rule 23 i

54 Ovan s 612, prop 1987/88:85 s 69 och Westerlund 1975 s 62, jfr Victorin s 47. De *fackliga* organisationerna har däremot sedan 1981 klagorätt i vissa fall (se 48 § 3 st miljöskyddslagen, 19 § lagen om hälso- och miljöfarliga varor, 35 § livsmedelslagen och 9 kap 3 § arbetsmiljölagen), jfr Victor s 65 f. Se även t ex motion 1987/88: Jo 24 med krav på besvärsrätt för organisationer i miljöfrågor.

55 Jfr ovan s 592.

56 Jfr nedan s 667.

57 Betr Bhopal se t ex Garth i 62 Indiana Law Jounal (1986/87) s 499 och ovan s 149 a a, vad gäller möjligheterna till process i anledning av Tjernobyl se Michelson i Nordisk Försäkringstidskrift 1987 s 157 ff.

the federal rules of civil procedure.[58] Dessutom bör uppmärksammas att rättegångar om masskadestånd av det här slaget inte representerar någon isolerad målgrupp; gränsen mot t ex miljö- och konsumenträtten – liksom gränserna mellan dessa båda rättsområden – är oklar och ibland obefintlig (så vid produktskador, giftutsläpp osv). Frågan om class actioninstitutets ändamålsenlighet i sådana sammanhang är emellertid komplicerad och föremål för högst skiftande åsikter även i de länder där enskild grupptalan redan existerar.[59] Mycket talar för att särskilda former av class actions – t ex en kollektiv talan rörande skadeståndsskyldighet i sig åtföljd av senare prövning av de individuella skadeståndsanspråken – kan fylla både en processekonomisk och en reparativ funktion i dylika fall, det sistnämnda vid såväl individuellt processbara som individuellt oprocessbara anspråk. Det förekommer här också att det är svaranden som vill få skadeståndsfrågan handlagd som en class action.[60] I Sverige torde de lege lata främst pilotmål (på varierande nivå) komma ifråga i sammanhanget, men även de nya reglerna om parallella rättegångar framstår som intressanta.[61]

4.5 Arbetsrätten och hyresrätten

Jag saknar tillräckliga kunskaper för att ens preliminärt bedöma huruvida behov av grupptalan i class actionform finns på hyres- och arbetsrättens område. Den kollision mellan kollektiva intressen och individualistisk process som aktualiseras vid allmän domstol vid många andra typer av diffusa intressen uppstår ju inte här i samma utsträckning: prövningen vid hyresnämnder, bostadsdomstolen och – särskilt – arbetsdomstolen företer flera avvikelser från just de drag som präglar den traditionella tvåpartsprocessen enligt RB.[62] Åtminstone vid AD förekommer rentav en radikal form av organisationstalan (i vid mening) som säkert skulle väcka uppståndelse om

58 Ovan s 149.

59 Ovan i kap 4 s 149 och senast Rosenberg i 62 Indiana Law Journal (1986/87) s 561 ff, se även Schucks bok om *"Agent Orange"*.

60 Se Coffee i ovan i föregående not anförd tidskrift s 627 ff.

61 Ovan s 551 f.

62 Betr gruppintressen inom hyres- och arbetsrätten se särskilt Victorin s 133 ff.

den föreslogs för allmän domstol på andra rättsområden.[63] Däremot har lagstiftaren valt att inte tillåta organisationerna på hyresmarknaden att framställa sina medlemmars anspråk kollektivt i form av grupptalan; här har processen normalt sett nästan samma individualistiska uppbyggnad som vid allmän domstol.

Men hyresgäster och arbetstagare är inte bara delar i ett organiserat kollektiv utan också enskilda rättssubjekt, som kanske till och med står utanför organisationerna; vad gäller hyresgäster är detta rent av det vanligaste. För denna kategori, liksom då en arbetstagarorganisation inte vill ta på sig att föra en talan vid arbetsdomstolen för ett stort antal (organiserade eller oorganiserade) arbetstagare, skulle class actioninstitutet möjligen kunna erbjuda ett användbart alternativ.[64]

4.6 Associations- och immaterialrätten

Associations- och immaterialrätten erbjuder ytterligare exempel på sådana rättsområden som framstår som tänkbara för grupptalan men här inte kan behandlas annat än rent antydningsvis, detta främst beroende på författarens bristfälliga kunskaper i ämnet. Aktieägares behov av "grupptalan" (i vid mening) har manifesterats i särregler om "shareholders derivative suits" i flera länder.[65] Även i Sverige finns ett embryo till sådan grupptalan i den särskilda ("ensidiga") rättskraftsregeln i 9 kap 17 § 3 st aktiebolagslagen om klander av bolagsstämmobeslut.[66] I Fermentaaffärens spår har också behovet av kollektiv skadeståndstalan för aktieägare aktualiserats och diskussioner förs om ett förbättrat rättsskydd i aktiehandeln.[67] Att liknande behov av grupptalan – men då oftare på svarandesidan – kan uppkomma i immaterialrättsliga sammanhang visas av att class actions enligt Rule 23(a) inte sällan avser sådana frågor, liksom av

63 Se betr 4 kap 5 § lagen om rättegången i arbetstvister, Bergqvist i Rättegången i arbetstvister s 163 ff med där anförda arbeten och nedan not 92.

64 Jfr 9 § 3 st lagen om arrende- och hyresnämnder samt SOU 1984:66 s 83 f.

65 Se t ex Rule 23.1 i The Federal Rules of Civil Procedure och ovan s 38.

66 Jfr ovan s 239.

67 Se t ex ovan s 528 not 149 betr en "aktieägarombudsman", jfr Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 101.

att även här särskilda rättskraftsregler med class actionliknande effekter existerar i vårt land.[68]

4.7 Socialförsäkringsrätten

Socialförsäkringsrätten ligger i dag nästan helt utanför de allmänna domstolarnas revir. Grupptalan vid allmän domstol kan därmed – åtminstone i det korta perspektivet – förefalla utesluten även de lege ferenda. Det kan dock inte uteslutas att domstolsprövning blir vanligare i framtiden också på de områden som i dag regleras nästan helt via särskilda försäkringssystem, försäkringsdomstolar och nämndförfaranden.[69] Även om t ex arbetsskadeförsäkringen erbjuder betydande fördelar i bland annat bevishänseende växer – här liksom t ex vid patientskador etc – kritiken mot bland annat ersättningsbeloppen och prövningsformerna. Arbetsmiljöproblem kan mycket väl bli av relevans även i framtida diskussioner om grupptalan – antingen vid allmän domstol eller inom ramen för det egna prövningssystemet. Detsamma gäller skadeståndskrav i samband med sjukvården (röntgenvätskan "Kontrast U", oral galvanism, P-piller och P-spiraler, aids etc).[70] Rent allmänt verkar det inte uteslutet att kollektiva taleformer kan komma att aktualiseras de lege ferenda inte bara vid allmän domstol och specialdomstol utan även vid förvaltningsdomstol och i förvaltningsförfaranden.

4.8 Medborgerliga fri- och rättigheter

Processer rörande "civil rights" står för det största antalet class actions i USA[71] och väntas bli aktuella även i t ex Ontario om det föreslagna class actioninstitutet införs där; i Kanada har man nyligen infört en fri- och rättighetsförklaring i författningen som kan ge underlag för sådana processer.[72] I Sverige förefaller däremot ett motsvarande prövningssystem, där grupptalan vid allmän domstol skulle kunna komma till användning, knappast aktuellt annat än

68 Ovan s 239, jfr SOU 1983:35 s 188.

69 Jfr ovan s 534 ff.

70 Jfr SOU 1984:66 s 85 f och Gillberg i Dagens Nyheter 31/7 1988.

71 Ovan s 145.

72 Se härom Bogart, Standing and the charter s 7 ff.

undantagsvis. De lege ferenda kan läget möjligen bli ett annat; här kan mycket väl grupptalan visa sig bli av intresse. Ropen på ökade möjligheter till domstolsprövning av lagars och administrativa besluts grundlagsenlighet har möjligen dämpats något genom tillkomsten av den tidsbegränsade lagen (1988:205) om rättsprövning vid förvaltningsdomstol, men det är ännu för tidigt att helt avskriva möjligheterna att allmän domstol kan komma att få betydelse i sammanhanget.[73]

Då det gäller diskriminering kan redan i dag domstolsprövning (vid arbetsdomstolen) komma ifråga i vissa fall. Även om lagen (1979:1118) om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet präglas av en individualistisk utformning, åtminstone språkligt sett (se t ex §§ 2, 8 och 11), är naturligtvis gruppintressen i hög grad relevanta i sammanhanget. Och att jämställdhetsombudsmannen att döma av lagtexten (11 § 2 st) endast får föra talan för "en enskild arbetstagare" utesluter ju inte att grupptalan skulle kunna vara att föredra i vissa fall de lege ferenda. Den kollektiva karaktären kommer också till synes i den överlappning som föreligger enligt 11 § 2 st 2 p i förhållande till arbetstagarorganisationers talerätt enligt 4 kap 5 § lagen om rättegången i arbetstvister.[74]

Också i fråga om etnisk diskriminering kan på sikt grupptalan komma att bli av intresse trots att diskrimineringsombudsmannen saknar en mot jämställdhetsombudsmannen svarande talerätt och statlig grupptalan alltså ej existerar de lege lata på området. Men som berörts i ett tidigare kapitel[75] har Sveriges anslutning till internationella konventioner rörande etnisk diskriminering[76] aktualiserat frågan om talerätt rörande skadestånd vid brottet hets mot folkgrupp (BrB 16:8). HD har i NJA 1978 s 3 funnit att "(d)et ligger i sakens natur att en folkgrupp som sådan inte kan föra talan inför domstol" och även avvisat möjligheterna för enskilda och organisationer att

73 Se betr "mänskliga rättigheter" senast Svensk Juristtidnings temanummer 1987 s 645 ff. – Såvitt jag förstår kommer de nya möjligheterna till rättsprövning i regeringsrätten så småningom att ersättas i första hand av prövning vid kammarrätterna. Men även vid förvaltningsdomstol kan, som antytts ovan under 4.7, grupptalan bli av intresse.

74 Jfr härom ovan not 63 och nedan not 92.

75 Ovan s 541 och 545. – Betr rättsskyddet se SOU 1983:18, särskilt s 115 ff.

76 Se SOU 1983:18 s 39 f där man dock ej nämner artikel 14 i 1950 års europeiska konvention till skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna (jfr även prop 1985/86:98 "Invandrarpolitiken").

uppträda som målsägande i sammanhanget. Någon målsägande finns följaktligen inte vid brottet hets mot folkgrupp och det däremot svarande tryckfrihetsbrottet. Detta skall sedan ställas mot artikel 6 i Förenta Nationernas konvention för eliminerande av varje form av rasdiskriminering:

> "Konventionsstaterna skall tillförsäkra envar under deras jurisdiktion verksamt skydd och verksamma rättsliga medel, genom vederbörande nationella domstolar och andra statliga institutioner, mot varje rasdiskriminerande handling som kränker hans mänskliga rättigheter och grundläggande friheter i strid mot denna konvention, *ävensom rätten att vid sådana domstolar begära rättvis och tillfredsställande gottgörelse och ersättning för skada till följd av sådan diskriminering.*"[77] (kursiverat här)

Konventionstexten ställd mot HD:s dom illustrerar hur frågor om grupptalan av olika slag är – eller borde vara – av intresse på diskrimineringsområdet redan de lege lata (se även BrB 16:9).

4.9 Sammanfattning

Redan en mycket ytlig inventering ger vid handen att utrymme finns för en fördjupad diskussion om behovet av grupptalan på alla de rättsområden som berörts ovan. Låt oss anta att sådana behov visar sig föreligga även efter en mera noggrann undersökning. Är i så fall enskild grupptalan tänkbar i sammanhanget? Eller finns det så avgörande hinder för en svensk reception av class actioninstitutet att en sådan diskussion är meningslös? Låt oss börja med den sistnämnda frågan.

5. Hinder för en svensk reception

5.1 Varför har vi inga class actions – eller har vi?

Om nu class actioninstitutet har övervägande fördelar i åtminstone vissa fall (ovan avsnitt 3.2), och om det kan fylla flera viktiga processuella funktioner (ovan kap 12), hur kan det då komma sig att det inte redan finns i svensk rätt – eller i något kontinentalt rättssystem överhuvudtaget? Hur tillgodosågs i vårt land de behov som föranledde class actioninstitutets födelse och utveckling i England? Varför

[77] Citerat efter Nobel s 229 f; Sverige har anslutit sig till konventionen.

har inte ett svenskt class actioninstitut vuxit fram så att säga av sig självt?

Svaret på frågan är nog att det förelegat avsevärda skillnader vad gäller de juridiska förutsättningarna. De processuella faktorer som anses ha givit upphov till class actioninstitutet i England på 1600- och 1700-talet[78] hade inte några direkta motsvarigheter i Sverige: spänningen mellan common law och equity, de rigida kumulationsreglerna, kanslerns rätt och skyldighet att företa breda intresseavvägningar samt hans långtgående möjligheter till "egen" rättsbildning saknade vi i stort sett paralleller till. De sociala förhållandena, gruppbildningarna under bondesamhället och industrialismen, torde däremot ha varit ungefär desamma. Det är nog främst de rättsliga förhållandena och traditionerna som skiljer.

Detta märks också i dag. Att behov av ett class actioninstitut inte aktualiserats tydligare i Sverige i modern tid kan således sättas i samband med att vi haft en aktiv lagstiftning på det utomprocessuella planet samtidigt som processuella remedier inte kan växa fram i praxis på samma sätt som i common lawländerna, där högsta domstolen rent av har möjlighet att utfärda egna processlagar via sin "rule-making power".[79] Nya behov inom t ex miljö- och konsumenträtten har hos oss fått ett relativt snabbt materiellrättsligt erkännande och ibland har även (mer eller mindre lyckade) inom- och utomprocessuella rättsskyddsinstrument tillskapats i anslutning härtill.[80] Men man har framför allt satsat på den sistnämnda kategorien. Och medan den processuella utvecklingen kan överlämnas till domstolarna i common lawpräglade rättssystem förutsätter en utveckling av svensk (och kontinental) processrätt ett aktivt intresse från lagstiftaren. En sådan viljeinriktning har saknats vad gäller det processuella rättsskyddet på här aktuella rättsområden. Man kan snarare iaktta en tendens att hålla de allmänna domstolarna borta.[81] Då finns

78 Ovan s 64 ff.

79 Se härom ovan s 110, jfr däremot 11:4 regeringsformen som stadgar att regler om rättegången skall ges i lag.

80 Så t ex, koncessionsnämnden, småmålslagen, allmänna reklamationsnämnden, marknadsdomstolen och konsumentombudsmannen, jfr ovan s 565.

81 Jfr ovan s 3, 7 och 640 samt nedan s 690. Jag uppfattar inte bara allmänna reklamationsnämnden utan även småmålslagen (med begränsningarna av möjligheterna till rättshjälp och ombudsersättning) som försök att hålla konsumenttvister borta från vanlig civilprocess, jfr även de dåliga möjligheterna till rättshjälp i miljömål (varom SOU 1987:32 s 500 ff och ovan not 49),

naturligtvis inte heller underlag att t ex via regler om enskild grupptalan öka deras användbarhet.

Är nu inte allt detta våldsamma överdrifter, en nidbild sprungen ur processuell paranoia? Man kan ju också hävda att lagstiftaren ändå visat prov på viss processuell fantasi (t ex marknadsdomstolen)[82] och att skillnaderna mellan de rättsliga förhållandena i Sverige och t ex USA alls inte är så stora som de i förstone kan tyckas vara. Högsta domstolen äger förvisso inte rätt att utfärda någon motsvarighet till "the federal rules of civil procedure" eller ens enskilda däri ingående regler, som t ex Rule 23 angående class actions. Men class actioninstitutet behöver inte nödvändigtvis ges en så fullständig reglering som i Rule 23. Genom att "manipulera" med tillämpningen av redan gällande bestämmelser om t ex talerätt, rättskraft mot tredje man, delgivning, officialprövning etc kan man – nära nog – åstadkomma ett processuellt hembygge av class actiontyp och detta kanske utan att en enda lagändring behöver tillgripas.[83]

Det processuella manövreringsutrymmet i de olika länderna skiljer sig således inte så mycket som man lätt får ett intryck av. Detsamma kan i viss mån sägas om domstolarnas möjligheter till materiell rättsutveckling. Med den lagstiftningsteknik som nu är vanlig på bl a de miljö- och konsumenträttsliga områdena (ramlagar, generalklausuler etc) får de svenska domstolarna i betydande mån ta på sig just en sådan rättsklarläggande (ja närmast lagstiftande[84]) funktion som den amerikanska rättsskipningen traditionellt fullgjort – men i någon mån fått lämna tillbaka till kongressen under de senaste decennierna. Även de amerikanska domstolarnas materiellt rättsbildande verksamhet och deras möjligheter att utöva "discretion", gäller ju främst i ett inledningsskede, innan rättsläget mejslats ut.[85]

Gillberg i Dagens Nyheter 9/2 1988 samt departementschefens ovan s 7 återgivna uttalande.

82 Ironiskt nog tillkom dock marknadsdomstolen som en förvaltningsmyndighet (marknadsrådet) för att "erkännas" som domstol först då HD beviljade resning mot ett av marknadsdomstolens avgöranden, se Johansson s 19 ff och Ragnemalm i Förvaltningsrättslig Tidskrift 1976 s 78 ff.

83 Jfr ovan s 552 och Bergqvist nedan i not 92 betr AD.

84 Se Lindblom i festskrift till Welamson s 448 not 32 med där anförd litteratur och nedan not 120 samt dep chefen enligt citat i Domstolarnas roll s 35 not 44, jfr även Strömholm i samma arbete s 96 ff samt ovan s 555 not 223.

85 Jfr Chayes 1982 s 47... "As more cases are decided in a particular field and are subjected to repeated analysis and consideration, judges will be able to articulate with increasing clarity the precise contours of the fight. The forms of relief awarded by different judges in different cases will begin increasingly

Det är således inte bara möjligt att peka på skillnader mellan det amerikanska och det svenska rättssystemet, det finns också (mindre uppenbara) beröringspunkter. Jag återkommer till det under 5.3 och 5.4 nedan. Man bör kanske hellre söka förklaringen till skillnaderna mellan svensk och anglo-amerikansk rätt på class actionområdet i avvikelser av annat slag, som t ex vad gäller rättegångskostnadsreglerna och yrkesrollerna (nedan i avsnitt 5.4–5.5). Men även om det här säkert finns en viktig bakgrund till skillnaderna i dag kan man inte däri se orsaken till att något class actioninstitut aldrig föddes i Sverige. Vid uppkomsten i England rådde ju alls inte samma regler och förhållanden i detta hänseende som i USA i dag. "The American Rule" och "contingent fees"[86] var inte ens uppfunna när class actioninstitutet för första gången såg dagens ljus i det feodala England.

Uppenbarligen är det dock så att dagens amerikanska samhälle och dess rättsliga miljö i flera avseenden utgör en bättre grogrund för class actioninstitutet än t ex England och Sverige. Men av detta skall man inte dra slutsatsen att enskild grupptalan saknar intresse i sistnämnda länder. Trots att antalet class (representative) actions är synnerligen lågt i England[87] lever ju institutet i viss mån kvar och är just nu föremål för ökat intresse. Och även i Sverige har debatten börjat ta fart. Ja, man kan rent av ställa frågan om inte class actions redan finns i Sverige. Flera etablerade former av svensk process uppvisar ganska många gemensamma drag med class actioninstitutet. Förhållandena i konkurs utgör ett exempel: process rörande t ex tvistig fordran i konkurs (jävsprocess) kan föras inte bara av förvaltaren utan även av enskild borgenär. Övriga borgenärer underrättas om processen men de intar inte partsställning, domarens officialprövning går längre än i vanliga mål, förlikning är inte tillåten utan vidare,[88] domen gäller för och mot alla i borgenärskollektivet i fråga om deras rätt till utdelning i konkursen. Det är fråga om en process då "käranden utan uppdrag för talan till förmån för en i

to converge. Ultimately, it should be possible to spell out in significant detail the elements of a constitutional law, the doctrine in institutional cases will work itself pure; as a consequence of close attention to remedial requirements, the right itself will gradually be defined."

86 Härom ovan i kap 9.

87 Ovan s 376, betr anledningen till nedgången i England se ovan i kap 2 s 101 ff.

88 Jfr Boman i festskrift till Ekelöf s 146, se vidare nya KL 9:13–19.

processen känd grupp vars medlemmar träffas av domens rättskraft trots att de inte är parter i målet".[89] Liknande förhållanden råder i vissa av de övriga processer en konkurs kan yngla av sig (återvinningstalan, klander av utdelningsförslag och arvodesprövning osv). Och det finns fler paralleller.[90] Kungörelseförfarandet i t ex vatten-, expropriations- och fastighetsbildningsmål sträcker sig inte alltid lika långt som kravet på notice vid vissa class actions, men domen gäller ändå mot alla berörda.[91] Processen vid arbetsdomstolen och marknadsdomstolen uppvisar andra goda exempel på svenska varianter av grupptalan av olika slag, även om det endast undantagsvis är fråga om processer av class actiontyp.[92] Också rättskraftsverkningar utöver parterna och "ensidiga" rättskraftsregler av det slag som figurerar i den amerikanska rättssfären[93] förekommer i Sverige, så inom t ex aktiebolagsrätten och immaterialrätten.

Men även om class actionliknande strukturer sålunda inte är helt främmande för svensk processuell tradition kan man naturligtvis inte utgå från att en rättsfigur av det här slaget utan vidare skulle låta sig infogas i svensk rätt. Det finns en rad hinder att passera, omständigheter som – framför allt i tysk doktrin – uppfattats som spärrar mot en reception av class actions i kontinental rätt. Dessa hinder, samt ytterligare några tänkbara receptionsproblem, kommer att beröras i det följande.

89 Jfr definitionen på grupptalan ovan s 19 ff.

90 Se även ovan i kap 13 s 541, jfr Welamson, Konkurs s 167 med not 8 och s 213 betr klander av utdelningsförslag och slutredovisning i konkurs. Betr parallellen med konkurs se även Kalven & Rosenfield s 693, jfr också UB 18:15 och nedan s 701 f.

91 Jfr Ekelöf i Svensk Juristtidning 1981 s 114.

92 Se dock det ovan s 539 not 180 omnämnda målet, jfr också ovan s 660 ff betr produktåterkallelsekommitténs förslag. – Här kan inflikas att ett av skälen till organisationernas talerätt vid *arbetsdomstolen* uppgetts vara att "föreningen skall befrias från besväret att till varje mål där enskild medlems rättsställning beröres införskaffa fullmakt från medlemmen" (Fahlbeck s 300 med hänvisning till förarbetena). Bergqvist talar om att organisationens ställning är "i det väsentliga grundad på ett slags *legal fullmakt*" (Bergqvist i Rättegången i arbetstvister s 177, min kurs), jfr även Lindhagen som i prop 1947:224 s 31 kallar arbetstagaren för "den egentlige parten". – Att "organisationstalan" vid arbetsdomstolen i allmänhet explicit blott avser "*en* arbetstagare" (min kurs), hindrar inte att domen har avsevärd verkan för hela gruppen, jfr betr rättskraft och intervention i arbetstvister Fahlbeck a a s 299 f och Bergqvist i Rättegången i arbetstvister s 176 f.

93 Ovan s 234 f.

5.2 *Grundlagsenlighet, rättskraft och internationella konventioner*

Den vidsträckta rättskraftsverkan mot tredje man som kännetecknar det amerikanska class actioninstitutet – särskilt efter 1966 års ändringar i Rule 23 – har kritiserats mot bakgrund av författningens krav på "due process of law", i detta fall rätten till "a day in court" för den som blir bunden av domen.[94] Det förefaller dock numera råda enighet om att skyddet för tredje man är tillräckligt tillgodosett för att dessa krav skall vara uppfyllda. Märkligt nog är det inte så mycket reglerna om "notice" och rätten till "opt-out" som anses vara av vikt i det sammanhanget utan prövningen av kärandens "adequacy of representation".[95]

I tysk doktrin har en motsvarande diskussion förts vad gäller class actioninstitutets förenlighet med den tyska grundlagens krav (i artikel 103) på "rechtliches Gehör".[96] Också där tycks det dock i stort sett råda enighet om att författningen inte ställer några avgörande hinder i vägen för en reception, även om enstaka röster höjts för motsatt ståndpunkt.[97] Och i den komparativa litteraturen förefaller den härskande meningen vara att grundlagsregler av det här slaget inte utgör något allvarligt hinder för en europeisk reception.[98] Såvitt jag kan förstå medför ej heller svensk grundlag något problem i detta hänseende; regeringsformen innehåller inte någon bestämmelse som talar i motsatt riktning och detsamma gäller, såvitt jag kunnat överblicka, av Sverige ratifierade konventioner på området.[99] Rättskraftsverkan mot tredje man är ju, som berörts ovan

94 Se ovan s 227 ff.

95 Jfr ovan s 190 och 211 f.

96 Se t ex Gottwald s 7 ff och nedan i not 97 anförd litteratur. Betr civilprocessen och grundlagen se även Wasserman s 68 ff.

97 Så Zeuner enligt diskussionsreferat i Homburger & Kötz s 104 f, jfr däremot t ex Gottwald s 19 ff, Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 93 f och densamme Prozessführung s 299 f med i not 124–132 anmärkt litteratur.

98 Så Cappelletti & Garth i 2 Civil Justice Quarterly (1983) s 135.

99 Bestämmelser av den typ art 6 i europakonventionen om mänskliga rättigheter representerar torde inte utgöra något hinder härvidlag. Där garanteras rätten till en "fair and public hearing", en rätt som inte behöver vara hotad av att (även) annan äger talerätt vid domstol, åtminstone inte om det antingen föreligger rätt till "opt-out" eller höga krav på den taleberättigades representativitet och processföring samt på det förfarande artikeln torde avse att uppställa minikrav för, jfr ovan s 190 ff betr det konstitutionella kravet på "due process of law" i USA.

under 5.1, inte heller främmande för svensk rätt de lege lata. Och skulle man ändå tveka inför ytterligare steg i den riktningen har man anledning erinra sig att en vidsträckt rättskraftsverkan sannolikt inte är någon nödvändig förutsättning för en fungerande grupptalan.[100]

5.3 Domstolarnas roll, processens funktion

Vad skulle hända om man plötsligt införde class actioninstitutet i Sverige, om man konfronterade våra allmänna domstolar med de möjligheter och krav som är förenade med class actions i amerikansk tappning? Scenariot beskrivs målande av Bogart, som visserligen avser Kanada, men vars framställning i förvånansvärt hög grad äger giltighet även för svensk del. Bogart börjar sålunda:

> "Imagine a society in which there is no generic document guaranteeing basic rights, where the notion of parliamentary supremacy is firmly entrenched and where courts adhere to the classic paradigm of litigation – lawsuits controlled by a limited number of parties, heard by a passive judge dealing with isolated questions – and where there is a strong expectation that courts will not cause substantial and sudden shifts in the law, staying clear of overtly politicical decisions, interpreting the law consistent with established norms. Imagine too that this society's expectation for social and political change is focused upon the legislature where there is an established left wing party which forms governments in various political units from time to time and is a strong force in the various legislatures pushing for social welfare schemes and other equalization programs. What would happen to such a society and to judges if sudden jolts were delivered with substantial potential for transforming the role and image of courts? What if one of these shocks were class actions? Would they be absorbed into the emerging consciousness of courts and reflected in their image or would they be rejected as antithetical to their traditions?
>
> This is Canada. A country where the judicial role has seemed dwarfed in comparison with American courts' part in giving expression to public values but where, by contrast, the legislatures have seemed more active and progressive as the primary vehicle for social and economic change spurred on by a politics heavily influenced by a resilient left wing party".[101]

Bogart har säkert i första hand Ontario i tankarna och följaktligen är det ett rättssystem av common lawtyp han beskriver.[102] Ändå tycks

100 Jfr ovan s 238.

101 Bogart, Questioning s 665.

102 Ovan s 407, se även citatet nedan, jfr däremot betr Quebec ovan s 407.

nästan vartenda ord passa in på situationen i Sverige.[103] Men så går han in närmare på processens traditionella uppbyggnad i common lawpräglade rättssystem som det i Ontario. Stämmer bilden fortfarande överens med den svenska? Låt oss se:

> "The common law model of the lawsuit in Canada, as in other societies sharing that tradition, viewed litigation as a method of dispute resolution focused upon the determination of rights and remedies on an individual basis and confined to isolated questions based upon private and autonomous ordering. A civil action contained a plaintiff's claim to entitlement answered by the defendant and heard by a passive, distant judge (or jury) establishing the facts and applying the relevant rule. For the successful plaintiff the remedy was simple and straightforward – most often monetary compensation or sometimes a directive to return something or to perform a clearly defined act – while the defeated plaintiff was to be heard from no more. A court's role was constricted and the litigation was an isolated, contained event.
>
> This image of the civil action constrained and limited to private arrangement is deeply imbedded with the Canadian legal imagination. We will see that it strongly influenced the Supreme Court in its rejection of any significant liberalization of class actions by the courts."[104]

Nu börjar kanske läsaren undra: vari ligger skillnaderna? Bogarts framställning – starkt präglad av Chayes artiklar om "public law litigation" – verkar ju (med undantag för orden common law) fortfarande passa perfekt in också på svenska förhållanden: processens individualistiska uppbyggnad, domarens roll, partsställningen, betoningen av konfliktlösning osv.[105]

Det förhåller sig nog så att det eventuella behovet av ett paradigmskifte inom processrätten (utvecklingen mot "public law litigation" etc)[106] är ungefär detsamma i common lawländer och i samhällen präglade av kontinental rättsuppfattning. Om det finns någon skillnad – annat än mellan olika bedömares åsikter inom ramen för varje rättssystem – borde kanske class actioninstitutet rent av vara mera främmande för processuell tradition inom common law

103 Den i första raden av citatet påtalade bristen på en rättighetsförklaring i författningen har numera avhjälpts i Kanada precis som i Sverige, a a s 668.

104 Bogart a a s 667.

105 Jfr betr public law litigation ovan s 439 ff. – I Kanada märks en strävan i den riktningen (dvs bort från traditionell individualistisk process) bl a vad gäller reglerna om intervention och talerätt; i båda dessa hänseenden har man tagit radikala steg från ett utrerat individualistiskt tvåpartstänkande och ökat möjligheterna, Bogart a a s 667, jfr däremot ovan s 442 betr "the spirit of the 80's" i USA.

106 Ovan s 6.

än för kontinental och svensk rätt! Ty även om processens konfliktlösande uppgifter betonas i både engelsk[107] och kontinental doktrin finns i t ex Tyskland och Österrike – alltsedan Ihering och Klein – åtminstone en viss tradition och förståelse också för processens handlingsdirigerande uppgifter och sociala funktion,[108] vilket i sin tur förefaller vara en förutsättning för ett helhjärtat stöd för class actioninstitutet.[109] Att man i USA "kommit längre" i detta hänseende än i England stämmer väl överens med class actioninstitutets skilda öden i dessa båda länder.[110] Och den engelska uppfattningen präglar fortfarande i betydande mån den kanadensiska. Typiskt är att då man i "Ontario Report" argumenterar för en radikal expansion av class actioninstitutet – snarast ett nybygge – törs man inte klart betona civilprocessens handlingsdirigerande uppgifter. De effekter class actioninstitutet har i detta hänseende framställs mera som en (i och för sig angenäm) biprodukt av förslaget.[111]

Drar man ut konsekvenserna av det ovan sagda borde class actioninstitutet vara svårast att recipiera – eller snarare återinföra – i England, därefter borde i svårighetsgrad komma Kanada (och sannolikt Australien),[112] därefter USA.[113] Motståndet kan – i här aktuella hänseenden – förväntas vara minst i kontinental rätt, t ex i Tyskland.[114] Allra lättast borde det ur denna synvinkel vara att införa class actioninstitutet i svensk rätt, åtminstone om Ekelöfs syn på processens funktion skall anses vara förhärskande i vårt land![115]

107 Ovan s 378 ff.

108 Se ovan i kap 12 s 439 not 11 och nedan not 114.

109 Se ovan i kap 1 s 11 och i kap 12 s 456 ff.

110 Ovan s 101 ff.

111 Ovan s 419, jfr Grunsky enligt Koch, Prozessführung s 6.

112 I fråga om Australien se ovan s 391 f, jfr dock s 403. Vad gäller Kanada är Glenn (s 261 ff) kritiskt till en expansion av bl a här aktuella funktionella skäl, se å andra sidan Bogart, Questioning s 660 ff.

113 Betr synen på processens funktion i USA se ovan i kap 12 s 435 ff.

114 Jfr ovan vid not 108. – Ihering är dock ej oomtvistad; snarare kan man skönja en försiktig acceptans av de handlingsdirigerande aspekterna, se Koch, Prozessführung s 97 och Gottwald s 22 f samt vidare Kötz i Homburger & Kötz s 69 och densamme i Welfare State s 86 samt Grossfeld enligt diskussionsreferat i Homburger & Kötz s 105. Se även Koch, Prozessführung s 5 f och s 306 f, där processens funktion i skadeståndssammanhang diskuteras i samband med skadeståndets funktion, så även t ex Gottwald s 23.

115 Jfr dock t ex Lindell, Partsautonomins gränser s 86 ff.

Det torde alltså knappast stöta på några funktionella hinder att införa enskild grupptalan i svensk rätt; samtliga class actioninstitutets uppgifter anses nog av de flesta vara fullt rumsrena för svensk domstol. Och skulle så icke vara fallet går det naturligtvis att utforma en class action som enbart tar sikte på t ex de reparativa och processekonomiska funktionerna. Huruvida effekterna i dessa – eller i handlingsdirigerande – hänseenden sedan skulle bli tillräckliga för att motivera institutets införande är en annan och tills vidare öppen fråga.

Men de hinder som den traditionella synen på domstolens roll i samhället[116] kan utgöra gäller ju – som framgår av Bogarts uttalanden – inte enbart frågan om processen får ägnas åt handlingsdirigering utan också (den delvis överlappande och ovan under 5.1 berörda) frågan om balansen mellan lagstiftningsmakt och rättsbildning genom praxis, om den politiska roll domstolarna skulle kunna komma att spela om class actioninstiutet används på ungefär samma sätt som i USA. Kötz har sammanfattat den saken på följande sätt:

> "Whether such an expansion of judicial power is desirable under contemporary conditions is a highly controversial question. Lawyers will find agreement as to the proper roles of the different branches of government to be more difficult the greater the diversity is in their legal cultures. On the one hand, Professor Cappelletti argues that the ever increasing powers of the legislative and executive branches of government justify and indeed necessitate a corresponding broadening of judicial power. On the other hand, the argument can be made that serious problems might arise if a democracy were to permit full-scale control of the political branches of government by a non-representative judicial branch."[117]

Här bör påpekas att en svensk reception av class actioninstitutet naturligtvis inte behöver innebära en samtidig import av de amerikanska domstolarnas (ytligt sett)[118] vittgående möjligheter till rättsbildning via praxis eller av politiskt inflytande för domstolarna t ex genom en vidsträckt lagprövningsrätt. En kanadensisk, tysk, svensk etc class action kan anpassas till förutsättningarna och behoven i det aktuella landet. Det processuella institutet i sig ger naturligtvis inte domstolen en ny ställning; möjligheterna till process kommer fortfarande att vara avhängiga av det materiellrättsliga underlaget. Skil-

116 Se härom Sterzel s 13 ff och Petrén i SvJT 1975 s 1 ff.

117 Kötz i Welfare State s 114 f, jfr Blankenburg i a a s 4 f.

118 Jfr ovan s 670 ff med not 85 och Chayes i 101 HLR (1988) s 1026 ff.

jelinjen mellan lagstiftning och rättsskipning behöver inte rubbas för att man inför en ny form av grupptalan. Även om class action-institutet historiskt använts även för materiell rättsutveckling, som en processuell murbräcka med ty åtföljande genombrott i materiellrättsligt hänseende,[119] finns knappast underlag för en motsvarande utveckling i kontinental rätt eller i Sverige.[120]

Jag kan alltså inte se att den traditionella synen på domstolarnas roll skulle utgöra ett hinder för en svensk reception av class action-institutet. Och om mot förmodan så skulle vara fallet kan det vara ett tecken på att det finns anledning att ompröva denna grunduppfattning; det är ju inte självklart att den skall förbli orubbad genom seklerna och utgöra hinder för reformer. Någon sådan diskussion förefaller dock inte vara erforderlig i här aktuella sammanhang. Att existensen av en common lawtradition inte utgör någon nödvändig betingelse för class actioninstitutet är också de nya reglerna om class actions i Quebec belägg för.[121] Svensk domstol är från funktionell synpunkt i dag minst lika väl anpassad till prövning av class actions som de amerikanska. Detta gäller i viss mån allmän domstol och i än högre grad specialdomstolarna.[122] Huruvida detta påstående även gäller s a s på mikroplanet, dvs beträffande domarrollen, är nästa fråga som skall besvaras.

5.4 Domarrollen och advokatrollen

Vad nyss sagts om domstolens roll och processens funktion gäller till en del även *domarrollen:* om den aktiva domarroll som class actioninstitutet förutsätter gått att förena med den anglo-amerikanska traditionen ("the adversary system") bör svårigheterna inte vara större utan snarare mindre i Sverige.[123] De krav som class actioninstitutet ställer på aktiv materiell processledning och en tillämpning av

119 Ovan s 106 f.

120 Jfr Schmidt i festskrift till Herlitz (1955) s 297: "Vår svenska högsta domstol är inte som Förenta Staternas högsta domstol ett politiskt maktcentrum utan kan snarare betecknas som en självständig medhjälpare åt lagstiftaren".

121 Ovan s 413.

122 Jfr ovan s 442 och Lindblom, Tes s 799 om marknadsdomstolen.

123 Se dock ovan s 259 betr Rule 54c. – Betr domarens roll vid class actions, se ovan s 254 ff, Chayes 1976 s 1281, Homburger s 14 och Cappelletti & Garth i 2 Civil Justice Quaterly (1983) s 136 med not 37. Jfr ovan s 391 f betr Australien och Kanada, vad gäller Australien därtill särskilt s 403.

officialprincipen i vissa hänseenden har inte heller uppfattats som något hinder i tysk doktrin.[124] Och även om RB:s skarpa distinktion mellan dispositiva och indispositiva mål förefaller passa illa för rättegångar av endast delvis indispositiv karaktär är detta en svårighet som man redan i dag kan bemästra och som kanske kommer att bli vanligare i framtiden.[125]

Det borde alltså inte framstå som främmande för svenska domare – vana som de är att cirkulera mellan brottmål och tvistemål av olika karaktär – att fullgöra de processledande uppgifter en class action förutsätter. Och att handskas med ett omfattande processmaterial är t ex vattendomare redan vana vid. Svårare är kanske att tänka sig att domstolarna – och domarna – skulle engageras i "post-processuell" verksamhet (t ex vad gäller fördelning och distribution av skadestånd) på det sätt som nu stundom sker vid amerikanska domstolar i samband med (b)(3)-class actions. Men denna typ av verksamhet är inte knuten till enbart class actions och förefaller heller inte vara någon nödvändig förutsättning för att processformen skall kunna införas. Distributionen kan skötas också på andra sätt, och så är ibland fallet redan nu även i USA.[126]

I tysk doktrin har man framfört betänkligheter vad gäller det amerikanska class actioninstitutets förenlighet med den kontinentala *advokatrollen*; somliga ser häri rent av ett av de svåraste hindren för en reception av class actioninstitutet.[127] Detta synsätt bottnar i sin tur främst i skillnaderna mellan de amerikanska och europeiska kostnadsreglerna (nedan under 5.5). På ett mera allmänt yrkesetiskt plan återspeglas dessa synpunkter i att de amerikanska advokaternas personliga intresse i sakens utgång (på grund av provisionsarvode, utlägg för notice osv) är essentiella inslag inte bara i ett effektivt class actioninstitut utan även i amerikansk processrätt överhuvud-

124 Se t ex Gottwald s 24, som påpekar att problemet torde vara större i amerikansk än i tysk rätt, jfr däremot Glenn 1984 (s 269) som vad gäller kanadensisk rätt menar att class actions innebär ett steg från ackusatorisk till inkvisitorisk process. Jfr dock även Kötz (i Homburger & Kötz s 87) som uppfattar class actioninstitutet som ett extremt uttryck för "the adversary procedure", en processform bara tänkbar i stater som präglas av robust individualism och stark tro på att sociala konflikter bäst löses i kampbetonade förfaranden, så t ex inför domstol (jfr ovan s 28) och nedan s 700 not 209.

125 Jfr Lindblom, Processhinder s 246 f.

126 Ovan i kap 8 s 278 ff.

127 Jfr Kötz nedan i not 129 och 131.

taget. Detta leder i sin tur till en "entreprenöranda", ja kanske till och med till en framfusighet,[128] som framstår som oförenlig med advokaternas yrkesroll och etiska principer i andra länder.[129] Argumentet att dylika etiska traditioner hindrar en reception av enskild grupptalan förefaller dock inte så starkt; det är, som påpekats redan under 3.1 ovan, naturligtvis inte nödvändigt för t ex en svensk advokatkår att ta efter de värsta formerna av amerikansk entreprenöranda på det här området och det är heller inte självklart att class actioninstitutet måste förenas med kostnadsregler som har sådana effekter (nedan avsnitt 5.5). Vidare har class actioninstitutet förekommit i England, förekommer i Quebec och föreslås bli infört i Australien, länder med principer för advokaters uppträdande diametralt motsatta dem som gäller i USA.

5.5 Kostnadsregler

De amerikanska kostnadsreglerna – och därmed kostnadsreglerna vid class actions – företer flera särdrag i förhållande till motsvarande bestämmelser i t ex tysk och svensk rätt. Huvudregeln ("the American rule") är kvittning av ombudskostnaderna och dessa beräknas i stor utsträckning på provisionsbasis ("contingent fees"). Ombuden ersätts på detta sätt ur det inprocessade beloppet ("common fund"–teorin).[130] Dessa skillnader – med bl a de konsekvenser för advokatrollen som nyss berörts ovan – har av Kötz uppfattats som de allvarligaste hindren för en tysk reception av class actioninstitutet, åtminstone om det är ett *effektivt* processuellt remedium man eftersträvar.[131] Men meningarna är delade om i vilken mån dessa skillnader verkligen är avgörande.[132]

128 Vissa amerikanska skadeståndsadvokater kallas "ambulance chasers" på grund av sin förmåga att snabbt dyka upp vid olycksplatser och skaffa sig klienter där (jfr ovan s 311 f).

129 Se t ex Kötz i Homburger & Kötz s 87 och densamme i Welfare state s 114, jfr dock Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 95 f och Gottwald s 24 ff.

130 Vidare ovan i kapitel 9 s 284 ff.

131 Det centrala i Kötz' uppfattning framgår av följande citat: "But I do not think that the class action can be plucked out of its American environment and transplanted to European soil without considerable modification. The reason is that it can have a similar impact in another country only if, as the United States, that country: a) raises no serious objection to an attorney acquiring a proprietary interest in the subject matter of the litigation, b) provides substantial incentives for the attorney should the class action

Den tyska diskussionen är naturligtvis av intresse även för svenskt vidkommande; våra regler har samma utformning som de tyska i flera hänseenden. Ett par viktiga skillnader finns dock: för det första beräknas ombudsarvoden i tysk rätt i betydande utsträckning enligt ett synnerligen omfattande taxesystem, där huvudprincipen är att arvodet står i relation till tvisteföremålets värde. På detta sätt kommer egentligen de tyska reglerna ganska nära systemet med contingent fees, men en skillnad är att ersättningen inte tas ur det inprocessade beloppet utan från motparten. För det andra har man ingen direkt motsvarighet till vår generella kvittningsregel i småmål. Båda dessa skillnader är naturligtvis av vikt vid en tänkt reception av class institutet (med oförändrade kostnadsregler) men jag avstår från att kommentera de tyska reglerna närmare här.[133]

Nu skall i stället endast upprepas att även om kostnadsreglerna av t ex Kötz betraktas som ett stort problem vid en tysk reception, så utgör de ändå inte något absolut hinder, om man nu inte anser det nödvändigt att införa ett exakt likartat class actioninstitut som det amerikanska. Och Kötz' åsikt delas inte av alla; Gottwald och Koch förefaller inte lika pessimistiska i dessa hänseenden.[134]

Jag har fört ett ganska ingående resonemang om kostnadsreglernas betydelse för class actioninstitutet ovan i kapitel 9 (avsnitt 6).[135] För att undvika ytterligare upprepningar får jag hänvisa den som är särskilt intresserad av kostnadsaspekterna dit. Här skall bara erinras om några slutsatser av detta resonemang.

Vår huvudregel om den tappandes ansvar för den vinnandes kostnader (inkl ombudsersättning) gynnar inte en reception eller expansion av class actioninstitutet; i själva verket har med denna

prove successful, and c) insulates the attorney and the represented class from liability to pay the opponent's fees and expences should the class action fail. I am not saying that it would be impossible to adapt the class action to a legal system such as the one in Germany, in which different rules exist on professional conduct, statutes fix attorney's fees solely on the basis of the amount at stake, and the contingent fee is believed to be against public policy. However, my prediction is that the class action would lose a good deal of its bite in the process and that its impact would not be nearly as impressive as in its place of origin."

132 Se t ex ovan i not 129 och nedan i not 134 a a.

133 Se vidare t ex Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 96 och Kötz i Homburger & Kötz s 71 samt diskussionsreferatet i detta arbete s 108 ff. – Betr de tyska kostnadsreglerna se även Fitger i Festskrift till Welamson s 171.

134 Gottwald s 27 och Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 95 f.

135 Ovan s 327 ff, se även ovan s 397 ff, 401 f, 415 f och 423.

reglering en kärande aldrig något att vinna – men ibland mycket att förlora – på att välja en class action framför individuell process.[136] Lägg härtill att provisionsarvode inte förekommer i Sverige och man kan konstatera att vi har bland de mest class actionfientliga kostnadsregler man kan tänka sig![137] Men det är förhastat att enbart på grund därav avfärda tanken på att införa en class actionliknande form av svensk grupptalan och detta av sex skäl:

1. Att de amerikanska kostnadsreglerna inte är någon nödvändig betingelse för class actioninstitutet visas av förhållandena i England, Kanada och Australien; i dessa länder har man (eller har haft) fungerande class actioninstitut med andra kostnadsregler; särskilt märks det nya class actioninstituten i Quebec och Victoria. Att class actions är tänkbara även utan provisionsarvode går också att belägga i USA. I förbudsmål förekommer naturligtvis inte "contingent fees", men ändå svarar denna taleform för den största andelen i class actions.[138]

2. "The English rule" gäller inte generellt i Sverige. Vår regel om kvittning av kostnaderna i småmål ökar behovet av en representativ grupptalan i vissa fall. Och vid marknadsdomstolen och arbetsdomstolen förekommer kvittning av kostnaderna på ett sätt som kan verka class actionstimulerande.

3. Huvudregelns (RB 18:1) avhållande effekt kan mildras genom ekonomiskt stöd via t ex rättshjälp, rättsskydd och statlig eller privat sponsring via fonder etc såsom skett i Quebec.

4. Är käranden säker på att vinna processen är RB 18:1 att föredra framför kvittning även vid grupptalan.

5. De lege ferenda är det fullt möjligt att införa särskilda kostnadsregler för class actions utan att för den skull kostnadsreglerna för andra mål behöver ändras.[139]

6. Även i de fall class actions innebär nackdelar i kostnadshänseende kan fördelarna med processformen överväga *totalt sett*.

Sammanfattningsvis kan man konstatera att kostnadsreglerna måste övervägas noga vid en svensk reception av class actioninsti-

136 Jfr ovan s 328 och Bogart, Questioning s 695; för en ännu mer class actionfientlig regel se ovan s 395.

137 Jfr ovan s 330 och 395.

138 Ovan s 145 ff.

139 Ovan s 397 ff, 401 ff, 415 f och 423 samt Ontario Report II s 703 och 749 f.

tutet, men att class actions är tänkbara också med oförändrade kostnadsregler. Kötz anser[140] att en reception är fullt möjlig utan ändringar i de tyska kostnadsreglerna, även om class actioninstitutet i så fall sannolikt skulle bli alltför tandlöst. Bettproblem av det slaget är dock inte något ovanligt i vårt land och kan rentav vara en bra utgångspunkt: man riskerar då inte att en reception av class actioninstitutet åstadkommer så våldsamma resultat som t ex 1966 års ändringar i Rule 23 (tycktes) medföra.[141] Skulle man sedan finna att antalet processer blir alltför blygsamt kan incitament i form av ändrade kostnadsregler eller ekonomiskt stöd på annat sätt tillföras successivt till dess man nått den nivå på processandet som anses lagom. Det förefaller vara på det sättet man arbetat i Quebec, där man nu är uppe i ca 20 class actions per år på en befolkning av ungefär samma storlek som den svenska.[142] Enligt min mening är det inte uteslutet att t ex i viss utsträckning acceptera provisionsarvode för ombud med rätt till procentuell del av inprocessade belopp i skadeståndsmål i utbyte mot att ombudet står sina egna kostnader om processen förloras.[143] Det framstår inte heller som någon orealistisk tanke att – främst vid förbudstalan men kanske även vid skadeståndstalan i t ex konsument- eller miljöskyddsmål – arbeta med en "sned (ensidig) kvittningsregel" av innebörd att vardera parten står för sina kostnader om talan ogillas (om skälig anledning förelåg att väcka talan) medan däremot full ersättning utgår till vinnande part – även för ombud – när käranden har framgång i processen.[144] Uppmärksamhet måste också ägnas frågan om ansvaret för de kostnader tappande svarande ej förmår utge till käranden; t ex en fondlösning förefaller fullt tänkbar i sammanhanget.

140 Ovan not 131.

141 Ovan s 143 f.

142 Ovan s 416 f.

143 Jfr ovan s 310 med not 109, s 415 och 423 samt nedan s 708 f.

144 Jfr 5 kap 2 § 1 st lagen om rättegången i arbetstvister, SOU 1982:26 s 223 ff och Kötz i Homburger & Kötz s 77 not 17, se också ovan s 398 f och 401 samt nedan s 709. Jfr däremot prop 1986/87:89 s 71 där dep chefen egendomligt nog inte tycks acceptera den generella obalansen mellan parterna i konsumentmål som utgångspunkt för reformer.

5.6 *Fordras en ny skadeståndsrätt? Bevisfrågor*

Som framgick ovan under 3.1 påstås ibland i den internationella diskussionen att class actioninstitutet förutsätter en radikal omvandling av skadeståndsrätten, ett förhållande som i så fall naturligtvis måste betecknas som ett allvarligt hinder för en reception också i Sverige. Det kan måhända verka utmanande att beteckna denna åsikt som en myt; påståenden av det här slaget har ju framställts i t ex kanadensiska och tyska diskussionsinlägg om class actions.[145] Man har då bland annat framhållit att gällande regler om "tort and delict" är individualistiska till sin natur och att det därför är främmande för skadeståndsrätten att släppa kravet på individuell prövning av kausalitet och beräkning av skadans storlek osv. I sammanhanget hävdas även att det strider mot såväl skadeståndets som civilprocessens funktion att arbeta med skadeståndsprocess i straffande och preventivt syfte.[146] Det har också – dock utan avståndstagande – påpekats att en kollektiv behandling av ersättningsanspråk i praktiken alltid innebär att man prutar på beviskraven.[147]

Som framgått flera gånger i det föregående är dock enligt min mening en omvandling av skadeståndsrätten alls inte någon förutsättning för att class actioninstitutet skall kunna recipieras i svensk rätt.[148] Detta är uppenbart när det gäller förbudstalan och detsamma gäller i stort sett skadeståndstalan rörande individuellt processbara anspråk.[149] Men även vid individuellt oprocessbara anspråk kan frågorna om beräkning och fördelning av skadeståndet, liksom bevisfrågorna, många gånger vara jämförelsevis okomplicerade. Då behövs naturligtvis inte några nya principer för att en class action skall bli effektiv. Klart är visserligen att en vidareutveckling av de i kapitel 8 diskuterade metoderna väsentligt utökar class actioninstitutets användningsområde. Men enskild grupptalan tvingar inte fram en sådan omvandling; det ligger snarare till på det viset att en rörelse i den riktningen redan är inledd i flera länder – även i Sverige[150] –

145 Se t ex Zeuner i Homburger & Kötz s 104 och not 146 nedan.

146 Se Glenn 1985 s 288 ff och 293 ff, jfr ovan s 269 f och 556 f.

147 Se t ex Møgelvang-Hansen 1979 s 12.

148 Ovan s 269 ff, jfr Gottwald s 22 ff, Mertens s 438 och Koch, Prozessführung s 300 ff, särskilt s 306 f.

149 Termen förklaras ovan s 449.

150 Jfr senast HD:s beslut 27/9 1988 i T 312/86 rörande vattenavgifter; "cypres-teknik" (varom ovan s 278 ff) förefaller kunna godtas i vissa fall, se

och att denna utveckling gynnar existerande former av grupptalan och underlättar receptionen av nya.

Som nyss antytts är det nog inte sällan meningsmotsättningar om civilprocessens och skadeståndets funktion – då främst de eventuella preventiva (handlingsdirigerande) effekterna – som ligger bakom påståendena om att class actioninstitutet förutsätter en principvidrig omvandling av skadeståndsrätten. Såvitt jag kan förstå är dock class actioninstitutets effekter i preventivt hänseende bara ett av flera uttryck för ett funktionstänkande som har gamla anor på kontinenten och som numera (åter) börjar göra sig gällande till och med i den utrerade konfliktlösningsteorins stamort på jorden, England.[151] En negativ inställning till processens handlingsdirigerande funktion kan tydligen inte bara återspeglas i ett avståndstagande till class actions som processuellt institut utan även till de civilrättsliga remedier enskild grupptalan aktualiserar i det speciella fallet.[152] Men även den som inte vill acceptera en preventiv funktion för skadeståndet och class actioninstitutet borde kunna erkänna fördelarna med grupptalan i bland annat processekonomiskt och reparativt hänseende, så t ex vid förbudstalan och skadeståndstalan rörande individuellt processbara anspråk. Att class actioninstitutet skulle tvinga fram en principvidrig omvandling av skadeståndsrätten i *dessa* målkategorier kan knappast betecknas som något annat än en myt.

5.7 Alltför många eller alltför få processer?

Ytterligare något som betecknats som en myt ovan under 3.1 är att en europeisk reception av class actioninstitutet skulle leda till "Überforderung des Justiz", dvs en överbelastning av domstolarna.[153] Farhågor i den riktningen förefaller inte besannas i verk-

beslutet s 6 f varom Hawerman i Dagens Nyheter 24/10 1988. Jfr även t ex den nya lydelsen av RB 35:5 (varom i DsJu 1986:10 och prop 1987/88:1) och Koch, Prozessführung s 302 betr motsvarande regel i Zivilprozessordnung (dvs § 287), se även a a s 203 f, 207 f, 288 ff och 300 ff och ovan i not 148 a a samt SOU 1982:26 s 49 och 1984:35 s 140.

151 Jfr ovan i kap 12 s 437 ff, betr England se även kap 11 s 378 och kap 12 s 457 samt, vad gäller äldre engelsk rätt, kap 2 s 57 ff betr equity; som påpekats av Chayes ("the triumph of equity") företer äldre engelsk process flera drag som är gemensamma med "public law litigation", varom ovan s 441, jfr ovan s 380 och 444 not 29.

152 Jfr ovan s 11 med not 41.

153 Så t ex Grossfelder enligt diskussionsreferat i Homburger & Kötz s 105.

ligheten. Någon europeisk reception har ännu inte förekommit, men erfarenheterna från Australien och Kanada talar ett annat språk. Det nya class actioninstitutet i Quebec har – trots ekonomiska incitament – kommit till användning mer sällan än man hade hoppats (respektive befarat); desamma förefaller gälla i delstaten Victoria i Australien.[154] Och ökningarna av antalet class action efter 1966 års ändringar i Rule 23 verkar inte ha varit en följd av ändringarna i sig; uppgången i USA har sedermera också följts av en kraftig nedgång.[155]

Vad gäller antalet class actions är för övrigt tillvitelser om ett alltför ringa antal numera minst lika vanliga som motsatsen[156] Att själva hanteringen av class actionmålen – om än inte så många – skulle riskera att öka domstolarnas arbetsbörda i oacceptabel utsträckning anser Koch vara en mer beaktansvärd risk än ett våldsamt tillflöde ifråga om målantal.[157] Men som framgått ovan i kapitel 4 är den extra arbetsinsatsen per mål tidsmässigt mindre än man skulle kunna vänta. Class actionformen kan ibland rent av leda till avsevärda lättnader för domstolen, åtminstone om man jämför med upprepade processer rörande individuellt processbara anspråk.[158] Och gentemot dem som hävdar att antalet class actions är så lågt att institutet saknar betydelse kan genmälas att kvantiteten inte är det viktigaste;[159] åtminstone teoretiskt kan ett lågt antal rent av utgöra ett bevis för processformens stora preventiva betydelse.

5.8 Få villiga parter, få domar

Farhågorna att en reception av class actioninstitutet skulle få ytterst begränsade effekter, åtminstone kvantitativt sett, bottnar bl a i åsikten att ingen skulle vilja uppträda som part i ett class actionmål, vare sig som kärande (eller kärandeombud) eller som svarande. Vad gäller kärandesidan är naturligtvis processbenägenheten i det hänseendet starkt beroende av kostnadsreglerna, men de starka fluktuatio-

154 Ovan s 416 och 395.

155 Ovan s 143 f.

156 Se t ex Glenn 1984 s 255 ff och 1986 s 267 ff.

157 Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 94.

158 Ovan s 159 ff.

159 Ovan s 433 f, Bogart, Questioning s 697, Koch i 5 Civil Justice Quarterly (1986) s 68 f och Ekelöf i Domstolarnas roll s 93.

nerna i den amerikanska class actionfrekvensen – där kostnadsreglerna varit oförändrade – tyder på att även andra faktorer kan ha stor betydelse, så t ex den statliga och kommunala aktiviteten och ambitionsnivån på ifrågavarande rättsområde.[160] Och påståendet att ingen skulle vilja ställa upp som kärande stämmer illa med de amerikanska (och i viss mån kanadensiska) erfarenheterna; det är dessutom oförenligt med den lika vanliga beskyllningen att class actions väcker sovande björnar som annars aldrig skulle störa domstolarna.[161]

Att ingen vill vara svarande i ett class actionmål är däremot säkert minst lika riktigt som att ingen vill vara svarande i process av annat slag. Men här är det inte fråga om någon valfrihet annat än på så sätt att den potentielle svaranden kan undgå process genom att medge kärandens talan eller "köpa ut" denne på annat sätt. Och möjligheterna att göra detta på klassens bekostnad är beskurna av att det krävs domstolens godkännande av förlikning efter "certification".[162] Av bland annat detta skäl är ryktena om att "förlikningsrisken" skulle vara särskilt stor vid just class actions sannolikt felaktiga; det är ytterst få amerikanska tvistemål som avgörs genom dom överhuvudtaget.[163] Och att antalet huvudförhandlingar är lågt minskar inte på något avgörande sätt class actioninstitutets möjligheter till funktionsuppfyllelse annat än i prejudikathänseende.[164] Också uppgörelser utom process har betydelse inte bara i reparativt (och processekonomiskt) utan även i preventivt hänseende. Detta gäller både vid förbudstalan och skadeståndstalan.[165] Och riskerna för att svaranden skall "lägga sig" även då så ej bör ske minskas av att det är särskilt dyrt att komma undan process just vid kollektiva anspråk.

160 Garth, The institution s 301 ff, jfr Bogart, Questioning s 665 ff och ovan s 338 f.

161 Se t ex ovan s 454 f.

162 Ovan s 260 f.

163 Ovan s 151 ff.

164 Jfr betr näringsidkares "bristande processvilja" SOU 1978:40 s 226 f och SOU 1986:1 s 210 f, se även Lindblom, Konsumentmål s 114 ff. Såvitt jag förstår står dock processviljan i direkt samband med styrkeförhållandet i processen; den generella obalansen i konsumentmål (ovan s 7 ff och s 684 not 144) framstår för mig som ett betydligt större problem än de processavhållande effekter en förstärkning av konsumenternas ställning skulle kunna innebära för näringsidkarna.

165 Ovan s 3 med not 5.

Men är det då inte väldigt "synd om" de svarande som tvingas in i processer på det här sättet? Jo naturligtvis, åtminstone i de fall kärandens talan saknar grund. Men att avstå från att införa ett effektivt processuellt rättsskydd av hänsyn till svarandekategorien generellt kan ju knappast komma ifråga – annat än om man föredrar att den materiella lagstiftningen stannar på papperet för gott. Och är det enbart "oskyldiga" svarande man vill skona kan man knappast förorda en total avstängning av de processuella möjligheterna med de konsekvenser detta skulle få för de berättigade anspråken. Det förefaller då mer ändamålsenligt att bereda svaranden skydd genom de preventiva och reparativa verkningar som en regel om den tappandes ansvar för den vinnandes rättegångskostnader medför (utöver straffbestämmelser av den typ som finns upptagna i RB 9 kap). En sådan regel har vi redan nu i RB 18:1. Skulle den i sin tur verka alltför avhållande på kärandens processbenägenhet kan olika möjligheter till kvittning diskuteras. Därmed är vi åter tillbaka i kostnadsregleringen (ovan 5.5). Här skall bara påpekas att kvittningsregler av antytt slag redan finns också i svensk rätt på class action-intressanta områden[166] och att sådana undantag från huvudregeln kan motiveras med den bristande styrkebalans i bland annat ekonomiskt hänseende som ofta råder i mål av här aktuellt slag. Sålunda utgörs svarandeparten vid class actions (rörande t ex produkt- och miljöskador, försäkring, krediter, löner, hyror osv) påfallande ofta av större statliga och privata företag och arbetsgivare.[167]

5.9 Sammanfattning

Det föreligger inte några oöverstigliga hinder för en svensk reception av class actioninstitutet. Frågan om grupptalan av här aktuellt slag är förenlig med domstolarnas uppgift i samhället, processens funktion och domarrollen borde snarare erbjuda mindre problem hos oss än på andra håll. Noggranna överväganden måste dock ägnas vissa andra förhållanden, kanske främst kostnadsregleringen och advokatrollen. Svenska advokater är självfallet inte främmande för att arbeta i direkt personligt vinningssyfte men saknar än så länge i stort sett erfarenhet av ett system med provisionsarvode och "com-

166 Så t ex i småmål samt vid arbets- och marknadsdomstolen, jfr ovan s 683 f.

167 Se ovan s 416 not 193 rörande svarandena vid class actions i Quebec, jfr även ovan s 8 f och 478.

mon fund"-ersättning.[168] Även ett class actioninstitut med gällande svenska bestämmelser om rättegångskostnader är dock fullt tänkbart (åtminstone i kombination med ekonomiskt stöd i en eller annan form). Detsamma gäller en försiktig introduktion av vissa av de amerikanska kostnadsreglerna; man behöver ju för den skull inte importera de värsta avarterna i fråga om advokatetik.[169]

Övriga hinder som brukar anföras för en reception av class actioninstitutet i kontinentalrättsligt präglade länder[170] kan i stor utsträckning avfärdas som myter. Vad gäller domstolarnas funktion och domarrollen verkar, som nyss sagts, förutsättningarna för class actions rent av vara bättre i t ex Sverige än i rättssystem som grundas på common law.

Att det inte föreligger några avgörande hinder för en svensk reception av class actioninstitutet betyder naturligtvis inte i sig att det skulle vara problemfritt att införa processformen eller att en sådan reform kan tillstyrkas. Men svårast att övervinna är sannolikt den svenske lagstiftarens allmänna konservatism: ett förslag som inte får nära nog total anslutning bland remissinstanserna har inte stora chanser att överleva departementsbehandlingen. Och åtgärder som skulle öka den materiella lagstiftningens genomslagskraft på t ex miljö- och konsumentområdena kan aldrig räkna med total anslutning. Intressemotsättningarna är för stora och dessutom tycks statsmakten medvetet eller omedvetet sträva efter att hålla tvisterna borta från domstolarna – även på de här områdena.[171]

Men det kan också finnas goda skäl att avstå från en reception av class actioninstitutet. Om det – hemska tanke! – skulle visa sig vid en behovsinventering rättsområde för rättsområde att t ex de miljö- och konsumenträttsliga lagarna redan har avsedd genomslagskraft, dvs att ingen förstärkning är önskvärd såvitt gäller de reparativa eller preventiva effekterna, bör man naturligtvis akta sig för att introdu-

168 Betr "common fund"-teorin se ovan s 296 f.

169 Se om "ambulance-chasing", "solicitation" osv, ovan s 680 vid not 128 samt s 310 ff och 321 ff.

170 Se härom t ex Welfare state 1986 s 4 ff, Gottwald s 22, Uff 1986 s 59 ff, Koch, Kollektiver Rechtsschutz s 92 ff och 103 f, Thiere s 344 med där angivna arbeten samt, betr nordisk rätt, Møgelvang-Hansen 1980 s 240 f, Eisenstein s 52 f (förordar "parens patriae"), Tala s 157 och Lindblom, Formsak s 94 samt Konsumentmål s 19 f och 133 f, den sistnämnde med numera övergivna ståndpunkter.

171 Ovan s 3 not 6 samt s 7, 640 och 670, jfr Lindblom, Tes s 790 f och 795 samt Sterzel i Domstolarnas roll s 20 f.

cera grupptalan i form av class actions. Och om behov visserligen finns men också bättre alternativ än det amerikanska class actioninstitutet bör självfallet dessa införas i stället.

I själva verket är det högst osannolikt att just en class action av den typ Rule 23 innehåller – eller rättare sagt de tre sorter som regleras där – skulle vara den optimala formen av grupptalan för svenska förhållanden.[172] En i några avseenden modifierad class action, kanske med inslag från de kanadensiska och australiensiska varianterna, kan passa bättre än Rule 23 på det eller de rättsområden som kommer ifråga. Kanske visar det sig rent av att man bör introducera något olika typer av enskild grupptalan på de skilda områden det gäller. Ett skäl till en sådan differentiering är att class actioninstitutet i olika varianter kan fylla flera funktioner, ändamål som i sin tur inte är av samma relevans på alla rättsområden.[173]

Eller vore det bättre att välja en helt annan form av grupptalan, t ex statlig grupptalan eller organisationstalan eller en kombination av dessa taleformer. Föreligger det behov av att införa statlig grupptalan och organisationstalan i Sverige? Finns det i så fall några hinder för en sådan reception?

6. Behov av samt hinder för en svensk reception av statlig grupptalan och organisationstalan

Statlig grupptalan och organisationstalan (i vid mening) existerar redan i svensk rätt.[174] Följaktligen är det för sent att diskutera en reception, åtminstone i ordets mest jungfruliga betydelse. Men steget från reception till expansion är inte långt och en expansion låter sig väl övervägas.

Utrymmet för statlig grupptalan och organisationstalan är mycket begränsat de lege lata i vårt land. Av intresse är främst konsument- och näringsfrihetsombudsmannens samt organisationernas talerätt vid marknadsdomstolen.[175] Även om rättegången där inte avser "en

172 Förnumstiga uttalanden av det här slaget är inte ovanliga i samband med t ex australiensiska och kanadensiska reformförslag, men det förekommer också att man sedan presenterar lösningar som ganska nära ansluter till Rule 23, jfr t ex ovan s 397, 401 och 420 ff med not 213 samt nedan s 696, 704 och 708.

173 Jfr DuVal 1983 s 420 ff och nedan s 693 ff.

174 Se ovan i kap 13 s 539 ff, i kap 14 s 570 och 609 ff samt ovan s 672 f.

175 Betr arbetsdomstolen se ovan s 665 f samt not 92 ovan och 181 nedan.

i processen angiven grupp", och även om utslaget inte har rättskraft mot tredje man (eller ens mellan parterna i full utsträckning), så kan man ändå se den här sortens processer som en form av grupptalan.[176] Precis som vid den tyska Verbandsklage[177] förekommer emellertid inte skadeståndstalan i sammanhanget; avgörandet är helt inriktat på att förhindra framtida beteenden, inte på att avhjälpa vad som redan inträffat. Genomförs produktåterkallelsekommitténs förslag (SOU 1987:24, berört ovan under 4.2) tillkommer dock en ny taleform vid marknadsdomstolen – talan om återkallelseföreläggande – som visserligen även den har ett preventivt syfte ("att motverka att varor och tjänster orsakar skada på person eller egendom"),[178] men som ändå ingriper i redan existerande rättsförhållanden på ett i vissa avseenden reparativt sätt.

Huruvida *behov* föreligger av statlig grupptalan och organisationstalan på nya områden – t ex inom miljörätten – kan inte utredas här; den skissartade behovsinventeringen i avsnitt 4 ovan får vara tillfyllest. Detsamma gäller önskvärdheten och lämpligheten att tillåta skadeståndstalan i sammanhanget. Även då det gäller frågan om *hinder* för en reception kan jag vara kortfattad: receptionen har redan skett (åtminstone såvitt gäller förbudstalan) och eventuella hinder för en expansion kan i stort sett bedömas mot bakgrund av vad som anförts ovan i avsnitt 5. Vissa av de svårigheter som föreligger vid en reception av class actioninstitutet är dock inte aktuella, åtminstone inte i samma utsträckning som vid enskild grupptalan (så t ex problemen med advokatrollen, kostnadsreglerna och med att "finna" en lämplig kärande). Ytterligare skillnader framgår vid en jämförelse mellan de för- och nackdelar med olika former av grupptalan som beskrivits ovan i kapitlen 12 och 14.[179] Rent allmänt kan man konstatera att det torde vara lättare att vinna gehör för en expansion av existerande taleformer än för en reception av en helt ny. Detta betyder dock inte att t ex statlig grupptalan kan ersätta class actions i alla lägen – av den förstnämnda processformens nackdelar förtjänas särskilt att framhållas det orimliga i att lita till enbart en statlig repre-

176 Vad gäller termen grupptalan se ovan i kap 1 s 19 ff. Betr de speciella rättskraftsreglerna vid marknadsdomstolen se Johansson s 117 ff och SOU 1987:24 s 174 samt nedan i not 208. I fråga om marknadsdomstolens ställning som domstol se ovan s 670 not 82.

177 Ovan s 602 ff.

178 SOU 1987:24 s 31 (lagförslaget § 1), jfr ovan s 660 ff.

179 Ovan s 467 ff, 589 ff och 617 ff.

sentant vid process mot statliga företag och myndigheter.[180] Det finns också anledning att åter erinra om att de olika formerna av grupptalan inte behöver uppfattas som *konkurrerande* alternativ utan likaväl – eller hellre – kan *komplettera* varandra, vilket för övrigt redan är fallet med statlig grupptalan och organisationstalan vid marknadsdomstolen.[181] Till detta skall läggas att det inte är långt från komplement till *kombination*. Det blir strax anledning att återkomma till det.

7. Taletyper och teknisk utformning

7.1 En svensk class action?

Det har framhållits flera gånger i det föregående att någon slutgiltig rekommendation rörande en svensk reception av class actioninstitutet inte kommer att lämnas i detta arbete; först efter noggrann behovsanalys för varje rättsområde går det att avgöra om övervägande skäl talar för en reception och hur den i så fall skall utformas.[182] Av stor vikt i det sammanhanget är att låta utformningen styras av det funktionella behovet på varje särskilt rättsområde och inte av några allmänna teorier om class actioninstitutets funktioner i sig.[183] Precis som bevisbörderegler bör utformas så att de bidrar till att förverkliga ändamålen bakom den ifrågavarande materiella lagstiftningen,[184] bör en svensk grupptalan konstrueras så att den bidrar till att realisera de ändamål som är relevanta på det aktuella rättsområdet. Låt mig illustrera detta med ett par exempel.

Rule 23(b)(3) är en bestämmelse om förutsättningarna för class actions rörande skadestånd. Det har hävdats att regeln lider av en inbördes funktionell motsättning, som inte bara kommer till uttryck i en samtidig tillämpning av två helt skilda representationsteoretiska

180 Jfr ovan s 592.

181 Den statliga talerätten (för KO och NO) är då *primär* medan organisationernas talerätt är *sekundär (subsidiär)*, jfr lagen om rättegången i arbetstvister 4 kap 5 §, RB 20:8 om målsägandens åtalsrätt och Johansson s 54 f. Görs talerättsreglerna inte hierarkiska på det här sättet uppkommer vissa frågor om bl a rättskraft, litispendens och processgemenskap, jfr nedan s 697 och 700 f.

182 Se t ex ovan s 37 ff och 641 ff.

183 Jfr DuVal 1983 s 433, ovan s 449.

184 Se Ekelöf, Rättegång IV s 99 ff.

modeller,[185] utan dessutom leder till problem vid regelns användning (t ex beträffande notice).[186] Rule 23(b)(3) försöker – på ett inte problemfritt sätt – samtidigt tillgodose såväl reparativa (och processekonomiska) som preventiva behov.[187]

När man så i Bill 1978[188] inriktade sig på att komma tillrätta med det här problemet så skedde det genom att Rule 23(b)(3) ersattes med *två* nya former av grupptalan. En av dessa ("civil public action") är nära nog helt preventivt inriktad, medan den andra ("civil class compensatory action") har en övervägande reparativ funktion.[189] Detta har i sin tur fått till följd att de båda föreslagna taleformerna skiljer sig inte bara vad gäller det statliga inflytandet ("civil public action" är närmast en form av statlig grupptalan) utan även beträffande krav på notice, adequacy of representation, beräkning av skadestånd, rättegångskostnaderna osv.

Låt oss nu utgå från att behov föreligger av grupptalan, dels i t ex "katastrofmål" av den typ som aktualiseras vid flygolyckor, dels ock vad gäller diverse "småfusk" i konsumentsammanhang (felaktiga vikt- och datumangivelser, felaktig debitering av tele-, vatten- och fakturaavgifter osv). Ifråga om flygolyckorna erfordras förhoppningsvis inte någon förstärkning av de aktuella ersättningsreglernas (eventuella) preventiva effekt; kraven på flygbolagen är redan så högt ställda att marginaleffekten av effektivare ersättningsindrivning torde vara så gott som obefintlig. Arbetet på ökad flygsäkerhet kan knappast stimuleras genom nya processformer. Och skulle de processuella möjligheterna att genomdriva ersättningsanspråken verkligen ha någon preventiv effekt i det sammanhanget torde denna redan vara uppnådd genom de möjligheter som finns att genomdriva sådana individuellt processbara anspråk även grupptalan förutan. Alltför mycket står på spel för att svaranden skall kunna förlita sig på processuell passivitet på motsidan.

Nej, vid stora individuella skadeståndsanspråk av det här slaget är det i stället class actioninstitutets reparativa och processekonomiska funktioner som är av relevans vid bedömningen av om grupptalan bör införas och hur processformen i så fall skall utformas. Skade-

185 Ovan s 131 ff.

186 Ovan s 133 och 212 ff.

187 Ovan s 349.

188 Härom ovan s 348 ff.

189 Ovan s 349 resp 356.

ståndstalan är uppenbarligen av stort intresse, förbudstalan knappast aktuell. Statligt inflytande förefaller inte så intressant, kraven på notice, adequacy of representation etc måste ställas högt, vanliga regler om rättegångskostnader kan kanske begagnas etc. Tänkbara class actionalternativ är t ex nya försäkringslösningar och ändrade skadeståndsregler.

Vad gäller "småfusket" på konsumentområdet är förhållandet det motsatta. Grupptalans retrospektivt reparativa potential är av föga intresse ur kundens och samhällets synpunkt; viktigare än att få några kronors ersättning för lidna förluster är att kunna förlita sig på att näringsidkarna, kommunerna etc fullföljer sina skyldigheter i framtiden och inte frestas att fuska till sig de jättebelopp det ibland kan röra sig om för deras del. Det är det preventiva behovet som dominerar; så länge det gäller individuellt oprocessbara anspråk föreligger risk att illgärningsmännen förlitar sig på kundens passivitet. Den reparativa funktionen är av begränsad betydelse och den processekonomiska är inte av relevans överhuvudtaget: alternativ till grupptalan är ju i denna situation att det inte blir någon process överhuvudtaget.[190] Olika former av såväl förbudstalan som skadeståndstalan framstår som intressanta. Att den preventiva funktionen dominerar betyder inte att enbart prospektiva (framåtblickande) taleformer är aktuella; även existensen av ett effektivt verkande retrospektivt processuellt remedium har en handlingsdirigerande funktion (via moralbildning och/ eller cost internalization).[191] Offentligt inflytande vad gäller besluten om talan skall väckas och hur den skall föras är av intresse i sammanhanget men en monopolställning är olämplig, kraven på notice och adequacy of representation behöver sannolikt inte sättas så högt; viktigare är att rättegången blir av än att den utförs perfekt i varje enskild detalj. Tänkbara class actionalternativ är t ex kriminalisering, näringsförbud och ökad offentlig utomprocessuell tillsyn och kontroll.

Nu kan man knappast skräddarsy en särskild class actionkostym för varje tänkbart rättsområde, än mindre flera olika modeller inom ramen för varje materiell kategori (t ex en preventiv class action för små industriutsläpp och en reparativ för stora). Översiktligheten i regelsystemet går då förlorad och dessutom uppstår en mängd svår-

190 Ovan s 451.

191 Ovan s 444 ff.

bemästrade gränsfall.[192] Att, som i Bill 1978, låta valet av grupptaleform anknyta till en generell beloppsgräns (ungefär längs skiljelinjen mellan individuellt processbara och individuellt oprocessbara anspråk) i stället för till ett speciellt materiellt rättsområde är en väg att komma ur detta dilemma, i bästa fall utan att funktionsanpassningen går förlorad. Att konstruera grupptalan efter de typiska situationerna på varje rättsområde eller inrikta sig på den anspråkskategori där behovet framstår som störst (och där det saknas ändamålsenliga alternativ) en annan. Och att arbeta med en gemensam men flexibel form av grupptalan med möjlighet till anpassning till det enskilda målet är ytterligare ett sätt att lösa uppgiften.

Med det ovanstående har jag velat illustrera nödvändigheten av behovsanalys och funktionsresonemang för varje särskilt rättsområde. Av det sagda följer också att det knappast är troligt att en direktimport av ett redan existerande eller föreslaget class actioninstitut (t ex Rule 23 eller Bill 1978) är någon realistisk lösning på ett eventuellt existerande svenskt class actionbehov;[192a] en rekommendation i den riktningen framstår som alltför chansartad. Och det är alls inte osannolikt att utformningen av en svensk grupptalan skulle bli sådan att beteckningen "class action" är vilseledande och ger upphov till felaktiga associationer. Det förefaller vara lämpligare att i stället tala om en svensk grupptalan.

7.2 En svensk grupptalan – eller flera!

Det borde nu ha framgått att åtminstone en ytlig inventering av behov och hinder för en svensk reception av enskild grupptalan i vart fall inte får fortsatta diskussioner om en dylik rättsimport att framstå som meningslösa. Tvärtom är det enligt min uppfattning mycket som talar för en ökad användning av grupptalan i svensk rätt. Däremot är det först efter en närmare analys av den materiella lagstiftningens rättspolitiska funktion inom varje särskilt rättsområde som det går att ge rekommendationer om den närmare utformningen av institutet. Vid dessa överväganden finns det all anledning att släppa de terminologiska skygglapparna och arbeta med olika former av grupptalan (enskild och statlig grupptalan samt organisationstalan) och kombinationer dem emellan.

192 Jfr betr nackdelar med pluralistiska lösningar nedan s 700 f.

192a Jfr dock ovan s 691 not 172.

Bland de frågor som måste undersökas vid införande av grupptalan på ett visst rättsområde är t ex om både förbuds- och skadeståndstalan (och eventuellt ytterligare taleformer[193]) bör förekomma. Jag vill då erinra om att även vid förbudstalan – som ju redan existerar i form av statlig grupptalan och organisationstalan i Sverige – är grupptalan förenad med vissa fördelar (bredare intresseavvägning, ökad uppmärksamhet med möjlighet till framtida reformer, större chanser att svaranden rättar sig efter domen, ingen risk för att käranden "köps ut", rättskraft mot alla osv).[194] Och skulle enskild grupptalan förenas med särskilda regler om rättegångskostnader eller ekonomiskt stöd ökar detta givetvis processbenägenheten även vid förbudstalan, vilket kan vara önskvärt på vissa rättsområden. Trots att bifallande dom kan tyckas ha nästan samma gynnsamma verkningar för alla berörda vid individuell talan som vid grupptalan är det alltså i hög grad förhastat att utesluta förbuds- (och ändrings-)talan vid en diskussion om ökade möjligheter till grupptalan i svensk rätt.

Också den tekniska utformningen är, som redan understrukits flera gånger i det föregående, i hög grad avhängig av behoven på det materiella rättsområdet, på vilken funktion som är mest åtråvärd i sammanhanget och på vilka för- och nackdelar som är av särskild relevans i det ifrågavarande fallet. Innehållsförteckningen till kapitel 5–9 kan användas som en katalog över de frågor som förtjänar att övervägas. Uppenbart är att de materiella behoven kan komma att påverka reglerna om notice, opt-out, rättskraft, förutsättningarna för grupptalan, rättegångskostnaderna, rättshjälp och fonder, skadeståndsberäkning och skadeståndsfördelning samt graden av statligt inflytande då det gäller att avgöra om talan skall väckas och hur den skall utföras. Detsamma gäller frågan om en ny talerätt skall göras primär eller sekundär i förhållande till individuell talan och eventuella övriga former av grupptalan.[195] För den händelse en vid-

193 Så t ex fullgörelsetalan av den typ som föreslås i SOU 1987:24 (se ovan i avsnitt 6 s 692).

194 Se ovan i kap 12 s 482, jfr Lindblom, Konsumentmål s 84 ff, Garth, Introduction s 376 och – särskilt – Cappelletti & Garth, The protection s 148 f. Rättskraftseffekterna är naturligtvis främst av intresse för svaranden; bifallande dom kommer ju att vara till fördel för alla gruppmedlemmar också vid individuell talan. Vid talan om ändringsåtgärder kan rättskraften rent av vara till nackdel för gruppen även vid bifall (om mera långtgående ändringar är möjliga att utverka).

195 Jfr ovan s 693 not 181 och nedan s 699 ff.

sträckt rättskraftsverkan skulle visa sig medföra särskilda problem kan "ensidiga" rättskraftsregler, eller rent av grupptalan med en radikal begränsning av rättskraften, erbjuda ändamålsenliga lösningar i åtminstone vissa fall.[196] Man måste naturligtvis också ta ställning till om handläggningen av grupptalan bör förläggas till allmän eller särskild domstol, en fråga som inte bör avgöras enbart mot bakgrund av de för- och nackdelar som är förenade därmed i det isolerade fallet utan med hänsynstagande även till allmänna överväganden om den framtida domstolsorganisationen.[197]

Lagstiftningstekniskt har man att välja mellan en generell – men flexibel – regel (införd i RB eller i de lagar som reglerar förfarandet vid den aktuella specialdomstolen) och särskilda bestämmelser om grupptalan för varje rättsområde, ja kanske till och med i anslutning till, eller införda i, den aktuella materiellrättsliga lagen (konsumentköplagen, miljöskyddslagen etc). Självfallet finns det också anledning att överväga graden av detaljreglering. Spännvidden i det hänseendet illustreras av existerande och föreslagna class actionregler med lagförslaget i Ontario Report (18 sidor[198]) som den ena ytterligheten, Rule 23 och Bill 1978 omfattande några sidor lagtext som mellanfall, och med den lakoniska bestämmelsen på endast några rader i den nya class actionregeln i Victoria[199] som den andra extremen. Det förefaller till och med vara möjligt att "i smyg" införa nya former av grupptalan genom att i lag eller praxis rucka något på vedertagna principer om t ex talerätt, fullmakt eller processbehörighet.[200]

Vid valet mellan en utförlig och knapphändig reglering har man, gissar jag, anledning att ta vissa taktiska hänsyn. Att den nya regeln i Victoria slank igenom kan ha att göra med dess lakoniska utformning och att förslaget i Ontario Report – trots positiva recensioner – nu efter flera år fortfarande "bara" är föremål för "active considerations"[201] kan nog relateras till textmassans kvantitativa avskräckningseffekter. Å andra sidan kan en alltför summarisk regel väcka misstro och ängslan inom remissinstanserna, så t ex bland dem som

196 Jfr ovan s 555 f, se även s 237 ff.

197 Se härom SOU 1987:13 s 59 ff och Lindblom, Tes s 794 ff.

198 Ovan s 417 ff.

199 Ovan s 393.

200 Jfr ovan s 552 och 673 i not 92 betr organisationstalan vid AD.

201 Bogart, Questioning s 699.

skall tillämpa bestämmelserna. I litteraturen kring den nya kortfattade regeln i Victoria rekommenderas domarna att noggrant överväga den lärdom som samlats i den nära tusensidiga Ontario Report.[202] En uppmaning av det slaget verkar nog snarare avskräckande än uppmuntrande.

Jämförande studiematerial saknas alltså inte för en lagstiftare som överväger utformningen en ny svensk grupptalan; Rule 23, Bill 1978, UCAA,[203] "Victoriaregeln", de australiensiska federala förslagen och förslaget i delstaten South Australia samt det nya class actioninstitutet i Quebec och förslaget i Ontario Report erbjuder ett rikhaltigt sortiment som snart kanske kommer att kompletteras med nya idéer från class actioninstitutets hemland, England.[204]

Av särskilt intresse vid ett studium av ovan nämnda lagar och lagförslag är att flera av dem bygger på en *kombination* av olika sorters grupptalan – även om detta inte alltid sägs klart ut. Class actionregeln i Bill 1978, liksom den i Ontario Report, innehåller drag av statlig grupptalan (möjlighet för statlig representant att föra eller påverka processen) och reglerna i Quebec ger utrymme även för organisationer att fungera som kärande i class actionsituationer.[205] Grupptalan vid marknadsdomstolen i Sverige förekommer redan nu både i form av statlig grupptalan och organisationstalan.

Förslag om liknande pluralistiska lösningar och kombinationsvarianter alla de tre formerna av grupptalan emellan har framförts i doktrinen, så t ex i Danmark av Møgelvang-Hansen[206] som skisserar "indførelse af class-action-lignende procedurer i dansk ret" och då närmast avser vad som ovan betecknats som statlig grupptalan och organisationstalan (åtminstone var gäller partsställningen), dock med den skillnaden gentemot gällande svenska regler på området att även skadeståndstalan skulle kunna komma ifråga.[207] Møgelvang-Hansen antyder också möjligheterna av en ensidig rättskraftsregel

202 Se ovan s 394 not 95.

203 Ovan s 361 ff; därtill kommer alla de delstatliga reglerna, ovan s 111.

204 Jfr ovan s 396 betr England och nedan s 708 f i Tillägg efter detta kapitel vad gäller det senaste federala förslaget i Australien.

205 Bogart, Questioning s 687.

206 Møgelvang-Hansen 1980 s 240 f.

207 Jfr även i engelsk doktrin Miller, CJ, Consumer s 374 med förslag om en kombination av enskild grupptalan och organisationstalan.

eller en form av grupptalan med på annat sätt begränsad rättskraftsverkan.[208]

Även vid bedömningen av frågan om man bör satsa på enbart en form av grupptalan (class action, statlig grupptalan eller organisationstalan) eller bygga vidare på den pluralistiska modell som redan i viss utsträckning existerar i Sverige kan det finnas anledning att se något utöver det rent lagstiftningstekniska perspektivet. En pluralistisk lösning erbjuder många gånger de bästa anpassningsmöjligheterna till behoven på olika rättsområden och kan dessutom vara att föredra ur andra synpunkter.[209] Jag vill inte sticka under stol med att jag hyser sympati för pluralistiska lösningar också på det här området.[210] Men det skall heller inte förnekas att en kombination av flera taletyper eller ett införande av flera olika sorter samtidigt gör regelsystemet svåröverskådligt och medför vissa risker för passivitet

208 Møgelvang-Hansen a st, jfr den begränsade rättskraftsverkan som tillkommer marknadsdomstolens avgöranden; omprövning kan ske i både mildrande och skärpande riktning "vid ändrade förhållanden eller annat särskilt skäl", se Johansson s 177 f och ovan not 176.

209 Prioritering mellan olika former av grupptalan kan också lätt få en politisk anstrykning som försvårar möjligheterna att vinna erforderligt stöd för lagstiftning på området: statlig grupptalan kan uppfattas som uttryck för en överdriven tilltro till statens möjligheter att agera för medborgarnas räkning, organisationstalan kan ses som en förstärkning och prioritering av korporativa tendenser i samhället och enskild grupptalan kan uppfattas som en kapitalistisk övervärdering av det enskilda initiativet på områden av allmänt intresse. Ställs de olika processformerna mot varandra på detta sätt kan lätt reformarbetet försenas eller rent av utebli helt, Lindblom Konsumentmål s 109 f, jfr Kötz ovan i not 124.

210 Se Lindblom, Konsumentmål s 109 f, jfr Cappelletti i Access to Justice II:2 som avslutar en lång komparativ studie rörande "advocates for the public interest in civil litigation" på följande sätt: "What lesson is to be learned from the comparative effort. . .? I believe that the lesson is *one of pluralism*. The needs of our time are so complex and demanding that it would be foolish to rely upon any single governmental institution to solve them. The state itself, let alone one of its institutions, is unable to meet all of those needs. Nor can they be met by a proliferation of governmental agencies or departments. . . Exclusive reliance on the private initiative of individuals, however, would also be folish. The "ideological plaintiff" is, in many cases, more an ideal than a reality, albeit an ideal that ought to be encouraged. Undoubtedly, too many gaps would remain if the whole task were left to the haphazard existence, and to the will and whims, of spontaneous "champions" of the common good.

"Private" and "governmental" action should supplement each other. In addition, and most importantly, groups, communities, organizations – even at the international level – should be encouraged to enter the arena of mankind's fight for survival. Pluralism is necessary to fill most, if not all, of the gaps." (a a s 864 f)

("ansvarspulvrisering"); härtill kommer möjligen särskilda problem rörande t ex rättskraft, litispendens, processgemenskap, intervention, litisdenuntiation, vilandeförklaring osv.[211] Man kan onekligen framställa ganska tunga invändningar mot pluralistiska lösningar då det gäller processuell bevakning av enskilda och allmänna intressen.[212] Trots detta är det dock mycket som talar för att ensidiga satsningar på privat eller offentlig aktivitet utgör ett sämre alternativ. Det behov av ett förstärkt rättsskydd som förefaller föreligga inom åtminstone vissa av de rättsområden som diskuterats ovan i avsnitt 4 kan knappast förklaras med att systemet av processuella framkomstmöjligheter redan skulle vara alltför varierat. De magra möjligheterna till grupptalan behöver snarare kompletteras och byggas ut än bantas ner och stramas upp.

Innan jag lämnar frågan om den tekniska utformningen av en svensk grupptalan (eller flera) vill jag även antyda möjligheterna att bygga en modell av grupptalan som är radikalt annorlunda än nu existerande taleformer men ändå har stark anknytning till svensk rättslig tradition. Den parallell jag avser är situationen vid konkurs. Borgenärskollektivet utgör också här en grupp och det föreligger även andra likheter med situationen vid t ex class actions; jag har tidigare berört detta vad gäller den enskilde borgenärens talerätt i vissa situationer.[213] Men det finns anledning att bygga vidare på konkursmodellen, att studera konkursförvaltarens ställning i sammanhanget och den lösning den erbjuder vid gruppanspråk av här aktuellt slag. Tekniken med en "middle man" framstår som fullt tänkbar att använda även vid gruppanspråk av den typ som aktuali-

211 Jfr ovan vid not 192, ovan s 528 och 591 f samt nedan i nästföljande not.

212 Jfr Heuman i Svensk Juristtidning 1982 s 357 och följande uttalande av Westberg (s 42 f): "Ett pluralistiskt bevakningssystem är självfallet inte oproblematiskt. En betydande risk med systemet är att det blir alltför otydliga gränser för de skilda bevakningssubjektens ansvarsområden. Detta kan bl a resultera i att ett subjekt litar på att ett annat subjekt sköter bevakningen i visst avseende och omvänt, vilket i förlängningen innebär att inget effektivt skydd alls kommer till stånd i de konkreta fallen. Dessutom kan det vara vanskligt för en domstol att handlägga och för parterna att driva en process i tvistemål där ett och samma intresse bevakas av flera subjekt. Processen kan bli tungrodd och kostsam. Svårigheter kan dessutom uppkomma att avgöra vilka subjekt som står mot varandra i rättegången. Även om flera subjekt kan bevaka ett och samma intresse, måste man räkna med att de kan ha delade meningar om vad som bäst främjar intresset i fråga. Vilket subjekts åsikt skall ha utslagsgivande betydelse? Ankommer det ytterst på domstolen att avgöra denna fråga?"

213 Ovan s 672 f.

seras vid t ex class actions.[214] Antag t ex att en grupp konsumenter eller miljöstörda anser sig ha ersättningsanspråk mot en näringsidkare eller en företagare. En av dem ansöker då vid domstol att en "förvaltare" skall utses och proceduren kan sedan i stort sett följa gången vid en konkurs: kungörelse, bevakning, process rörande tvistiga anspråk, beräkning av individuella ersättningsanspråk, utdelning osv. "Förvaltaren" kan i första hand försöka nå en godvillig uppgörelse med motparten, men lyckas inte detta skall det naturligtvis föreligga möjlighet för "förvaltaren" att stämma till domstol rörande t ex skadeståndsskyldigheten i sig. Han skulle då uppfattas som ställföreträdare, ombud eller taleberättigad (hur man nu vill formulera det) för hela gruppen. En av många fördelar med den här modellen är att en hel del arbete kan avlastas domstolen, så t ex beräkning och fördelning av skadestånd, "notice" osv. En annan fördel är att frågan om "adequacy"[214a] för part och ombud kan lösas genom att förvaltaren utses av rätten efter ungefär samma principer som gäller konkursförvaltare. Man kan vidare tänka sig att – precis som vid konkurs – den kollektiva tvisten "fryses" vid motsvarigheten till konkursutbrottet, vilket bl a skulle få till följd att "gäldenärens" tillgångar helt eller delvis kan säkras för det belopp saken gäller och att individuell talan vid domstol inte skulle vara möjlig så länge "grupputredningen" pågår etc. Även ett återvinningsliknande institut med möjlighet att riva upp enskilda uppgörelser av otillbörligt slag mellan motparten och enskild gruppmedlem låter sig övervägas. Också räckvidden av domens rättskraft kan diskuteras t ex enligt de principer som gäller vid jävsprocess i konkurs.[215]

Konkursparallellen förtjänar ytterligare överväganden och framförs här bara som ett konkret exempel för att visa på nya öppningar utöver redan existerande former av grupptalan. I det sammanhanget vill jag också erinra om alla de alternativa inom- och utomprocessuella påverkans- och ersättningsmekanismer som diskuterats ovan i kapitel 13, så t ex tekniken att arbeta med särskilda rättskraftsregler,[216] de nya möjligheterna till parallell handläggning av ersätt-

214 Skissen ovan utvecklad vid samtal med Bert Voskuil våren 1988.

214a Härom ovan s 189 ff.

215 Se Welamson, Konkurs s 106 och 9:19 nya konkurslagen; rättskraften skulle således endast avse rätten till utdelning ur den "fond" (jfr ovan i kap 9 s 296 ff) som skapas genom "gruppförfarandet".

216 Ovan s 555.

ningsanspråk över forumgränserna,[217] tankarna att låta statliga ombudsmän uppträda vid domstol,[218] särskilda rättegångskostnadsfonder (t ex finansierade via miljöavgifter osv).[219] Mångfald är inte önskvärd bara på "mikroplanet" – dvs inom ramen för olika former av grupptalan – utan även på "makronivån". Ja, en pluralistisk totalsyn är sannolikt en nödvändig förutsättning då det gäller att ge de materiella reglerna maximal genomslagskraft och därmed också för att uppnå "equal access to justice".[219a]

8. Sammanfattning och avslutande synpunkter

Det här kapitlet bör absolut inte uppfattas som det viktigaste; huvudsyftet med boken har ju varit att presentera och diskutera det anglo-amerikanska class actioninstitutet ur svenskt perspektiv, inte att presentera några färdiga utvärderingar, lagförslag och rekommendationer. Tyngdpunkten ligger följaktligen i kapitel 1–14. Men dessa partier ger förhoppningsvis tillräckligt underlag för den sammanfattning och de preliminära åsikter och förslag som lagts fram ovan i avsnitt 1–7.

I så fall bör det gå att vinna anslutning till teserna *att* frågor om grupptalan i allmänhet och class actioninstitutet i synnerhet är viktiga inslag i den moderna internationella rättsskyddsdebatten, *att* class actioninstitutet uppkom i äldre engelsk rätt men under 1900-talet haft sitt viktigaste tillämpningsområde i USA, *att* statistiska undersökningar visar att class actions enligt Rule 23 fortfarande spelar en betydelsefull roll på flera rättsområden (även om antalet processer sjunkit på senare år), *att* ryktena om missbruk i olika hänseenden varit överdrivna, *att* regleringen (i Rule 23) av förutsättningarna för class actions, notice, opt-out, rättskraft och förfarandet inte är oproblematisk men heller inte ställt till med några oöverstigliga svårigheter, *att* radikala regler om beräkning och fördelning av skadestånd är viktiga men inte omistliga inslag vid tillämpningen av class actioninstitutet, *att* de amerikanska kostnadsreglerna förvisso är betydelsefulla förutsättningar för utnyttjandet av de möjligheter

217 Ovan s 551 f.

218 Jfr betr KO ovan s 660 f i not 43 och Lindblom, Konsumentmål s 111 ff.

219 Ovan s 521 ff och 529 ff.

219a Betr detta uttryck se ovan s 5.

Rule 23 erbjuder men att class actions också är fullt tänkbara "the American rule" och "contingent fees" förutan, *att* den amerikanska debatten de lege ferenda illustrerar möjligheterna att vidareutveckla class actioninstitutet i nästan samtliga ovan nämnda hänseenden, *att* utvecklingen i England, Australien och Kanada visar på ytterligare intressanta alternativ och ett starkt stegrat intresse för grupptalan i dessa länder, *att* class actioninstitutet fyller och kan fylla inte bara en processekonomisk utan även bl a reparativa och preventiva funktioner och att det är förenat med en rad fördelar och nackdelar därvidlag, *att* det existerar ett mycket stort antal inom- och utomprocessuella alternativ (komplement) då det gäller att fullgöra dessa funktioner *och att* andra former av grupptalan – men också tekniken med pilotmål – är förtjänta av särskild uppmärksamhet i det sammanhanget. Till allt detta skall så fogas *att* det cirkulerar ett betydande antal rykten ("myter") om class actions, *att* det förefaller sannolikt att behov av grupptalan föreligger på flera rättsområden också i Sverige, *att* det inte verkar finnas några avgörande hinder för en svensk reception av class institutet *och att* regler om en svensk grupptalan (eller flera) inte bör kalkeras på Rule 23 utan snarare konstrueras som en mer eller mindre integrerad kombination av flera former av grupptalan, där de funktioner som är aktuella och de förhållanden som råder inom varje särskilt rättsområde bör vara styrande för utformningen. Även helt nya modeller, t ex olika "mellanmansvarianter", är tänkbara i sammanhanget. En pluralistisk helhetssyn är att förorda i diskussionen de lege ferenda.

Det borde alltså stå klart att den internationella debatten om access to justice i allmänhet och processuellt skydd för gruppintressen i synnerhet är av direkt relevans också för svenska förhållanden – även om man sällan får det intrycket av den svenskspråkiga litteraturen på området.[220] Men här, liksom utomlands, verkar ett socialt synsätt på processen ha svårt att vinna allmänt erkännande och fullt genomslag hos lagstiftaren. Så är det trots att den samverkan mellan reparativa och preventiva funktioner som en social process (åtminstone enligt min uppfattning) inrymmer alls inte är främmande för svensk tradition.

En kombination av orsaker torde ligga bakom denna avvaktande attityd: den väletablerade liberala individualistiska civilprocessen har visat sig i stort sett ändamålsenlig i de flesta fall och därmed lyckats

220 Ovan s 1 f och 32 f, jfr SOU 1987:46 s 50.

övervintra även under långa perioder då majoriteten i den lagstiftande församlingen haft en helt annan ideologisk grundinställning. Men vad det nu gäller är inte heller att ersätta denna individualistiska "privatprocess". Den kommer att ha sitt existensberättigande även i framtiden och det vore oklokt att låta nya behov styra utformningen av rättegången så totalt att alla traditionella tvister blir hemlösa; på så sätt ersätter man bara ett problem med ett annat.[221] Det går naturligtvis inte att uppbåda något intresse för en sådan "reform". Men det verkar även vara svårt att vinna gehör för sådana kompletteringar som förefaller motiverade och som inte behöver hota existerande processformer.

En förklaring (av många) till den ljumma eller rent av avvisande inställningen till processuella reformer av här aktuellt slag är möjligen att jurister, kanske särskilt domare i kontinentalt präglade rättssystem, ofta ser sig själva som garanter för det bestående och därför är mindre intresserade av att anpassa processen till samhällsutvecklingen. Vad gäller anglo-kanadensiska samhällsförhållanden – som trots de skilda utgångspunkterna mycket påminner om våra egna[222] – har man gjort gällande att domstolarna i början av detta sekel utvecklade en antipatisk inställning gentemot gruppintressen av den typ class actioninstitutet är avsett att kanalisera, samtidigt som de starka politiska partierna till vänster har varit av den uppfattningen att genomförandet av reformer för gruppintressen (civil rights, konsumenträtten, miljörätten etc) inte kan anförtros domstolarna.[223] Är det alltför vågat att hävda att liknande attityder varit förhärskande hos oss? Är de svenska domstolarnas undanskymda plats vad gäller skyddet för diffusa, kollektiva och fragmentariska intressen bara en slump eller är denna position resultatet av både en politisk misstro gentemot domstolarna och domstolsjuristernas bristande vilja och förmåga att medverka i en social omvandlingsprocess? Är t ex den ensidiga satsningen på offentlig tillsyn och kontroll inom svensk miljörätt enbart en tillfällighet eller är den verkligen uttryck för en välgrundad bedömning av de olika rättsskyddsinstrumentens ändamålsenlighet och effektivitet? När skall den internationellt utbredda misstron mot de offentliga kontrollorga-

221 Jfr Lindblom, Konsumentmål s 57, Wasserman s 85 samt ovan s 13 och 640.

222 Se ovan s 675 ff.

223 Bogart, Questioning s 674.

nen[224] leda till en breddning och fördjupning av det processuella rättsskyddet på t ex miljörättens område, till en insikt om nödvändigheten av pluralistiska lösningar i ett pluralistiskt samhälle?

I kontinental rätt väcktes nya idéer om en "social" civilprocess för mer än 100 år sedan och de vann snabbt anslutning i t ex Österrike.[225] I Tyskland pekade Gierke redan 1889 på nödvändigheten av att processen står i samklang med samhällsutvecklingen när han förutskickade att "der Zivilprozess wird sozialer sein – oder er wird nicht sein".[226] Dessa sekelgamla centraleuropeiska tankar om en social civilprocess kan tyckas ha föga att skaffa med den moderna access to justice-debatten och fortfarande saknar man ibland en sådan koppling.[227] Men då Wassermann för bara tio år sedan konstaterade att begreppet social process utgår från att processen ofta är viktig för fler än parterna, att det är vanligt med en obalans parterna emellan och att denna brist måste rättas till,[228] är steget förvisso inte långt till de frågor om access to justice som diskuterats i den här boken. I grunden är det samma problem t ex Ihering, Klein, Gierke, Ekelöf, Scott, Chayes, Cappelletti, Garth, Bogart och Wasserman behandlar:[229] civilprocessens möjligheter att fylla sin funktion i ett dynamiskt samhälle. Betoningen av rättegångens sociala roll behöver inte medföra att det allmänna behovet av handlingsdirigering får stryka på foten till förmån för privat konfliktlösning. En social process innebär att den enskildes rättmätiga anspråk på processuellt rättsskydd indentifieras och tillgodoses – också på områden där det råder bristande jämlikhet mellan parterna och kollektiva lösningar kan bli erforderliga. Först när detta skett, när det processuella rättsskyddet täcker hela det sociala fältet, kan rätte-

224 Jfr ovan s 526 ff.

225 Jfr ovan s 438 f i not 11 in fine a a.

226 Gierke s 40, här citerad efter Wasserman s 77, jfr Engströmer ovan s 12 och Waltman i Waltman & Holland s 216 ff. – Förhållandet mellan processen och samhällsutvecklingen belystes ett par decennier senare av Max Weber med ett exempel från England: "That capitalism could... make its way so well in England was *largely* because the court system and trial procedure amounted untill well in the modern age to a *denial of justice* to the economically weaker groups." (Mina kursiveringar, citatet här i engelsk översättning efter Rheinstein s 353.)

227 Jfr ovan s 12 med not 47 och s 441 not 19, se dock Cappelletti & Garth i International Encyclopedia s 67 f och nedan s 709 f.

228 Wasserman s 10 och 85, jfr ovan s 6 ff.

229 Se t ex ovan i kap 12 s 437 ff och ovan s 677 not 114.

gången fullt ut fylla sin kanske viktigaste funktion: att utgöra ett (av många) led i samhällets sanktionsmekanism och därmed bidra till att förverkliga ändamålen bakom den materiella lagstiftningen. "Access to justice" och "en social process" utgör inte *hinder* utan *förutsättningar* för en effektiv handlingsdirigering.

Vad det nu gäller är alltså att erkänna processens brister men också att inse och utnyttja dess möjligheter ifråga om att bidra till att de materiella reglerna får ökad genomslagskraft på såväl det individuella som det allmänna planet. Reformbehovet tycks vara särskilt stort i fråga om individuellt oprocessbara anspråk samt diffusa, fragmentariska och kollektiva intressen av de slag som diskuterats i det föregående. Det är bland annat i detta sammanhang som class actioninstitutet och andra former av grupptalan förtjänar stort intresse. Bogart har – med hänvisning till Chayes' banbrytande arbeten om "public law litigation"[230] – förklarat sig tro på en vidareutveckling av class actioninstitutet i Kanada, åtminstone på lång sikt. Uttalandet erinrar – åter[231] – om hur komparativa studier minst lika ofta blottlägger överraskande likheter som dramatiska skillnader mellan geografiskt sett avlägsna rättssystem. Citatet passar inte bara av den anledningen bra som avslutning på den här boken. När Bogart förutskickar att class actioninstitutet kommer att få ökad betydelse i Kanada så sker det nämligen också utan orealistiska förväntningar om ett omedelbart genombrott för ett nytt synsätt eller för en speciell typ av grupptalan:

> "In this there is no prediction about what the present Supreme Court might do given another opportunity to review class actions, what any politician may do within the next few years, or what the details of this procedure will look like. What I mean to suggest is that the approach of the courts and the law to the organization of contemporary society, which class actions capture, is what will ultimately find expression. I think Canada will have class actions, because they reflect a reality that sooner or later must be mirrored in litigation that affects so significantly the issues people bring to courts. Canada is a highly industrialized and regulated society which will repeatedly generate policies, issues, and consequences that the courts can only respond to adequately by approaching them with an understanding of how powerful entities function and affect, and at times injure, groups and individuals. And this is why, if we did not have class actions, we would have to go out and invent them."[232]

230 Härom ovan s 439 ff.

231 Se även ovan s 674 ff och 704.

232 Bogart, Questioning s 700.

Tillägg: Reformläget i Australien och Holland. Europasamarbetet

Under våren 1988, då denna bok redan förelåg i korrektur, tillkom en del material av intresse för de frågor som diskuterats i det föregående. Nedan lämnas en kortfattad redogörelse för bl a två principiellt intressanta lagförslag rörande grupptalan.

I *Australien* offentliggjordes i april det federala lagförslag om enskild grupptalan som berörts ovan i kapitel 11 (s 400). Förslaget anknyter ganska nära till den diskussionspromemoria som publicerades redan 1977 och beskrivits ovan (s 400–405). Det nya förslaget innefattar införande av en "Federal Court (Group Proceedings) Bill" (i fortsättningen = GP). Även om man inte begagnar termen class action, och även om man tar explicit avstånd från tanken att recipiera den amerikanska Rule 23, är det otvivelaktigt en "äkta grupptalan" (ovan s 19 f) man åsyftar, en enskild grupptalan som framstår som starkt påverkad av såväl Rule 23 som det nya class actioninstitutet i Quebec (varom ovan i kap 11). GP:s funktion uppges vara att bidra till förbättrad processekonomi och ökad "access to justice", särskilt vid små individuella anspråk (häri ligger dock en motsättning, jfr ovan s 451). Som exempel på förhållanden som kan aktualisera ett begagnande av GP anges "mass torts", produktskador, köns- och rasdiskriminering samt oegentligheter på konsumentkreditområdet. Låga krav ställs på "commonality"; blott *en* sak- eller rättsfråga behöver vara gemensam. Samtycke från gruppmedlemmarna behövs ej, men opt-out är tillåtet och notice skall ske enligt regler som är mer flexibla än Rule 23 i detta hänseende. Kärandeombudet måste vara advokat och får inte vara medlem i klassen. Partsuccession är möjlig på kärandesidan. Förlikning kräver rättens godkännande. Skadeståndsberäkningen behöver inte ske individuellt; en klumpsumma kan utdömas för att sedan fördelas och begagnas på sätt domstolen bestämmer. Tre avsteg görs från sedvanliga australiensiska (och svenska) rättegångskostnadsregler: käranden kan välja att kvittning tillämpas (om valet sker i processens början), provisionsarvode tillåts i viss utsträckning, och i den mån

svaranden inte förmår betala rättegångskostnaderna kan ersättning hämtas från den inprocessade "fonden" (jfr ovan s 296). Vidare föreslås att särskilda fonder för ersättning av rättegångskostnader skall byggas upp, varvid såväl statliga som privata bidrag samt överskott från tidigare grupprättegångar kan användas vid finansieringen. – Lagtextförslaget och ett därtill fogat "explanatory memorandum" (omfattande vardera 15 A4-sidor) är nu ute på remiss och "the law reform commission", som utarbetat såväl det aktuella förslaget som den ovan nämnda diskussionspromemorian, kommer att ta slutlig ställning till dess fortsatta öde först sedan remissvaren kommit in och bearbetats.

Även i *Holland* har frågor om grupptalan fått ökad aktualitet under våren 1988. I en opublicerad rapport (författad av professor Hondius, Utrecht, stencil 6 A4-sidor) till ett seminarium arrangerat av ett konsumenträttsligt organ (ECLG) inom EG, ges en intressant redogörelse för nya former av grupptalan i Holland under senare år. Det framhålls att "class actions" redan kommer till användning inom arbetsrätten och på diskrimineringsområdet, liksom vad gäller vissa frågor om integritetsskydd för persondata samt också inom förvaltningsrättsliga delar av miljörätten. Vad som avses i rapporten är emellertid inte class actions i den mening termen vanligen begagnas (jfr däremot ovan s 707 betr Australien där class actions åsyftas men en annan term föredras) utan *organisationstalan* rörande fastställelse och förbud. Efter en motion om ökade möjligheter härtill i konsumentsammanhang har nu regeringen lagt fram ett förslag om en *generell* rätt för organisationer (alltså inte enbart i konsumentmål) att väcka talan om fastställelse och förbud enligt följande:

> "A legal persona with all its capacities which acts in the interest of other people in accordance with its rules, can make an application at court for a declaration of illegality or cessation of the illegal act, if the protection of these interests so justifies" (Hondius' översättning).

Man föreslår alltså inte nu någon rätt för organisationer att föra skadeståndstalan, vilket Hondius anser vara klokt mot bakgrund av att detta skulle kunna försena införandet av den generella talerätten avseende förbud och fastställelse. Frågan om rätt till skadeståndstalan bör dock tas upp till diskussion på längre sikt, anser Hondius, som ser de vidgade reglerna till grupptalan som exempel på hur "the great liberal school of the nineteenth century is being replaced by a

socio-liberal school which is setting out to foster the development of private counter-powers, such as consumer organizations".

Det har nyss framgått att frågor om grupptalan är aktuella också inom ramen för *det europeiska samarbetet* (se, betr konsumentområdet, 10 Journal of Consumer Policy (1987) s 319 ff, särskilt s 332 f, jfr även "Report on group actions", ECLG 8/82, stencil, 33 s, båda utarbetade inom The European Consumer Law Group, dvs en grupp konsumenträttsligt intresserade jurister inom EG). Sistnämnda rapport (varom Lindblom, Konsumentmål s 64 f) avslutas med en rad rekommendationer, bl a att EG bör stödja grupptalan, att inte bara förbuds- och fastställelse-, utan även skadeståndstalan, bör vara möjliga, att samtycke från gruppmedlemmarna inte bör krävas, att radikala principer för beräkning och fördelning av skadestånd bör tillåtas, att särskilda kostnadsregler (bl a en "sned" – ensidig – kvittningsregel till kärandens förmån) bör införas och att ett reformarbete bör inledas också inom resp medlemsland eftersom "the European Community is more than slow in its actions". Såvitt jag vet (jfr nyss nämnda uppsats från 1987 s 332 f) har dock arbetet på grupptalan inom EG ännu inte lett fram till några andra konkreta åtgärder än en generell rekommendation som Europaparlamentet utfärdade den 12 mars 1987 ifråga om ökade möjligheter för konsumentorganisationer att föra talan vid domstol i konsumentmål. I detta sammanhang kan även nämnas en liknande resolution i *Europarådet* från den 10 juni 1987 och de allmänna rekommendationer rörande förbättrad access to justice som antogs av ministerrådet redan den 14 maj 1981. Sistnämnda "measures facilitating access to justice" berör dock inte grupptalan utan avser främst frågor om "information, simplification, acceleration and cost of justice". (Se Recommendation No. R (81)7, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 14 May 1981 and Explanatory Memorandum, Strasbourg 1981, 26 s.)

Bilagor

Bil 1. Rule 23, Federal rules of civil procedure

CLASS ACTIONS

(a) Prerequisites to a Class Action. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

(b) Class Actions Maintainable. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition:

(1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of

(A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class, or

(B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests; or

(2) the party opposing the class had acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole; or

(3) the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matters pertinent to the findings include: (A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of

any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action.

(c) Determination by Order Whether Class Action to be Maintained; Notice; Judgment; Actions Conduct Partially Class Actions.

(1) As soon as practicable after the commencement of an action brought as a class action, the court shall determine by order whether it is to be so maintained. An order under this subdivision may be conditional, and may be altered or amended before the decision on the merits.

(2) In any class action maintained under subdivision (b) (3), the court shall direct to the members of the class the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be indentified through reasonable effort. The notice shall advise each member that (A) the court will exclude him from the class if he so requests by a specified date; (B) the judgment, whether favorable or not, will include all members who do not request exclusion; and (C) any member who does not request exclusion may, if he desires, enter an appearance through his counsel.

(3) The judgment in an action maintained as a class action under subdivision (b) (1) or (b) (2), whether or not favorable to the class, shall include and describe those whom the court finds to be members of the class. The judgment in an action maintained as a class action under subdivision (b) (3), whether or not favorable to the class, shall include and specify or describe those to whom the notice provided in subdivision (c) (2) was directed, and who have not requested exclusion, and whom the court finds to be members of the class.

(4) When appropriate (A) an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues, or (B) a class may be divided into subclasses and each subclass treated as a class, and the provisions of this rule shall then be construed and applied accordingly.

(d) Orders in Conduct of Actions. In the conduct of actions to which this rule applies, the court may make appropriate orders: (1)

determining the course of proceedings or prescribing measures to prevent undue repetition or complication in the presentation of evidence or argument; (2) requiring, for the protection of the members of the class or otherwise for the fair conduct of the action, that notice be given in such manner as the court may direct to some or all of the members of any step in the action, or of the proposed extent of the judgment, or of the opportunity of members to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or otherwise to come into the action; (3) imposing conditions on the representative parties or on intervenors; (4) requiring that the pleadings be amended to eliminate therefrom allegations as to representation of absent persons, and that the action proceed accordingly; (5) dealing with similar procedural matters. The orders may be combined with an order under Rule 16, and may be altered or amended as may be desirable from time to time.

(e) Dismissal or Compromise. A class action shall not be dismissed or compromised without the approval of the court, and notice of the proposed dismissal or compromise shall be given to all members of the class in such manner as the court directs.

As amended Feb 28, 1966, eff. July 1, 1966.

Bil 2. Hart-Scott-Rodino-Act m m

§ 4 Clayton Act, 15 U.S.C. § 15c
Actions by state attorneys general--Parens patriae; monetary relief; damages
(a) (1) Any attorney general of a State may bring a civil action in the name of such State, as parens patriae on behalf of natural persons residing in such State, in any district court of the United States having jurisdiction of the defendant, to secure monetary relief as provided in this section for injury sustained by such natural persons to their property by reason of any violation of Sections 1 to 7 of this title. The court shall exclude from the amount of monetary relief awarded in such action any amount of monetary relief (A) which duplicates amounts which have been awarded for the same injury, or (B) which is properly allocable to (i) natural persons who have excluded their claims pursuant to subsection (b) (2) of this section, and (ii) any business entity.

(2) The court shall award the State as monetary relief threefold the total damage sustained as described in paragraph (1) of this subsection, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee.

Notice; exclusion election; final judgment
(b) (1) In any action brought under subsection (a) (1) of this section, the State attorney general shall, at such times, in such manner, and with such content as the court may direct, cause notice thereof to be given by publication. If the court finds that notice given solely by publication would deny due process of law to any person or persons, the court may direct further notice to such person or persons according to the circumstances of the case.

(2) Any person on whose behalf an action is brought under subsection (a) (1) of this section may elect to exclude from adjudication the portion of the State claim for monetary relief attributable to him by filing notice of such election with the court within such time as specified in the notice given pursuant to paragraph (1) of this subsection.

(3) The final judgment in an action under subsection (a) (1) of this section shall be res judicata as to any claim under section 5 of this title by any person on behalf of whom such action was brought and who fails to give such notice within the period specified in the notice given pursuant to paragraph (1) of this subsection.

Dismissal or compromise of action
(c) An action under subsection (a) (1) of this section shall not be dismissed or compromised without the approval of the court, and notice of any proposed dismissal or compromise shall be given in such manner as the court directs.

Attorneys' fees
(d) In any action under subsection (a) of this section--

(1) the amount of the plaintiffs' attorney's fee, if any, shall be determined by the court; and

(2) the court may, in its discretion, award a reasonable attorney's fee to a prevailing defendant upon a finding that the State attorney general has acted in bad faith, vexatiously, wantonly, or for oppressive reasons.

§ 4D Clayton Act, 15 U.S.C. § 15d
Measurement of damages
In any action under section 15c(a) (1) of this title, in which there has been a determination that a defendant agreed to fix prices in violation of the sections 1 to 7 of this title, damages may be proved and assessed in the aggregate by statistical or sampling methods, by the computation of illegal overcharges, or by such other reasonable system of estimating aggregate damages as the court in its discretion may permit without the necessity of separately proving the individual claim of, or amount of damage to, persons on whose behalf the suit was brought.

§ 4E Clayton Act, 15 U.S.C. § 15e
Distribution of damages
Monetary relief recovered in an action under section 15c (a) (1) of this title shall--

(1) be distributed in such manner as the district court in its discretion may authorize; or

(2) be deemed a civil penalty by the court and deposited with the State as general revenues;

subject in either case to the requirement that any distribution procedure adopted afford each person a reasonable opportunity to secure his appropriate portion of the net monetary relief.

§ 4F Clayton Act, 15 U.S.C. § 15f
Actions by Attorney General
(a) Whenever the Attorney General of the United States has brought an action under the antitrust laws, and he has reason to believe that any State attorney general would be entitled to bring an action under sections 12 to 27 of this title based substantially on the same alleged violation of the antitrust laws, he shall promptly give written notification thereof to such State attorney general.

(b) To assist a State attorney general in evaluating the notice or in bringing any action under sections 12 to 27 of this title, the Attorney General of the United States shall, upon request by such State attorney general, make available to him, to the extent permitted by law, any investigative files or other materials which are or may be relevant or material to the actual or potential cause of action under sections 12 to 27 of this title.

§ 4G Clayton Act, 15 U.S.C. § 15g
Definitions
For the purposes of sections 15c, 15d, 15e and 15f of this title:

(1) The term "State attorney general" means the chief legal officer of a State, or any other person authorized by State law to bring actions under section 15c of this title, and includes the Corporation Counsel of the District of Columbia, except that such term does not include any person employed or retained on--

(A) a contingency fee based on a percentage of the monetary relief awarded under this section; or

(B) any other contingency fee basis, unless the amount of the award of a reasonable attorney's fee to a prevailing plaintiff is determined by the court under section 15c(d) (1) of this title.

(2) The term "State" means a State, the District of Columbia, the Commonwealth of Puerto Rico, and any other territory or possession of the United States.

(3) The term "natural persons" does not include proprietorships or partnerships.

§ 4H Clayton Act, 15 U.S.C. § 15h

Applicability of parens patriae actions

Sections 15c, 15d, 15e, 15f and 15g of this title shall apply in any State, unless such State provides by law for its nonapplicability in such State.

Summary: Group Actions

A study of the Anglo-American class action suit from a Swedish perspective

1. Background

This book presents and discusses the Anglo-American class action suit. A group action of that kind is an interesting procedural weapon in situations in which a large number of people are adversely affected by the same event or in some way find themselves in a similar situation, and a legal remedy (damages, injunction, etc.) is sought. The prerequisites for instituting and successfully pursuing a traditional individualistic two-party suit in an ordinary court of law are often lacking in such cases. Traditional proceedings are based on the fictions that the parties are on equal terms, that the litigation is equally important to both parties, and that it largely lacks meaning for third parties.

Quite often one or more of these prerequisites is lacking, especially in the legal areas that have grown in importance in the twentieth century (for example civil rights, environmental and consumer law, social insurance law, labor law and landlord-and-tenant law). Private parties often lack the economic and personal resources to carry out a lawsuit and the individual claim can be so small that a lawsuit seems to put a disproportional demand on resources under the circumstances. Private parties who nonetheless go before a court are often up against a defendant that is significantly stronger in many aspects (a large corporation, a state or municipal authority), that seldom is burdened with a personal responsibility for costs in the same way as its opposition, and for which the lawsuit can indirectly mean significant amounts of money if the plaintiff's individual claim is multiplied by the number of persons who can be expected to make similar claims. Though this group stands formally outside the proceedings, the members of the class can nonetheless be strongly affected by the result of the litigation.

In situations of this type it can be very desirable from both the compensatory and the deterrence points of view that the defendants' potential liability towards the class members is examined judicially.

The substantive law cannot fulfill its function on the general and individual level without an effective procedural remedy. It is remarkable, however, that in Sweden legal proceedings before general courts of law do not play an important role *de lege lata* (i.e. under present law) in *any* of the above-named areas of law. That such is the case may be due to the fact that the individualistic construction of the procedural remedy is poorly suited to these legal contexts. Social development has given rise to a need for collective solutions even in the procedural area, for example in the form of group actions. The class action suit is of great interest in that respect. The same applies to public actions and actions by organizations.

The problems outlined above are of current interest in all countries where (post-) industrialism, urbanization, economic concentration, "massification" of production of goods and services, collectivization, etc. are confronted with a basic procedural model that is strongly oriented towards individuals. Even if hundred-year-old liberal "private" civil procedure (privatprocessen) is to some extent giving way to "public law litigation" and "social civil procedure", it still occupies a dominant position in the western world, including Sweden. This is likely wellmotivated, but it is evident that individualistic procedure needs to be modified and complemented in order to better satisfy the procedural needs to which class claims of the type indicated above give rise. Though non-procedural alternatives can be of great significance from a remedial perspective, it is nonetheless unfortunate to be in a situation in which no procedural alternatives stand out as realistic.

Against this background, it is hardly surprising that the class action suit has been the object of significant attention not only in the USA but even in, for example, Canada, Australia, Germany, and England. For most Swedish lawyers, however, a class action suit of this type will seem completely foreign, despite the fact that the procedure is intended to satisfy needs that obviously exist even in our society. The basic problems appear to be about the same in all so-called welfare states.

It is natural to conclude a description and discussion of an internationally recognized way to solve a common problem with an analysis of the advantages and disadvantages of a Swedish adoption and with opinions on how a Swedish counterpart to the Anglo-American class action suit could be formulated. To a certain extent such discussions can be found in this book, but the reader should be aware of a point made in the first chapter: the intention of the book

is *not* to attempt a comprehensive and conclusive analysis of that type, but to present and discuss the *Anglo-American* class action suit. The goal set here, moreover, is not a total survey of the legal situation *de lega lata* – even though an aspiration for concreteness in problems of current application requires that the description of the applicable law takes up a great deal of space. The orientation is primarily one of legal policy and *de lege ferenda* (i.e. of possible or potential formulations of the law): How does the class action operate in practice? What functions does it fulfill? What advantages and disadvantages does it entail? What has the discussion *de lega ferenda* in the USA and other countries included? What are the alternatives (inside or outside the court system) for strengthening the substantive law? The primary object of investigation is the American federal class action suit, to get a grip on its possibilities and shortcomings in pursuit of better legal protection and increased access to justice.

This book is distinguished from other descriptions of class actions not only by this emphasis, but also by the fact that the study takes the form of a monograph and is put forth from a "Swedish perspective". The class action is examined in a Swedish light; the investigation is certainly not comparative in the most ambitious sense of the term, but interspersed with "Swedish" points of view, full of the associations and speculations that unfamiliar legal forms can inspire. Studies of this type have, in successful cases, a cross-fertilization function: the Swedish angle can sometimes add a new dimension to the American approach and the American point of departure can bring new ideas and perspectives to Swedish law, primarily when it comes to legal policy and discussions *de lege ferenda* but also *de lege lata*. To study the class action is also to study civil procedure and all of the fundamental questions that it raises (function, proceedings, costs, res judicata, estoppel, etc.).

Thus, it is hoped that this study does not stand or fall on the question of whether the class action is suitable for our country or not. The following discussion, consequently, should stand out as somewhat more objective that what otherwise would be the case. A conclusive recommendation regarding a Swedish adoption will not, as stated above, be given. The book's general orientation does not allow the thorough, detailed analysis of needs, alternatives, and consequences for every indicated field of law that is called for in such circumstances. Such a study should be carried out by, or together with, experts in the fields of law in question. Instead, this

book presents the general background and some points of view on how such a study can be structured. A continued discussion can then take place one field of law at a time; a step in that direction will be taken in 1989 when the Committee for Consumer Law within the Nordic Council will organize a seminar around the question of group actions in consumer cases *de lege ferenda,* in part based on the research documented in this book. There is reason to believe that similar deliberations may occur rather soon regarding environmental and discrimination issues.

A discussion of the need for and possibility of a Swedish adoption of the class action should be preceded by a more general evaluation of how the suit has functioned to this point and of the possibilities it has *de lege ferenda.* An evaluation of that kind could – hopefully – be based on the research presented in the first fourteen chapters of this book. The contents of those chapters are reviewed below.

2. Chapters 2–14

The modern discussion of access to justice is primarily oriented towards issues concerning procedural legal protections in the industrial and postindustrial society, and the difficulties of achieving the full effect of substantive legislation within areas in which an individualistic approach to law and legal protection is inappropriate or insufficient. International comparative research has divided the debate about and the development of access to justice into three "waves". The first entails legal aid, legal services, and the like; the second entails the protection of diffuse, fragmented and collective interests; and the third entails primarily alternative forms of dispute resolution. Regarding the protection of diffuse interests, both the conflict resolution and the behavior modification models of civil procedure are brought to the fore. In this and other respects, various forms of group actions stand out as particularly interesting and the class action suit is one of the most fascinating examples. (*Chapter 1,* which also defines the scope of the book, as well as the legal terms used in it, and provides observations on the source material.)

The class action suit was born in early English equity and functioned as a form of representative action in which a broad balancing of interests in favor of larger groups could occur without the unmanageable procedures that would otherwise result from the rules

on joinder of parties and claims. Under the "first era" these group proceedings before the chancellor were dominated by socially established and permanent groups in fuedal society such as inhabitants of a parish or leaseholders. Under the "second era" (industrialism through the middle of the nineteenth century), the class action suit was put to use in somewhat different situations, including as a procedural battering ram for more temporary and less consistent alliances – for example "friendly societies" and "joint stock companies" – which lacked substantive legal recognition. One can sometimes see a connection between contemporary political and procedural theories of representation, but the primary impression is that at the same time that the "consent theory" won terrain in the political arena, the "interest theory" took over in the procedural. At the end of the nineteenth century the use of the class action suit in England stagnated and it almost died out during the twentieth century; "representative actions" continue to exist, but with such a high requirement of unity among the group members' claims that the law's relatively open provisions are almost obsolete. (*Chapter 2*, which also contains a general description of certain characteristics of the development of procedural law in England.)

The USA would come to be the land of the future even for the class action suit, and the procedure has played a significantly more important role there than in the mother country. After certain discrepancies between rules of law (1843 and 1912) and practice regarding res judicata, the principle that a judgment in a class action was binding on all group members eventually won out. The central federal rule on class actions – Rule 23 in the 1938 Federal Rule of Civil Procedure – was changed radically in 1966; the action's legal force became even more far-reaching than before. Under the following decade practice and doctrine practically exploded in a furious growth of interest in class actions, and the opposition hardened. Rule 23 seems to be bound to both the consent and interest theories, but in perhaps the most influential publication in the class action field ("Harvard Developments", 1976), a "substantive theory" has been put forth that is connected more to a functional approach than to a theory of representation model. *(Chapter 3)*

A series of empirical studies with a statistical orientation has been carried out concerning the class action suit's use, current areas of law, class sizes, procedural economy, the outcome of the suits, etc. The primary impression given by a review of the statistical material is that the vehement debate has been exaggerated in a number of

respects, and that the class action works well. After a disturbingly strong increase in connection with the 1966 amendments (which was, however, probably only to a limited extent a direct result of the amendments), its use seems to have stabilized at around 0,4 % of the total number of civil cases on the federal level. This corresponds to about 5 federal class actions per year per million inhabitants. Added to this figure is a varying number of class actions based on state rules. Class actions regarding "civil rights" comprise the largest group. Suits in the form of class actions take on the average three times the time and resources of a normal civil suit, but the difference is less than generally believed and the form is more efficient than individual suits measured in dollars per hour. It is evident that the class action suit makes possible, in certain respects, actions that would otherwise never be brought (actions regarding "individually non-recoverable claims") and thereby awakens a number of sleeping dogs. The suit's effectiveness is not threatened in any significant way by costs for counsel or administrative costs. The risks of unwarranted settlements to the disadvantage of the defendant or group members seem to be exaggerated. *(Chapter 4)*

The federal courts' competence in class action cases involving damages requires in diversity cases that every individual injury amounts to at least 10,000 dollars, which is of course an almost impossible barrier to pass in most class action contexts. Through a series of separate provisions in statutes governing certain areas of law (civil rights, environmental and consumer laws, antitrust, etc.), however, federal class actions are made possible regarding not only injunctions but also compensation of small individual amounts. In order for a class action to be allowed, seven additional requisites must be met. These tests – "the certification issue" – are met only *if* there is a class, *if* the plaintiff is a member of the class, *if* the number of class members is large enough ("numerosity"), *if* there are common questions of law and fact ("commonality"), *if* the claim is representative of the group members' claims ("typicality"), *if* the plaintiff and representative meet certain qualifications ("adequacy of representation"), and *if* the claim fits into one of the three categories set forth in Rule 23(b). These requisites – and a few other judgment factors in connection with the third (b) category ("predominance", "superiority", and "manageability") – do not lack concreteness but rather stringence and consistency. They overlap to a great degree. *(Chapter 5)*

In order for the judgment to be legally binding against both the defendant and the entire group, and so that a settlement can be approved by the court, it is in most cases required that the class members receive notice of both the action's existence and the contents of any settlements. In damage suits individual notice is required under certain circumstances, but notice can otherwise occur via publication in newspaper announcements, radio, television, etc. Group members who do not want to be bound by the judgment have the right to "opt-out" of the class in (b)(3) class actions but not (b)(1) or (b)(2) actions. The American rules on res judicata and estoppel allow a judgement to bind in favor of – but not against – third parties even in ordinary cases in a number of circumstances ("non-mutual collateral estoppel"). This relationship is significant in a discussion of alternatives to class actions, and supports the idea that the expansion of res judicata via class actions that was introduced in 1966 can be said to be primarily in the *defendants'* (and the court's) interest. The significance of res judicata and estoppel in the class action – as in civil suits in general, perhaps – would appear to be exaggerated. *(Chapter 6)*

American civil procedure has both similarities and dissimilarities to civil proceedings according to the Swedish Code of Judicial Procedure. After a preliminary exchange of writings ("the pleadings"), an informative stage occurs (discovery). This phase, which lacks a direct equivalent in Swedish law, can be extraordinarily demanding for both parties. The case is decided on the documents or after the main hearing ("trial"), sometimes after an oral preparatory hearing is held ("pretrial conference"). The large number of settlements and "summary judgments" make trials rather uncommon. The proceedings in a class action case depart from ordinary procedure in the special pleadings and the extra conferences that can be required for the "certification issue" and hearings on questions regarding "notice", settlement, distribution of damages, and counsel's fees. A class action is also characterised to a greater extent than an ordinary case by an active judge. Among other things, the court takes a more active, substantial role in the proceedings and in general protects the group's interests. A settlement of the suit and satisfaction of the representative plaintiff's claim for counsel's fees requires the court's approval. Special issues regarding counterclaims and intervention, among others, sometimes appear in connection with class actions. *(Chapter 7)*

Damage claims in class action cases bring forth – but do not necessitate – radical principles for calculating and distributing damages; lump-sum methods, "fluid recovery" and "cy-pres" techniques have been utilized in some cases. Issues about the burden of proof for individual damages, among others, arise in that connection. Differences of opinion about the function of damages – especially deterrent aspects – are reflected in part in the debate on the class action's justification and fields of application. Even general questions about the function of civil procedure are of relevance in this connection. *(Chapter 8)*

The American rules on legal costs and their significance for the class action suit are not easily summarized in a few lines. It should merely be borne in mind that American lawyers often *do* work on a provisional bases ("contingent fees"), *but* other factors (for example the amount of time spent) have had a growing significance in recent times, even in class actions. Furthermore, set-off of costs of attorney fees *is* the general rule ("the American rule"), *but* many exceptions have evolved. This has occurred primarily through legislation in certain areas of law of interest in the class action context (especially in statutes regarding civil rights and in environmental and consumer law). A winning plaintiff can, therefore, often get full compensation for attorney fees. "The American rule" is undoubtedly of great significance in stimulating the representative to instigate a class action. Since Sweden – like England, Australia and Canada – applies the principle of the losing party's responsibility for the winner's costs (including attorney fees, "the English rule"), one might believe that the class action suit is for that reason alone not appropriate for us. Costs rules can, however, be changed and complemented in such a way that this barrier can be removed. Moreover, it should be observed that in Sweden, potential costs for attorney fees in disputes involving small claims are set off. In this connection the "American rule" resembles our own more than was believed at first. This is significant from the class action perspective; the protection of diffuse interests often entails low individual damage amounts. *(Chapter 9)*

In the American discussion *de lege ferenda,* almost all the issues mentioned above (jurisdiction, the seven prerequisites, rules on res judicata and estoppel, notice and opt-out, calculation of damages, costs, etc.) have been objects of critical examination. More flexible rules in the notice aspects, for example, seem to be a rather general demand, but changes in rule 23 do not appear to be imminent. At the

state level a "Uniform Class Actions Act" has been introduced and won approval in certain states. The rules on the state level, however, still appear to be all but uniform. In "Bill 1978", which was presented during President Carter's tme in the White House, an interesting proposal for new federal rules on class actions for damages was put forth in Congress, a proposal with significant emphasis on behavior modification and public influence – in that sense reminiscent of "public" and "relator" actions. The bill has not yet been passed into law, however. Radical legal solutions of this type appear to have had little chance of being carried out during the two most recent presidential periods. *(Chapter 10)*

An interesting discussion about class actions *de lege ferenda* has gone on for several years in Australia and Canada (and since the spring of 1988 in England). This is of special interest since these countries have rules on costs that are very similar to those in Sweden. Certain seldom-used possibilities to institute class actions ("representative actions") exist in these countries, but it is primarily the *de lege ferenda* discussion that is of interest. But in Quebec – with a more continental than Anglo-American legal background – a new class action suit has been introduced, with a special governmental assistance fund for court costs. Even if the law has not resulted in as many class action as were hoped by the legislators (around 20 per year in a province with about the same population as Sweden), this class action suit is of great interest. In Ontario a very ambitious governmental report ("the Ontario Report") was published with a thorough proposal for legislation regarding class actions; the proposal is for now the object of "active consideration" in the Ministry of Justice. Even in Australia an intensive reform is underway in the class action area. In the state of Victoria the provisions regarding "representative actions" were amended to such an extent a few years ago that a new class action suit can be said to exist. On the federal level, an important official proposal for reforming the class action suit was put forth in the spring of 1988. Here, as in the Ontario Report, rules on costs different from those that would apply in ordinary cases are proposed. *(Chapter 11)*

There are similarities but also differences in the American and the Swedish conception of the function of civil procedure. Of interest in this connection is the form of litigation that grew out of the federal courts in the USA during the 1960's and 1970's and which Chayes has called public law litigation; the retrospective individualistic proceeding with roots in common law and with an orientation towards

conflict resolution has been replaced with equity-like prospective forms of procedure in which the emphasis is put on a broad weighing of interests and management of the action so as to promote public and legislative interests. A reaction against this development appears to have begun ("the spirit of the 80's"). The decline of the class action suit can likely be explained in part by these new currents. The class action suit's function was originally and primarily to promote procedural efficiency and economy, but today the compensatory and deterrent effects occupy the foreground. The category "individually non-recoverable claims" is of special interest in both of these connections. Litigation's deterrent effect (behavior modification) is not as openly and publically accepted as the reparative; behavior modification is seen by certain participants in the debate as a more or less welcome side effect, by others as something foreign to civil law and civil proceedings. The class action can play a role even in precedent-building and the development of the law. The suit has, of course, a series of advantages and disadvantages for the parties and the court in its possibilities for fulfilling its function in all of these connections, in other words attaining a maximum realization of the substantive law. *(Chapter 12)*

There is an almost unlimited number of alternative influence mechanisms in and outside of the procedural domain that can wholly or partly fulfill almost the same functions as the class action suit, especially its reparative and deterrent role. Information, public supervision and control, "ombudsmen", criminalization, insurance solutions, alternative dispute resolution, trying of individual claims for damages in criminal trials, proceedings before administrative authorities and special courts, etc, all should be taken into account so that different forms of group actions before general courts will be seen as complementary rather than competing alternatives. *(Chapter 13)*

Of the class action alternatives, other forms of group actions such as public actions, *parens patriae* actions and actions by organizations hold a unique position, and even the use of test cases is of great interest in this regard. All of these can be found in the USA, but similar procedural remedies are also available in France, Germany, and the Scandinavian countries. The class action suit should, of course, be evaluated against the background of these alternatives, which themselves fulfill certain functions and have lists of advantages and disadvantages of their own in about the same way as the class action suit. It must be emphasised, however, that the terms

"public actions", *"parens patriae"*, "suits by organizations", and "test cases" have a number of different meanings and that comparisons of the alternatives with each other can therefore be misleading. *(Chapter 14)*

3. Evaluation and the Possibility of a Swedish Adoption (Chapter 15)

The final chapter *(Chapter 15)* begins with a summary that to a great degree corresponds to what has been stated above. Thereafter, an abbreviated attempt is made to, against the background of the research results, dispel the following sixteen *myths* about the class action.

1. Class actions are a new American invention.

2. Class actions are bound to an Anglo-American concept of law.

3. Class actions are only possible in a legal system in which set-off of costs for counsel is the rule, and where contingent fees for attorneys are allowed.

4. Res judicata and estoppel against third parties to the extent allowed in a class action is unconstitutional.

5. Class actions require that the courts be given functions and the judges given active roles that are unthinkable in many countries.

6. The class action suit encourages unnecessary lawsuits, drowns the courts in proceedings and paralyzes industry.

7. The number of class action suits is so low that the procedure lacks practical significance.

8. No class actions lead to judgment after trial; the class action suit is used by unscrupulous attorneys as an blackmail device (to bring about unlawful settlements) and even leads to other abuses.

9. Class actions are only in the representative plaintiffs' counsels' interest; they claim unjustifiable fees and no money is left for the class members.

10. Class actions are enormously complicated and the procedure becomes therefore terribly time- and resource-consuming.

11. The class action is often abused; attorneys travel around and "buy up" claims that would otherwise never be tried in court.

12. Class actions are always pro-consumer and anti-business.

13. Most class actions are similar; the action has, therefore, a very small target group.

14. The experience in the USA gives the best basis for an evaluation of the class action suit.

15. The class action requires a radical change in the law of damages and evidence in order for its existence to be justifiable.

16. The class action suit is the definitive solution for the access to justiceproblems of the day; the suit fulfulls numerous important functions, brings about a maximal realisation of the substantive law, lacks significant viable alternatives, and has hardly any disadvantages.

All the statements above are – if not myths – at least good examples of exaggerations. It is, of course, superficial to ascribe only disadvantages to the class action suit; but it is equally misleading to assert that the class action functions without problems and that only it can satisfy all of the needs that it is designed to remedy. Group actions of this type, however, are in our situation a valuable complement to other forms of legal protection, and there is no reason to believe that the various alternatives are mutually exclusive.

No decisive barriers to a Swedish adoption appear to be at hand. The assertion that representative actions of this type would be unconstitutional or be inconsistent with the accepted function(s) of procedural law do not hold water. Nor do the established roles of the various participants present a barrier; the active judicial role that the class action requires is in certain aspects less foreign to Swedish than to American legal traditions and it does not seem unrealistic to imagine a limited alteration of traditional attorney ethics in relevant areas – if such an alteration would be necessary.

The role of the attorney and the rules on costs are (in Germany for example) usually cited as main barriers to the adoption of the class action suit in continental law. The reform efforts in Canada, Australia and England – like the debate *de lege ferenda* in the USA – show that "the American rule" and contingent fees are not a necessary requirement for the class acion suit, and that modifications in existing costs rules are conceivable if they would facilitate the introduction of the new procedural form. Costs solutions in the form of special funds can also be used in cases in which public or private interests wish to stimulate class actions, either generally or in paticular areas. Usefulness and effectiveness can also be increased through new rules for calculating and apportioning damages, as well

as rules regarding evidence on the issue of damages. Developments in this area have already taken place in countries that lack class actions. The assertion that an introduction of the class action necessitates radical and (in the eyes of some critics) unjust solutions in the above mentioned connection is incorrect and is one of the myths that are listed above. Changes in damage rules are already on the way in most countries and class actions can fulfill at least a limited function even without changes of that kind. At least regarding class actions for injunctive relief, damage rules are obviously no obstacle. And even in such cases the group action is sometimes preferable to ordinary individual suits.

That the class action need not be seen as inconceivable in a country more or less marked by the civil law tradition is illustrated not only by the events in Quebec (and in certain American states). Even in Sweden there exist procedural forms that sometimes come quite close to the class action. The actions of single creditors in cases regarding disputable claims in bankruptcy entail the right of all creditors to a distribution regardless of whether they are parties to the litigation. Water and expropriation cases as well as certain other procedures regarding shareholders' rights offer other parallels.

The two other forms of group actions – public actions and actions by organizations – can be said to exist already in Sweden, though not for damages and not in the general courts but only in the Market Court (marknadsdomstolen) and the Labor Court (arbetsdomstolen) An expansion of the area of application to other types of cases is fully conceivable. Should there be a perceived need for bettering the procedural protection of diffuse, fragmented and collective interests in, for example, environmental, consumer, or discrimination law, a further development of public actions and actions by organizations would constitute interesting alternatives to an adoption of the class action suit or a further development of the test case method. A combination of different forms of group actions is conceivable, not only in the sense of class action, public actions and organizational actions existing side-by-side, but even by combining and integrating the procedural forms with each other.

It is, of course, hardly likely that exactly the type of class action that is set out in federal Rule 23 would best suit the Swedish situation. It is more likely that a combination of rules on class actions, public actions, and organizational actions can form the basis for one or more Swedish group actions that are better suited to the needs and circumstances of our country. Some models of this type – and a

solution with a "middle-man" acting in a role similar to that of a trustee in bankruptcy – are sketched out in the book's final chapter, but a more complete formulation can only, as stated above, be prescribed after a basic inventory of needs in each field of law. It is hoped that this book will give impetus and support for such inquiries in the future.

Förkortningar*

AD	Arbetsdomstolen
ADR	Alternative dispute resolution
AG	Attorney General
ARN	Allmänna reklamationsnämnden
BD	Bostadsdomstolen
CCA	Civil class compensatory action (s 349)
DepPM	Departementspromemoria
ECLG	European consumer law group
DN	Dagens Nyheter
FN	Förenta nationerna
FR	Federal rules of civil procedure
FRD	Federal Rules Decisions
fskr	festskrift
GP	Group proceedings (s 707)
HD	Högsta domstolen
HLR	Harvard Law Review
JO	Justitieombudsmannen
Jo	Jordbruksutskottet
KL	Konkurslagen
KO	Konsumentombudsmannen
MD	Marknadsdomstolen
MDL	Multi-district litigation
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avd 1
NO	Näringsfrihetsombudsmannen
NU	Nordisk utredningsserie
PA	Civil public action (s 349)
PAG	Private attorney general (s 299)
RabelZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RB	Rättegångsbalken
Rt	Norsk Retstidende
SOU	Statens offentliga utredningar

* För sättet att redovisa engelska och amerikanska rättsfall hänvisas till gängse citathandböcker.

SvJT	Svensk Juristtidning
UB	Utsökningsbalken
UCLA	University of California, Los Angeles
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
ZPO	Zivilprozessordnung (tysk)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Litteratur

1. Offentligt tryck, lagutgåvor m m

A bill to provide for the reform of class action litigation procedures. S. 3475 in the Senate of the United States. August 25 (legislative day, August 16), 1978. (Citeras Bill 1978.)

Australian Law Reform Commission. Access to the courts reference: draft legislation. Explanatory memorandum. 1988.

– Federal court (grouped proceedings) bill 1888.

– se även "Inledning", ovan s 394 not 93 samt nedan "The Law Reform Commission. . .

Council of Europe, Legal affairs, Measures facilitating access to Justice. Recommendation No. R (81) 7 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 14 May 1981 and Explanatory Memorandum. Strasbourg 1981.

Ds Ju 1986:10. Ändrade regler om enskilt anspråk vid förundersökning och rättegång m m.

Federal Rules of Civil Procedure as amended through August 1, 1980. With Advisory Committee notes. Miniola, New York The Foundation Press, Inc. 1980.

The Law Reform Commission. Discussion paper No. 11 (June 1979) Access to the Courts – II. Class actions (Australien, citeras Discussion paper.)

The Law Reform Commission. Report No. 27: Standing in public interest litigation. Australian Government Publishing Service, Canberra 1985.

Motion 1987/88: Jo 719, Bengt Westerberg m fl i anl av prop 1987/88:85 (nedan).

Reform of class action litigation procedures. Hearings before the subcommittee on judicial machinery of the committee on the judiciary. United States senate, 1978.

Report on class actions. Ontario law reform commission. Volume I–III, 1982. (Citeras Ontario Report I–III.)

Thirty-sixth report of the Law Reform Committee of South Australia to the attorney-general. – Relating to class actions. Adelaide 1977.

Proposition 1969:28 Förslag till miljöskyddslag.

– 1981/82:130. Förslag till ny vattenlag m m.

– 1985/86:98. Invandrarpolitiken.

– 1985/86:121. Inriktningen av konsumentpolitiken.

– 1986/87:89. Ett reformerat tingsrättsförfarande.

– 1987/88:1. Ändring i rättegångsbalken (enskilt anspråk vid förundersökning och rättegång).

– 1987/88:73. Förbättringar inom rättshjälpssystemet.

– 1987/88:85. Miljöpolitiken inför 1990-talet.

– 1988/89:23. Produktsäkerhetslag.

SOU 1958:40. Rättegångshjälp. Betänkande avgivet den 20 november 1958 av 1951 års rättegångskommitté.

- 1969:58. Rättssociologisk undersökning av skadeståndsrätten. Förberedande utredning av Jan Hellner.
- 1974:83. Generalklausul i förmögenhetsrätten. Betänkande av generalklausulsutredningen.
- 1978:40. Tvistlösning på konsumentområdet. Betänkande av reklamationsutredningen.
- 1982:21. Ett effektivare vite. Betänkande av viteskommittén.
- 1982:26–27. Översyn av rättegångsbalken 1. Processen i tingsrätt Del A och B. Delbetänkande av rättegångsutredningen.
- 1983:18. Lag mot etnisk diskriminering i arbetslivet. Delbetänkande av diskrimineringsutredningen.
- 1983:35. Patentprocessen och sanktionssystemet inom patenträtten.
- 1983:40. Konsumentpolitiska styrmedel – utvärdering och förslag. Betänkande av riktlinjekommittén.
- 1984:8. Näringstillstånd. Delbetänkande av Kommissionen mot ekonomisk brottslighet.
- 1984:58. Invandrar- och minoritetspolitiken. Slutbetänkande av invandrarpolitiska kommittén.
- 1984:59. Näringsförbud. Betänkande av näringsförbudskommittén.
- 1984:66. Den allmänna rättshjälpen. Huvudbetänkande av rättshjälpskommittén.
- 1986:1. Högsta domstolen och rättsbildningen. Delbetänkande av rättegångsutredningen.
- 1987:13. Översyn av rättegångsbalken 3. Expertmedverkan och specialisering. Delbetänkande av rättegångsutredningen.
- 1987:24. Produktsäkerhetslag. Förslag av produktåterkallelsekommittén.
- 1987:32. För en bättre miljö. Betänkande av utredningen om miljövårdens organisation.
- 1987:36. För en bättre miljö. Miljövårdsfamiljen. Myndigheter och författningar. Bilaga 2. Betänkande av utredningen om miljövårdens organisation.
- 1987:46. Översyn av rättegångsbalken 4. Hovrättsfrågor, sammansättningsfrågor m m. Slutbetänkande av rättegångsutredningen.

Statskontorets rapport 1988:4. Kontroll av färdigförpackade varor. Stencil 1988.

Summary of draft bill to revise class damage procedures. United States Departement of Justice. Office for improvements in the administration of justice. August 25, 1978. (Stencil, citeras Summary of draft bill.)

2. Övrig litteratur

Access to Justice. The Florence Access-to-Justice project. A series under the general editorship of Mauro Cappelletti. Volym I book 1–2, volym II book 1–2, volym III och volym IV. Milano 1978–1979. (Citeras Access to Justice följt av volym- och boknummer.)

Access to Justice and the Welfare state, edited by Mauro Cappelletti. Firenze 1981. (Citeras Welfare State.)

Ackerman, B, Reconstructing American Law 100. Cambridge (USA) 1984.

Albrecht, W, Informationspflichten der Parteien und Schutz der Prozessvorbereitung im Zivilprozess in den U.S.A. Hamburg 1983.

Almond, M A, Settling Rule 23 class actions at the precertification stage: is notice required? I: 56 North Carolina Law Revieiw (1978) s 303 ff.

Alpert, R, Class action manual. I:Consumer law handbook series, Number 1, Boston 1977. (Citeras Alpert.)

– The uniform class actions act: Some promise and some problems. I:16:2 Harvard Journal on Legislation (1979) s 583–667.
Amendments allow "representative" class action. I:58 Law Institute Journal (Victoria, Australien), 1984, s 738 ff.
American Bar Association: Report on the national conference on minor disputes resolution. 1977.
– The section of litigation outline series, No. 1: Class actions: In the wake of Eisen III and IV. (Citeras In the wake of Eisen.)
American College of Trial Lawyers. Report and recommendations of the special committee on Rule 23 of the federal rules of civil procedure. 1972.
Anners, E, Den romerska formularprocessen och den engelska writprocessen. En jämförelse: I: Anners, E och Jägerskiöld S, Kompendium i romersk rätt. Juridiska föreningen i Uppsala 1970.
Backer, I L, Naturvern og naturinngrep. Oslo 1986. (Citeras Backer, Naturvern.)
– Rettslig interesse for søksmål, skjønn og klage. Oslo 1984. (Citeras Backer, Rettslig interesse.)
Bankier, J K, Class actions for monetary relief in Canada: Formalism or function? I: 4 Windsor Yearbook of Access to Justice (1984) s 229 ff.
– The future of class actions in Canada. I:9 Canadian Business Law Journal (1984) s 260–279.
Bartsh, T C, & Boddy, F M ,& King B F, & Thompson P N, A class-action suit that worked. The consumer refund in the antibiotic antitrust litigation, 1978. (Citeras Bartsh.)
Bengtsson, B, Inlägg i diskussion. . . I: Svensk Juristtidning 1987 s 417 f.
– Konsumentskyddsprincipen och domstolarna. I: Festskrift till Welamson (1988) s 13 ff.
– Nordisk miljörätt. En översikt, Nordisk utredningsserie 1976:25.
Bergholz, G, Ratio et Auctoritas. Ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål. Diss, Lund 1987.
Berk, M D, Daar v. Yellow Cab Co.: The advant of the consumer class action in California. I: 10 University of San Fransisco Law Review (1976) s 651 ff.
Bernitz, U, Om förbud, särskilt i marknadsdomstolen. I: Juhlajulkaisu, Matti, Ylöstalo 1987 s 45 ff. Helsingfors 1987. (Citeras Bernitz, Om förbud.)
– Svensk marknadsrätt. 2:a uppl. Uddevalla 1986. (Citeras Bernitz.)
Bernstein, R, Judicial economy and class actions 1:VII(1), The Journal of Legal Studies (1978) s 349–371.
Berry, S, Ending substance's indenture to procedure: The imperative for comprehensive revision of the class damage action. I:80 Columbia Law Review (1980) s 299 ff.
Bettermann, K A, Zur Verbandsklage. Zugleich Besprechung von Manfred Wolf, Die Klagebefugnis der Verbände. I:85 Zeitschrift für Zivilprozess (1972) s 133 ff.
Björk, A, Interventionsinstitutet – processrättslig relik eller effektivt tredjemansskydd? Examensarbete i processrätt. Juridiska institutionen i Uppsala, stencil 1985.
Björkman, U, Miljöskyddsavgifter som sanktion vid miljöbrott. I: Brå forskning. Brottsutvecklingen 1986 s 169 ff.
– Se även Brå forskning 1988:1 (nedan).
Black's Law Dictionary. Abridged fifth edition. St. Paul 1983.
Bogart, W A, "Appropriate and Just". Section 24 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Question of Judicial legitimacy. I:10 Dalhousie Law Journal (1986) s 81 ff.

- Class actions, the court and commentators. I:3 The Supreme Court Law Review (1982) s 425–444.
- Naken, Cranson, Pearce and Bandiera suing on behalf of themselves and on behalf of all other persons who have purchased new 1971 och 1972 Firenza motor vehicles in Ontario v. General Motors of Canada Limited. I:46 National Reporter (1983) s 139 ff.
- Naken, the Supreme court and what are our courts for? I:9 Canadian Business Law Journal (1984) s 280–308.
- Protection of diffuse, fragmented and collective interests in Canada: A national report prepared for the seventh international congress on procedural law, Würzburg, September, 1983. Stencil, University of Windsor Law School, 166 s + appendix.
- Standing and the Charter: Rights and Identity. I:Sharpe, R (ed), Charter litigation. (1987) s 1 ff.
- Questioning litigation's role – Courts and class actions in Canada. I:62 Indiana Law Journal (1986–1987) s 665–700.

Bogdan, M, Komparativ rätt. Skrifter från juridiska föreningen i Lund nr 26. Lund 1978.

Bolding, P O, Access to justice in Sweden. I: Access to justice I:1 s 889 ff.

Boman, R, Till frågan om dispositionsprincipens tillämpning i jävsprocessen. I: Festskrift till Ekelöf (1972) s 144 ff.

- Eadem res? Om läran om rättigheters individualisering och dess ursprung. I: Rätthistoriska studier tillägnade Gösta Hasselberg (1976) s 26 ff.

Bouvin, Å & Hedman, B & Stark, H, Expropriationslagen. Stockholm 1975.

Brandon, D R, Notice cost problems under Rule 23(b)(3) and (c)(2) after Oppenheimer Fund, Inc. v. Saunders. I:Duke Law Journal 1979 s 882 ff.

Broekman, J M, Die motivationale Grundlage des Rechts. I:Beiträge zur Rechtsanthropologie. Beiheft Nr 22. Sonderdruck. Stuttgart 1982.

Brå forskning. Miljöbrott och Straff. Stockholm 1988.

Burman, S V, Class actions: are they compatible with product liability litigation? I: 12 Trial Lawyer Quarterly (1977–78) s 80 ff.

Bush, L S, My brother's keeper – some observations on Federal Rule 23 and mass tort class actions in the United States. I:5 Civil Justice Quarterly (1986) s 109 ff.

Calvert, F, A treatise upon the law respecting parties to suits in equity. London 1837.

Cappelletti, M, (ed) Access to justice and the welfare state. Alphen aan den Rijn 1981. (Citeras Welfare state.)

- The doctrine of stare decisis and the civil law: a fundemental difference – or no difference at all? I:Festschrift für Konrad Zweigert, Tübingen 1981. (Citeras Cappelletti, The doctrine.)
- Governmental and private advocates for the public interest in civil litigation: a comparative study. I: Access to Justice, volym II book 2.

Cappelletti, M & Garth, B, Access to Justice and the Welfare state: an introduction. I: *Cappelletti* (ed), Access to justice and the welfare state s 1–24.

- The protection of diffuse, fragmented and collective interests in civil litigation. Finding an appropriate compromise: a comparative study of individualistic models and group rights in civil procedure. I: Effektiver Rechtsschutz (se d:o) s 117 ff. (Citeras: Cappelletti & Garth, The protection.)
- Settlement of disputes out of court. I: A comparative report on the trend toward conciliation. I: *Kötz, H & Ottenhof, R,* (ed) Les conciliateurs, la Conciliation. Une etude comparative. Paris 1983.

Cappelletti, M, & Garth, B & Trocker, N, Access to justice. Variations of a world-wide movement. I:46 Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (1982) s 664–816.

Cappelletti – se även Access to Justice.

Carmody, J C, Civil procedure – environmental class actions: Economic ramifications of the Rule 23 non-aggregation doctrine – Zahn v. International Paper Co., 414 U.S. 291 (1973). I: 50 Washington Law Review (1974) s 143 ff.

Casad, R C, Res judicata in a nutshell. S:t Paul. 1976.

Cavins, M J, Consumer class actions based on fraud or misrepresentation. I: 53 American Law Reports 3 RD s 535 ff.

Chafee, Z, Some problems of equity. The Thomas M Cooley lectures. Second series. Ann Arbor 1950.

Chayes, A, The role of the judge in public law litigation. I:89 Harvard Law Review (1976) s 1281 ff. (Citeras Chayes 1976.)

– The supreme court 1981 term. Foreword: Public law litigation and the Burger court. I:96 Harvard Law Review (1982) s 4–60. (Citeras Chayes 1982.)

Clarke, T H, Recommendation regarding consumer class actions for monetary relief. I: 29 The Business Lawyer (1974) s 957 ff.

Class actions: In the wake of Eisen III and IV. The section of litigation outline series. American Bar Association Section of Litigation 1977. (Citeras Class actions, In the Wake of Eisen.)

Coffee, J, Rescuing the private attorney general: Why the model of the lawyer as bounty hunter is not working. I:42 Maryland Law Review (1983) s 215 ff.

– Rethinking the class action: a policy primer on reform. I: 62 Indiana Law Journal (1986/87) s 625 ff.

Comment: The attorney as plaintiff and quasi-plaintiff in class and derivative actions: Ethical and procedural considerations. I:18 Boston College Industrial and Commercial Law Review (1977) s 467 ff.

– Court awarded attorney's fees and equal access to the courts. I:122 University of Pennsylvania law Review (1974) s 636–713.

– Environmental class actions in federal courts – peering through the *Zahn* smog. I: 16 Boston College Industrial and Commercial law Review (1975) s 609 ff.

– The impact of class actions on Rule 10b–5. I:38 The University of Chicago Law Review (1971) s 337 ff.

– State standing to challenge federal administrative action: A re-examination of the *parens patriae* doctrin. I: 125 University of Pennsylvania Law Review (1977) s 1069 ff.

– Vasquez v. Superior Court of San Joaqin County: A class action in consumer fraud. I:8 California Western Law Review (1971) s 165 ff.

Conniff, J, Burke, Bristol and the concept of representation. I:30 Western Political Quarterly (1977) s 329–341.

Conradi, E, Inlägg i diskussion. . . I: Svensk Juristtidning 1987 s 415 ff.

Cooley, J D & Lemly, T A, The federal class action in environmental litigation: problems and possibilities. I: 51 North Carolina Law Review (1973) s 1385 ff.

Cooper, J, Public interest lawyers in England and Wales. I: Public Interest Law, edited by Jeremy Cooper and Rajeev Dhavan. New York 1987.

– Settlement considerations and attorneys fees in class actions. I:50 Antitrust Law Journal (1981) s 95–103.

Cound, J J & Friendenthal, J H & Miller, A R, Civil procedure. Cases and materials. 3 uppl 1980.
Cover, R M & Fiss, O M, The structure of procedure. New York 1979.
Cromwell, Th, An eximination of the Ontario Law Reform Commissions report on class actions. I: Ottawa Law Review 1983 s 587–598.
Cross, R, Precedent in English law. Third edition. Oxford 1977. (Reprinted as a paperback 1979)
Dahl, B & Møgelvang-Hansen, P, Garantier. Forbrugerbeskyttelse og forbrugerproblemer i de nordiske land. Viborg 1985.
Dam, K W, Class actions: Efficiency, compensation, deterrence, and conflict of interest. I:4 The Journal of Legal Studies (1975) s 47 ff.
Debelle, B, Class actions for Australia? Do they already exist? I:54 The Australian Law Journal (1980) s 508–516.
De Jarlais, N, The consumer trust fund: a cy pres solution to undistributed funds in consumer class actions. I: 38 The Hastings Law Journal (1987) s 729 ff.
Desmith, J C, Jr, Standards for judicial approval of attorneys' fees in class action and complex litigation. I: 20 Howard Law Journal (1977) s 20 ff.
Dewees, D N, Prichard, J R S, Trebilcock, M J, Class actions as a regulatory instrument. I:Ontario Economic Council 1980 s 1–41.
– An economic analysis of cost and ree rules for class actions. I: 10 Journal of Legal Studies (1981) (Canada) s 155–185.
Developments in the law. Class actions. I:89 Harvard Law Review (1976) s 1319 ff. (Citeras Harvard Developments.)
– Multiparty litigation in the federal courts. I:71 Harvard Law Review (1957–58) s 877 ff.
Dickerson, H A, Class actions and the military. I: 75 Military Law Review (1977) s 161 ff.
Domstolarnas roll i samhället. Seminarium anordnat av Rättsfonden 27–28 oktober 1972 i Skokloster. Borås 1974. (Citeras Domstolarnas roll.)
Dreyfuss, R, Promoting the vindication of civil rights through the attorney's fees award Act. I:80 Law Review (1980) s 346–378.
Dufwa, B W, Inlägg i diskussion. . . I: Svensk Juristtidning 1987 s 413 ff.
Durand, A L, An economic analysis of fluid class recovery mechanisms. I:34 Stanford Law Review (1981) s 173 ff.
Dworking R, Taking rights seriously. London 1977.
DuVal, B, Jr, The Class action as an Antitrust Enforcement Device: The Chicago Study Revisited. I: American Bar Foundation Research Journal 1979 s 449–463. (Citeras DuVal.)
– Report on class actions. I: 3 Windsor Yearbook of Access to Justice (1983) s 411–436. (Citeras DuVal 1983.)
Eckhoff, T, Statens styrningsmuligheter, særlig i resurss- og miljøspørsmål. Oslo 1983.
ECLG-rapport och uppsats, se ovan s 709 i Tillägg.
Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung. Die Generalberichte zum VII. Internationalen Kongress für Prozessrecht. Würzburg 1983. Bielefeld 1983.
Eiger, L H, Private consumer substantive and procedural remedies under the antitrust laws. I: The Antitrust Bulletin 1970 s 313 ff.
Eisenberg, T & Yeazel, S C, The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. I: 93 Harvard Law Review (1980) s 465 ff.
Eisenstein, M, Consumer protection in the United States. Procedural consumer protection. Programs and devices in the United States: Administrative agency

control, class suits, small claims courts. Publications by the institute of intellectual property and market law at the Stockholm University. No. 17, Stockholm 1982.
– The Swedish public complaints board: its vital role in a system of consumer protection. I: Access to justice II:1 s 491 ff.
Ekelöf, P O, Civilrätt och civilrättsskipning. I: Festskrift till Hellner (1984) s 229 ff.
– En essay om tolkning och mening. I: Kungl. Vetenskapssamhällets i Uppsala årsbok 20/1966 s 34 ff.
– Förhållandet mellan nämnder och domstolar. I: Nordisk försäkringstidskrift 1979 s 220 ff.
– Om interventionsgrunden. Diss. Uppsala 1937.
– Rättegång. Första–femte häftet. 6:e uppl 1980. 7:e uppl 1985, 4:e uppl 1980, 5:e uppl 1982 respektive 6:e uppl 1987. (Citeras Ekelöf, Rättegång I–V.)
– Samhällsåskådning och civilprocess. I: Svensk Juristtidning 1941 s 106 ff.
– Straffet, skadeståndet och vitet. En studie över de rättsliga sanktionernas verkningssätt. Uppsala 1942.
– anmälan av Access to Justice. I: Svensk Juristtidning 1981 s 109 ff.
– Anm av Bengt Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor. I: Svensk Juristtidning 1988 s 39 ff.
Ely, J H, The irrepressible myth of Erie. I:87 Harvard Law Review (1974) s 693 ff.
Engelmann-Pilger, A, Die Grenzen der Rechtskraft des Zivilurteils im Recht der Vereinigten Staaten. Eine Darstellung mit Rechtsvergleichenden Anmerkungen. Berlin 1974.
Engströmer, T, Partsförhör i tvistemål. I: Förhandlingarna å det femtonde nordiska juristmötet, bil 1, 1931.
Eriksson, I, Miljöbrott – en dold brottslighet. I: Brå forskning: Brottsutvecklingen 1985, s 109 ff.
Eriksson, L D, Utvecklingstendenser inom rättsskyddet – det amerikanska exemplet. I: Festskrift till Aarne Nuorvala (1982) s 36 ff.
European Consumer Law Group, Report on group actions. ECLG 8/82, stencil Bryssel 1982.
Fahlbeck, R, Om arbetsprocessrätt. Studier i det fackliga tvisteförhandlandets juridik. Stockholm 1974.
Fisch, W B, European analogues to the class action. Group actions in France and Germany. I:27 American Journal of Comparative Law (1979) s 51 ff.
Fischer, L R, From Ratner to Qui Tan, truth-in-lending class action developments. I:24 The Hastings Law Journal (1973) s 813 ff.
Fiss, O, Against settlement. I: 93 Yale Law Journal (1984) s 1073 ff.
Fitger, P, Några tankar om antalet paragrafer i RB. I: Festskrift till Welamson (1988) s 153 ff.
– Se Norstedts laghandböcker.
Fitzgerald, G E, When is a class a class? I: The Business Lawyer (1972) s 95 ff.
Follony, D A, Class actions: Certification and notice requirements. I:68 The Georgetown Law Journal (1980) s 1009 ff.
Forde, K M, Class actions in Illinois: Toward a more attractive forum for this essential remedy. I: 26 De Paul Law Review (1977) s 211 ff.
– Illinois' new class action statute. I: Chicago Bar Record 1977 s 120 ff.
Frankel, M E, Partisan justice. Too much fight? Too little truth? Equal justice? 1978.

Friedenthal, J H & Miller, A R, Sum & substance of civil procedure. Second ed. 1979.
Friedman, L M, Access to justice: social and historical context. I: Access to justice II:1 s 3 ff.
Fuchsberg, J D, (ed.), Class actions primer. New York 1973.
Furman, R, Offensive ascertion of collateral estoppel by persons opting out of a class action. I:31 The Hastings Law Journal (1980) s 1189 ff.
Förhandlingarna vid det 29:e nordiska juristmötet i Stockholm 19–21 augusti 1981. Del I–II. Stockholm 1982.
Garth, B, Conflict and dissent in class actions: A suggested perspective. I: 77 Northwestern University Law Review (1982) s 492–535.
– Introduction: Toward a sociology of the class action. I:57 Indiana Law Journal (1982) s 371 ff.
– Privatization and the new formalism: making the courts safe for bureaucracy. Anm av Posner, R A, The federal courts. Otryckt manuskript (1987) avsett för publicering i American Bar Foundation Research Journal 1988. (Citeras Garth, Privatization.)
– Studying civil litigation through the class action. I:62 Indiana Law Journal (1986–1987) s 497 ff.
– se även *Cappelletti & Garth.*
Garth, B & Nagel, I H & Plager, S J, The institution of the private attorney general: perspectives from an empirical study of class action litigation. I: 61 Southern California Law Review (1987) s 301 ff. (Citeras Garth, The institution.)
Gillberg, B O, Artiklar i miljö- och produktskaderättsliga frågor i Dagens Nyheter 9/2, 22/3, 13/5, 27/6 och 31/7 1988.
Gilles, P, Prozessrechtliche Probleme von verbraucherpolitischer Bedeutung bei den neuen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrecht. I:98 Zeitschrift für Zivilprozess (1985) s 1 ff.
Gillespie, C, The scope of the class action in Canada. 11 Manitoba Law Journal (1981) s 215–235.
Glenn, H P, Class action and the theory of tort and delict. I: 35 University of Toronto Law Journal (1985) s 287 ff.
– Class actions in Ontario and Quebec. I:62 The Canadian Bar Review (1984) s 247–277.
– The dilemma of class action reform. I: 6 Oxford Journal of Legal Studies (1986) s 262 ff.
Golbey, A, Attorneys fees, unclaimed funds, and class actions: Application of the common fund doctrine. I:48 Fordham Law Review (1979) s 380–388.
Goldberg, S B & Green, E D & Sander, F E, Dispute resolution. Boston 1985.
Goldberg, G, Eisen III: Fluid recovery, constructive notice and payment of notice costs by defendant in class action rejected. I: 73 Columbia Law Review (1973) s 1641 ff.
Goodman, M N, Cost allocation in California class actions. I: 13 California Western Law Review (1976–77) s 65 ff.
Gordon, S N, Manageability under the proposed uniform class actions act. I: 31 South Western Law Journal (1977) s 715 ff.
Gottwald, P, Class actions auf Leistung von Schadensersatz nach Amerikanischem Vorbild im Deutschen Zivilprozess? I:91 Zeitschrift für Zivilprozess (1978) s 1 ff.
Greenberg, E A, Class actions in New York: Recovery for personal injury in mass tort cases. I:30 Syracuse Law Review (1979) s 1187 ff.

Greene, L S, Title VII class actions, standing at its edge? I:58 Journal of Urban Law (1981) s 645 ff.
Grossfeld, B, Probleme der Rechtsvergleichung im Verhältnis Vereignete Staaten von Amerika – Deutschland. I: 39 Rabels Zeitschrift (1975) s 5 ff.
Groth, P H, Amerikansk antitrust-lovgivning og denne lovgivnings betydning för æropeiske virksomheder. I: UfR 1970 B s 63 ff.
Gullnäs, I, "Jag – en medlare." I: Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund 1985 s 421 ff.
Handler, M, The shift from substantive to procedural innovations in antitrust suits – the twenty-third annual antitrust review. I: 71 Columbia Law Review (1971) s 1 ff.
Harlow, C, Public interest litigation in England: The state of the earth. I: Public Interest Law, edited by Jeremy Cooper and Rajeev Dhavan. New York 1987.
Harvard Developments – se Developments in the law. Class actions. . .
Hayden, J P, The California state courts and consumer class actions for antitrust violations. I:33 The Hastings Law Journal (1982) s 689 ff.
Hazard, G, The effect of the class action device upon the substantive law. I:58 Federal Rules Decisions (1973) s 307–312.
– Indispensable party: The historical origin of a procedural phantom. I:61 Columbia Law Review (1961) s 1254–1289.
Hellner, J, The consumers access to justice in Sweden. I:40 Rabels Zeitschrift (1976) s 727 ff.
– Skadeståndsrätt. 4:e uppl Stockholm 1985.
– Värderingar i skadeståndsrätten. I: Festskrift till Ekelöf (1972) s 299 ff.
Hemker-Smith, C E, Consumer class actions in California: A practical approach to the problem of notice. I: 7 Pacific Law Journal (1976) s 811 ff.
Heuman, L, Målsägande. Diss, Stockholm 1973.
– Reformfrågor rörande målsäganderätten. I: Svensk Juristtidning 1977 s 241 ff.
– Reklamationsnämnder och försäkringsnämnder. Institutet för rättsvetenskaplig forskning CVI. Lund 1980. (Citeras Heuman, Nämnder.)
– Rättshjälp och pilotfall. Skrifter utgivna av Juridiska föreningen i Lund nr 48. Lund 1982. (Citeras Heuman, Rättshjälp.)
Hoak, J, Attorney fees: Exceptions to the American rule. I:25 Drake Law Review (1976) s 717–738.
Holdsworth, W, A history of english law. Volume 1, 7:e uppl London 1956 (citeras efter pocketutgåvan 1969).
Homburger, A & Kötz, H, Klagen privater im öffentlichen Interesse. Arbeiten zur Rechtsvergleichung 68. Frankfurt am Main 1975.
Hondius, E H, Class action in the interest of consumers. Dutch law. Stencil Utrecht 1988-03-09.
Inledning – se förklaring ovan s 394 not 93.
Iovaldy, T L, Private consumer substantive and procedural remedies under state law. I: The Antitrust Bulletin 1970 s 255 ff.
Jacob, Sir, Jack, Access to justice in England. I: Access to justice I:1 s 417 ff.
– Safeguarding the public interest: New institutions and procedures. I: *Public Interest Law,* edited by Jeremy Cooper and Rajeev Dhavan, New York 1987, s 51 ff. Även publicerad i 1 Civil Justice Quarterly (1982) s 312 ff.
Jacobsson, U, Argumentation i civilprocessen. I: Festskrift till Welamson (1988) s 349 ff.
– Processrätt i USA. Lund 1970.

James F, Civil procedure. Boston 1965. (Senare upplaga finnes.)
Jareborg, N, Brotten. 1:a häftet. Grundbegrepp, brotten mot person. 2:a uppl. Institutet för rättsvetenskaplig forskning XCIX. Lund 1984.
Jolowicz, J A, 'General ideas' and the reform of civil procedure. I: 3 Legal studies (1983) s 295 ff.
– Protection of diffuse, fragmented and collective interests in civil litigation: English law. Second international congress on procedural law: Würzburg 1983 (särtryck). Numera även publicerad i 42 Cambridge Law Journal (1983) s 222 ff.
Jonsson, P & Lindmark, D & Roos, C M, Rättsskyddsförsäkringen – synad i fogarna. Lund 1982.
Kadish, S, & Schulhofer, S & Paulsen, M, Criminal law and its processes. Cases and materials. 4th ed. Boston 1982.
Kane, M K, Civil procedure in a nutshell. S:t Paul 1979.
Kalven, H & Rosenfield, M, The contemporary function of the class suit. I: 8 The University of Chicago Law Review (1940–41) s 684 ff.
Kazanjian, J, Class actions in Canada. I: 11 Osgoode Hall Law Journal (1973) s 397 ff.
Kennedy, J E, Federal class actions: A need for legislative reform. I:32 Southwestern Law Journal (1979) s 1213 ff.
King B F, Auditing claims in a large-scale class action refund – the antibiotic case. I: 22 Antitrust Bulletin (1977) s 67 ff.
Kivivuori, A & Tala, J, Konsumenternas och konsumentorganens processuella ställning. I: NEK Rapport 1984:15 s 117 ff.
Koch, H, Class and public interest actions in German law. I: 5 Civil Justice Quarterly (1986) s 66 f.
– Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess. Die class action des amerikanischen Rechts- und deutsche Reformprobleme. Arbeiten zur Rechtsvergleichung 83. Frankfurt am Main 1976. (Citeras Koch, Kollektiver Rechtsschutz.)
– Prozessführung im öffentlichen Interesse. Rechtsvergleichende Entwicklungsbedingungen und Alternativen objektiver Rechtsdurchsetzung. Arbeiten zur Rechtsvergleichung 118. Frankfurt am Main 1983. (Citeras Koch, Prozessführung.)
Kötz, H, Civil litigation and the public interest. I:1 Civil Justice Quarterly (1982) s 237 ff.
– Klagen privater im öffentlicher Interesse. I: *Homburger & Kötz*, Klagen privater in öffentlicher Interesse. Arbeiten zur Rechtsvergleichung 68. Frankfurt am Main 1975.
– Public interest litigation: A comparative survey. I: Access to Justice and the welfare state. . . (Citeras Kötz i Welfare state.)
– Settlement of disputes out of court, a comparative report on the trend toward consiliation. I: *Kötz, H & Ottenhof, R*, (ed), Les consiliateurs, la consiliation. Une etude comparative. Paris 1983.
Kötz, H & Ottenhof, R, (ed), Les conciliateurs, la conciliation. Une etude comparative. Paris 1983.
Landers, J M, Of legalized blackmail and legalized theft: Consumer class actions and the substance-procedure dilemma. I:47 Southern California Law Review (1974) s 842 ff.
Landes, W & Posner, R, The private enforcement of law. I:4 Journal of Legal Studies (1974) s 1 ff.
Larsson, S, Anmälan av Lars Heuman: Rättshjälp och pilotfall. I: Svensk Juristtidning 1983 s 223 ff.

Larsson, S, Fullgörelsetalan. I: Festskrift till Ekelöf (1972) s 462 ff.
Lauzon, Y, Le recour collectif Québécois: Description et bilan. I:9 Canadian Business Law Journal (1984) s 324–350.
Lavin, R, Offentligrättsligt vite I och II. Lund 1978 och 1980.
Lawyer's ready reference to class actions, Danny Jones, Charles Weldon, NPI Corporation 1972.
Lieberman, J K, The litigious society. New York 1981.
Lindblom, P H, Konsumentmål. En rapport och två utredningar om konsumenters processuella rättsskydd. Lund 1985. (Citeras Lindblom, Konsumentmål.)
– Kontinuitet och anakronismer. En studie i anslutning till miljöskyddslagens förarbeten. I: Rättshistoriska studier (serien II) bd 5. (Festskrift till Gösta Hasselberg.) Lund 1977. (Citeras Lindblom, Kontinuitet.)
– Lagtolkning eller rättstillämpning? Kommentar till ett rättsfall (NJA 1980 s 743). I: Festskrift till Welamson (1988) s 437 ff.
– Processen – bara en formsak? I: Kungl Vetenskapssamhällets i Uppsala årsbok 23/1980 s 75–95. (Citeras Lindblom, Formsak.)
– Processhinder. Om skillnaden mellan formell och materiell rätt i civilprocessen, särskilt vid bristande talerätt. Institutet för rättsvetenskaplig forskning LXXVI. Stockholm 1974. (Citeras Lindblom, Processhinder.)
– The protection of diffuse, fragmented and collective interests in civil litigation in Sweden. I: Scandinavian Studies in Law 1985 s 103–135. (Citeras Lindblom, The protection.)
– Tes, antites och syntes – perspektiv på processrätten. I: SvJT 1984 s 785 ff. (Citeras Lindblom, Tes.)
Lind, J, Materiell processledning i arbetsdomstolen. I: Rättegången i arbetstvister s 286 ff.
Lindell, B, Partsautonomins gränser. Uppsala 1988.
– Sakfrågor och rättsfrågor. En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt. Uppsala 1987.
Lord, B C, Class action. Mass accident litigation. Class action is appropriate procedure for the determination of severed liability issue in mass accident litigation arising out of a mid-air collision. *Petition of Gabel* 350 F Supp. 624 (C.D. Cal. 1972). I: 40 Journal of Air Law and Commerce (1974) s 320 ff.
Lyons, J, Manageability of class actions under S. 3475: Congress confronts the policy choices revealed in Rule 23(b)(3) litigation. I:68 Kentucky Law Journal (1979–80) s 216–239.
MacDonald, W A och Rowley, Q C, Ontario class action reform: Business and Justice system impacts – a comment. I:9 Canadian Business Law Journal (1984) s 351–366.
Magnuson, W, Future trends in class actions. I: Class Action Study (1974) s 1442–1478.
Magraw, D B, The Bhopal disaster, structuring a solution. I: 57 University of Colorado Law Review (1986) s 835 ff.
Malina, M & Blechman, M D, Parens patriae suits for treble damages under the anti-trust laws. I: 65 North Western University Law Review (1970–71) s 193 ff.
Managing the large class action: Eisen v. Carlisle & Jacquelin. I:87 Harvard Law Review (1973–74) s 426 ff.
Manchester, A H, A modern legal history of England and Wales 1750–1950. London 1980.

Mangum, K, The class action as a consumer protection device: State v. General Motors Corp. I:40 Louisiana Law Review (1980) s 497 ff.
Marcin, R, Searching for the origin of the class action. I:23 Catholic University Law Review (1974) s 515–525.
McCall, J R, Due process and consumer protection: Concepts and realities in procedure and substance class action issues. I: 25 The Hastings Law Journal (1974) s 1351 ff.
McGechan on procedure. Wellington 1985. (Nya Zeeland)
Meister, H, Aspekte des Verbraucherschutzes. Zugleich eine Besprechung von K. Zimitis, Verbraucherschutz – Schlagwort oder Rechtsprinzip? I: Wettbewerb in Recht und Praxis 1976 s 447 ff.
Melander, G & Nobel, P, Handbok i invandrarrätt. Stockholm 1984. (Citeras Nobel.)
Mertens, H-J, Kollektivrechtlicher Schadensersatz als Mittel des Verbraucherschutzes. Überlegungen zur Einführung eines kollektivrechtlichen Schadensersatzanspruchs im Ramen von Paragraf 3 UWG. I:139 Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (1975) s 438 ff.
Meunier, J A, New York's neglected class action statute: *Rosenfield v. A H Robins Co.* I: 43 Albany Law Review (1979) s 388 ff.
Michanek, G, Den svenska miljörättens uppbyggnad. Uppsala 1985.
Michelson, S, Om civilrättsligt skydd mot miljöskada. I: Svensk Juristtidning 1986 s 100 ff.
– Prejudikattorka trots de 17 år som vi haft med miljöskyddslagen. En översikt av praxis. I: Advokaten 1986 s 75 ff.
Mickum, G B & Rhees, C A, Federal class action reform: A response to the proposed legislation. I: 69 Kentucky Law Journal (1980–1981) s 799 ff.
Miller, A, Attorneys fees in class actions. Federal Judicial Center 1980. (Citeras Miller, Fees.)
– Memorandum to members of the advisory committee on civil rules. Subject: class actions. May 19, 1982. Fotokopia av otryckt original. (Citeras Miller, PM.)
– Of Frankenstein monsters and shining knights: Myth, reality, and the "class action problem". I:92 Harvard Law Review (1979) s 664–694. (Citeras Miller, Frankenstein.)
– An overview of federal class actions: Past, present and future (1977). (Citeras Miller, Overview.)
– A preliminary report of revising Federal Rule 23 relating to class actions. 1982. (Citeras Miller, Report.)
– Problems in administering judicial relief in class actions under Federal Rule 23 (b)(3). I:54 F. R. D. (1973). (Citeras Miller, Problems.)
– Problems of giving notice in class actions. I:58 F.R.D 299 (1973) s 313 ff. (Citeras Miller, Notice.)
Miller, A, (ej densamme som föregående Miller), Constitutional decisions as de facto class actions. A comment on the implications of Cooper v. Aaron. I:58 University of Detroit Journal of Urban Law (1981) s 573–575, 586.
Miller, C J, Some problems of individual and collective consumer redress in English law. Stencil. Bidrag till Anglo-Swedish comparative law seminar, Uppsala 1981, stencil. (Citeras Miller, C J, Some problems.)
*Miller, C J & Harvey, B W,*Consumer and trading law. Cases and materials. London 1985. (Citeras Miller, C J, Consumer.)
Moore, B C, Does it go far enough? I: 63 American Bar Association Journal (1977) s 842 ff.

Moore's Federal Practice, vol. 6 1982.
Morgan, R, Disabling America: The "Rights industry" in Our Time. New York 1984.
Mundig, D M, Restitution: a solution to *Illinois Bric Co. v. Illinois* and to manageability problems of antitrust and other problems of consumer class actions. I: 18 Arizona Law Review (1976) s 940 ff.
Myers, A R, England in the late middle ages. 2:a uppl Liverpool 1963.
Møgelvang-Hansen, P, Forbrugerbeskyttelsens retshåndhævelseproblemer. Standardiserede indgreb – kollektiv retshåndhævelse. I: Dal & Hansen (red) Forbrugerforskning i Danmark, 1980.
– Nogre præjudikatmæssige betragtninger på baggrund af U 1981 S. 221 H. I:UfR 1982 s 86 ff.
– Privat retshåndhævelse i USA. Private attorneys general. I:11 Retfærd (1979) s 6 ff.
NEK Rapport 1984:15. Det rättsliga konsumentskyddets effekter. Rapport från ett nordiskt seminarium. Stencil 1984.
Nelson, A, Brotten och brottsutvecklingen i Finland och Sverige under femtio år. I: Svensk Juristtidning 1984 s 801 ff.
– Kriminalpolitik och ingripanden vid brott. Uppsala 1983. (Citeras Nelson.)
– Slag i luften mot brottsligheten. I: Nordisk Tidskrift for Kriminalvidenskab 1987 s 193–212. (Citeras Nelson, Slag i luften.)
Newberg, H, Court awarded fees. I: Public interest litigation, vol 1, New York 1978, s 13–19.
– Federal consumer class action legislation: Making the system work. I:9 Harvard Journal on Legislation (1972) s 217 ff.
– Newberg on class actions. A manual for group litigation at federal and state levels. Boston 1981. (Finns nu även i senare upplaga.)
Nobel, P, se *Melander*
Nordenson, U, Prejudikatsbildning genom HD eller skadenämnder. I: Nordisk försäkringstidskrift 1979 s 233 ff.
Nordlund, J, Något om åtalsrätt – särskilt målsägandens subsidiära åtalsrätt. Examensarbete i processrätt, Juridiska Institutionen, Uppsala 1987 (stencil).
Norstedts laghandböcker. Rättegångsbalken I. Gullnäs, I & Fitger, P & Eklycke, L & Eksborg, A-L. Stockholm 1984–. (Citeras med författarnamn till resp avsnitt.)
Note, Air crash disasters. – Class actions – a class action suit is not the appropriate procedure for litigating claims involving air crash victims who were citizens of diverse countries and states within the United States. *Caucy v. Pan-American World Airways, Inc*, 66 F.R.D. 392 (E.D. Wa 1975). I: 42 Journal of Air Law and Commerce (1976) s 255 ff.
– Allocation of identification costs in class actions: Saunders v. Levy. I: 91 Harvard Law Review (1978) s 703 ff.
– Award of attorneys' fees to unsuccessful environmental litigants. I: 96 Harvard Law Review (1983) s 677–696.
– Certifying classes and subclasses in title VII suits. I: 99 Harvard Law Review (1986) s 619 ff.
– Class certification in mass accident cases under Rule 23(b) (1). I:96 Harvard Law Review (1983) s 1143 ff.
– Collateral attack on the binding effect of class action judgements. I: 87 Harvard Law Review (1973–74) s 589 ff.
– Defendant class actions. I: 91 Harvard Law Review (1978) s 630 ff.

- Federal civil procedure – class actions. I: 25 Kansas Law Review (1976) s 126 ff.
- Louisiana's class action: Judgemade law in a mixed civil- and common-law jurisdiction. I: 61 Tulane Law Review (1987) s 1205 ff.
- Mootness on appeal in the Supreme court. I: 83 Harvard Law Review (1970) s 1672 ff.
- New York city's alternative to the consumer class action: The Government as Robin Hood. I: 9 Harvard Journal on Legislation (1972) s 301 ff.
- Notice in Rule 23 (b)(2) class actions for monetary relief: Johnson v. General Motors Corp. I: 128 University of Pennsylvania Law Review (1980) s 1236 ff.
- State protection of its economy and environment: parens patriae suits for damages. I: 6:3 Columbia Journal of Law and Social Problems (1970) s 411 ff. (Citeras Note, State protection.)
- Promoting the vindication of civil rights through the attorney's fees award act. I: 80 Columbia Law Review (1980) s 347 ff.
- Strategic bankruptcies: class actions, classification & the Dalcon Shield cases. I: 7 Cardoco Law Review (1986) s 817 ff.
- The consumer trust fund: a cy pres solution to undistributed funds in common class actions. I: 38 The Hastings Law Journal (1987) s 729 ff.
- The Manville bankruptcy: treating mass tort claims in chapter 11 proceedings. I: 96 Harvard Law Review (1983) s 1121 ff.

Nyman, O, Judiciell eller administrativ tillståndsprövning. I: Förvaltningsrättslig Tidskrift 1977 s 137 ff.

Oldertz, C, Patient- och läkemedelsförsäkringarna. I: Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1981 s 378 ff.

O'Leary, M C & Dumars, C T, Class action damages under the truth in lending acts: The consumer perspective. I: 58 Journal of Urban Law (1981) s 699 ff.

Olivecrona, K, Civilprocessens allmänna del. 2:a utvidgade upplagan. Juridiska föreningen, Lund 1946.

- Domstolsorganisationen i vissa främmande länder. 7 uppl Lund 1979. (Citeras: Olivecrona.)

Ontario Report – se Report on class actions under 1. ovan.

d'Oliveira, H U J, Protection of diffused, fragmented and collective interests in civil litigation. I: XXX Netherlands International Law Review (1983) s 161 ff.

Packer, H, Two models of the criminal process. I: 113 University of Pennsylvania Law Review (1964) s 1 ff.

Parsons, A P & Starr, K W, Environmental litigation and defendent class actions: the unrealised viability of Rule 23. I: 4 Ecology Law Quarterly (1974–75) s 881 ff.

Peckham, R F, A judicial response to the cost of litigation: Case management, two-stage discovery planning and alternative dispute resolution. I: 37 Rutgers Law Review (1985) s 253 ff.

Pinos, T, Class actions in Victoria. I: 58 Law Institute Journal (1984) s 955–957 (Australien).

Plucknett, T, A concise history of the common law. 5:e uppl. London 1956.

Pollock, F & Maitland, F, The history of English law before the time of Edward I. Volym I, 2:a uppl, Cambridge 1898.

Pomeranz, A, New developments in class actions – has their death knell been sounded? I: The Business Lawyer 1970 s 1259 ff.

Pomeroy, J, Equity jurisprudens. 5:e uppl 1941.

Public Interest Law. Edited by Jeremy Cooper and Rajeev Dhavan. New York 1987.

Posner, R, The federal courts. Crisis and reform. Cambridge, Mass, 1985.

– se även Landes

Prichard, R, Class action reform: Some general comments. I: 9 Canadian Business Law Journal (1984) s 309–323.

Proctor, D R, Attorneys' fees – Award of Attorneys' fees from entire common fund in class action judgments does not violate no-fee American Rule. Boeing Co. V. Gemert, 444 U.S. 472 (1980). I: 11 The Cumberland Law Review (1980).

Putz, C D, Punitive damage claims of class members who opt out: Should they survive? I: 16 University of San Fransisco Law Review (1981) s 1 ff.

Ragnemalm, H, Offentligrättsliga studier. Juridiska Föreningens i Lund skriftserie nr 20. Lund 1977.

– Regeringsformen 11:11. Några reflexioner i anledning av ett färskt HD-avgörande. I: Förvaltningsrättslig tidskrift 1976 s 78 ff.

Ramey, D, Calculation of attorneys' fees awards in title VII actions against private defendants. I: 58 Journal of Urban Law (1981), s 641–644.

Rapoport, A, Theories of conflict resolution and the law. I: Friedland, M, (ed) Court and trials: A multidisciplinary approach, Toronto 1975, s 22 ff.

Reed, J S, Legislating for the consumer: An insider's analysis of the consumer's legal remedies act. I: 2 Pacific Law Journal (1971) s 11 ff.

Rinman, T, Kultur – kollision. I: Svensk Sjöfartstidning 1981 s 5 f.

Rochwerg, M J, Proposed stage II amendments to Canadian combines legislation – Bill C-42. I: 15 Osgoode Hall Law Journal (1977) s 51 ff.

Roos, C M, Analys och värdering av ersättningssystem. I: Tidskrift for Rettsvitenskap 1987 s 832 ff.

– Inlägg i diskussion. . . I: Svensk Juristtidning 1987 s 418 f.

Rose, A C, Federal mass tort class actions: a step toward equity and efficiency. I: 47 Albany Law Review (1983) s 1180 ff.

Rosenberg, D, Class actions for mass torts: doing individual justice by collective means. I: 62 Indiana Law Journal (1986/87) s 561 ff.

Rundegren, H, Certified questions, class actions, multidistrict litigation – studier i amerikansk processrätt. I: Svensk Juristtidning 1984 s 432 ff.

Rättegången i arbetstvister. Lagkommentar och uppsatser utgivna av Arbetsrättsliga föreningen under redaktion av Tore Sigeman. Uddevalla 1979.

Scher, I, A critical view. I: 63 American Bar Association Journal (1977) s 840 ff.

– Opening state courts to class actions: the uniform class actions act. I: 32 The Business Lawyer (1976) s 77 ff.

Scherman, E F, Class actions and duplicative litigation. I: 62 Indiana Law Journal (1986/87) s 507 ff.

Schmidt, E, Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie. Frankfurt am Main 1973.

Schuck, P H, Agent Orange on trial. Mass toxic disasters in the courts. Cambrige (Mass) and London 1986.

Schwarzer, W W, Rule 11 revisited. I: 101 Harvard Law Review (1988) s 1013 ff.

Scott, K, Two models of the civil process. I: 27 Stanford Law Review. (1975) s 937–950.

Senate Study. Se Magnuson.

Shepard's manual of Federal practice. Revised by R A Lavine and G D Horning. McGraw-Hill 1967.
Shirnich, R A & Avery, P I, The state court class action – a potpourri of differences. I: 20 The Forum (1985) s 750 ff.
Sevell, R D, Private and public remedies for fraudulent business practices in California: The importance of a strong public role. I: 6 Loyola of Los Angeles Law Review (1973) s 312 ff.
Sigeman, T, Bot, plikt och skadestånd. Om påföljder för kollektivavtalsbrott i nordisk rätt. I: Perspektiv på arbetsrätten. Vänbok till Axel Adlercreutz (1983) s 301 ff.
Sim, W and Cain, G, The practice of the High court and Court of appeal of New Zealand. I: High Court Rules 1986.
Smith, J C Jr, Standards for judicial approval of attorneys' fees in class action and complex litigation. I: 20 Howard Law Journal (1977) s 20 ff.
Smith, R, How good are test cases? I: Public Interest Law, edited by Jeremy Cooper and Rajeev Dhavan. New York 1987.
Smith, Z A, Class action: State notification requirements after *Eisen.* I: 8 Western State University Law Review (1980) s 1 ff.
Spindler, H A, Die amerikanische Institution der Class Action als Mittel des Konsumentenschutzes – Kuriosum oder Vorbild? I: Festschrift zum 70. Geburtstag von Eugen Ulmer (1973) s 369 ff.
Sterzel, F, Domstolarnas roll i Sverige. I: "Domstolarnas roll".
Story, J, Commentaries on equity pleadings. 1838.
Strömbäck, E, Miljöskada och försäkring. I: Försäkringsrättslig tidskrift 1986 s 172 ff.
Strömholm, S, Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära. 3:e uppl, Stockholm 1988.
– se "Domstolarnas roll".
Swiatlowski, A, The predominance requirement: antitrust class actions and the "commercially unique" product. I: 27 Syracuse Law Review (1976) s 1257 ff.
Tala, J, – se Kivivuori.
Taylor, G D S, Individual standing and the public interest: Australiasian developments. I: 2 Civil Justice Quarterly (1983) s 353 ff.
Taylor, J & Head, J, Representing collective interests in civil litigation: A comparative synopsis. I: 58 Journal of Urban Law (1981) s 587 ff.
Thiere, K, Die Wahrung über individuellen Interessen im Zivilprozess. Würzburg 1977–78.
Thomas, J, The private attorney general in California – an evolution of the species. I: 18 San Diego Law Review (Comments) (1981) s 843–865.
Thomas, R, The consumer and public interest law. I: Public Interest Law, edited by Jeremy Cooper and Rajeev Dhavan. New York 1987.
Thornstedt, H, Kriminalisering och avkriminalisering i dagens samhälle. I: Festskrift till Agge (1970) s 369 ff.
Thumann, H C, Class action settlements – class redefinition. I: 50 Antitrust Law Journal (1981) s 105 ff.
Träskman, P O, Brottspåföljder och brottmålsförfarandet – rättsutvecklingen i Finland och i Sverige under femtio år. I: Svensk Juristtidning 1984 s 826 ff.
Tur, R H S, Litigation and the consumer interest; the class action and beyond. I: 2 Legal Studies (1982) s 135 ff.
Uff, K, Class, representative and shareholders' derivative actions in English law. I: 5 Civil Justice Quarterly (1986) s 50 ff.

– Recent developments in representative actions. I: 6 Civil Justice Quarterly (1987) s 15 ff.
Uhrmann, S V, Class actions: Are they compatible with product liability litigation? I: 12 Trial Lawyer Quarterly (1977–78) s 80 ff.
Urbelis, T J, The attorney as plaintiff and quasi-plaintiff in class and derivative actions: ethical and procedural considerations. I: 18 Boston College Industrial and Commercial Law Review (1977) s 467 ff.
Utterström, T, Den näringsrättsliga lagstiftningen för konsumentskydd. I: Norstedts juridiska handbok, 13:e uppl (1987), s 367 ff.
Valley, E S, Louisiana's class action. . . se Note, Louisiana's class action.
Waltman, J L & Holland K M (ed), The political role of law courts in modern democracies. London 1988.
Wasserman, R, Der soziale Zivilprozess. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat. Neuwied och Darmstadt 1978.
Weber, M, Law in economy and society. Utgiven av Max Rhenstein, Cambridge (Mass.) Third printing, 1969.
Weiner, T M, The truth in lending class action. I: 40 Albany Law Review (1976) s 753 ff.
Weinstein, J, Some reflections on the "abusiveness" of class actions. I: 58 Federal Rules Decisions 299 (1973) s 299–306.
Welamson, L, Konkurs. 7:e uppl. Institutet för rättsvetenskaplig forskning XLI. Lund 1980.
Welfare state, se Cappelletti
Wells, P, Reforming federal class action procedure: An analysis of the justice department proposal. I: 16:2 Harvard Journal on Legislation (1979) s 543–581.
Wennberg, S, Inlägg i diskussion. . . I: Svensk juristtidning 1987 s 411 ff.
Verner, J, Numerosity and federal Rule 23: How many is too many? I: 49 University of Missouri at Kansas City Law Review (1981) s 312 ff.
Weiner, W & Szyndrowski, D, The class action from the English bill of peace to federal rule of civil procedure 23: is there a common thread? I: 8 Whittier Law Review (1987) s 935 ff.
Weithers, T J, Class actions in environmental cases. I: 42 Insurance Law Journal (1975) s 553 ff.
Vestal, A D, Uniform class actions. I: 63 American Bar Association Journal (1977) s 837 ff
Westberg, P, Domstols officialprövning – en civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p 1. Lund 1988 (Endast i vissa delar och då i korrektur.)
Westerlund, S, Miljöfarlig verksamhet. Lund 1975.
– Miljörätten och den enskilde. I: Advokaten 1984 s 86 ff.
– Rätt och miljö. Lund 1988.
Whittaker, J, Skywalk wars. I: 52:2 University of Missouri-Kansas City Law Review s 296 ff.
Victor, A, Om "processen" i koncessionsnämnden för miljöskydd. Skriftligt arbete i processrätt. Juridiska institutionen i Uppsala (stencil) 1988.
Victorin, A, Some observations on measures to promote settlement out of court in disputes over rights according to Swedish law. I: *Kötz & Ottenhof* (ed) Les consiliateurs, la consiliation. Une etude comparative. Paris 1983 s 133 ff.
Widmark, K, Ambulance chasing. I: Advokaten 1987 s 438 ff.
Wilhelmsson, T, Control of unfair or unconscionable marketing practices in Finnish consumer protection legislation. I: The Finnish national reports to

twelfth congress of the international academy of comparative law, Sydney and Melbourne 1986. Helsingfors 1986 s 27 ff (stencil).
Williams, G R, Legal negotiation and settlement. S:t Paul 1983.
Williams, N, Class actions – the Canadian experience. I: Law Institute Journal Dec 1979 s 721–727.
– Practice of the Supreme court of Victoria in its civil jurisdiction, Melbourne 1964.
– Practice of the Supreme court of Victoria in its civil jurisdiction, Vol. 1, 2nd ed, 1973.
– Supreme court civil procedure reform in Australia – Part I: Rules revision in Victoria. I: 4 Civil Justice Quarterly (1985) s 49–66.
– Supreme court civil procedure reform in Australia. Part II: The prospect for procedural uniformity. I: 4 Civil Justice Quarterly (1985) s 150–168.
Williams, R, Should the state provide alternative dispute resolution services? I: 6 Civil Justice Quaterly (1987) s 142 ff.
Williams, S, Mass tort class actions: Going, going, gone? I: 98 Federal Rules Decisions 323 (1983) s 323 ff.
Wiman, B, Prissättning inom multinationella koncerner. Diss, Uppsala 1987.
Vinding Kruse, A, Erstatningsretten. 4. udgave under medvirken av Jens Møller 1986.
– Preventionen i ersättningsrätten – finns den? I: Svensk Juristtidning 1987 s 397 ff.
Winer, T M, The truth in lending class action. I: 40 Albany Law Review (1976) s 753 ff.
Vining, J, Legal identity, the coming of age of public law. New Haven and London 1978.
Wolf, M, Die Klagebefugnis der Verbände. Ausnahme oder allgemeines Prinzip? Tübingen 1971.
Wood, D P, Adjudicatory jurisdiction and class actions. I: 62 Indiana Law Journal (1986/87) s 597 ff.
Wright, C A, & Miller, A R, Federal Practice and Procedure. Volym 7. 1st ed. St Paul 1972–. (Citeras Wright & Miller.)
Wright, C A, & Miller, A R, & Kane, M K, Federal Practice and procedure. Volym 7A och 7B. 2nd ed. St Paul 1986. (Citeras Wright & Miller & Kane.)
Yeazell, S, From group litigation to class action. Part I: The industrialization of group litigation och Part II: Interest, class, and representation. I: 27 UCLA Law Review (1980) s 514–564 och 1067–1121.
– Group litigation and social context: Toward a history of the class action. I: 77 Columbia Law Review (1977) s 866–896.
– se även Eisenberg.
Ziskin, K A, Wrongs without a remedy: The concept of parens patriae suits for treble damages under the anti-trust laws. I: 43 Southern California Law Review (1970) s 570 ff.
Zweigert, K, & Kötz, H, Einführung in die Rechtsvergleichung. Band 1, 2 uppl 1984.
Åsberg, R, Nämnder på försäkringsområdet. I: Nordisk försäkringstidskrift 1979 s 226 ff.

Rättsfall

Förteckningen upptar först – i bokstavsordning – samtliga de rättsfall som i texten anges med namn. Hänvisningarna till rättsfallssamlingar o dyl är tyvärr ofullständiga i vissa fall (i några saknas de helt), men källan torde ändå gå att spåra med hjälp av de uppgifter som återfinns i de textavsnitt där rättsfallet diskuteras. Det alfabetiska registret inrymmer alla rättsfall (främst amerikanska, australiensiska, engelska och kanadensiska) utom det fåtal åberopade prejudikat som finns refererade i Nytt Juridiskt Arkiv; dessa, jämte ett ännu orefererat HD-fall, har placerats för sig sist i förteckningen.

Alfabetiskt register

Agent Orange, se *In re Agent Orange.*
"Altamålet" (Rt 1980 s 569), s 614 not 196.
Alyeska Pipeline Service Company v. The Wilderness Society, 421 U.S. 241 (1975); s 144, 286, 288, 292, 298, 299 ff, 304, 306, 318, 320 f, 340, 356, 531, 581.
American Steel & Wire v. Wire Drawers (1898); s 117.
"Antibiotikamålet", se the Pfizer case.
Arcambel v. Wiseman, 3 U.S. 306 (1976); s 287, 301.
Beatty v. Kurtz, 27 U.S. 566 (1829); s 117.
Bedford, se *Duke of Bedford...*
Boeing Co. v. van Gemert, 414 U.S. 472 (1980); s 286 not 10. Se även *Van Gemert...*
Brown v. Howard (1701), 1 Eq Ca Abr 163; 21 Er 960; s 67, 77 ff, 88, 89, 106.
Brown v. Vermuden (1676), 1 Cas in Ch 272; 22 Er 796; s 64 f, 68 ff, 73, 76, 77, 80, 83, 84, 94, 106.
Button v. Bognor Regis UDC (1972); s 313, 379 not 33.
Carr v. New York Exchange Inc. (1976), 414 F. Supp. 1292; s 200.
Castro v. Beecher 459 F. 2d 725 (1971–72); s 196.
Chancey v. May (1722), Pr Ch. 592; 24 ER 265; s 89.
Chicago v. General Motors Corp. (1971); s 189.
Christopher v. Brusselback, 302 U.S. 500 (1938); s 120 not 54.
City of London v. Perkins (1734), 3 Brown 602; 1 ER 1524; s 91.
Clark v. Paul Grey, Inc. Supra; s 178.
Coopers & Lybrand v. Livesay, 437 U.S. 463 (1978); s 219.
Courtney v. Glanvil (1615), Cro. Jac. (2) 343 79 ER 294; s 62.
Cranborne v. Crisp (1673), Cas Temp Finch 105; 23 ER 57; s 64.
Daar v. Yellow Cab Co. of California; s 26 f, 148, 277, 278, 281, 456.
Dolgow v. Andersson, 43 F.R.D. 472 (1968); s 263.
Duke of Bedford v. Ellis, [1901] AC 1; s 374 f m not 15.
Du Pont Inc. v. A.T. & T, 69 F.R.D. 481 s 489 (1975); s 201.
Eisen v. Carlisle & Jacqueline, 417 U.S. 156 (1974); s 29, 134, 144, 150, 183, 185, 216 ff, 224, 236, 263, 276, 277, 355, 361, 397, 427, 455, 474.
Eisen II; s 196.

EMI Records Ltd. v. Riley, [1981] 2 All ER 838; [1981] 1 WLR 923; s 376 not 22.
Fitzgerald v. North Eastern Hospital of Philadelphia, 458 F. Supp. 1041 (1976); s 202 f, 631 not 253.
Georgia v. Pennsylvania R Co. (1945); s 574.
Georgia v. Tenessee Copper Co., 206 U.S. 230 (1907); s 574 not 25.
Gillian v. City of Omaha, 524 F. 2d s 1013; s 301.
Gold Strike Stamp Co. v. Christensen, 436 F. 2d 791 (1970); s 202.
Gonzales v. Cassidy, 474 F. 2d 67 (1973); s 190 f, 238.
Gouriet v. Union of Post Office Workers, [1977] Q.B. 729; [1978] A.C. 435; s 355 not 81, 593 not 92.
Hansberry v. Lee, 311 U.S. 31 (1940); s 232, 233.
Hawaii v. Standard Oil Co., 405 U.S. 251 (1971); s 200, 204, 299, 355, kap 14 avsn. 2.2.3, 581, 582 not 56, 583, 594.
Haynes v. Logan Furniture Mart Inc., 503 F. 2d 1161 (1974); s 201.
Hitchens v. Congreve (1828), 4 Russ 562; 38 ER 917; s 90 ff, 208.
In re Agent Orange; s 28, 149.
In re Gypsum, 386 F. Supp. 959 (1974); s 628 not 239.
In re Hotel Telephone Overcharges, 500 F. 2d 86 (1974); s 207.
In re Osofsky, 50 F. 2d 925 (1931); s 309 f.
Jackson; s 384 not 53.
John v. Rees, [1970] Ch 345; [1969] 2 All ER 274; s 89 not 170.
Johnson v. General Motors Corp., 598 F. 2d 432 (1979); s 214.
Johnson v. Georgia Highway Express Inc., 408 F. 2d 714 (1974); s 321 not 151.
Katz v. Carte Blanche Corp., 496 F. 2d 747 (1974); s 203 f, 277 not 41, 516 not 110–111, 630 ff.
Kanalfall 1 (1309); s 69 f, 106.
Kanalfall 2 (1565); s 70, 106.
La Mar v. H & B Novelty & Loan Co., 489 F. 2d 461 (1973); s 182, 187, 188.
Landau v. Chase Manhattan Bank, 556 F. 2d 664 (1977); s 324 not 170.
Lopez Tijerina v. Henry (1969); s 180.
Lousiana v. Texas, 176 U.S. 1 (1899); s 574 not 25.
Maire v. Stockton (1965); s 70.
Marino v. Esanda Limited (1986); s 394 not 94, 396 not 101.
Markt Co. Ltd. v. Knight Steamship Co. Ltd., [1910] 2 KB 1021, AC; s 375 not 18, 389, 406, 408 not 153, 409, 415.
Mills v. Electric Auto Light, 396 U.S. 375 (1970); s 297.
Missouri v. Illinois, 180 U.S. 208 (1901); s 574 not 25.
Moon v. Atherton, 2 QB 435; [1972] 3 All ER 145; s 376 m not 23.
Naken v. General Motors of Canada (1983), 46 National Reporter; s 25 ff, 410 f, 415.
Natural Treasury Employees Union v. Richard M. Nixon, 521 F. 2d 317 (1975); s 319 not 142.
Natural Resources Defence Council v. EPA, 484 F. 2d 1331 (1973); s 294.
Newman v. Piggie Park Enterprises, 390 U.S. 400 (1967); s 292 f, 295, 299.
The Opren Case; s 377, 386, 432.
Parkan v. South Western Bell Telephone Co, 433 F. 2d 421 (1970); s 294.
Parklane Hosiery Co. v. Shores, 99 S. CT. 645 (1979); s 235, 236.
Payne v. Young (1981), 2 KB 102, 30 ALR; s 394 not 94.
The Pfizer Case ("antibiotikamålet"); s 221 ff, 260, 584.

Prudential Assurance Co Ltd. v. Newman Industries Ltd., [1981] 1 Ch 229; s 376 not 25.
Republic Nat. Bank of Dallas v. Denton & Anderson Corp.; s 252.
Robinson v. Lorillard Corp, 444 f. 2d 791 (1971); s 252.
Rookes v. Banard (1964); s. 271.
Roper v. Consurve Inc., 578 F. 2d 1106 (1978); s 277.
Ruckelshaus v. Sierra Club, 463 U.S. 680 (1983); s 308, 321, 609 m not 166, 614 not 196.
"Saluhallsmålet"; s 23 not 94, 539 not 180.
Samuel v. University of Pittsburgh, 538 F. 2d 991 (1976); s 203 f, 276.
Smith v. Swornstedt, 57 U.S. 288 (1853); s 115 f, 118, 130.
Snyder v. Harris, 394 U.S. 332 (1969); s 144 not 24, 177 ff, 201, 219, 340, 355, 361.
Supreme Tribe of Ben-Hur v. Cauble, 255 U.S. s 356 (1921); s 119 f, 130, 233.
"Thalidomidmålet"; s 546 m not 203, 606 not 147.
Trustees v. Greenough, 105 U.S. 527 (1882); s 297.
TWA v. Hughes 312, F. Supp. 478 (1970); s 324 not 167.
Van Gemert v. Boeing Company (1977–1980); s 277, 286, 298. Se även *Boeing...*
West v. Randall, 29 F. Cas. 718, C.C.D.R. (1820); s 113.
Wright v. Stone Container Corp, 524 F. 2d s 1058 (1975); s 293 f.
Zahn v. International Paper, 414 U.S. 291 (1973); s 25 f, 114, 177 ff, 201, 219, 340, 355, 361.

Nytt Juridiskt Arkiv:

NJA 1966 s 211 s 634
1978 s 3 s 541, 546 not 201, 668

HD:s beslut 27/9 1988 i T 312/86 (kommunala vattenavgifter) s 269 not 2, 685 not 150.

Sakregister*

access to justice (– to lawyers, – to the courts, jfr rättsskydd) 1, *3 ff*, 10, 41, 159, 163, 418 n 204, 420, 426, 448, 454, 458 n 76, 459, 465, 481, 641, 703 f, 706, 708, 710
ackusatorisk process 680 n 124
action 32, 53, 55, 59
  civil – 582, 585
  civil class compensatory – 349, *356 ff*, 694
  civil public – *349 ff*, 694
  governmental – 700 n 210
  public – (jfr parens patriae, statlig grupptalan) 20, 22, 25, 32, 38, 281, 421, 436, 488, 490, 539, 542, 561 n 259, *568 ff*, 590, 596, 647, 649
  public interest – 593 f m n 90
  relator – 18, 350 n 63, 385 n 56, 421, 490, 561, 586 m n 67, 593, 607 m n 152, 647
actio popularis (se även citizen suit, Popularklage) 18, 182, 543 f, 561 f m n 263, 602
adequacy of representation 97, 115, 120 f, 123, 125, 174, 183, 189, *189 ff*, 208, 212 ff, 223, 232, 236 ff, 257, 263, 265, 269, 342, 343 f, 351, 358, 390, 412, 414, 421, 468, 474, 618, 645, 674, 694 f, 702
adjudication 198, 255, 299
  – without a trial 242
administrativa avgifter 510
  – kostnader 421, 645
  – processer 606
administrativ myndighet 592
  – prövning 17, 663 n 52
administrative agencies 525 f, 537, 569
(the) Administrative office of the United State courts 418 n 203
administrationskostnad 207
(the) adversial principle 425
(the) adversary system 251, 255, 258 f, 266, 679, 680 n 124
advisory committee 110, 195 f, 198 f, 213, 218, 231, 325, 341, 346, 359 f, 462
advokatetik 690
  – rollen 490, 528, 679 ff, 689, 692
  – samfund 681
affidavits 690
affirmative defence 244
aids 667

* De allra vanligaste orden (class action, skadestånd etc) har inte tagits med i registret; antalet hänvisningar skulle bli alltför överväldigande.

aktie 276, 297
-bolag 298, 504 n 60
-bolagslagen 666
-bolagsrätt 149, 239, 673
-handel 217
-ägare 38, 89 f, 108, 185, 297, 666
-ägarombudsman 528 m n 149, 666 n 67
alkoholpolitik 492
allmänna reklamationsnämnden 33, 489, 532 ff, 549 m n 213, 670 n 80 och n 81
allmänt intresse (public interest) 12 ff m n 52, 302 f, 353, 363, 379, 400, 403, 593 m n 90, 701
alternative dispute resolution, se alternativ tvistlösning
alternativ ersättningsmekanism 19, 660
– påverkansmekanism 19, 660
– tvistlösning 3, 7, 10 f, 16, 489, *531 ff*, 649
ambulance chasers 167, 312, 323, 681 n 128, 690 n 169
American college of trial lawyers study 141
(the) American (no-fee) rule 8, 17, 153, 164, 285, 287, 289, *kap 9*, 385 n 57, 389, 398, 428, 452, 647, 672, 681, 704
amici curiae 577 m n 34
anställning 31, 186
ansvarsförsäkring 514 f, 518 f
ansvarsgenombrott 519
ansvarspulvrisering 701
answer 244, 249, 262
antibiotika 221 ff, 260
anti-business 653
anti-trust 31, 99, 133, 140, 145, 147 ff, 153 f, 160, 165, 176, 191, 200, 222, 284, 433, 496, 501, 515, 516 n 109, 587, 595, 645
-mål 128, 145, 146 ff, 152, 154, 160, 168, 292, 496, 503, 516, 545 n 200, 562 n 265, 567, 574, 582, 584, 656
appelate court 110, 228, 251
approval 96
arbetsdomstolen 79, 96, 490, 538, 540 ff, 610, 665 ff, 673 m n 92, 683, 689 n 166, 691 n 175, 698 n 200
arbetsgivare 31, 117, 225, 230, 689
arbetsmiljö 664, 667
arbetsmiljölagen 508, 664 n 59
arbetsrätt 41, 117, 149, 289, 291, 308, 502, 517 n 113, 536, 587, 639, 658, 665 f, 709
arbetsskada 520
arbetsskadeförsäkring 667
arbetstagare 14, 225, 230, 666, 668, 673 n 92
-organisation 666, 668
arbetstvister 665 n 63, 666, 668, 684 n 144, 691 n 181
arrende 68, 77 ff, 84, 86, 88, 93, 105 f
-nämnd 532, 538, 539 n 182, 627, 666
arvodesprövning 308 ff, 321 ff, 673
association 73, 88, 101, 106, 121
-(s)rätt 297, 666
-(s)rättsligt erkännande 372, 643

assurance society (jfr friendly societies) 87
atomansvarighetslagen 521
atomenergilagen 492
atominspektionen 489
attorney general (jfr private –) 192, 222, 299, 349 f, 421 n 214, 424 m n 235, 490, 524, 571, 573, 575, 577, 582, 586, 593
(The) Australian Law Reform Commission 387
auto towing 147
avgifter 522
avgiftssystem 489, 521 ff
avkriminalisering 494 f
avskrivning 652
avskräckning 270, 272, 296, 419 f, 446, 480, 500, 649
-(s)effekter 421
avtalsfrihet 5
avtalsvillkorslagen 539, 605, 610
avtalsvite (jfr vite) 510 n 85, 517
avvisning 304, 422

bad faith (jfr ond tro) 295
bankinspektionen 528 n 149
bankverksamhet 492
bar (-red) 229
bedrägeri 62, 496
behaviour modification (jfr handlingsdirigering, funktion processens) 380, 418 f, 425 m n 246, 434, 448, 458 n 76, 479, 532, 648
benefit of the law suit 313
Bernstein-undersökningen 140
beskattning 492
best evidence rule 246
besvärsrätt 561 n 259, 663 n 53
administrativ – 561 n 263
organisationers – 561 n 263
betalningsanspråk 123
-föreläggande 549
bevakning (i konkurs) 702
bevis 15, 51, 68, 79 f, 238, 245, 257, 556
-börda 185, 205, 243, 250, 275, 421, 501 f, 506, 538, 556 f, 663 n 52, 693
-fakta 243
-frågor 505, 685 ff
-föring 663 n 51
-krav 269, 275, 278, 501, 556 n 238, 646, 685
-lättnader 502, 515, 518 f m n 117, 546 n 204
prima facie – 545
-rätt 266, 654
-svårigheter 521, 544 n 197
-upptagning 245, 250 f, 551
-verkan 14, 24 f, 79 f, 161 f, 238, 257, 460, 556 f, 623
-värdering 251, 506
bevisning 197, 249, 250 f, 254, 268, 311
individuell – 196, 269
bidrag 488, 491 f

bill 47, 78
– 1978 348 ff, 585 f, 647 f, 694, 696, 698 f
– of peace 68, 83
reform – 95, 98
(b)kategori 125 ff, 128 f, 131 ff, 136, 174, *193 ff*, 210 ff, 213 ff, 221, 223 f, 226, 232, 235 f, 265, 274, 343
Bhopal 659, 664 m n 57
bokföring 268, 270, 276
bolagsstämma 38
bonussystem 514
borgenär 14, 541, 672
enskild – 672
-(s)kollektiv 701
bostadsdomstolen 490, 539 f, 539 n 182, 540, 542, 665
bostadsnämnd 489
bostadsrätt 536
bot 516 f
box money 87
brottmål 401, 490, 494, 503, 542 ff, 551, 564, 606, 680
-(s)process 493, 501, 504, 506, 542, 579
-(s)talan 541, 570
brottsbekämpning 501
brottsskadelag(-nämnd) 522, 533
byggfusk 523
byggnadsmål 537
böter 493, 499, 505, 507, 513
privat- 517

Carolina-teorin (se även Kalifornia-teorin) 583 f
Carter-regeringen 144
case law 34, 63, 112, 114, 227
cause of action 229
certification 23, 153, 159, 161, 185, 189, 193, 203, 221, 226, 362, 468, 688
– issue (se även tillståndsfrågan) 151, 153, 173, 208, 216, 240 f, 252, 253, *262 f*, 266, 342, 345, 367, 374, 421 n 216, 423, 645 f
de- 274
champerty 312
chancery 52 f, 56 ff, 61, 119
Chicago Antitrust Study 140
chikanös process 618
circuit court of appeal 110, 187
citizen suit (jfr actio popularis) 18, 562
civil action, se action
– class compensatory action, se action
– law 227
– public action, se action
civil rights (se även medborgerliga fri- och rättigheter, mänskliga rättigheter) 121 f, 145 ff, 160, 176, 179, 208, 291 f, 301, 347, 357, 433, 480, 482, 593, 627, 644 f, 647, 667, 705
– act 291, 293 f
– attorney's fees award act 292, 301
– mål 189, 562 n 265

claim estoppel (jfr issue estoppel, res judicata) 229
Class Action Reports Costs Studies 141
class action supplement 584, 595
class compensatory action, se action
class fact 253
– redefinition 261
– relief 157
Clean Air Act 291
closing argument 250
Code de Procedure Civil 414
(the) Code of Professional Responsibility 313
collateral attack 128, 190 f, 231, 237, 240, 474
– estoppel 190, 229 f, 233 f, 235, 237
Columbiaundersökningen 220 f, 222
Combines Investigation Act 427
commercial suit 350, 366
commissioners 58
commodities 160
commonality 125, 174, 183, *185 f*, 189, 194, 197, 208, 342, 390, 414, 421, 645, 708
common fund or benefit 290, 295, *296 ff*, 319, 681, 690 m n 168
common law 44, 49 ff, 57 ff, 65 ff, 71, 82, 93, 102 ff, 110, 227, 243, 277, 286 f, 369, 450, 670, 675 f, 679, 690
– domstol 51 ff, 58 ff, 66 ff, 82, 102, 104, 287, 379
common question class suit 124
community of interest 100, 130 f
compensatory damages 270 ff
competitive economy 311
complaint 243 f, 252, 262
compromise (jfr förlikning) 250
complex litigation 165
conflict resolution (jfr konfliktlösning, funktion) 418 m n 204, 434, 648
consolidation 198, 204
consumer advocacy agency 526 n 142
consumer fraud 595
contempt of court 511
contingent fees (se även provisionsarvode) 153, 164, 166, *308 ff*, *321 ff*, 328 333, 347, 385 n 57, 390, 394, 399 n 116, 402, 415, 423, 427 f, 430, 469, 478, 557, 647, 672, 682 f, 704
copyright 175
cost 285 f, 297
– benefit analys 657
– benefit kalkyl 423
– benefit test 421, 424
– internalization 272, 435 ff, 456, 479, 534, 695 f
council 59
court of appeal 577 f
courtroom adversaries 632
(the) crime control model 437
culpa 489, 520
curia regis 50 f
cy-pres *278 ff*, 282, 346, 431 n 261, 433, 481, 517, 685 n 50

– teknik 402, 415, 423, 427, 600, 646, 685 n 150
damage 575, 581 f
minimum – (se även punitive damages) 272, 489, 515 f
multiple – 515 f, 516 n 109
punitive – (se även straffskadestånd) 17, 270 f, 292, 391 n 86, 431 n 261, 434, 516, 575, 579
treble – 292, 489, 515
tripple – se punitive –, treble –
datumangivelse 694
day in court 71, 81, 118 f, 190 f, 212 f, 234, 257, 455, 555, 674
death abatement rule 67, 89, 467 n 106
(the) death knell doctrine 345
declaration of custom 84
default judgement (se även tredskodom) 242, 249
defence 244
(the) defence bar 356
defendant class action 20, 68, 70, 85, 126, 345, 363, 373, 556, 653
deldom 249
delgivning 490, 542 ff, 549 ff, 623, 671
demokratiska partiet 144 n 24, 175
demurrer 244
denial 244
– of justice 706 n 226
depositions 60, 246 f
oral – 246
written – 246
deterrence (jfr avskräckning) 159, 163, *268 ff*, 355, 380, 391, 402, 419, 446, 459, 464, 480, 508, 512
over – 273, 347
under – 347
diffusa intressen 6 f, 9 f, *11 ff*, 19, 26, 312, 331, 562, 647, 658, 662, 665, 705
disciplinförfarande 494
discovery 100, 160, 216, 242, *245 ff*, 249 f, 252 f, 266, 291, 421 n 217, 500, 550 f, 646
– entries 160
discretion 59, 61, 63, 208, 267, 671
diskretionär prövning 69
– rättsskipning 69
diskriminering 5, 14, 17, 31, 76, 93, 107, 127, 149, 186, 225, 295, 400, 429, 461, 498, 502, 524, 541, 545, 561, 572, 587, 606 ff, 616, 621, 625, 642, 668, 707 ff
etnisk – 498, 668
köns- 400, 405 f, 429, 498, 708
-(s)mål 132, 134, 147, 215, 598, 612
olaga – 498
-(s)ombudsman 489, 525, 528, 668
ras- 498, 541, 669, 708
dismissal 151
– for lack of prosecution 242
– or compromise (se även förlikning) 212
– without prejudice 242, 250
– with prejudice 250

dispositionsprincipen 197, 251, 256, 258 ff, 266, 538, 663 n 52
dispositiva mål 680
dispositiv tvistemålsprocess 539
distinguish 227
distribution 180, 268, 278 f, 701
  individuell – 268 f
  -(s)kostnad 279
  -(s)mål 114
diversity cases 341
  – jurisdiction 119, 207
  – of citizenship 175 ff, 200
djurfabriker 492
doctrine of mutuality (se även likhetsprincipen) 211, 234
  – of the law of the case 228
  – of the precedent 227
domarkåren 559
domarrollen 676, 679 ff, 689
domstolarnas roll 675 ff
domstolsbehörighet 119 f, 173 ff
domstolsorganisation 698
domstolsverket 586
double jeopardy 228
  – recovery 589, 591
dubbel organisationsprocess 598 n 111
due process 71, 118, 190 f, 211, 213, 218, 223, 231 ff, 257, 343, 390, 437, 455, 555, 592, 674 f m n 99

ed 246
  -(s)ansvar 663 n 52
editionsföreläggande 246 f, 266
  -plikt 500
ekonomisk brottslighet 492
ekonomisk förening 504 n 60
ekonomisk prevention – se cost internalization
election of remedies 228, 243
employment discrimination 147 f
(the) English Rule 287, 327, 329 ff, 385 n 57, 401, 413, 415, 428, 430, 647, 683
ensidig kvittningsregel 17, 308 n 101, 333, 398 f, 557, 684, 710
ensidig rättskraftsverkan 24, 234 ff, 239, 666, 673, 698 f
enskilt anspråk 503, 541 m n 190, 542, 564, 606
enskilt åtal, se åtal
entreprenör 303, 681
environment impact statements 18
equal access to justice 5
equity *57 ff*, 65, 67 ff, 74, 79, 81 f, 84 f, 93, 97 ff, 102, 104 f, 110, 122 f, 245, 267, 280, 287, 290, 295, 369, 447, 460, 470, 538, 670, 686 n 151
  -domstol 52, 54, 57 ff, 64, 66, 85, 90, 102, 104, 123, 243, 287, 379, 450, 470
  -processen 379, 430
  -rule 110, 113 ff, 118 ff, 136
etableringskontroll 488, 492 f, 509 f, 510 n 83

etnisk minoritet (se även etnisk diskriminering) 16
Europakonventionen 8 n 26, 11 n 39, 674 n 99, 668 n 76
Europaparlamentet 710
Europarådet 8 n 26, 710
europeiska gemenskapen (EG) 709 f
evidentiary fact 243
exchange 160
exekution 3, 618
-(s)förfarandet 470
-(s)hot 445
-(s)titel 549, 632
-(s)verkan 238 f
expansion 691 f
expences 285
explanatory memorandum 709 f
expropriation 267
-(s)mål 257, 541 f m n 191, 673

fack 117, 267
-förening 87, 121, 316, 408 n 156, 489
-organisation 96, 489, 529 ff, 664 n 54
factual dispute 249
Fair Housing Act 291
Fair Labor Standards Act 157, 291
fakturaavgift 516, 694
farlig verksamhet 492
fastighetsbildningsmål 541, 673
fastighetsdomstol 538, 540 f, 612, 622, 663 f
fastighetsägare 24, 77, 82, 85, 117, 177
fastställelsetalan 21 ff, 84, 122, 126 f, 145, 189, 193, 208, 214, 238, 250, 425 n 240, 446, 453, 469 ff, 600, 621, 627, 654, 708 f
federal
– behörighet *174 ff*, 366, 590
– civilprocess 440, 671
– government 121
federal rules of civil procedure *110 f*, 366, 443, 462 f m n 96, 670
Federal Trade Commission Improvement Act 177
fee 285
attorney – 285
witness – 285
- shifting 298, 300, 309, 314
– spreading 298, 309, 319
Fermenta-affären 666
fiduciary relationship 271
filantropisk stiftelse 10
Florence access to justice project 6
fluid class 346
– recovery 42, 207, *278 ff*, 282, 356, 402, 415, 423, 431 n 261, 433, 481, 646
flygolycka 149, 549, 659, 664, 694
– säkerhet 694
FN-konventionen mot rasdiskriminering 541

fond (fund) 115, 122, 132, 279, 281, 290, 296, 311, 522, 684, 697, 702 n 215, 709
-börsen 528
-system 489, *521 ff*, 534, 564
forms of action 52 ff, 58 f, 63, 103 f, 242
formell access to justice 5 f
formell social kontroll 486
formularprocess 49, 431
forum 11, 151, 174, 176, 179, 198 ff, 202, 207, 219, 340 ff, 490, 549 ff
fragmentariska intressen 6 f, 9 f, *11 ff*, 26, 312, 331, 705
fraternal organization 119
fraud and truth in lending 160
fredspliktsbrott 517
Freedom of Information Act 291
(the) free enterprise solution 385
(the) free-rider problem 148
freon 522
friendly society (se även försäkringsförening) 461, 601, 643
frihetskriget 287
frågerätt 258
fuktskador 535
full faith and credit 229
fullgörelse 445, 654
-talan *21*, 23 f, 84, 127, 196, 238, 390, 408, 411, 446, 465 n 103, 470, 600, 621, 645, 697 n 193
fullmakt 21, 26, 42, 65, 70, 80, 95, 97, 105, 490, 552, 602, 673, 698
legal – 673 n 92
-(s)metoden 602
full realization of substantive policies 448, 458 n 76, 461 n 87
funktion
access – 418 n 204
civilprocessens och class actioninstitutets – 10 f, 378 ff, 420, 428, 430 f, *435 ff* (obs hänvisning s 436 n 1), 656, 674 ff, 685 f
deterrence – 418 n 204
preventiv – 26 f, 456 ff, 458 n 76, 459 ff, 465, 467, 478, 480 f, 485 f, 498 f, 505, 508 f, 514 n 102, 515, 522, 526, 534, 552 f, 563, 576, 584, 588, 614, 655, 686, 695, 704
-(s)principen 432
processekonomisk – 26 f, 447, 450 ff, 480, 485, 525, 542, 549, 552, 588, 665, 678, 695, 704
processteknisk – 447
reparativ – 453 ff, 458, 459 ff m n 76, 467, 478, 480 f, 485, 499, 506, 513, 515, 517, 522, 534, 542, 552, 576, 584, 588, 614, 665, 678, 695, 704
rättsbildande – 588
skadeståndets – 656
straffprocessens – 437
-(s)uppfyllelse 485 f, 614
fusion 297, 493
fysiska hinder 486
fysisk person 560
förberedelse (se även pretrial) 242, 248 f, 250, 253, 262, 266
förbud (se även injunction) 13, 22, 162, 228, 491, 510 f, 654, 709

-(s)föreläggande 496
-(s)mål 17, 81, 612, 634, 683
-(s)talan *21 ff*, 42, 126, 145, 176, 189, 193, 208, 214, 238, 324, 425 n 240, 446, 453, 465 n 103, 469 f, 509, 554, 561, 563, 588, 591, 597, 599, 602, 614, 618, 621, 627, 645, 647, 654, 656, 660, 662 n 45, 663, 684 ff, 688, 692, 694 f, 697, 709
-(s)yrkande 179
företagare 702
företagarförening 9
företagsbot 489, *504 ff*, 508 f, 513, 517
företagsköp 493
författning 175, 290, 291 ff, 300, 304
förfoganderätt 24
förhandlingsmodellen 536 n 169
-principen 251, 259
-skyldighet 79
-system 489
-verksamhet 529
förhör 246
muntligt – (se även deposition) 246
skriftligt – (se även written deposition) 246
förlikning (jfr dismissal or compromise, settlement) 9, 52, 128, 133, 152 ff, 156, 165, 167 ff, 171, 211, 221 f, 260 f, 263, 277, 281, 288, 304, 312, 314, 351, 363, 389, 391, 422, 427, 443, 464, 471, 477, 482 f, 533, 546, 552, 560 n 253, 591, 628 n 239, 631 f, 645 f, 652, 672, 688, 708
-(s)avtal 653
förmyndare 230
förmåner 486, 488, 491
ren förmögenhetsskada 273
förnekande (se även denial) 244
församling (-sbo) 68, 73, 76, 84, 86, 93 f, 105 f, 117
förskingring 89
försäkring 99, 149, 165, 169, 520, 689
ansvars- 271, 514, 518
arbetsskade- 520, 667
-(s)bolag 518 ff, 531, 558
-(s)domstol 667
-(s)förening 86 ff, 90, 93 f, 101, 106, 114 f, 122, 372, 461, 601, 643
läkemedels- 520 f
-(s)lösningar 489, 518 ff, 649, 695
no fault – 520
-(s)nämnder 489, 532, 534
patient- 520
-(s)premier 558
-(s)skador 520
trafik- 558
-(s)system 534, 564, 667
-(s)verksamhet 492
-(s)villkor 514, 519 f
villahems- 558
förundersökning 246, 551
-(s)begränsning 543 n 195

förutsebarhet 480
förvaltare (jfr trustee) 115, 279, 702
– lösningar 702
förvaltning
-(s)domstolar 490, 537 ff, 667, 668 n 73
-(s)förfarande 490, 537 ff, 667
-(s)myndighet 291, 613, 671
-(s)process 510, 537, 570
-(s)rätt 510, 524
förverkande 489, 501, 505 n 62, 507 ff, 518 n 117

garanti 177
-regler 521
General Eyre 51, 58 f, 69
generalklausul 56, 107, 208, 216, 502, 555, 616, 660, 671
general right 91
genkäromål 252, 634, 646
giftbesprutning 492
giftdumpning 529
giftutsläpp 665
god advokatsed 559 n 248
god man 583
god tro 294
good faith 258, 293
good will förlust 501
group litigation 81, 94, 113, 118, 132, 135
– proceedings 708
– remedy 42
grundlagsenlighet 668, 673, 674 ff
grupptalan *19 ff*
gruvarbetare 64 f, 68, 76, 93
gränsvärden 498, 503
gäldenär 14, 30, 445, 701

handelsbolag 504 n 60
handläggningsproblem 656
handräckning 549
hanterbarhet (jfr manageability) 206, 485
Harvard Developments 141
hearing 252, 261 f, 422, 537, 674 n 99
hearsay 246
hegeliansk dialektik 494
hets mot folkgrupp 541, 668
heuristic functions 458 n 76
holding 227, 230
House of Commons 95, 378
– of Lords 377
housing eviction and relocation 147 f
Huston Securities Study 141
huvudförhandling (se även trial) 152, 171, 242, 245 f, 248 ff, 266, 314, 422 m n 222, 550, 646, 688
hybrid class action 122

hyresgäst 14, 666
hyresnämnd 532, 538, 539 n 182, 627, 665 f
hyresrätt 41, 639, 658, 665
hälsoskyddslagen 497
hälsoskyddsnämnd – se miljö- och hälsoskyddsnämnd
högsta domstolen 671, 679 n 120

ideell förening 601
ideella organisationer 316
ideological plaintiff 700 n 210
illegal prisöverenskommelse 221
illegal profit 496, 507
illgotten gains 458, 481, 507 f
illojal konkurrens, se konkurrens
immaterialrätt 239, 269, 666, 673
immittent 133
impracticable 183 f
incitamentsarvode (se även provisionsarvode) 351
indemnification 503 n 55
independent interest 580
Indian rights 147
indispositiva mål 680
individually (non-)recoverable claims (individuellt (o-)processbara anspråk) 26, 66, 163, 201, 218, 220 f, 226, 239, 268 f, 332, 419, 449, 451, 453 ff, 459, 464, 469, 479, 485, 513, 515, 533, 547 ff, 556, 589, 614, 618, 629, 634, 645, 647, 649, 651, 657, 660, 665, 685 ff, 695 f
in dubio pro reo 502
industrialism(-en) 4, 86 ff, 98, 104, 106, 640, 642, 670
industriutsläpp 695
industrial relations actions 401
inferiority 196
information 486, 488, 491, 493, 529, 649, 710
informationsföreläggande 521 n 122
inhibition 239
injunction (se även förbudstalan) 52, 60 f, 68, 102, 119, 176, 179, 214, 293, 372, 406, 485, 509 ff, 526 n 138, 538, 540, 547, 576
injunctive and declaratory relief 200, 208, 574, 608
inkvisitorisk process 680 n 124
inspection of documents (or other items) 246
institutional litigation 132
inställelsekostnad 285
integritetsskydd 709
internationella konventioner 668, 674 ff
interrogatory 246
intervention 24, 79, 126, 205, 215 f, 236, 241, 257, 264 f, 344, 389, 474, 490, 554 f, 619, 646, 673 n 92, 676 n 105, 701
  fakultativ – 265
  obligatorisk – 265
  one way – 117, 132 f, 211, 232 ff, 237
  -(s)rätt 14, 236
intresseorganisation 594, 661
intresserepresentanter 539 n 182

intresseteorin 75, 90, 92, 94 f, 99, 103, 112, 117 f, 129 ff, 134 ff, 643 f
invandrare 16
invandrarpolitik 668 n 76
issue estoppel (jfr claim estoppel) 230
itinerant judge, se resedomare

jails and detention 147 f
joint obligors 66
joint stock company 86 ff, 89 f, 93 f, 101, 106, 114, 122, 372, 461, 601, 643
joint venture 88
jordbrukskooperation 489, 530
jordbruksområdet 492
judicature act 63
juridisk person 73, 80, 88, 560
jurisdiktion 39
jury 247, 249 f, 266, 422
justitieminister 299
justitieombudsman 489
jämställdhet 668
-(s)ombudsman 489, 668
järnvägsolycka 659, 664
jättearvoden 321
jäv 69, 122
-(s)process 257, 541, 672, 702

kalifornien-teorin (jfr Carolina-teorin) 583, 585
kammarrätt 538, 668 n 73
kanalfall 69 f, 106
kansler (lord-) 52 ff, 61, 67 ff, 77 f, 82 ff, 88 ff, 94, 97, 102, 104, 106, 267, 378, 386, 430, 670
katastrof 167, 452
-mål 147, 195, 664 f, 694
kausalitet 269, 685
kemikalieinspektion 489
kemiska produkter, lag om... 497
King's Council 69
klagorätt 664 n 54
klumpsumma 274, 276, 279, 282, 707
kollektiva intressen 5 ff, 9 f, *11 ff*, 26, 331, 665, 705
kollektivavtal 79, 517 n 113
kollektiv fastställelsetalan 376
Kollektivklage 19
kommun 695
-(ala) myndigheter, bolag 489, 523 ff, 564, 664
kompetensfördelning 613
koncentration 251, 506
koncernansvar 519
koncessionsnämnden (för miljöskydd) 532, 537 f, 540, 663, 670 n 80
koncessionsprövning 492
kongressen 28, 301
konkurrens 51, 170, 287, 293
-begränsning 427 f, 493, 539

-lagen 496, 539, 610
konkurs 30, 101, 122, 267, 273, 309, 519, 541 n 192, 631, 672 f, 702
-förvaltare 701
illojal – 496
-lagen 492, 702 n 215
-mål 542
-rätt 149
konstitution 118, 175, 190, 211, 213, 218, 223, 228 f, 232 ff, 269, 278, 673 ff
konstitutiv dom 21
konsument
-kredit 128, 177, 182, 347, 515 f, 647, 701, 708
-kreditlag 631
-köplag 698
-mål 33, 145 ff, 160, 177, 179, 289, 308, 333, 398, 448, 548 f, 562 n 267, 586 f, 598, 605 f, 622, 660, 684 m n 144, 688, 708, 710
-ombudsmannen 9, 33, 489, 512, 528 n 148, 529 f, 538, 570, 600 n 118, 607 n 151, 610 f, 616, 621, 661 f m n 43, 670 n 80, 691 f, 693 m n 181, 702
-organisation 489, 598, 603, 611, 710
-rätt 7 f, 13, 31 f, 38 f, 41, 43, 148 f, 177, 291, 383, 447, 464, 480, 487, 491, 496 m n 21, 509, 514, 517, 524, 530, 536, 540, 567, 602 f, 642, 645, 658, 660 ff, 670 f, 690, 694, 705, 709
-skydd 3, 14 ff, 31 ff, 94, 121, 128, 195, 208, 280, 308, 396, 461, 492, 501, 569, 588, 597, 604, 607, 609, 612 ff, 616, 621, 640 n 1
-tvist 9, 670 n 1
-verket 33, 489, 525, 527, 530
-vägledare 489
kontinuitetseffekten 467 f, 482
kontokort 516
kontradiktorisk princip 259
kontrakt 228, 295
kontraktsintresse 489
Kontrast-U 667
kooperativa organisationer 489, 529 ff
korporativism 621, 699 n 209
kostnad
-(s)anspråk 347
-(s)ansvar 289, 305, 423, 639
-(s)nivån 473
-(s)reglerna kap 9, 394, 397 f, 401, 425, 428 f, 432, 516, 557, 647, 680, 681 ff, 687 ff, 692, 703
-(s)regleringen 415, 689
-(s)risk 478
-(s)spridning 482, 618
-(s)täckning 289
kredit (se även konsument-) 22, 201, 488, 491, 689
-företag 201
-givare 201, 549
-kort 203, 277, 631
konto- 272
-tagare 516

-upplysning 492
kriminalisering 456, 488, *493 ff*, 505, 564, 649, 695
kumulation 21, 27, 63, 65 ff, 71 f, 79 f, 82 f, 93, 99, 105, 116 123, 147, 163, 178, 183 f, 204 f, 207, 224, 344, 371, 384, 391, 451, 466, 478, 485, 490, 546, 551 ff, 553 n 228, 615
dispositiv – 123
fakultativ – 72, 79, 123, 197, 553
objektiv – 197
obligatorisk – 375 n 19
subjektiv – 20, 66, 71, 396, 554 n 229
-(s)reglerna 371, 447, 450, 550, 643, 670
kungörelse 645, 673, 702
-delgivning 541
-förfarande 673
kvittning (av rättegångskostnader, se även one-way och two-way rule) 8, 17, 153, 203, 288, 289, 305, 308 n 179, 329, 401, 423, 515, 548, 557, 647, 681 ff, 688 f, 708, 710
-(s)möjlighet 427
-(s)regel 399, 425, 689, 709
kärnkraftsutbyggnad 529
kärnvapenprov 529
könsdiskriminering, se diskriminering
köp 62, 76, 107, 128, 217, 221, 270

labourpartiet 89
lack of prosecution 250
lagförarbeten 236, 304
lagföring 499, 504, 564
lagprövningsrätt 675, 678
lagstiftningsteknik 616, 671, 700
lagsökning 549
landsting 521 n 121
lawdomstol – se common lawdomstol
legal conclusion 243
legal disability 583
legalitetskravet 502
legal overkill 273, 366, 591, 595
legally defective contention 243 n 9
legitimation 45 f
lex (non) scripta 53, 104
liability 458 n 76
– issues 196
liberalism 4 f, 11, 26, 41, 102, 254, 704
likhetsprincipen (se även doctrine of mutuality) 211, 234, 555
likvidation 519
litisdenuntiation 214, 224, 264, 701
litispendens 228, 603, 693 n 181, 701
livsmedelslag 505 m n 61, 508, 664 n 54
livsmedelsverk 489, 527
lobbying 491
lordkansler, se kansler
låginkomsttagare 16

läkarundersökning 247
läkemedelsförsäkring 520 f
läkemedelsnämnder 534
läkemedelsombudsman 528 m n 149
läkemedelsskador 502, 549
länsrätt 512 n 92, 537
länsstyrelse 512, 537, 540
löner 689
löntagare 662
löpande vite, se vite

magistrate courts 401
Magna Charta 56
Magnusonrapporten, se Senate Study
maintenance 78, 82, 312, 321, 323, 390 m n 81, 394, 430
manageability 66, 105, 116, 159, 185, 194, *206 f*, 208, 342, 346, 577, 645
management 198
Manual for Complex Litigation 199, 258
manor case 114
marknadsdomstolen 33, 96, 330, 490, 512 m n 92, 539, 542, 555 n 233, 557 n 241, 564, 570, 609 f, 612, 621, 635, 660 ff, 670 n 82, 671 m n 82, 673, 679 n 122, 683, 689 n 166, 691 f, 692 n 176, 698 f, 700 n 208
marknadsekonomi 603
marknadsföringslagen 496 m n 24, 539 n 180, 610, 662
marknadsrätt 149, 496 m n 21, 512, 514, 524, 540, 602 f, 612
mass accident 149, 195, 385
- disaster 550 n 215
- fraud 195
- injuries 543
- media 491, 591, 660
- processer 322
- remedy 637
- tort (claim) 149, 195, 659, 664 f, 708
- wrongs 426 n 247, 637

master 207, 254, 269, 274 ff, 278
materiell processledning, se processledning
maximiersättning 514
medbestämmandelag 557 n 240
medborgargrupper 489
medborgerliga (fri- och) rättigheter (se även mänskliga rättigheter, civil rights) 4 f, 211, 292, 658, 667 f
medgivande 304
medling 3, 131 ff, 489, 531 ff
mellandom 196, 249, 550 f
mellanman 701, 704
mened 245
mental health 147
Merchant Marine Act 291
merger 229
middle man 701
miljö(skydd) 5, 16 ff, 22 f, 291, 294, 300 f, 304 f, 308, 314, 347, 396, 447, 452, 501, 537, 540, 588, 597, 606, 612 f, 616, 621, 628, 642, 690

-avgift 522, 703
-brott 497, 503, 505
-fara 522
-farlig verksamhet 561
-författning 291, 461, 519, 530, 569
-katastrof 76
-mål 133. 145, 147, 294, 470, 500 n 37, 509, 512, 558 m n 246, 562 n 265, 574, 598, 606, 612, 614, 618, 622, 656, 663 f, 670 n 81, 684
– och hälsoskyddsnämnd 524, 538, 540
-ombudsman 663
-organisation 300, 529
-rätt 7 f, 13, 18, 31, 38, 41, 43, 148 f, 447, 480, 487, 497, 502, 507, 509, 511, 514, 521, 536, 540, 567, 587 n 74, 602, 607, 639, 640 n 1, 645, 647, 658 f, 662 ff, 670, 691, 704 f, 709
-skada 76, 107, 128, 273, 519 689
-skadeavgift 518 n 117
-försäkring 519 m n 118
-skydd 500, 519, 527, 540, 640 n 1, 663, 684
-skyddsavgift 507, 518 n 117
-skyddslagen 492, 497, 507, 518 n 117, 562, 664 n 54, 698
-skyddsmål, se miljömål
-skyddsnämnd 489
-störning 14, 491, 497, 562, 701
-tvist 9
-vård 524
-vårdsorganisation 489, 663
minihearing on the merits, se preliminary hearing
minimiskadestånd 516
minimum damage, se damage
minirättegång (se även minitrial) 427, 489, 531 ff
ministère public 490, 524, 571, 611 n 181
minitrial (se även minirättegång) 16, 274 ff, 278, 535
monetary relief 270 f, 581 f
monopol 51, 280, 695
mootness 67, 181, 261, 467 f, 618, 634, 696
moralbildning 438 ff m n 11, 457 ff, 508, 512, 695
moralklausul 519
motiveringsskyldighet 663 n 51
motstridiga domar 472, 485
multi-district litigation (MDL) 475, 549 ff
multiparty litigation 116, 120, 122
multiple damages 515 f
multiplikationseffekt 469, 516, 557, 652
muntlighet 251, 506
murbräckeeffekten 617 m n 207
Musterprozess (se pilotmål)
mutuality (jfr non-) 232, 234 f, 240, 555
målsägande 493 f, 542, 544 n 196, 668
målsättningsparagraf 107
mäklare 217 f, 276, 310
mänskliga rättigheter (se även civil rights, medborgerliga fri- och rättigheter) 6, 11, 668 n 73, 674 n 99

Europakonventionen om – 8, 11
FN:s allmänna förklaring om – 11
mögelskador 535

Naiders Raiders 167
narrowing of disputes 442
(the) national conference of commissioners on uniform state laws 362
naturkatastrof 149
naturrätt 461
naturvårdslagen 497
naturvårdsverket 489, 497, 524 f, 527 f, 540, 670 n 80
negotiorum gestio 100
neighbourhood justice center 531
Neurosedyn 546 n 203, 659
new property 6, 13, 658
New York Field Code 243
no-fault ansvar 520
non-mutual collateral estoppel 24, 555 f, 631, 645
non-mutuality (jfr mutuality) 239
non-viable claim, (se även processimmuna anspråk) 221, 239, 449
non-partisan balancing 314
nordiska ministerrådet 33, 39
notice 20, 98, 118, 127, 128 f, 130, 131, 133, 163, 165, 168, 180, 190, 193, 202, 203, 210 ff, 241, 252, 253, 257, 260, 263, 264 f, 269, 274, 275, 343 ff, 347, 361 f, 374, 389, 390, 397, 402, 412 f, 415, 419, 422, 425, 427, 433, 455, 458, 463, 469, 541 m n 191, 552, 582, 590, 595, 603, 618, 620, 623, 631 f, 645 f, 647, 673 f, 680, 694 ff, 697, 702 f, 708
general – 212, 213
kollcktiv – 219
-kostnad 163, 165, 216, 217 ff, 473
-kravet 340
individuell – 214, 215 ff, 219, 220, 236, 343, 344, 351, 360, 645
post certification – 212, 216, 221
reasonable – 343
-regel 343, 415
settlement – 212, 221
no-way rule 430
numerosity 22, 121, 125, 174, 180, 183 ff, 199, 206, 208, 421, 645
nyttoteorin 296 ff, 299, 301, 302, 309, 319 ff, 327, 331
nämnd(-er) 489, 520, 522, 531 ff, 667
-prövning 3
näringsfrihet 510
-sombudsman 489, 512, 538 f, 570, 610 f, 621, 691
näringsförbud 489, 492 f, 495, 501 m n 40, 507, 509 f, 695
näringsidkare 9, 270, 504, 507, 509, 522, 549, 661 f, 688 n 164, 695, 702
näringsrätt 496
näringstillstånd 493
näringsverksamhet 501, 504
nödvändig processgemenskap 66 f, 71 f, 79, 83, 90, 105, 107, 113 f, 450

obehörig vinst 5, 26, 217 f, 270 f, 276 f, 281, 296 ff, 351, 496, 508
obiter dicta 34, 227, 579 n 46

objektivitetsprincipen 502, 525, 528
obstacles to justice 6 f
Ocean Dumping Act 291
odd-lot 217
offensive collateral estoppel 343
offentliga nämnder 489
offentliga organ 423 ff, 489, 571
offentlig grupptalan, se statlig grupptalan
offentlighet 663 n 51
offentlig kontroll 649, 662 f, 695, 705
offentlig tillsyn 523, 649, 662, 695, 705
officialprincipen 500, 680
officialprövning 81, 84, 97, 241, 244, 253 f, 257, 259, 261, 390 f, 402, 430, 469, 477, 490, 539, 542, 552, 559, 646, 653, 671 f
ogiltigförklaring 603, 612 n 185
ogiltighet 496, 498
old equity receivership 122
ombud 8, 17, 65, 80, 95 f, 151, 166 ff, 171, 191, 192 f, 218, 221, 239, 246, 289, 354, 468 f, 474, 587, 589, 617, 633, 653, 681, 684, 702
-(s)arvoden 24, 515, 646, 682
-(s)ersättning 223, *290 ff*, 317, 322, 323, 351, 357, 363, 413, 469, 515, 579, 582, 590, 670 n 81
gemensamt – 542
-(s)kostnad (se även attorney's fees) 7, 8, 17, 139, 156, 163 ff, 171, 221, 261, 284 ff, 315, 332, 347, 356 n 91, 478, 581 f, 590, 645, 647, 681
kärande- 203
ombudsman (jfr diskriminerings-, justitie-, jämnställdhets-, näringsfrihets-, konsument-, miljö-) 17, 524, 528, 541, 564, 612 f, 616, 649, 703
omedelbarhet 251, 506
ond tro 290, 295, 301, 302, 318, 327
one-shot litigant 9, 41, 471, 616, 618
one-way-regeln 331, 399, 402, 429
opening statement 250
opinionsmöte 491
opinionskapande verksamhet 485, 529
opt-in 21, 98, 210, 215, 223 ff, 274 f, 344, 402 f, 463
– teknik 357, 414
opt-out 20, 83, 98, 124, 126, 128, 131, 133, 136, 193, 202, *223 ff*, 241, 257, 264 f, 269, 274 f, 343, 361 f, 374, 389 f, 402 f, 412 f, 415, 419, 422 f, 424 f, 433, 463, 582, 590, 603, 618, 623, 645, 647, 673, 674 m n 99, 697, 703, 707
oral galvanism 667
organisationer 486
organisationstalan 21, 24, 25, 31 f, 38, 43, 385, 436, 466, 488, 490, 539, 542, *596 ff*, 630, 633, 635 f, 649, 655, 659 f, 663, 665, 673 n 92, 691 ff, 696, 698 n 200, 699 m n 207 och n 209, 709
original suit 81
orsakssamband 521
otillbörlig vinning (jfr illgotten gains, obehörig vinst) 507
overdeterrence 366

p-piller 667

p-spiral 667
PAG-teorin 364
pantlån 182 f
paradigmskifte 6, 676
parallella rättegångar 549 f, 552, 665
parens patriae (jfr public action) 20, 25, 50, 70, 84, 352, 488, 490, 540, 561 n 259, *568 ff*, 590, 594 ff, 649, 690 n 170
parlamentarism 102
parlamentet (brittiska –) 56, 95, 96, 132
parlamentsledamot 97
partsavtal 294 ff, 317
-balans 662
-behörighet 72, 80, 89, 490, 552, 601, 611 m n 182
-förhållande 485
-konstellationer 537 n 173, 538
-representation 663
-ställning 663 n 51, 672, 676, 699
-succession 708
passiviseringseffekt 621
passivitet 224 ff, 249 f, 502
patent 125 f
-mål 175, 292
-rätt 149
paternalism 96, 102 f, 108
patientnämnden 489, 534
patientskadeförsäkring 520, 521 n 121, 564
patientskador 520, 667
penalty action 352
– damages 516
– judgement 242
penningböter 505
pension 115
persondata 709
personlig närvaro 490
pilotmål (se även test-case) 22, 25, 33, 38, 43, 79, 203, 204, 236, 384, 466, 488, 490, 549, 552 f, 564, 624 ff, 649, 655, 657 n 25, 664 f, 704
plea bargaining 543 m n 195
pleading(s) *242 ff*, 250, 252, 259, 262, 579 m n 47, 646
code – 243, 247
common law – 247
notice – 243, 247
signing of – 296
plädering 242, 251
politisk påtryckning 174 f
– representation 45 ff, 86, 102 f, 108, 129
polygonal controversies 66
Popularklage (se även actio popularis, citizen suit) 18, 562
positiv social kontroll 491
predominance 127, 186, *194 ff*, 197, 199, 206, 208, 342 f, 357, 550, 645
prejudikat 306, 618, 620, 629 f, 633 f
-(s)bildning 464, 472, 478, 485, 536, 557 n 241, 563, 588, 591 f, 598 n 111, 615 ff, 643, 649, 656 f, 660

-(s)effekt 534
-process 305
-skapande 629
-system 120
-(s)verkan (-bundenhet) 227 ff, 238, 460, 465, 557
-(s)värde 575
preklusion 274
-(s)verkan 228 f, 248
pre-licensing 526 n 138
preliminary hearing on the merits 217, 253, 262 f, 344 f, 347, 351, 355, 357, 414
– motion 242
– test on the merits 397, 415 n 184, 421, 425, 427, 433
preliminärbedömning (jfr preliminary test on the merits) 421 n 216
prerogative 50, 62, 84
royal (kungligt) – 572, 585
preskriptionsavbrott 473
-avbrytande effekt 422
-regler 521
pretrial 242, 248, 250, 252
– conference 155, 242, *247 f*, 252, 550, 646
– order 248
prevention (jfr även preventiv funktion) 3, 11, 27, 42, 163 f, 171, 184, 225, 239, 269, 272 f, 275, 282, 491, 501, 511, 513 f, 516, 518 f, 531, 536, 542 ff, 547, 550, 556 f, 559, 563, 617 f, 629, 639, 643, 646, 649, 652, 656, 660 f, 686 ff, 692 f
allmän – 27, 514 n 102, 614 f
ekonomisk – 17, 514
repressiv – 492
special – 514 n 102
preventiv class action (se även civil public action) 352
prima facie-bevis, se bevis
prismekanism 280 f
prisoner petitions 160
privata fonder s 33
– företag 689
– nämnder 489
– organisationer 529 ff
privatböter, se böter
private attorney general (jfr attorney general) 290, 292, 295, 313, 562, 593 f
individual – 593 n 91
organizational – 593 n 91
public – 593 n 91
– teorin 299 ff, 303 f, 314, 319, 340, 581
privateer cases 86, 114
privat grupptalan 25
privatization 442
privat tvistlösning 489
privity (privy) 24, 65, 71, 91, 230 f, 234
prize money 86
procedural formalism 442
– revolution 463

procedure by reference 464
processbehörighet 490, 552, 698
processbenägenhet 306, 548 m n 209, 557, 562 n 268, 563 n 272, 614, 616, 662, 687 f, 689, 696 f
processekonomi 27, 42, 85, 140, *159 ff*, 171, 195 ff, 199, 201, 224 f, 262, 268 f, 420, 454, 460, 478, 485, 491, 499, 503, 542, 551, 556, 563, 615, 629 f, 636, 643 f, 649, 653, 656, 686, 688, 693, 703, 708
processens funktion, se funktion
processgemenskap (jfr nödvändig –) 693 n 181, 701
processföring 674 n 99
processhinder 229
processimmuna anspråk (se även non-viable claims) 451, 453 f, 455, 479, 589, 618
processkostnad 151, 515
processledning 251, 258, 391, 680
  formell – 254, 258, 266, 498
  materiell – 256 ff, 266, 430, 490, 552, 559, 646, 679
processmaterial 249, 258
processtekniska frågor 433
processuellt rättsskydd 3 ff, 514, 640
processutfall 138, 644
pro-consumer 653
procuratora 490, 571
products liability 148
produktansvar 133, 148, 434, 447, 664
  strikt – 434
produktskada 519, 521, 663 n 51, 665, 689, 708
  -området 653
  -rätt 521
produktsäkerhet 521, 661
produktåterkallelse 521 n 122, 610 n 175, 612 n 185, 623, 661, 673 n 92
  – föreläggande 662 n 45
propaganda 488, 491
provisionsarvode (se även contingent fees) 169, 333, 399, 434, 557, 559, 633, 652 f, 680, 683 f, 684 n 143, 689, 708
  -avtal 329
public action, se action
  – advocacy 17, 526 n 142, 528 n 148, 531 m n 157
  – employment 147
  – interest, se allmänt intresse
  – intervenor 18
  – litigation 301 f, 306, 318, 706
  – law interest firm 439 ff, 530, 531 n 157
  – law litigation 27, 30, 36, 63, 85, 255, 301 f, 365, 418 n 204, 439 ff, 460, 470, 480, 494, 515 m n 106, 538, 540, 559, 571, 593 f, 640, 648, 655, 676 m n 105, 686 n 151, 705
publicitet 472, 618
publicization 442
pulvriseringseffekt, se ansvarspulvrisering
punishment
  annihilating – 199
punktskatter 522

påbud 491
påverkansmekanismer 487, 702

quasi-sovereign interests (rights) 5, 13, 573 f, 582 f, 585 f, 588, 592, 594
question de droit 414
– de fait identiques 414

Railway Labour Act 291
ramlag 107, 616, 671
rasdiskriminering – se diskriminering
ratio decidendi 227
Reagan-regeringen 144, 308, 314
reasonable costs 427
– inquiry 296
– likelyhood 345
re-callsituation 21, 521
rechtliches Gehör 674
recour collectif 19
– Quebecois 414
regeringen 540
regeringsformen 670 n 79, 674
regeringsrätt 538, 668 n 73
regresskrav 600
relator 354 n 76
– actions, se action
relief 458 n 76
religiös påverkan 488, 491
remedial level 392, 430
remedium 497, 587
remedy 383, 540, 575
mass – 637
reparation (se även reparativ funktion) 3, 11, 20, 27, 42, 163 f, 171 225, 239, 269 f, 272, 275, 282, 492, 511, 514, 531, 536, 542 ff, 547, 550, 556 f, 559, 563, 596, 614, 617 f, 629, 639, 643, 649, 656, 660, 661 n 43, 686, 688 ff, 692
reparativ (kompensatorisk) effekt 435 ff, 467, 502, 509, 518, 623
repeat-player (litigent) 9, 41, 471, 478, 616, 618
repetitious discovery 198
reply 244
representation 553
representationsteorier 643
representative actions 329, 371 ff, 388, 414, 417, 428, 560, 568 n 8, 621, 628, 635, 643, 648, 650, 672
representativ grupptalan 46, 136, 430, 568 n 8, 629, 632, 683
representativitet 623, 674 not 99
representativ process, se representative actions
republikanska partiet (jfr demokratiska partiet) 175
resedomare 50 f, 58 f, 69
residue (jfr överskott) 270
res judicata (se även claim estoppel, issue estoppel) 70, 80 f, 90 f, 119, 151, 180, 227 ff, 233 f, 374, 412, 482, 538, 603
restitution 268 ff, 276

retirement 148
– benefit 147
revocation 526 n 138
right 540
right of action 103 f
rule making power 110, 112, 119, 231, 240, 430, 532, 670
– authority 361
rule of court 112, 114
rules enabling act 231
(lagen om) rättegång i arbetstvister 665 n 63
rättegångskostnad 7 f, 17, 24, 28, 39, 101, 125, 144, 153 f, 163, 175, 261, 275, 283 ff, 347 ff, 351, 385, 397 f, 413, 423, 427, 454, 482, 490, 515, 545, 559, 590, 598, 605 m n 140, 615, 618, 620 n 215, 629, 633 ff, 648, 663 n 52, 672, 689 f, 693 f, 697, 703, 708
rättens tillstånd 422
rättighetsförklaring 676
rättsbildande 460 f, 485, 670 f, 678
rättsfaktum 243
rättsföljd 229
rättsförklaring 56
rättshjälp 10 f, 16, 33, 170, 180, 314, 333, 384, 385, 402, 430, 518, 528 n 146, 557 ff, 598 n 110, 620 n 213, 621, 624 n 225, 632, 636, 663, 670 n 81, 683, 697
-(s)lagen 630
rättsinvändning 244, 251
rättskapabel 611
rättskraft 24 ff, 39, 79 ff, 100, 105 f, 114 ff, 118 ff, 124 ff, 128, 130 f, 136, 161, 190 f, kap 6, 249 f, 254, 256 f, 263 f, 275, 343 ff, 415 n 216, 422, 453, 463 n 96, 470, 482, 490, 538 n 179, 549 ff, 582, 597, 603, 606, 618 ff, 622, 631, 635 f, 644 ff, 647, 653, 666 f, 671, 672, 673 m n 92, 674 ff, 692 f, 693 n 181, 695 ff, 700 ff m n 208, 702 n 215
-(s)begränsning 130
-(s)verkan 239, 373
subjektiv – 237
rättskälla 304
rättslig handlingsförmåga 572
rättsligt intresse 100 f
rättsprövning
lag om – vid förvaltningsdomstol 668
rättsskydd 3 ff, 11, 13, 16 ff, 26, 33, 41, 445, 490, 559, 641 ff, 652, 659 f, 662, 666, 683, 700
individuellt – 446 n 12
processuellt – 514, 688, 705
rättsskyddsförsäkring 10, 328, 329 f, 557, 621
rättssubjektivitet 89, 552, 601
rättssäkerhet 506, 525
rättsutveckling 563, 656, 671, 679
rättviseprincipen 437 n 4
sak
-frågor 550, 623, 708
-invändning 244
-kunnig 617

-kunskap 525, 591, 617
-ägare 541, 561, 562 n 262
same interest 374, 390, 412, 414
sammanläggning 450
samtycke (se även approval) 20, 46, 75 f, 78, 82 f, 85 f, 90, 94, 96 ff, 108, 129 ff, 520
samtyckesteorin 75, 90, 92, 94 ff, 103, 108, 112, 117, 124, 129, 135, 136, 643
sanktion 32, 259, 303, 512
-(s)avgifter 489, 494, 509, 513
-(s)mekanism 706 f
-(s)system 445
-(s)teorin 437 n 4
-(s)tryck 489, 504 ff
Sea Bubble Act 88
securities regulation 147 f
security 145 f, 160, 176, 200, 282, 433
sedvanerätt 73
sedvänja 54, 77, 84
self-help organization 115
semi-public remedy 473
Senate Study 139 f
separable injuries 581
separate contracts 374
serious questions test 355
settlement (jfr compromise och förlikning) 250
shareholders derivative actions (suits) 38, 666
single claim 350
sjukvård 667
självrisk 514, 558
skadeståndsberäkning och -fördelning kap 8 s 10, 11, 646, 654, 680, 685, 694, 697, 702, 708, 710
skatteförmåner 492
skattelättnader 488, 491
skattemål 537
skiljedom (-förfarande) 3, 6 f, 16, 384, 489, 531 ff
skiljeman(män) 520
skriftväxling (jfr pleading) 242, 244, 250, 254, 259, 262
skälighetsbedömning 546
skälighetsprövning 556
slutredovisning (i konkurs) 673 n 90
small claim courts (jfr småmålsdomstolar) 401, 548 m n 208
småhusskadefonden 564
småhusskadenämnden 522 f, 533 ff
småmål 330, 332, 557, 633, 682, 689 n 166
-(s)domstolar (jfr small claim courts) 384, 401
-(s)förfarande 33, 533
-(s)lagen 490, 670 n 80
-(s)regler 330 n 184, 331, 490, 547 f
socialförsäkring 149, 639, 640 n 1, 658, 664, 667
social kontroll 499 f
social (civil-)process 10, 12 f, 640, 655, 704, 706 f

social security 147 f
solicitation 167, 312, 559 m n 248, 690 n 169
solidariskt ansvar 30
specialdomstolar 490, 537 f, 553, 570, 647, 661 n 44, 667, 679, 698
(the) spirit of (the) '80s 38, 442 f, 471, 480, 648, 676 n 105
spurious class action 122 ff, 196, 210 f, 215, 223 f, 235, 344, 464
standardavtal 603
standards of conduct 208
standing (se även talerätt) 105, 182 f, 187 f, 608
stare decisis 66, 70, 80 f, 83, 90 f, 106, 227 f, 257, 343, 482, 538, 631 m n 253
stare vulgaris 228
state class action 584
statliga företag 689, 693
statliga myndigheter 564
statlig civilprocess 567
statlig (offentlig) grupptalan 20, 25, 43, 488, 568 ff, 594, 596, 609 f, 613, 616, 619, 625 n 228, 630, 633, 635, 649, 655, 659 f, 663 f, 668, 691 ff, 693 f, 696, 698 f, 699 n 209
- (a) organ 587
- representant 692, 699
- talerätt 692 n 181
- (t) inflytande 697
- tillsyn, se offentlig tillsyn

statuary provision 290, 291 ff, 301, 308, 317, 320
statute law 57, 63, 112
stiftelse 505 n 60, 529, 601
straff (jfr kriminalisering) 270
-barhet 501
-beläggande 494, 542
-hot 494 f, 501, 509 f
-process 4, 494, 503, 537
-sanktion 511
-skadestånd (se även punitive damage) 272 f, 503 n 51
-verkställighet 564
-värde 495
strejk 117
strikt ansvar 502, 515, 517
ställföreträdare 702
stämningsansökan 23, 262, 314
stämpelavgift 312
subclass (se även underklass) 189, 192, 215, 253, 628 n 239
substantive revolution 463
substantive theory 135, 137, 255, 461 n 87, 644
subventioner 491
summa revisibilis 633
summarisk process 242, 249, 445, 490, 533, 547 ff, 559
summary judgement 151, 153, 242, 249, 263, 266, 291, 415 n 184, 646, 652
super class action 583, 585
superiority 166, 194, 196, 198 ff, 206, 208, 342, 550, 631 m n 249, 645, 657 f
- bedömning 357

– test 421 m n 219
supreme court 104, 110, 112, 136, 144, 170, 228, 575, 577, 579 f, 583, 707
– of judicature act 372
sworn pleading 60
säljförbud 661
särskild fullföljd 417

talerätt (se även standing) 18, 79 f, 105, 182, 187 f, 342, 400, 437 n 3, 442, 490, 529, 539, 552, 560 ff, 573, 593 m n 90, 597 n 106, 601 ff, 607 ff, 612, 620, 661 ff, 662 n 45, 668, 671, 674 n 99, 676 n 105, 691, 697, 698, 702, 709
primär – 610, 620, 693 n 181, 698
sekundär – 693 n 181, 697
subsidiär – 601, 621, 662, 693 n 181
taxesystem 681
teleavgifter 694
testamente 280
-(s)tolkning 280
test-case (se även pilotmål) 198, 203, 204 f, 488, 490, 624 ff
Three Mile Island 659
tillståndsprövning 663 n 52
tillsynsmyndighet 661 f
tillåtlighetsfrågan, se certification issue
tiotusendollarströskeln 175 ff, 200 f
Tjernobyl 659, 664 m n 57
tort and delict 269, 685
town planning tribunals 401
trafikförsäkring – se försäkring
transfer 202 f
transferee court 550
tredskodom (se även default judgement) 242, 249
trial (se även huvudförhandling) 151, 152, 155, 242, 247, 248, 250 f, 254, 266, 535, 550, 579 m n 47
trial court 110
tripple damages – se damages
trust (institutet, jfr antitrust) 60, 97, 115, 217
trustee (jfr förvaltare) 97, 115
truth in lending act 177, 201, 203, 205, 291
tryckfrihetsrätt 291
tröskelmetoden 602
tull 91
tvistig fordran 672
tvångsingripande 486
tvångsmedel 303, 385, 500, 511
indirekt – 510
tvångsutförande 511 n 89, 513 n 98
two-way regeln 402, 430
typicality 125, 174, 186 ff, 192 f, 208, 342, 357, 360, 645
tågolycka – se järnvägsolycka

Überforderung des Justiz 686

ultimate fact 243
underklass (se även subclass) 198, 207, 253
underlåtenhetsförpliktelse 122
unemployment compensation 147 f
unfair advantage 297
uniform class action act (UCAA) 348, 361 ff, 698
unincorporated aggregates of persons 376 f, 392 n 90
– associations 392 n 90
unjust enrichment, se obehörig vinst
prevention of – 448 f, 458
unmanageable 450, 452, 551, 553, 577
unproductive litigation 306
uppdrag 19 f, 22, 25, 46, 65, 81, 86, 98
upptäcktsrisk 501
utbildning 486
utdelning 541, 702
-(s)förslag 673 m n 90
utevaro 490, 552
utlokalisering 491
utredningskostnader 315
utökat skadeståndsansvar 513 ff

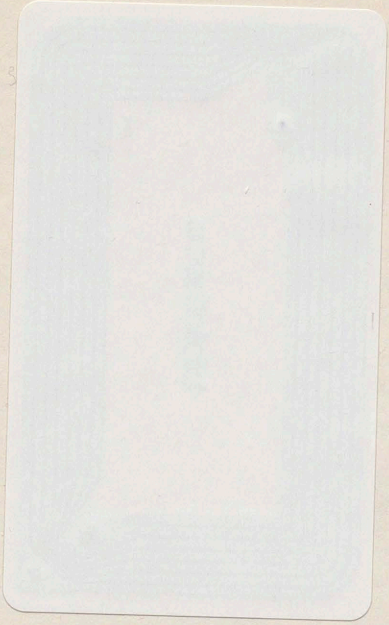
varumärke 609 n 171
vattenavgifter 685 n 150, 694
vattendomstol (vattendomare) 541, 680
vattenföroreningsavgift 507
vattenmål 267, 541 f, 611 n 183, 672, 680
vatten och avloppsnämnd 512, 537
vederdeloman 493
Verbandsklage (jfr organisationstalan) 31 f, 35, 567, *602 f*, 605, 610, 612, 692
Victoriaregeln 699
viktangivelser 694
vilandeförklaring 490, 552 f, 701
villa-hemförsäkring – se försäkring
villaägare 225
vinstkonfiskation 489
vite 489, 494, 510 ff, 512 n 94, 517
vitesföreläggande 498, 510 ff
viteslagen 513 n 99
vittne(n) 245 ff, 249 f, 550
-(s)lön 312
vågmetaforen 10 f
vårdslös processföring 423
Water Pollution Prevention and Control Act 291
weak suit 153
welfare 160
winner take all-regeln 8
the Witan 49 f
writ 69, 82
original – 47
-process 49 ff, 105, 242, 431
-systemet 244

yrkande 251, 254, 259, 263
yrkesroller 557, 559, 672, 679 ff

åberopande 251, 254, 259
åberopsbörda 205
åtal 542
  enskilt 490, 494, 499, 541 ff, 621
  -(s)plikt 501
  -(s)prövning 543 n 194
  -(s)rätt 543 n 194, 546 n 204, 693 n 181
  -(s)underlåtelse 543 n 195
återförvisning 228
återkallelse 221, 241, 254 ff, 391, 422, 427
  – av talan 250, 260
  – föreläggande 692
återvinningstalan 673, 702

ändringstalan 21, 126, 145, 697
  -(s)åtgärd 122, 697 n 192
äganderätt 18, 50

ömsesidig kvittningsregel, se no-way rule
överdebitering 203, 277, 693 ff
överflyttning 490, 549 ff
överklagande 24, 239, 253
överkriminalisering 494
överlåtelsemetoden 602, 604 n 137
överskott 268, 270, 279
översvämning 659



PER HENRIK LINDBLOM

GRUPPTALAN

GRUPPTALAN kan vara ett sätt att komma tillrätta med de processuella problem som uppkommer då många personer berörs av samma händelse (miljöstörningar, diskriminering, reaktorolyckor, giftutsläpp, produktskador osv). I denna bok diskuteras den mest radikala formen av sådan process: det anglo-amerikanska class action-institutet. Undersökningen omfattar förutsättningarna för att sådan enskild grupptalan skall tillåtas, frekvensen, användningsområdena och effektiviteten, liksom centrala processuella frågor om civilprocessens funktion, förfarandet, rättskraften, rättegångskostnaderna och skadeståndsberäkningen. Dessutom presenteras alternativ som statlig grupptalan, organisationstalan, pilotmål, offentlig kontroll, kriminalisering, försäkring etc. Många jämförelser förekommer mellan amerikansk och svensk rätt. Boken avslutas med en diskussion om möjligheterna att införa class actions i vårt land.

Per Henrik Lindblom är professor i processrätt vid Uppsala universitet. Han har på Norstedts tidigare givit ut Processhinder (1974) och Konsumentmål (1985).

ISBN 91-1-867682-0