UPPSALA
UNIVERSITET

Internationell privaträtt

Studiematerial för terminskurs 6

Avdelning I-II

Maarit Jänterä-Jareborg
Marie Linton
Mosa Sayed
Laima Vaige

Uppsala universitet
Juridiska institutionen
Fr.o.m. VT 2024

Förord

När den första utgåvan av kompendiet ”Internationell privaträtt. Studiematerial och rättsfall för Terminskurs 6” togs fram av professorerna Ulf Göranson och Maarit Jänterä-Jareborg inför höstterminen 1994 var avsikten att tillhandahålla T6-studenterna ett material i linje med den då nyligen reformerade juristutbildningens grundidéer. ”Ingen blir en god jurist genom att läsa texter och lyssna på lärarutläggningar. Det gäller i stället att självständigt och i grupp – med eller utan lärarhandledning – öva sig i regeltillämpningens svåra konst”, skrev utgivarna och fortsatte: ”Det är därför inte nödvändigt att skaffa sig en total överblick över ett ämnes alla detaljer. Däremot måste man möta exempel på grundläggande teori och metod för att kunna applicera dem på enskilda fall. Förståelsen för ämnet ökar genom att man då och då tvingas göra en djupdykning och möta verkligt svåra rättsliga situationer”. Det dryga kvartssekel som gått har övertygat oss undervisande lärare om att det valda upplägget med fokus på centrala, allmänna och dagsaktuella internationella privat- och processrättsliga frågor, kompletterade med några integrerande seminarier och ett till undervisningen skräddarsytt material, är klart bättre lämpad för förståelsen av ämnet än traditionella läroboksbundna studier. Eftersom regleringarna i ämnet internationell privat- och processrätt genomgått grundläggande förändringar bara de senaste åren, mycket tack vara EU-lagstiftarens intresse för internationell privaträtt som verktyg för gränsöverskridande samarbete, har vi dock valt att låta det för utbildningen särskilt framtagna kompendiematerialet kompletteras med Lundaprofessorn Michael Bogdans lärobok Svensk internationell privat- och processrätt vars nionde upplaga, med professor Michael Hellner som medförfattare, kom ut mot slutet av 2020. Vår förhoppning är att denna traditionella lärobok, tillsammans med s.k. ”storföreläsningar” i ämnet (som starkt rekommenderas), ger studenterna en bättre överblick över ämnet och dess nuvarande utvecklingsstadium.

Kompendieutgåvan har genomgått en grundlig översyn inför ht 2021 och vissa revideringar inför vt 2024, särskilt vad gäller seminarieuppgifterna och rättsfallen, även om upplägget är oförändrat i grunden. Kompendiet utgörs av ett grönt häfte som består av två avdelningar. I den första avdelningen ingår uppsatser (som kompletterar Bogdans och Hellners ovan angivna lärobok). Den andra avdelningen innehåller de översedda seminarierna 17-22. Underlaget för varje seminarium innehåller först ett introducerande parti, därefter faktiska eller konstruerade rättsfall samt, eventuellt, något ur den internationellt privaträttsliga doktrinen som grund och stöd för egen tanke- och diskussionsverksamhet. I ämnet internationell privat- och processrätt är det extra tydligt att det ofta inte finns ett enda ”rätt” svar. Frågeställningarna kan i stället närmas utifrån flera olika perspektiv.

Konventionstexter (Sveriges internationella överenskommelser på det internationellt privat- och processrättsliga området) och för ämnet relevanta EU-förordningar återfinns på studentportalen. De finns även tillgängliga i ”pappersform” i ett separat häfte, ”Internationell privaträtt, Studiematerial för Terminskurs 6, Konventionstexter och EU-förordningar” (vt 2022). Annat relevant författningsmaterial återfinns i lagboken i anslutning till ÄktB:s, FB:s, ÄB:s och RB:s promulgationslagar samt HB, eller i Iustus lagbok Svensk lag i ett eget internationellt privat- och processrättsligt kapitel.

Vi vill tacka förutvarande överbibliotekarien, professor Ulf Göranson varmt för den avgörande roll som han spelade när detta kompendium ursprungligen kom till. Ett tack går också till professor emeritus Michael Bogdan, från Lunds universitet. Vi tackar även amanuensen Lisa Erlingson för assistans inför utgivningen av detta uppdaterade studiematerial.

Uppsala i december 2023

Maarit Jänterä-Jareborg Marie Linton Mosa Sayed Laima Vaige

Avdelning I

Uppsatser m.m. i internationell privaträtt

Jänterä-Jareborg, M., Introduktion till internationell privaträtt.....s 7

Bogdan, M, Nya lagvalsregler om makars och registrerade partners förmögenhetsförhållanden, SvJT 2016 s. 621 ff. .....s 11

Jänterä-Jareborg, M., Utlandsanknytning, äktenskapsförord och lagvals-avtal – Självklarheter och oklarheter. (DE LEGE: Juridiska fakulteten i Uppsala, Årsbok, Årgång 13, Familjerättsliga studier, Vänbok till Åke Saldeen, Uppsala 2003, s.111 129).....s 15

Utdrag ur SOU 2004:80 Kompletterande bestämmelser till den nya Bryssel II-förordningen, s. 35-54 (denna beskrivning är av fortsatt relevans för förståelsen av den senaste Bryssel II-förordningen, från 2019, se Ds 2020:18).....s 26

Utdrag ur Ds 2020:18 Ökad rättssäkerhet och snabbare verkställighet i internationella familjemål, s. 43-52. (Den aktuella departementspromemorian handlar om 2019 års Bryssel II-förordning – som från och med 1.8.2022 ersätter 2003 års Bryssel II förordning – och de ändringar i svensk lagstiftning som bedömts påkallade i anledning av förordningens nya lydelse) ..... s 36

Jänterä-Jareborg, M., Olovliga bortföranden av barn och Haagkonventionerna. (DE LEGE: Juridiska fakulteten i Uppsala, Årsbok. Årgång 7. Ad studium et ad laborem incitavit Elsa Eschelsson. Uppsala 1997 s. 239 266).....s 41

Jänterä-Jareborg, M., Surrogatmoderskap och genus – särskilt ur tilltänkt morsperspektiv. (Livsfellesskap, Rettsfelleskap. Festskrift till Tone Sverdrup 70 år. Oslo 2021 s. 264-277).....s 51

Utdrag ur SOU 2010:59 Underhållsskyldighet i internationella situationer – Underhållsförordningen, 2007 års Haagkonvention och 2007 års Haag-protokoll. (sid. 21-37).....s 58

Jänterä-Jareborg, M., Rätt och religion i ett mångkulturellt samhälle. (Advokaten Nr 3, 2018, s. 42-49).....s 67

Sayed, M., Svensk och islamisk familjerätt – en jämförelse. (Juridisk publikation 2/2010 s. 201-234).....s 71

Bogdan, Michael, Något om avtalsstatutets roll för fastställande av uppfyllelseort enligt Bryssel Ia-förordningens art. 7(1)(b), Modern affärsrätt 2017 s. 87-99…….....s 88

Linton, Marie, Den svenska inställningen till utländska domar. Är det dags för Sverige att ta sitt förnuft till fånga? (Förnuft, känsla och rättens verklighet – vänbok till Maarit Jänterä-Jareborg, Uppsala 2014 s. 145-165).....s 95

Introduktion till internationell privaträtt

Till Termin 6-studenter,

> *Rättsförhållanden är inte bara ”renodlat” svenska i den bemärkelsen att svensk domstol alltid skulle vara behörig att pröva dem och att svensk lag alltid skulle gälla vid svensk myndighet. Tvärtom är det i dagens internationaliserade värld mycket vanligt att rättsförhållanden har juridiskt relevanta kopplingar (= anknytningar) till fler än ett land. Följden blir att svensk domsrätt inte kan tas för given i händelse av starkare anknytning till utlandet. Och även om svensk domsrätt bedöms finnas trots utlandsanknytningen, kan tvisten behöva prövas med tillämpning av utländsk rätt. En stor mängd olika sorters rätts-handlingar ingås dagligen över gränserna. Man måste fråga sig (a) vilket lands domstol (eller annan myndighet) är behörig att pröva gränsöverskridande tvister, (b) vilket lands lag skall tillämpas samt, inte minst, (c) vilken verkan har svenska avgöranden utomlands respektive utländska avgöranden i Sverige. Även frågor om inbördes rättshjälp i en mer teknisk bemärkelse aktualiseras, såsom delgivning av handlingar utomlands, bevisupptagning inför främmande domstol eller rätt till rättshjälp utomlands.*

Ämnet internationell privaträtt omfattar i svensk rätt inte bara frågorna om tillämplig lag (vilket är huvudfrågan enligt den traditionella men numera alltför smala förståelsen av den internationella privaträttens uppgifter) utan även de processrättsliga spörsmålen angående dels nationella domstolars och andra nationella myndigheters behörighet i utlandsanknutna situationer, dels erkännande och verkställighet av utländska avgöranden. Även internationellt skiljeförfarande och internationell rättshjälp ingår. I sak spänner ämnet över hela civilrätten i en allt vidare bemärkelse och kan särskiljas i många olika delområden, beroende på vad frågan handlar om. Till de viktigaste delområdena hör (1) internationell äktenskapsrätt (äktenskaps ingående och upplösning, äktenskaps rättsverkningar), (2) barn i internationella förhållanden (faderskap, adoption, föräldraansvarsfrågor såsom vårdnad, umgänge, barnets boende och förmynderskap samt underhåll[1], (3) internationella arvsfrågor, (4) internationell obligationsrätt, (5) utomobligatoriskt skadestånd i utlandsanknutna situationer och (6) internationell sakrätt. Inom alla dessa områden studerar man frågor om myndigheters internationella behörighet, val av tillämplig rättsordning samt erkännande och verkställighet av utländska avgöranden. För hela ämnet gemensamma frågor är vidare spörsmål angående kvalifikation, bedömningen av den prejudiciella frågan, ställningstaganden till återförvisning (renvoi) och till s.k. ordre public i uttryckets olika bemärkelser samt förutsättningarna för tillämpning av utländsk rätt. Medan tidigare endast privaträttsliga regler i en utländsk rättsordning ansågs kunna tillämpas av en annan stats domstol eller annan myndighet anses numera även tillämpningen av utländska offentligrättsliga föreskrifter kunna komma i fråga. Det har till stor del att göra med ett inflytande från EU-rätten där begrepp som ”privaträttens område” och ”civilrättsliga frågor” avses bli tolkade självständigt från begreppsbildningen i medlemsstaternas nationella rättsordningar. Både domsrätten och genomförandet (erkännande och verkställighet) av utländska avgöranden kan innefatta inslag som enligt exempelvis svensk rättsuppfattning

[1] Underhållsskyldighet utgör inte en del av begreppet ”föräldraansvar”, såsom föräldraansvar definieras i EU:s olika internationellt privaträttsliga förordningar.

framstår som offentligrättsliga till sin karaktär. På det sättet har den internationella privat- och processrätten fått ett allt vidare tillämpningsområde i sak.

Av hävd har varje stat sin egen internationella privaträtt (inkl. internationell processrätt) samtidigt som regleringarna i stor utsträckning grundar sig på internationellt konventionssamarbete. Regleringarna behövs för att rättssystemet alls ska kunna hantera gränsöverskridande situationer i en värld där varje stat har sin egen rättsordning. I takt med den allt intensivare integrationen inom EU har visserligen krav rests på för medlemsstaterna enhetliga civilprocessrättsliga och civilrättsliga regler; flera arbetsgrupper, bestående huvudsakligen av akademiker, har bildats för att ta fram sådana regler. Förslag med sådan innebörd har dock hittills avfärdats bl.a. med argumentet att reglerna skulle slå sönder rättssystemet i varje medlemsstat. Det anses vidare inte finnas någon tillräckligt enhetlig rättskultur mellan EU:s medlemsstater, som i en större utsträckning skulle motivera uniforma regler till förfång för de nationella (för varje lands egna behov ”skräddarsydda”) civil- och processrättsreglerna. Samtidigt är man väl medveten om att den europeiska integrationen på många områden förutsätter en viss grundläggande enhetlighet mellan medlemsstaternas rättsordningar och en beredvillighet att respektera de grundläggande värden, specificerade i EU-fördragen och stadgan, som EU-samarbetet bygger på.

I detta läge har EU:s medlemsstater valt att satsa på den internationella privat- och processrätten som verktyg och ett stort antal internationellt privat- och processrättsliga förordningar har antagits inom EU, bland annat i syfte att förbättra rättssäkerheten och förutsebarheten inom EU vad gäller gränsöverskridande tvistelösning. Den intresserade rekommenderas en titt på t.ex. europeiska rättsliga nätverket på privaträttens område som avser bl.a. att informera om viktiga rättsregler och procedurer i samtliga EU-stater som gäller vid gränsöverskridande tvister, inte minst i familjerättsliga sammanhang: http://europa.eu.

Fördelen med internationellt privat- och processrättsliga förordningar som metod för rättsenhetligande inom EU är att de lämnar de mer nationellt och kulturellt präglade civil- och processrättsreglerna orörda. Sverige behöver exempelvis inte ändra regleringen i äktenskapsbalken eller rättegångsbalken därför att regleringarna i dem kan framstå som mer progressiva än i medlemsstaterna i genomsnitt. Samtidigt kan man genom enhetliga internationellt privaträttsliga behörighetsregler (domsrättsregler), enhetliga lagvalsregler och enhetliga regler om domars fria rörlighet inom EU (= regler om erkännande och verkställighet varigenom varje medlemsstats avgörande likställs med det egna landets) främja integrationen och tillmötesgå medborgarnas krav på både rättvisa och lika behandling inom Unionen. Vidare kan man genom EU-domstolens tolkningsbehörighet slå vakt om en enhetlig regeltillämpning inom EU. De gemensamma internationellt privaträttsliga bestämmelserna utfärdas numera i form av unionsrättsakter, såsom förordningar och direktiv. Den rättsliga grunden för EU:s civilrättsliga samarbete (= internationell privat och processrätt) finner man idag i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF-fördraget) artikel 81. Allmänt gäller principen om EU-rättens företräde inom de områden där EU lagstiftat, i händelse av konkurrens med andra i en medlemsstat gällande regler. Reglerna i EU-förordningarna är direkt tillämpliga i EU:s medlemsstater. I händelse av s.k. fördjupat EU-samarbete, vilket något överraskande kommit att användas flitigt inom det familjerättsliga området, gäller de enhetliga unionsreglerna bara i de medverkande medlemsstaterna.

Kompendiets material har i princip genomgående europarättsliga kopplingar. EG/EU-regleringar står i förgrunden i flera av seminarierna. I den mån som de europarättsliga kopplingarna inte med tillräcklig tydlighet framgår av studiematerialet hoppas jag att studenterna ändå lyckas upptäcka dem, vid behov under den ansvarige lärarens handledning.

Lycka till med ett egenartat men också ”kul” ämne som i dagens internationella värld tillhör varje praktiskt verksam jurists arsenal! Även om ämnet har begränsat utrymme i juristutbildningen är dess praktiska betydelse stor.

Maarit Jänterä-Jareborg

PS. Den intresserade studenten som vill skaffa sig en global blick över och specialisering i ämnet internationell privaträtt hänvisas till Haagakademins för internationell privaträtt lysande sommarkurser i Haag, se **www.hagueacademy.nl**. Sedan 2019 ges varje januari även en vinterkurs (blandad folkrätt och IP-rätt). Man ska anmäla sig i mycket god tid – kurserna är globalt populära. Föreläsningarna vid Haagakademin utges i den ansedda serien Recueil des Cours – Collected Courses, som finns tillgänglig på Juridiska biblioteket. Håll koll på planerade fördjupningskurser inom ämnet på Juridiska institutionen i Uppsala. Praktiskt verksamma jurister i allmänhet saknar all kunskap på området (så passa på!).

Nya lagvalsregler om makars och registrerade partners förmögenhetsförhållanden

Av professor Michael Bogdan

Artikeln presenterar kortfattat två nya EU-förordningar på den internationella familjerättens område, nämligen förordningen nr 2016/1103 av den 24 juni 2016 om domstols behörighet, tillämplig lag samt erkännande och verkställighet av domar i mål om makars förmögenhetsförhållanden samt förordningen nr 2016/1104 av den 24 juni 2016 om domstols behörighet, tillämplig lag samt erkännande och verkställighet av domar i mål om förmögenhetsrättsliga verkningar av registrerade partnerskap. De två förordningarna skall med några undantag tillämpas från och med den 29 januari 2019 och kommer att avsevärt påverka förmögenhetsordningen för såväl svenska par som flyttar till utlandet som utländska par som invandrar till Sverige.

1 Inledning

Den pågående unifierings- och harmoniseringsprocessen rörande medlemsländernas internationella privat- och processrätt har under våren 2016 gjort en ny framstöt genom antagandet av två nya omfattande EU-förordningar, nämligen förordningen nr 2016/1103 av den 24 juni 2016 om domstols behörighet, tillämplig lag samt erkännande och verkställighet av domar i mål om makars förmögenhetsförhållanden (i det följande ”makarförordningen”)[1] samt förordningen nr 2016/1104 av den 24 juni 2016 om domstols behörighet, tillämplig lag samt erkännande och verkställighet av domar i mål om förmögenhetsrättsliga verkningar av registrerade partnerskap (i det följande ”partnerförordningen”)[2]. De två förordningarna skall med några undantag av teknisk karaktär tillämpas från och med den 29 januari 2019 (se därom i avsnitt 2.1 och 3 nedan). I egenskap av EU-förordningar kommer de att bli direkt tillämpliga i svenska domstolar och deras tolkning i sista instans anförtros åt EU-domstolen.

De två förordningarna är resultat av mångåriga ansträngningar, men man har tyvärr inte lyckats med att uppnå den enhällighet som i enlighet med artikel 81(3) i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) krävs för antagande av europeiska lagstiftningsakter inom den internationella familjerättens område. På begäran av en majoritet medlemsstater använde man sig därför av det särskilda

förfarandet om s.k. fördjupat samarbete, som innebär att förordningarna endast blir tillämpliga i och mellan de s.k. deltagande medlemsstaterna, till vilka även Sverige hör.[3]

För svenskt vidkommande kommer de nya reglerna att till största delen ersätta de idag gällande bestämmelserna i lagen (1990:272) om internationella frågor rörande makars och sambors förmögenhetsförhållanden (i det följande ”LIMF”), liksom vissa regler i den internordiska förordningen (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap (i det följande ”NÄF”). Det bör dock uppmärksammas att NÄF inte gäller samkönade äktenskap och registrerade partnerskap och att LIMF å andra sidan även reglerar de förmögenhetsrättsliga verkningarna av samboförhållanden, vilka överhuvudtaget inte berörs av de nya EU-reglerna.

Denna uppsats är avsedd att kortfattat presentera den nya regleringen, varvid fokus läggs på kollisionsbestämmelserna (lagvalsreglerna). Trots sin stora praktiska betydelse får reglerna om domsrätt och om erkännande och verkställighet av avgöranden endast en mycket summarisk behandling i avsnitt 3 nedan, eftersom de har övervägande teknisk karaktär och i många avseenden känns igen från vissa andra EU-förordningar. Detsamma gäller kollisionsreglerna i partnerförordningen eftersom dessa, med några få

1 EUT 2016 L 183 s. 1.

2 EUT 2016 L 183 s. 30.

3 Se båda förordningarnas premiss 11. De deltagande medlemsstaterna är, förutom Sverige, Belgien, Cypern, Grekland, Kroatien, Slovenien, Spanien, Frankrike, Portugal, Italien, Malta, Luxemburg, Tyskland, Tjeckien, Nederländerna, Österrike, Bulgarien och Finland.

men viktiga undantag beskrivna i avsnitt 4 nedan, i fråga om såväl artikelnumrering som sitt innehåll i huvudsak utgör en kopia av kollisionsreglerna om makars förmögenhetsförhållanden.

2 Nya kollisionsregler om makars förmögenhetsförhållanden

2.1 Allmänt

I enlighet med makarförordningens artikel 69(3) skall dess kollisionsregler tillämpas endast på makar som ingått äktenskap eller valt tilllämplig lag för sina förmögenhetsförhållanden efter den 29 januari 2019. De gamla kollisionsreglerna i LIMF och NÄF kommer således att behålla sin betydelse under många decennier framöver.

Begreppet äktenskap definieras inte i förordningen, som överlåter detta åt de deltagande medlemsstaternas nationella rätt.[4] De deltagande medlemsstater som inte godtar samkönade äktenskap och inte betraktar dessa som riktiga äktenskap kan således vägra att tillämpa makarförordningen på dem, men kan i dylika fall eventuellt i stället använda sig av partnerförordningens regler (se avsnitt 4 nedan).

Begreppet makars förmögenhetsförhållanden definieras i artikel 3(1)(a) som en uppsättning regler som rör förmögenhetsförhållanden, till följd av äktenskapet eller dess upplösning, mellan makar och

mellan makar och tredje man. Begreppet, som skall tolkas autonomt och inte i enlighet med någon nationell rätt, måste förstås som begränsat till civilrättsliga frågeställningar, men omfattar i gengäld såväl spörsmål om den dagliga förvaltningen av makars egendom som frågor om avveckling av deras förmögenhetsförhållanden till följd av äktenskapsskillnad, boskillnad eller den ena makens död.[5] Vissa frågeställningar undantas i artikel 1(2) från hela förordningens tillämpningsområde, såsom makars rättskapacitet och rättshandlingsförmåga, giltigheten av äktenskap, underhållsskyldighet,[6] arv,[7] social trygghet, rätten till överföring mellan makar av vissa pensionsrättigheter, sakrätters karaktär och registrering av rättigheter i fast eller lös egendom.

I likhet med nästan alla andra EU-rättsliga lagvalsregler är makarförordningens kollisionsreglering enligt artikel 20 avsedd att användas ”universellt” i den meningen att det för förordningens tillämpbarhet inte spelar någon roll om den materiella lag som den anvisar råkar vara lagen i en medlemsstat eller inte. I geografiskt avseende är regleringen således heltäckande och lämnar inte något utrymme åt nationella (t.ex. svenska) eller regionala (t.ex. internordiska) kollisionsregler. En helt annan sak är att några av förordningens kollisionsregler tillmäter viss betydelse åt den omständigheten att makarna eller en av dem har hemvist inom en medlemsstat (se nedan om artiklarna 23 och 25).

Regleringen är geografiskt heltäckande också i det avseendet att den anvisade lagen i princip skall tillämpas på samtliga tillgångar, oavsett i vilket land de är belägna (artikel 21). Det spelar inte heller någon roll för förordningens tillämpbarhet om egendomen är fast eller lös,[8] låt vara att fast egendom i vissa specialfall särbehandlas (se exempelvis nedan om artikel 28).

Den tillämpliga lagens tillämpningsområde definieras inte i förordningen på ett uttömmande sätt, men artikel 27 innehåller en utförlig exempellista, enligt vilken den tillämpliga lagen skall avgöra bland annat klassificeringen av egendom i olika kategorier (i svensk rätt exempelvis gränsdragningen mellan enskild egendom och giftorättsgods), överföring av egendom från en sådan kategori till en annan, den ena makens ansvar för den andra makens skulder, makes/makars befogenheter, rättigheter och skyldigheter när det gäller

4 Se förordningens premiss 17.

5 Se förordningens premiss 18 och COM (2016) 106 slutlig s. 7.

6 Beträffande tillämplig lag för underhållsskyldighet mellan makar se hänvisningen till 2007 års Haagprotokoll om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet i artikel 15 i förordningen nr 4/2009 av den 18 december 2008 om domstols behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet av domar samt samarbete i fråga om underhållsskyldighet, EUT 2009 L 7 s.1. Själva Haagprotokollets text finns bl.a. i EUT 2009 L 331 s. 19.

7 Beträffande makes arvsrätt se förordning nr 650/2012 av den 4 juli 2012 om behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet av domar samt godkännande och verkställighet av officiella handlingar i samband med arv och om inrättande av ett europeiskt arvsintyg, EUT 2012 L 201 s. 107.

8 Se COM (2016) 106 slutlig s. 9.

egendom, upplösning av makars förmögenhetsförhållanden och fördelning eller avveckling av egendomen, äktenskapsförords materiella giltighet samt verkningarna av makars förmögenhetsförhållanden på rättsförhållanden mellan en make och tredje man.

Sistnämnda förhållanden till tredje man får en relativt detaljerad tilläggsbehandling i förordningens artikel 28. Den tillämpliga lagen får trots det som står i artikel 27 inte av make åberopas mot tredje man om denne varken hade eller vid tillbörlig aktsamhet borde ha haft kännedom om den rättsordningens tillämplighet. Tredje man anses ha haft sådan kännedom om det rör sig om den lag som tillämpas på den aktuella transaktionen mellan make och tredje man, lagen i den stat där transaktionens parter har hemvist eller, om det gäller fast egendom, lagen i den stat där egendomen är belägen. Alternativt räcker det också med att krav i någon av dessa lagar på kungörelse eller registrering av makarnas förmögenhetsförhållanden har uppfyllts. Det är värt att notera att det här inte rör sig om presumtioner, utan om fasta regler enligt vilka tredje mans kännedom inte får motbevisas. Det torde dock även i andra fall vara möjligt att visa att tredje man hade kännedom om den tillämpliga lagen. Kan den tillämpliga lagen inte göras gällande mot tredje man, avgörs tredjemansverkan av makars förmögenhetsförhållanden av den lag som är tillämplig på den aktuella transaktionen eller, om det gäller fast egendom eller registrerade tillgångar, lagen i den stat där egendomen är belägen eller registrerad.

Förordningens kollisionsregler torde ha ambitionen att i fall av bodelning med anledning av makes död undvika såväl överlappningar som luckor i förhållande till EU:s arvsförordning.[9] Gränsdragningen måste i princip ske enhetligt och autonomt, utan att vara bunden av det ena eller andra medlemslandets juridiska begreppsbildning och terminologi. Det finns dock frågeställningar vilkas kvalifikation som successionsrättsliga eller äktenskapsrättsliga kan ge upphov till svårigheter. Det är exempelvis inte helt klart huruvida den svenska s.k. basbeloppsregeln i ärvdabalkens 3 kap. 1 § andra stycket av EU-domstolen skulle uppfattas som en arvsrättslig förmån eller en förmån härrörande ur makarnas förmögenhetsordning.

Förordningen innehåller också en sedvanlig uppsättning bestämmelser avseende allmänna internationellt-privaträttsliga frågeställningar, såsom artikel 30 om internationellt tvingande regler,[10] artikel

31 om *ordre public*, artikel 32 om uteslutande av återförvisning (*renvoi*), artiklarna 33 och 34 om stater som har flera rättsordningar avseende olika territoriella enheter eller olika kategorier av personer, samt artikel 35 om icke-tillämpning av förordningens kollisionsregler på domstolslandets interna lagkonflikter. En särskild regel i artikel 29 handlar om sådana fall där en sakrätt tillerkänd av den lag som tilllämpas på makars förmögenhetsförhållanden, exempelvis en sakrättsligt skyddad nyttjanderätt efter äktenskapets upplösning, är okänd i den medlemsstat där den åberopas; i sådana fall skall den okända sakrätten vid behov i möjligaste mån anpassas till den närmast likvärdiga sakrätten i den aktuella medlemsstatens lag.

2.2 Partsautonomi

I likhet med LIMF och NÄF ger förordningen makar eller blivande makar vissa begränsade möjligheter att avtala om att utse eller byta tillämplig lag för sina förmögenhetsförhållanden. Enligt artikel 22 kan man härvid välja lagen i den stat där någon av dem vid tidpunkten för avtalets ingående har hemvist eller

9 Förordning nr 650/2012 om behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet av domar samt godkännande och verkställighet av officiella handlingar i samband med arv och om inrättande av ett europeiskt arvsintyg, EUT 2012 L 201 s. 107.

10 Artikel 30, som stadgar att förordningen inte begränsar tillämpningen av domstolslandets internationellt tvingande regler (dvs. regler vilka med hänsyn till allmänintressen är avsedda att oavsett i övrigt tillämplig rättsordning användas "vid alla situationer inom deras tillämpningsområde"), synes i första hand vara avsedd att möjliggöra tillämpning av domstolslandets bestämmelser om skydd för familjebostad även när utländsk rätt är tillämplig på makarnas förmögenhetsförhållanden, se förordningens premiss 53 och COM (2016) 106 slutlig s. 11 (jfr också 9 § LIMF). Enligt min mening möjliggör artikel 30 för svenska domstolar dock också att med tillämpning av 12 kap. äktenskapsbalken oavsett i övrigt tillämplig lag jämka alltför oskäliga bodelningar. Att 12 kap. äktenskapsbalken idag är internationellt tvingande framgår av 10 § LIMF och detta kan man i framtiden även utan uttryckligt stöd i svensk lagtext fortsätta att hävda med hänvisning till att frågan om olika svenska reglers internationellt tvingande karaktär normalt överlämnats åt rättstillämpningen. Av förarbetena till artikel 30 framgår för övrigt att dylik karaktär inte nödvändigtvis förutsätter att den svenska regeln verkligen är avsedd att tillämpas vid alla situationer inom sitt sakliga tillämpningsområde, eftersom dess internationellt tvingande natur kan exempelvis vara begränsad till personer bosatta i Sverige, se COM (2016) 106 slutlig s. 11.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

lagen i en stat där någon av dem vid sagda tidpunkt är medborgare.[11] Detta liknar valfriheten enligt 3 § LIMF, men förordningen synes inte räkna med möjligheten att ett lagvalsavtal i händelse av makes död kan träffas mellan den överlevande maken och den avlidnes arvingar och universella testamentstagare. En under äktenskapet överenskommen ändring av tilllämplig lag får, om makarna inte avtalat annat, endast verkan för framtiden. Kommer makarna överens om att ge ändringen retroaktiv verkan så får det inte inverka menligt på tredje mans rättigheter.

Artikel 22 nämner inte personer med flera medborgarskap. Premiss 50 uttalar däremot att frågan om hur sådana personer skall behandlas är en preliminär fråga vilken inte omfattas av förordningen utan bör överlåtas åt nationell rätt. Premissen tillägger dock att detta övervägande inte bör påverka giltigheten av ett lagval; att artikel 22(1)(b) i motsats till artikel 22(1)(a) talar om "en stat" och inte "den

stat" där en av makarna är medborgare tyder dessutom på att personer med flera medborgarskap själva får välja det av medborgarskapen som de vill stödja sitt lagval på.

Regler om lagvalsavtalets giltighet till formen finns i förordningens artikel 23. Avtalet skall vara skriftligt, daterat och undertecknat, men ett elektroniskt meddelande som möjliggör en varaktig dokumentation skall anses vara likvärdigt med ett skriftligt meddelande. Har makarna vid tidpunkten för avtalets ingående hemvist i en *medlemsstat* som föreskriver ytterligare formkrav för äktenskapsförord så skall dessa uppfyllas av lagvalsavtalet. Har makarna vid tiden för avtalets ingående hemvist i olika medlemsstater räcker det dock med att avtalet uppfyller de formella kraven i en av dessa och, om endast en av makarna har hemvist i en medlemsstat, skall formen i enlighet med denna medlemsstats lag vara uppfylld. Den materiella giltigheten av lagvalsavtalet skall enligt artikel 24 prövas enligt den genom avtalet valda lagen, låt vara att en make kan åberopa sitt hemvistlands lag för att få fastställt att han eller hon inte har samtyckt till avtalet om prövning av samtycket enligt den valda lagen skulle framstå som orimlig.

2.3 Tillämplig lag i brist på makarnas eget lagval

Erfarenheterna av LIMF tyder på att partsautonomin endast kommer att utnyttjas av en mycket liten andel par. Har makar eller blivande makar underlåtit att avtala om tillämplig lag för sina äktenskapliga förmögenhetsförhållanden tillämpas enligt artikel 26(1) i första hand lagen i den stat där makarna hade sin "första gemensamma hemvist" efter det att äktenskapet ingicks. Kan detta alternativ inte tillämpas, tillämpas lagen i den stat där båda makarna vid tiden för äktenskapets ingående var medborgare. Är även detta alternativ oanvändbart eftersom makarna hade inga eller flera gemensamma medborgarskap, skall man tillämpa lagen i den stat till vilken makarna, med beaktande av samtliga omständigheter, vid tiden för ingående av äktenskapet gemensamt hade närmast anknytning.

Det är inte helt klart hur "första gemensamma hemvist" skall tolkas. Det behöver tydligen inte röra sig om ett gemensamt hem, utan det räcker med hemvist i ett och samma land. Inte heller verkar det krävas ett gemensamt hemvistland redan vid tiden för äktenskapets ingående; det är exempelvis inte ovanligt att ena maken av praktiska skäl flyttar till den andra makens hemvistland först flera månader efter vigseln. Förordningens premiss 49 godtar därför även makarnas första gemensamma hemvist etablerad "en kort tid efter äktenskapets ingående". Saken blir mer problematisk i sådana relativt sällsynta fall där makarna får sitt första gemensamma hemvistland först efter en längre tid, kanske efter flera år. I dessa fall torde den första gemensamma hemvisten inte utgöra ett lämpligt anknytningsfaktum, eftersom regeln då skulle kunna medföra att en av makarna ensidigt, genom att flytta till den andra makens hemvistland, utan karenstid och med retroaktiv

verkan kunde åstadkomma ett byte av makarnas sedan längre tid etablerade förmögenhetsordning.

Undantagsvis kan domstol efter ansökan av en av makarna besluta att det är lagen i makarnas senaste gemensamma hemvistland som skall tillämpas. Detta förutsätter enligt artikel 26(3) att den sökande

11 I Kommissionens kommentar till artikel 22 står däremot att friheten att under äktenskapet avtala om ändring av tillämplig lag är begränsad till de rättssystem som makarna kunde ha valt när äktenskapet ingicks, se COM (2016) 106 slutlig s. 10. Enligt denna kommentar, som synes oförenlig med artikelns ordalydelse, skulle makarna således inte få välja exempelvis lagen i det land där de först vid tiden för ändringsavtalet har hemvist och/eller är medborgare.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

maken kan visa att makarna hade sin gemensamma hemvist i den staten under en avsevärt mycket längre tid än i sitt första gemensamma hemvistland och att de båda har förlitat sig på lagen i det senaste gemensamma hemvistlandet för att ordna eller planera sina förmögenhetsförhållanden. Detta undantag gäller i så fall retroaktivt från äktenskapets ingående, men om en av makarna motsätter sig detta så gäller det från och med inrättandet av den senaste gemensamma hemvisten. Undantaget gäller inte om makarna redan före inrättande av den senaste gemensamma hemvisten har upprättat äktenskapsförord och det får inte heller inverka menligt på tredje mans rätt enligt lagen i makarnas första gemensamma hemvistland.

De nya reglerna utgår, med ett par begränsade undantag, således från oföränderlighetsprincipen enligt vilken samma rättsordning, bestämd med hänsyn till omständigheterna vid äktenskapets ingående, skall reglera makars förmögenhetsförhållanden under hela äktenskapet. Detta gäller oavsett senare ändringar i exempelvis deras hemvist och/eller medborgarskap. I detta avseende medför förordningen en grundläggande förändring i jämförelse med 4 § LIMF, som innehåller en tvåårsregel med innebörden att båda makarnas hemvistbyte till ett annat land efter två års bosättning i det nya landet automatiskt medför ett byte av tillämplig lag. Oföränderlighetsprincipen motiveras i förarbetena med behovet av förutsebarhet och behovet av att lätt kunna fastställa tillämplig lag.[12]

Förordningens artikel 25 handlar om tillämplig lag beträffande äktenskapsförords giltighet till formen. Artikeln utgör i princip en kopia av de i avsnitt 2.2 ovan beskrivna reglerna i artikel 23 rörande ett lagvalsavtals formella giltighet, dock med det tillägget att äktenskapsförord även måste uppfylla formkrav i den lag som är tillämplig på makarnas förmögenhetsförhållanden.

3 Nya regler om domsrätt och erkännande/verkställbarhet av avgöranden rörande makars förmögenhetsförhållanden

I enlighet med övergångsreglerna i makarförordningens artikel 69 (1 och 2) skall förordningens domsrättsregler och regler om erkännande och verkställighet endast tillämpas på förfaranden som har inletts, på officiella handlingar som har upprättats och förlikningar inför

domstol som har godkänts eller ingåtts fr.o.m. den 29 januari 2019. Domar som meddelats efter sistnämnda dag skall dock erkännas och verkställas även när förfarandet inleddes dessförinnan, men endast om den utfärdande domstolens behörighet var förenlig med förordningens domsrättsregler.[13]

Makarförordningen tillerkänner i sina artiklar 4 och 5 behörighet i frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden åt domstolar[14] i den medlemsstat där talan väckts rörande arv efter en av makarna eller, förutsatt att makarna ingått avtal därom och vissa ytterligare förutsättningar är uppfyllda, åt domstolar i den medlemsstat där talan väckts om upplösning, separation eller annullering av äktenskapet. Behörighet i dessa fall bestäms således normalt indirekt av EU:s arvsförordning eller Bryssel II-förordningen[15]. Det räcker dock inte att domstolslandet har domsrätt enligt någon av dessa förordningar, utan talan om t.ex. arv eller äktenskapsskillnad måste verkligen ha väckts där.

Är ingen domstol behörig enligt artiklarna 4 och 5 tillerkänner artikel 6 domsrätt åt medlemsstaterna i följande hierarkiska ordning: (a) den medlemsstat på vars territorium makarna har hemvist då talan väcks, (b) den medlemsstat på vars territorium makarna senast hade hemvist i den mån någon av dem fortfarande är bosatt där, (c) den medlemsstat på vars territorium svaranden har hemvist eller (d) den medlemsstat där båda makarna är medborgare.

12 Se COM (2016) slutlig s. 10. För svenskt vidkommande innebär denna rättsutveckling mot oföränderlighetsprincipen delvis ett steg tillbaka till tiden före LIMF:s ikraftträdande den 1 juli 1990, då man i Sverige följde en ”allmän internationellt privaträttslig grundsats”, enligt vilken makars förmögenhetsförhållanden under hela äktenskapet i princip var underkastade lagen i det land där mannen vid tiden för äktenskapets ingående var medborgare (se t.ex. NJA 1970 s. 420).

13 Att detta inte gäller domar meddelade den 29 januari 2019 torde bero på ett förbiseende.

14 Begreppet domstol definieras på ett vidsträckt sätt i förordningens artikel 3(2).

15 Se förordning nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar samt om upphävande av förordning nr 1347/2000, EUT 2003 L 338 s. 1.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

Parterna har enligt artikel 7 vissa möjligheter att genom skriftligt, daterat och undertecknat avtal komma överens om att domstolarna i den medlemsstat vars lag är tillämplig eller där äktenskapet ingicks skall ha exklusiv behörighet. Tyst prorogation genom att svaranden utan protester går i svaromål godtas också (artikel 8).

En domstol som inte erkänner äktenskapet kan undantagsvis förklara sig sakna behörighet att pröva dess förmögenhetsrättsliga rättsverkningar (artikel 9). Reglerna i artiklarna 10 och 11, avseende s.k. subsidiär behörighet och *forum necessitatis*, är avsedda att förhindra negativa kompetenskonflikter. Någon möjlighet att tillämpa nationella domsrättsregler finns inte kvar.

Ytterligare bestämmelser i artiklarna 12-19 handlar om bland annat domsrätten i genkäromål och mål som har samband med varandra, litispendens, interimistiska åtgärder och möjligheten att avstå från att pröva frågor avseende tillgångar belägna i en tredjestat där domen inte skulle komma att erkännas eller verkställas.

Såvitt gäller erkännande och verkställbarhet av avgöranden meddelade i en annan medlemsstat påminner förordningens artiklar 36-57 om motsvarande regler i den numera ersatta Bryssel I-förordningen nr 44/2001.[16] Erkännande sker således automatiskt, dvs. utan att något särskilt förfarande behöver anlitas, medan verkställbarhet förutsätter ett exekvaturbeslut (verkställbarhetsförklaring) i den medlemsstat där domen skall verkställas. Erkännande och verkställbarhet kan vägras endast i mycket speciella situationer, bland annat om det skulle strida mot grunderna för rättsordningen (*ordre public*) i den berörda medlemsstaten eller vara oförenligt med där meddelat eller gällande avgörande i mål mellan samma parter. Erkännande/verkställbarhet av officiella handlingar och verkställbarhet av inför domstol ingångna förlikningar regleras i artiklarna 58-60.

Av särskilt intresse för Sverige är att artikel 62(3) tillåter fortsatt tilllämpning av den nordiska äktenskapskonventionen från 1931 (dvs. NÄF), den reviderade nordiska arvskonventionen från 1934 (dvs. kapitel 3 i lagen (2015:417) om arv i internationella situationer) och den nordiska domskonventionen från 1977 (dvs. lagen (1977:595) om erkännande och verkställighet av nordiska domar på privaträttens område), dock endast i den mån de föreskriver enklare och snabbare förfaranden för erkännande och verkställighet av domar i frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden. Några speciella domsrätts- och kollisionsregler för internordiska situationer blir således inte längre tillåtna på detta rättsområde.

4 Nya regler om registrerade partners förmögenhetsförhållanden

Registrerat partnerskap definieras i partnerförordningens artikel 3(1)(a) som ”lagstadgad samlevnadsform mellan två personer, vilkens registrering är obligatorisk enligt den lagen och vilken uppfyller lagstiftningens formella krav i fråga om instiftande”. Det är uppenbart att denna definition är alltför vidsträckt, eftersom den vid bokstavlig tolkning även inbegriper äktenskap. Det måste därför i definitionen ”tolkas in” ett ytterligare rekvisit, nämligen att det rör sig om en samlevnadsform *annan än äktenskap*.

Den kollisionsrättsliga regleringen i partnerförordningen liknar till sin struktur, artikelnumrering och flertalet detaljregler motsvarande regler i makarförordningen, dock med ett par mycket centrala undantag. Den första skillnaden är att partnerförordningens artikel 22(1)(c) ger registrerade partner ett ytterligare alternativ när det gäller deras rätt att själva välja tillämplig lag, nämligen lagen i den stat enligt vars lag det registrerade partnerskapet har ingåtts. Den andra skillnaden rör fastställande av tillämplig lag när parterna inte har gjort något val. I ett sådant fall skall enligt artikel 26 i princip alltid

tillämpas lagen i den stat enligt vars lag det registrerade partnerskapet ingåtts; endast i undantagsfall får domstolen på en partners begäran tillämpa den senaste gemensamma hemviststatens lag, vilket förutsätter att denna lag tillerkänner registrerade partnerskap förmögenhetsrättsliga verkningar, partnerna haft gemensam hemvist i denna stat under en betydande tidsperiod och båda partnerna har förlitat sig på lagen i denna stat för att ordna eller planera sina förmögenhetsförhållanden.

16 Förordning nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, EUT 2001 L 12 s. 1.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

I fråga om domsrätt skiljer sig partnerförordningens artikel 6 från artikel 6 i makarförordningen (se avsnitt 3 ovan) genom att tillägga en ytterligare domsrättsgrund (e), nämligen att det registrerade partnerskapet ingåtts i enlighet med den aktuella medlemsstatens lag.

Att landet enligt vars lag partnerskapets registrerats, vilket normalt – men inte nödvändigtvis alltid – sammanfaller med det land där partnerskapets ingåtts, tillmäts betydelse i fråga om såväl domsrätt som tillämplig lag sammanhänger med att många länders materiella rätt inte erkänner registrerade partnerskap och deras rättsverkningar. Genom att göra det möjligt att tillämpa registreringslandets lag och i vissa fall ge samma lands domstolar behörighet undviker man förhoppningsvis ett juridiskt vakuum, men man kommer inte ifrån att anknytningen till registreringslandet icke blott kan ligga långt tillbaka i tiden utan dessutom kan ha varit rent tillfällig.

Efter införandet i Sverige av samkönade äktenskap tillåter svensk rätt inte längre registrering av nya partnerskap, men partnerförordningen kan likväl vara praktiskt betydelsefull när svenska domstolar konfronteras med partnerskap ingångna i enlighet med främmande lag. Även äldre registrerade partnerskap ingångna enligt den upphävda svenska lagen (1994:1117) kan aktualisera partnerförordningens regler om domsrätt och erkännande/verkställbarhet. Detsamma gäller enligt artikel 69(3) förordningens lagvalsregler i sådana fall där partnerna valt tillämplig lag efter den 29 januari 2019.

5 Några avslutande anmärkningar

Det mest positiva med de nya förordningarna är att de mildrar den idag rådande rättsosäkerheten avseende makars och registrerade partners förmögenhetsförhållanden i sådana gränsöverskridande fall där man inte kan förutse i vilken medlemsstats domstolar eventuella framtida tvister kommer att avgöras. Denna rättsosäkerhet kan försvåra för gifta eller registrerade par att utnyttja den fria rörlighet för personer som de tillerkänns av EU-rätten. Någon unifiering av medlemsstaternas materiella regler på detta område är inte ett realistiskt mål med hänsyn till de alltför skilda värderingar som präglar olika medlemsstaters familjerätt. Gemensamma regler om domsrätt, tillämplig lag och erkännande/verkställbarhet av avgöranden kommer att avsevärt underlätta förmögenhetsförvaltningen och förmögenhetsplaneringen för migrerande familjer.

SvJT 2016 s 631

De nya förordningarna rör inte sambor, vilket är beklagligt med hänsyn till att denna parbildning ökar i popularitet i hela Europa. Den uppfattas dock inte överallt som en legitim familjeform och de förmögenhetsrättsliga problem som den kan ge upphov till löses i många länder genom samma kollisionsregler och materiella regler som tillämpas på exempelvis sammanboende vänner, vuxna syskon eller familjemedlemmar ur skilda generationer. Hur man i Sverige i framtiden kommer att behandla internationellt privat- och processrättsliga aspekter av samboförhållanden återstår att se; en möjlighet vore att för deras vidkommande behålla reglerna i LIMF, en annan att skapa nya regler, förmodligen helt eller delvis inspirerade av de nya EU-förordningarna.

Det är också beklagligt att man inte lyckats uppnå den enhällighet som krävdes för antagande av en reglering bindande för samtliga medlemsstater (utom Danmark, Irland och Storbritannien, vilka åtnjuter en särställning på det civilrättsliga samarbetets område inom EU). En frivillig anslutning av en klar majoritet av medlemsstaterna är dock ändå av stor betydelse. Det finns för övrigt inget som hindrar en senare frivillig anslutning av de återstående medlemsstaterna eller några av dem.[17]

Den väsentligaste sakliga förändringen i de nya kollisionsreglerna jämfört med LIMF och NÄF är övergången till oföränderlighetsprincipen. Denna princip, som fram till den 1 juli 1990 gällde också i Sverige, har onekligen vissa fördelar, såsom att parets förmögenhetsrelationer är stabila och motsvarar de förutsättningar från vilka de berörda förmodligen utgick vid tiden för äktenskapets/partnerskapets ingående. Ett svenskt pensionärspar, som flyttar till Spanien, behåller enligt de nya reglerna normalt livet ut den svenska äktenskapliga förmögenhetsordningen och ett från Syrien till Sverige inflyttat par skall i princip livet ut behålla den förmögenhetsordning som stadgas i syrisk lag. Oföränderligheten får dock inte missförstås. Det rör sig inte om tillämpning av de materiella reglerna som de såg ut vid tiden för äktenskapets eller partnerskapets ingående (s.k. regelpetrifikation), utan om tillämpning av de *vid tiden för prövningen* gällande materiella reglerna i den stat vars lag på grund av omständigheterna (hemvist eller

17 En sådan anslutning har redan aviserats av Estland.

medborgarskap) vid tiden för äktenskapets/partnerskapets ingående utpekas som tillämplig.[18] Den tillämpliga rättsordningens egna övergångsbestämmelser skall dock beaktas, vilket i vissa fall kan tänkas leda till användning av äldre materiella rättsregler. Det är inte helt klart hur man i dessa avseenden lämpligen bör hantera exempelvis de fall där den tillämpliga lagen är lagen i en stat som inte längre existerar eller lagen i en stat som många år efter att paret flyttat därifrån och bytt medborgarskap genomgått en samhällsomvälvning inklusive

SvJT 2016 s 632

en radikal och för paret helt främmande reformering av reglerna om makars/partners förmögenhetsförhållanden.

Ur lagstiftningsteknisk synvinkel anser jag det beklagligt att man inte nöjt sig med en gemensam förordning för såväl äktenskaps som registrerade partnerskaps förmögenhetsförhållanden. De två förordningarnas artiklar är till övervägande del identiska och de skillnader som ansågs behövliga kunde ha hanterats inom ramen för en enda författning. EU:s internationella privat- och processrätt lider redan idag av en överdriven mängd ord och sidor, med talrika dubbleringar vilka gör materialet svårt att överblicka och onödigt svårhanterligt för såväl praktiker som studenter. Att EU-reglerna ofta är onödigt komplicerade och karakteriseras av talrika undantag och undantag från undantag gör inte saken bättre. Det är värt att notera att de två nya förordningarna sammanlagt upptar 56 sidor i EU:s officiella tidning, vilket torde motsvara minst 15 gånger textmassan hos LIMF (som dessutom även reglerar sambors förmögenhetsförhållanden).

18 Jfr NJA 1968 s. 126.

Åke Saldeen

Familjerättsliga studier

Vänbok till Åke Saldeen

IUSTUS FÖRLAG

Maarit Jänterä-Jareborg

Utlandsanknytning, äktenskapsförord och lagvalsavtal – Självklarheter och oklarheter

1 Inledning

Makars rätt att avtala om frågor som rör egendomsförhållanden i äktenskap har numera allt oftare en internationell dimension. Det är till exempel vanligt att makarna vid äktenskapets ingående är medborgare i olika stater. Vilket lands lag gäller då för egendomsförhållandena i äktenskapet och vad får makarna avtala om? Det händer också att makar, som är svenska medborgare, vid äktenskapets ingående eller senare flyttar till ett annat land och förvärvar hemvist där. Hur påverkar hemvistbytet lagvalet och makarnas avtalsfrihet? Makar kan också, utan att flytta från Sverige, förvärva en fastighet i utlandet. Gäller samma stats lag för denna fastighet som för makarnas egendomsförhållanden i övrigt? Kan makarna avtala att viss egendom skall bedömas enligt en annan stats lag?

I denna uppsats behandlas ett antal praktiskt viktiga rättsfrågor, som har aktualitet i situationer som de ovan nämnda:

(1) Förhållandet mellan ett äktenskapsförord – t.ex. enligt 7 kap. 3 § äktenskapsbalken – och ett avtal mellan makar om tillämplig lag för egendomsförhållandena i äktenskapet (= s.k. *lagvalsavtal*) enligt 3 § lagen (1990:272) om internationella frågor rörande makars och sambors förmögenhetsförhållanden?
(2) Vad får makar avtala om genom ett äktenskapsförord? Vilka frågor får ett lagvalsavtal avse?
(3) Vilka formkrav gäller för äktenskapsförord respektive lagvalsavtal?

(4) När kan ett äktenskapsförord och lagvalsavtal registreras vid svensk tingsrätt?
(5) Hur påverkas ett i Sverige registrerat äktenskapsförord av att makarna senare flyttar till ett annat land eller att de, utan att byta hemvist, vill avtala att ett annat lands lag skall gälla för egendomsförhållandena i äktenskapet?
(6) Behöver ett äktenskapsförord, som är giltigt till formen i det land där det upprättas, registreras i Sverige för att vara giltigt här i landet?

Som kommer att framgå är det i många fall osäkert vad som "egentligen" gäller enligt svensk rätt. De aktuella frågorna har hittills fått liten uppmärksamhet i doktrinen, antingen på grund av att de inte tillhör "vardagsjuridiken" eller för att de upplevts som alltför komplicerade att ta ställning till.[1] Också rättspraxis är mager, i vart fall i form av prejudikat från HD.

2 Huvudreglerna enligt 1990 års lagstiftning

En viktig modernisering av reglerna rörande makars egendomsförhållanden i utlandsanknutna situationer genomfördes den 1 juli 1990 då lagen (1990:272) om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden (*LIMF*) trädde i kraft. Lagen bygger i allt väsentligt på andra principer än de dittills gällande reglerna i lagen (1912:69) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskaps rättsverkningar. Målgruppen är makar som genom hemvist eller medborgarskap eller förmögenhet utomlands har anknytning också till ett annat land än Sverige. Genomslagskraften är störst när makarna har hemvist i Sverige och egendomen finns här. Lagen är av intresse även för svenska medborgare bosatta utomlands, särskilt om de har egendom i Sverige. Sedan den 1 februari 2002 omfattar lagen även sambor. Denna utvidgning av lagens tillämpningsområde lämnas dock därhän i denna uppsats.[2]

[1] Författaren vill rikta ett särskilt tack till rådmannen Karin Göransson, Uppsala TR, och tingsnotarien Yvonne Lundin, Stockholms TR, för värdefulla synpunkter och givande diskussioner kring olika i denna uppsats behandlade frågor.
[2] Se lagen (2001:1141) om ändring i lagen (1990:272) om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden. Genom lagändringen infördes även regler om erkännande och verkställighet av utländska avgöranden samt om konkurrerande förfaranden. Utvidgningarna har medfört vissa ändringar i lagens paragrafnumrering.

2.1 Avtalsfrihet finns angående tillämpligt egendomsstatut

Har makar eller blivande makar skriftligen avtalat att en viss stats lag skall tillämpas på deras förmögenhetsförhållanden, skall det gälla om
(1) avtalet avser lagen i en stat där någon av dem hade hemvist eller var medborgare när avtalet ingicks, och
(2) något annat inte följer av 5–12 §§.

Är ena maken död, får den efterlevande maken ingå ett avtal enligt första stycket med den avlidnes arvingar och universella testamentstagare. (3 § LIMF)

Enligt lagen skall man i första hand tillämpa den rättsordning som makarna har avtalat skall gälla för egendomsförhållandena i sitt äktenskap. Ett sådant avtal kallas för *lagvalsavtal*. Det kan ingås vid äktenskapets ingående, när som helst under äktenskapet och även efter äktenskapets upplösning fram till bodelningen. Avtalsfriheten är inte obegränsad utan förutsätter att åtminstone någon av makarna, när avtalet ingås, har hemvist eller är medborgare i den stat vars lag makarna vill skall gälla som egendomsstatut. Om makarna är medborgare i flera olika länder har de rätt att välja mellan dessa länders lagar, helt oavsett om makarna eller en av dem också är svensk medborgare. Det är inte tillåtet att underkasta olika delar av egendomen olika länders lagar, utan lagen utgår från att bara ett lands lag kan vara egendomsstatut.[3] Det avtal som makarna har ingått gäller – både mellan makarna och i förhållande till tredje man – tills makarna upphäver det eller träffar ett nytt avtal med ett annat innehåll. Avtalets giltighet påverkas inte om anknytningen till den avtalade rättsordningen senare upphör, genom en ändring av medborgarskap eller hemvist.

2.2 Hemviststatens lag gäller utan avtal

Har tillämplig lag inte bestämts genom avtal, gäller lagen i den stat där makarna tog hemvist när de gifte sig.

Om båda makarna senare har tagit hemvist i en annan stat och varit bosatta där i minst två år, tillämpas i stället den statens lag. Har båda makarna tidigare under äktenskapet haft hemvist i den staten eller är båda makarna medborgare i den staten, tillämpas dock den statens lag så snart de har tagit hemvist i den staten. (4 § LIMF)

[3] Se prop. 1989/90:87, s. 42.

När makarna avstår från att avtala om tillämpligt egendomsstatut, tillämpas lagen i den stat där makarna tar hemvist vid äktenskapets ingående. Där gällande lag upphör att vara tillämplig efter minst två års bosättning i ett annat land där makarna senare tagit hemvist. Tvåårskravet för byte av tillämplig lag bortfaller, om båda makarna tidigare har haft hemvist i den nya hemviststaten eller om båda makarna är medborgare där. Vid lagens tillämpning skall "den som är bosatt i en viss stat anses ha hemvist där, om bosättningen med hänsyn till vistelsens varaktighet och omständigheterna i övrigt får anses vara stadigvarande" (19 § LIMF).[4]

Av det ovan angivna följer att egendomsordningen i äktenskapet kan bli underkastad kontinuerliga ändringar, om makarna ofta byter hemvist under äktenskapet. Det enda sättet att undvika detta är att makarna gör bruk av sin rätt att avtala om tillämplig lag för egendomsförhållandena i äktenskapet. Ett lagvalsavtal kan vara att rekommendera också av det skälet att hemvistbedömningen kan vara förenad med viss osäkerhet och bli föremål för tvist. Ett lagvalsavtal kan också vara motiverat om makarna inte avser att flytta ihop efter äktenskapets ingående eller om en sådan flyttning av olika skäl inte blir av.[5] Om makarna väljer att upphäva ett tidigare ingånget lagvalsavtal utan att ersätta det med ett annat (tillåtet) avtal, fastställs tillämplig lag enligt 4 § LIMF.

2.3 Egendomsstatutet styr över rättshandlingarna mellan makar

En rättshandling mellan makar avseende deras förmögenhetsförhållanden är giltig, om den stämmer överens med den lag som är tillämplig på makarnas förmögenhetsförhållanden när rättshandlingen företas. Företas rättshandlingen före äktenskapet, är den giltig, om den stämmer överens med den lag som blir tillämplig när makarna ingår äktenskap.

[4] En likalydande definition, som kom till vid en lagreform år 1973, finns i 7 kap. 2 § lagen (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap. Definitionen har ansetts gälla allmänt, i vart fall inom den autonoma svenska internationella familjerätten. Kriterierna lämnar utrymme för viss skönsmässighet och har, följaktligen, gett upphov till en hel del tvister om var hemvistet funnits vid den relevanta tidpunkten.

[5] Om lagvalsavtal saknas skall man i sådant fall enligt ett propositionsuttalande fastställa tillämplig lag med utgångspunkt i till vilken stat makarna har starkast anknytning. Se prop. 1989/90:87, s. 43–44.

Rättshandlingen skall vidare anses vara giltig till formen, om den uppfyller formkraven enligt lagen i den stat där den företas eller där makarna då hade hemvist.

Äktenskapsförord mellan makar som har hemvist i Sverige när rättshandlingen företas blir dock gällande här i landet endast om registrering sker enligt bestämmelserna i äktenskapsbalken. Gåva mellan makar som har hemvist i Sverige när gåvan ges blir gällande mot givarens borgenärer endast om vad som föreskrivs för sådan giltighet i 8 kap. 1 § äktenskapsbalken har iakttagits. (5 § LIMF)

Till de viktigaste rättshandlingarna mellan makar avseende egendomsförhållanden i äktenskap hör enligt äktenskapsbalken äktenskapsförord (7:3 ÄktB) och avtal om bodelning (9:5 ÄktB). Dessa rättshandlingar har motsvarigheter i utländsk rätt; vad makarna får avtala om kan dock variera mycket mellan länder. Det får därför stor betydelse vilket lands lag som är tillämpligt egendomsstatut. Som framgått bestäms detta antingen av makarna själva genom ett lagvalsavtal (3 § LIMF) eller, subsidiärt, av den gemensamma hemviststatens lag (4 § LIMF).

Giltighet till innehåll

Hur 5 § LIMF är avsedd att bli tillämpad kan illustreras med hjälp av ett exempel. Makarna, av vilka hustrun är svensk medborgare och mannen tysk medborgare, har avtalat om tillämpning av tysk lag för egendomsförhållandena i äktenskapet, i enlighet med 3 § 1 st. LIMF. Makarna har hemvist i Sverige. Makarna börjar senare överväga ett äktenskapsförord. Det följer av 5 § 1 st. LIMF att äktenskapsförordet, för att vara *giltigt till sitt innehåll*, måste följa tysk lag som är egendomsstatutet. Om makarna kommer fram till att de i stället föredrar ett äktenskapsförord enligt 7 kap. 3 § äktenskapsbalken, är det att rekommendera att de först uttryckligen upphäver avtalet om tillämpning av tysk lag.[6] Svensk lag blir då tillämpligt egendomsstatut, förutsatt att makarna tagit hemvist här vid äktenskapets ingående eller har varit bosatta här i minst två år (4 § LIMF). Om dessa förutsättningar inte är uppfyllda men hemvist finns i Sverige, kan de göra svensk lag tillämplig genom att ingå ett lagvalsavtal enligt 3 § 1 st. LIMF. Därefter är det fritt fram för makarna att upprätta ett "svenskt" äktenskapsförord.

[6] I annat fall kan tvist uppstå om det svenska äktenskapsförordet är att tolka som ett konkludent lagvalsavtal som upphäver avtalet om tysk lags tillämpning, eller om äktenskapsförordet skall tolkas inom ramen för det tyska egendomsstatutet.

Giltighet till form

Giltigheten till formen bedöms i första hand genom en kombination av bestämmelserna i 5 § 1 och 2 st. LIMF.[7] Tre olika alternativ finns till förfogande, nämligen att rättshandlingen fyller formkraven enligt (1) tillämpligt egendomsstatut (5 § 1 st.), eller (2) lagen i den stat där rättshandlingen ingås (5 § 2 st.), eller (3) lagen i den stat där makarna då har hemvist (5 § 2 st.). Det räcker att formkraven är uppfyllda enligt *en* av dessa alternativt tillämpliga rättsordningar, *utom* i situationer som regleras i 5 § 3 st. LIMF. Om makarna upprättar ett äktenskapsförord medan de har hemvist i Sverige blir äktenskapsförordet gällande här i landet endast om det registreras i enlighet med ÄktB. Detsamma gäller gåva mellan makar som ges medan de har hemvist i Sverige. Sådan gåva blir gällande mot givarens borgenärer endast om det har registrerats i enlighet med ÄktB.

Om sålunda det tysk-svenska paret i exempelfallet ovan i stället hade hållit fast vid tysk lags tillämpning och upprättat ett äktenskapsförord i enlighet med tysk lag, skulle det inte räcka med att paret rättar sig efter formkraven i tysk rätt. Detta gäller även om paret skulle upprätta äktenskapsförordet i Tyskland, t.ex. under en resa där. Eftersom makarna har hemvist i Sverige vid den relevanta tidpunkten måste äktenskapsförordet också registreras här i landet. Skulle äktenskapsförordet däremot ha ingåtts medan makarna hade hemvist i Tyskland behövs det inte registreras här, inte ens när makarna senare tar hemvist i Sverige (se nedan avsnitt 3.8).

3 Förhållandet mellan äktenskapsförord och lagvalsavtal

3.1 Vad avtalar man om genom ett äktenskapsförord?

Ett äktenskapsförord enligt äktenskapsbalken är ett avtal mellan makar om egendomsordningen i äktenskapet. Makar eller blivande makar får genom äktenskapsförord bestämma "att egendom som tillhör eller tillfaller någon av dem skall vara dennes enskilda egendom". Genom nytt äktenskapsförord kan makar bestämma att egendomen skall vara giftorättsgods (7:3 ÄktB). Äktenskapsförordet påverkar varken äganderätten till egendomen eller makes ansvar för skulder. Snarare är det fråga om ett slags "etikettering" av makarnas egendom som varande "enskild egendom" eller "giftorättsgods". Äktenskapsförordet har verkan på lång sikt, framför allt vid bodelning där endast giftorättsgods ingår. Det har även viss betydelse för en makes rätt att råda över fast egendom, liksom för krav på kompensation vid bodelning.[8]

I utländsk rätt kan upprättandet av ett äktenskapsförord få betydligt mer långtgående verkningar. Många rättsordningar, till exempel den tyska och den franska, erbjuder alternativa egendomsordningar mellan vilka makarna får välja.[9] Om sålunda tysk lag gäller kan makarna åsidosätta den legala egendomsordningen – Zugewinngemeinschaft[10] – genom att i äktenskapsförord avtala om tillämpning av en alternativ egendomsordning. En sådan egendomsordning kan t.ex. innebära fullständig egendomsgemenskap eller fullständig egendomsskillnad mellan makarna. I det förra fallet inverkar äktenskapsförordet således omgående på äganderättsförhållandena i äktenskapet.

3.2 Vad avtalar man om genom ett lagvalsavtal?

Ett lagvalsavtal enligt 3 § 1 st. LIMF är en överenskommelse mellan makarna om vilken stats lag som skall vara tillämplig på egendomsförhållandena i äktenskapet. Man väljer alltså en viss rättsordning – t.ex. tysk eller fransk rätt – som egendomsstatut. Förutsatt att makarna vid tiden för avtalets ingående har relevant anknytning till den valda rättsordningen, gäller avtalet tills det upphävs eller ersätts av ett annat avtal.[11]

[7] Av relevans härvidlag är inte minst ordet "vidare" i 5 § 2 st. LIMF som innebär att den lag som anges av 5 § 1 st. gäller även för rättshandlingens giltighet till formen, förutom för den materiella giltigheten.

[8] Se A. Agell, Äktenskap, Samboende, Partnerskap, Andra upplagan 1998, s. 88–89.

[9] Se Agell, ovan not 8, s. 85. För rättsjämförelser kan rekommenderas boken Family Law in Europe, Second Edition, Edited by Carolyn Hamilton & Alison Perry, London 2002. Åke Saldeen har skrivit bokens utförliga redogörelse för svensk familjerätt.

[10] Denna innebär, förenklat, en likadelning av egendomens värdeökning under äktenskapet.

[11] Det finns anledning att understryka att rätten att ingå avtal om tillämplig lag och kraven angående giltigheten till formen av sådana avtal regleras i svensk rätt uteslutande av 3 § LIMF. För att utesluta eventuella missförstånd om saken påpekas det i propositionen att om makarna träffat ett enligt 3 § LIMF giltigt avtal skall avtalet tillämpas. Detta gäller oavsett vilken inställning man har till sådana avtal i den stat vars lag makarna valt som tillämplig. Prop. 1989/90:87, s. 40.

Ett lagvalsavtal bestämmer tillämplig rättsordning och utgör således det rättsliga underlaget för alla rättshandlingar avseende makarnas egendomsförhållanden i äktenskapet, se 5 § 1 st. LIMF.[12] I detta hänseende är det primärt i förhållande till ett äktenskapsförord. Vad makarna får avtala om genom ett äktenskapsförord bestäms av vilken stats lag som gäller och vilka alternativ det tillämpliga egendomsstatutet erbjuder. Om svensk lag är tillämplig, gäller ett "typtvång". För att kunna bli registrerat vid svensk domstol måste äktenskapsförordet hålla sig inom vissa i lagen angivna ramar.[13] Om däremot utländsk lag är egendomsstatut, kan helt andra möjligheter öppna sig.

Ett äktenskapsförord är således intimt knutet till den lag som gäller. Därför är det inte helt ovanligt att makar, när en lagvalsmöjlighet finns, gör bruk av denna rätt i syfte att kunna utnyttja avtalsmöjligheterna i en viss stats lag. I sådana fall kombineras ett lagvalsavtal med ett äktenskapsförord som följer avtalsfriheten i det valda egendomsstatutet. Formellt utgör dessa dock två separata rättshandlingar.

3.3 Närmare om formkraven

Äktenskapsförord

Enligt äktenskapsbalken skall ett äktenskapsförord upprättas skriftligen, undertecknas av makarna och inges till tingsrätten för registrering (7:3 ÄktB). Det registrerade äktenskapsförordet vidarebefordras därefter av rätten för anteckning i det för hela landet gemensamma äktenskapsregistret.

Motsvarande formkrav gäller enligt utländsk rätt. I många länder krävs därutöver bevittning eller att äktenskapsförordet kommit till i en särskild ordning, t.ex. under medverkan av en notarie.[14] Vilket lands lag som i ett utlandsanknutet fall bestämmer över formfrågorna anges av 5 § LIMF. Tre olika alternativ kan finnas till förfogande, såsom framgått av avsnitt 2.3. Om makarna har hemvist i Sverige medan äktenskapsförordet upprättas måste det dessutom alltid registreras här i landet för att bli gällande här.

[12] Om något avtal om tillämplig lag inte finns, utgör lagen i hemviststaten detta underlag.
[13] Se Agell, ovan not 8, s. 88–89.
[14] En sådan situation förelåg i rättsfallet NJA 1989 s. 199. Ett äktenskapsförord hade slutits i Polen mellan en svensk man och hans polska hustru med iakttagande av formkraven i svensk rätt men inte polsk rätt som krävde ett notariellt förfarande. Äktenskapsförordet ansågs av domstolen vara giltigt i Sverige.

Lagvalsavtal

Vad beträffar lagvalsavtal krävs enligt 3 § LIMF endast att makarna "skriftligen avtalat att en viss stats lag skall tillämpas på deras förmögenhetsförhållanden".[15] Avtalet blir då direkt gällande mellan makarna och mot tredje man. Med tanke på de långtgående rättsliga konsekvenser som ett avtal om tillämplig lag kan föra med sig, kan det förvåna att något krav på registrering inte ställs.[16] Detta kan förtydligas med ett exempel.

I ett äktenskap där makarna har hemvist i Sverige är hustrun svensk medborgare och mannen nederländsk medborgare. Svensk lag gäller enligt 4 § 1 st. LIMF som lagen i den stat där makarna tog hemvist vid äktenskapets ingående. Efter några år ingår makarna ett avtal om tillämpning av nederländsk lag för egendomsförhållandena i äktenskapet. Enligt denna är all makarnas egendom samägd. Ett sådant avtal kan innebära en egendomsöverföring från den ena maken till den andra maken, men utan att avtalet behöver ges någon offentlighet.

Konkludenta lagvalsavtal i äktenskapsförord?

Ett lagvalsavtal behöver inte uttryckligen utpeka en viss stats lag som tillämplig, utan kan enligt propositionsuttalanden även framgå *konkludent* av en annan skriftlig handling mellan makar:

> Huruvida en handling skall anses innefatta en överenskommelse om lagval får avgöras efter en tolkning av ordalydelsen. Denna kan direkt uttrycka att ett visst lands lag skall tillämpas på makarnas förhållanden. Det kan emellertid också framgå mer indirekt att makarna varit överens om ett visst lagval. I ett sådant fall kan den enda rimliga tolkningen vara att makarna har avtalat att ett visst lands lag skall tillämpas.[17]

[15] Förmodligen därför att ett lagvalsavtal antas ofta komma till uttryck i en annan – formbunden – rättshandling mellan makar, såsom äktenskapsförord, bodelningshandling eller inbördes testamente, krävs det inte särskilt att lagvalsavtalet skall ha undertecknats. Se prop. 1989/90:87, s. 41.
[16] För motiveringen, se prop. 1989/90:87, s. 26–27. Familjelagssakkunniga, vars förslag i SOU 1987:18 i väsentliga hänseenden ligger till grund för LIMF, hade föreslagit en begränsad registreringsskyldighet av lagvalsavtal. Sådana avtal skulle registreras i Sverige om de ingicks medan makarna hade hemvist här i landet. – Vilka formkrav som i utländsk rätt ställs för lagvalsavtal avseende makars egendomsordning varierar mycket. Se närmare, M. Jänterä-Jareborg, "Egendomsförhållanden i internationella äktenskap: Om frihet att avtala om tillämplig lag samt om lagvalsfrihetens risker för make och borgenär", SvJT 1994, s. 462, not 72.
[17] Prop. 1989/90:87, s. 41.

Uttalandets tyngd och räckvidd kan ifrågasättas. Drivet till sin spets skulle det innebära att ett äktenskapsförord som har ingåtts med utgångspunkt i en viss stats lag alltid innebär ett (konkludent) avtal om tillämpning av den statens lag.[18] Ett avtal om tillämplig egendomsordning blir därmed också ett avtal om tillämpligt egendomsstatut, utan att en sådan konsekvens kommer till uttryck i själva lagtexten. Makar som i form av ett äktenskapsförord i enlighet med 7 kap. 3 § ÄktB avtalat om att viss egendom skall vara enskild egendom och senare flyttar till USA skulle fortsätta att i sina äktenskapliga förmögenhetsförhållanden vara underkastade svensk lag. Äktenskapsförordet, som kanske bara avser en liten del av makarnas egendom, hindrar då ett byte av egendomsstatut som annars automatiskt skulle ske efter hemvistförvärvet och en viss tids bosättning i det nya landet (4 § 2 st. LIMF).

I det verkliga livet finns det vidare gott om fall där ett äktenskapsförord upprättades medan 1912 års lag fortfarande gällde i Sverige och det var ovisst om någon lagvalsfrihet över huvud taget fanns.[19] I synnerhet i sådana fall kan det vara en ren efterhandskonstruktion att hävda att äktenskapsförordet också innebär ett avtal om tillämpning av svensk lag. Makarnas intressen av kontinuitet och rättssäkerhet är tillräckligt beaktade genom övergångsbestämmelserna i LIMF. Enligt punkten 6 förlorar en giltig rättshandling rörande makars förmögenhetsförhållanden, som företogs innan lagen trädde i kraft, inte sin giltighet genom den nya lagen.[20] I exempelfallet bör den som enskild egendom kategoriserade egendomen således även i en annan rättsmiljö behålla sin enskilda karaktär och t.ex. hållas utanför en bodelning.

Rättsfallet NJA 1989 s. 199, som avser giltighet av ett äktenskapsförord som ingåtts i Polen men i enlighet med formkraven i svensk rätt, visar att även när det finns ett äktenskapsförord kan osäkerhet råda om vilket lands lag som avsetts vara egendomsstatut. Det aktuella äkten-

[18] Se vidare om problematiken med konkludenta lagvalsavtal i äktenskapsförord, M. Jänterä-Jareborg, ovan not 16, s. 461–462.

[19] Från början av 1970-talet gav visserligen rättspraxis vid handen att en viss lagvalsfrihet fanns enligt svensk uppfattning, men det förblev oklart hur långt avtalsfriheten sträckte sig. Se NJA 1970 s. 420, NJA 1982 C 25, NJA 1987 s. 815 och M. Jänterä-Jareborg, Partsautonomi och efterlevande makes rättsställning: En internationellt-privaträttslig studie, Uppsala 1989, s. 283–287.

[20] Se övergångsbestämmelserna i LIMF, punkten 6. Ytterligare några övergångsbestämmelser utfärdades genom lagen 2001:1141, som utvidgade LIMF till att även gälla för sambors förmögenhetsförhållanden.

skapsförordet mellan en polsk kvinna och en svensk man hade ett innehåll som motsvarade den polska lagens legala egendomsordning. Hovrätten ansåg därför att äktenskapsförordet hade en reell funktion bara om avsikten var att svensk lag skulle tillämpas. För detta talade enligt rätten även att förordet hade avfattats på svenska. – HD:s dom inskränkte sig däremot till en prövning av äktenskapsförordets formella giltighet.

3.4 NJA 1997 s. 37

De låga formkrav som ställs i svensk rätt för giltigheten av lagvalsavtal, liksom förhållandet mellan äktenskapsförord och lagvalsavtal, har skapat viss förvirring i rättstillämpningen. Frågorna ställdes på sin spets i rättsfallet NJA 1997 s. 37.

Fallet rörde två svenska medborgare som sedan länge hade hemvist i Tyskland. Två äktenskapsförord hade upprättats mellan makarna vid tidpunkter då reglerna i 1912 års lagstiftning fortfarande gällde i Sverige. Följaktligen var svensk lag tillämplig på förmögenhetsförhållandena i äktenskapet som lagen i den stat där mannen vid äktenskapets ingående var medborgare. Till sitt innehåll följde äktenskapsförorden svensk lag och de hade också registrerats här i landet. I det första äktenskapsförordet föreskrev makarna att viss egendom skulle vara enskild. I det senare äktenskapsförordet förordnade de att all egendom i äktenskapet skulle utgöra giftorättsgods. Två år efter ingåendet av det senaste äktenskapsförordet trädde LIMF i kraft. Lagen gjordes retroaktivt tillämplig. Det kan knappast förvåna att i Tyskland sedan länge bosatta svenska makar ansåg sig ha ett intresse av att upphäva de tidigare ingångna äktenskapsförorden och avtala om tillämpning av tysk lag.

Makarna ansökte om registrering av en som äktenskapsförord betecknad handling, enligt vilken de två mellan dem tidigare ingångna äktenskapsförorden skulle upphävas och tysk lag skulle tillämpas på förmögenhetsförhållandena i äktenskapet. Registrering vägrades av både TR och HovR under förevändningen att det inte rörde sig om en sådan handling som enligt 7 kap. 3 § äktenskapsbalken kan registreras som äktenskapsförord. Enligt domstolarnas tolkning var det i stället fråga om ett lagvalsavtal som för sin giltighet inte kräver registrering.

Registrering beviljades däremot av HD, som fäste vikt vid det övriga innehållet i handlingen. Enligt HD måste makarna generellt anses berättigade att genom äktenskapsförord träffa avtal om upphävande av tidigare äktenskapsförord beträffande förmögenhetsordningen. "Det förhållan-

det att handlingen även innehåller avtal om lagval beträffande makarnas förmögenhetsförordning inverkar inte på denna bedömning", fastslog HD.

HD:s avgörande får i vissa hänseenden ses som ett viktigt klarläggande. Det ger ett tydligt besked om att en rättshandling som endast består av ett avtal om tillämplig lag *inte* kan registreras som ett äktenskapsförord i Sverige. I propositionen till LIMF gjordes det däremot gällande att avtal om tillämplig lag väl kan slutas i formen för ett äktenskapsförord![21] Om handlingen däremot består av både ett äktenskapsförord och ett lagvalsavtal kan den bli registrerad som äktenskapsförord. Vidare synes avgörandet ge vid handen att ett äktenskapsförord, vars syfte är att upphäva tidigare enligt 7 kap. 3 § ÄktB upprättade äktenskapsförord, kan registreras vid svensk domstol.

I övrigt ger avgörandet inte någon vägledning för bedömningen av rättshandlingar avseende makars egendomsförhållanden i utlandsanknutna situationer. Makarnas utlandsanknytning framgår överhuvudtaget inte av rättsfallsreferatet i NJA. I stället är HD:s dom skriven som om fallet vore helt internt. Bedömningen av den som äktenskapsförord betecknade handlingen rör sig uteslutande inom äktenskapsbalkens slutna värld:

> ÄktB innehåller visserligen inte någon bestämmelse om att ett tidigare äktenskapsförord, som har inneburit att all egendom skulle utgöra giftorättsgods, kan upphävas genom ett nytt äktenskapsförord; anledningen kan förmodas vara att ett sådant upphävande har förutsatts sakna betydelse med hänsyn till att lagen utgår från giftorättsgemenskap. Makar måste emellertid anses generellt berättigade att genom äktenskapsförord träffa avtal om upphävande av tidigare äktenskapsförord beträffande förmögenhetsförordningen. Det ankommer inte på domstolen att i ett registreringsärende pröva vilken verkan ett äktenskapsförord har; endast de formella förutsättningarna skall prövas. Det kan för övrigt inte bortses från att upphävande av ett äktenskapsförord som gått ut på giftorättsgemenskap i vissa situationer kan ha betydelse för förmögenhetsordningen.

[21] Se prop. 1989/90:87, s. 41. En sådan möjlighet avfärdades kategoriskt av HovR, till vars bedömning HD i denna del anslöt sig: "... uttalandet kan inte gentemot lagtexten läggas till grund för att behandla lagvalsavtal som äktenskapsförord i äktenskapsbalkens mening. Detta så mycket mindre som det inte finns något påtagligt behov av att på det viset tänja lagen. Lagvalsavtal är sålunda, till skillnad från äktenskapsförord, bodelningsavtal och gåvoavtal, direkt bindande inte bara mellan makarna utan också mot tredje man." Se även Ö. Teleman, Äktenskapsförord, 1997, s. 52. Enligt Teleman har flera praktiker fått lagvalsavtal registrerade som äktenskapsförord i Sverige. Även om registrering således felaktigt skett är lagvalsavtalet giltigt eftersom det uppfyller kravet på skriftlighet enligt 3 § LIMF.

Parterna bör i utlandsanknutna situationer noga ta reda på vilka rättshandlingar de har rätt att ingå och vilka krav som ställs för rättshandlingarnas giltighet i de berörda länderna. Enligt tysk internationell privaträtt bestäms egendomsförhållanden i äktenskap av lagen i det land där båda makarna är medborgare, om inte makarna avtalar om annan lags tillämpning. Ett lagvalsavtal som ingås utomlands måste företas i formen för ett äktenskapsförord enligt den valda lagen eller enligt lagen på den ort där lagvalsavtalet ingås.[22]

3.5 Hur påverkar ett tidigare äktenskapsförord lagvalet?

Avgörandet i NJA 1997 s. 37 ger inget svar på bl.a. frågan vad som skulle ha gällt om makarna inte hade upphävt de tidigare ingångna äktenskapsförorden och ingått avtal om tysk lags tillämpning.[23] I och med LIMF:s ikraftträdande kom ju hemvistprincipen att gälla. Innebär övergången till hemvistprincipen att tidigare enligt en annan stats lag upprättade äktenskapsförord numera skall tolkas enligt hemviststatens lag, i detta fall tysk lag? I så fall är innebörden i det andra äktenskapsförordet problematiskt eftersom det återställde den legala egendomsordningen enligt svensk rätt.[24] Eller kan de tidigare upprättade äktenskapsförorden i stället tolkas innefatta ett (konkludent) lagvalsavtal med följden att svensk lag fortsatte att vara tillämplig när den nya lagen trädde i kraft?

Samma "metod" får framöver förväntas bli anlitad i andra motsvarande fall när makar som upprättat ett äktenskapsförord enligt svensk lag vill gå över till tillämpningen av en annan stats lag. Man upphäver först i form av ett äktenskapsförord det tidigare äktenskapsförordet och avtalar sedan (i samma handling) om tillämpningen av en annan stats lag. Metoden är tilltalande ur rättssäkerhetssynpunkt på så sätt att en registrerad rättshandling upphävs genom en ny registrerad rättshandling, som alltså får samma publicitet som den förra.

Rättsfallet ger samtidigt anledning att ställa frågan om inte ett avtal om tillämpning av tysk lag hade räckt för att upphäva de svenska äktenskapsförorden och för att säkerställa en fullständig övergång till tillämp-

[22] Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 25.7.1986 art. 14.4, 15.3 och 16. Utdrag ur lagen finns i M. Jänterä-Jareborg, ovan not 19, s. 416–417.

[23] Det bör understrykas att registreringen av ett äktenskapsförord överhuvudtaget inte innebär någon bekräftelse på att äktenskapsförordet även i sak är giltigt.

[24] Ett sådant fall borde snarare behandlas som om något äktenskapsförord inte fanns. Följden blir då att tysk lag gäller enligt 4 § LIMF.

ning av tysk rätt. I vart fall i det aktuella fallet borde svaret vara jakande, eftersom det senare äktenskapsförordet återställde den legala egendomsordningen i svensk rätt. I andra fall – t.ex. sådana där äktenskapsförordet har ett innehåll som makarnas första äktenskapsförord – är bedömningen mer osäker. Klart är att ett (tillåtet) lagvalsavtal innebär en övergång till ett annat egendomsstatut.[25] Oklart är däremot om avtalets ingående innebär att ett tidigare äktenskapsförord automatiskt upphävs. Ett annat alternativ är nämligen att äktenskapsförordet skall fortsätta att gälla men nu inom ramen för den avtalade nya lagen.[26] Frågorna är viktiga men intrycket blir tyvärr att de inte blivit tillräckligt analyserade när LIMF kom till.[27]

3.6 Endast en lag kan vara egendomsstatut

LIMF utgår från att vid varje tidpunkt endast en lag – avtalad lag eller hemviststatens lag – kan vara tillämplig som bestämmande för egendomsordningen i äktenskapet.[28] Ett lagvalsavtal mellan makarna kan således bara avse tillämpning av *en* stats lag. Skulle någon egendom uttryckligen ha undantagits, får man enligt propositionen genom tolkningen av avtalet avgöra om avtalet är giltigt eller inte. "Gäller undantaget t.ex. endast en mindre del av makarnas egendom, förefaller det rimligt att avtalet tillämpas fullt ut och att undantagsregeln således lämnas utan avseende", exemplifierar man.[29] Den svenska rättens svar på den inledningsvis ställda frågan om möjligheten att bedöma en utomlands belägen fastighet eller annan egendom enligt egendomsordningen (legal eller avtalad) i en annan stats lag är således negativt.[30]

3.7 Kan man i Sverige registrera ett äktenskapsförord vars innehåll följer utländsk rätt?

Egendomsstatutet bestäms enligt 3 § LIMF i första hand av makarna själva. De får inom vissa gränser avtala om tillämpning av utländsk lag. Denna lag bestämmer då, enligt 5 § 1 st. LIMF, vad makarna får avtala om genom äktenskapsförord. Ett äktenskapsförord som är giltigt enligt utländsk lag enligt lagens 5 § 1–2 st. måste enligt 5 § 3 st. registreras i Sverige, om makarna vid tiden för dess företagande har hemvist i Sverige. Registreringen i Sverige kan således inte anses förutsätta att förordet till sitt innehåll följer bestämmelserna i ÄktB.

Domstolens uppgift vid registreringen inskränker sig till en prövning av de formella förutsättningarna, såsom HD också konstaterade i det tidigare berörda avgörandet i NJA 1997 s. 37.[31] Ingen vägledning finns att tillgå vad detta mer konkret kan innebära när innehållet i ett äktenskapsförord följer ett utländskt egendomsstatut. När svensk rätt är egendomsstatut råder ett visst "typtvång" enligt ÄktB som domstolen för-

[25] Annars gör man avkall på en utgångspunkterna i LIMF, nämligen att bara en stats lag kan vara egendomsstatut. Se nedan avsnitt 3.6.

[26] Uttalanden i prop. 1989/90:87, s. 46–47, synes stöda denna tolkning. Den får stöd även av familjelagssakkunnigas uttalanden i SOU 1987:18, s. 267: "en redan företagen rättshandling förblir giltig inom ramen för en ny lag". Se även nedan, not 27.

[27] Belysande är propositionens specialmotivering angående 5 § 1 st. LIMF, se prop. 1989/90:87, s. 46–47. Bestämmelsen anges innebära att en rättshandling som är giltig när den företas behåller sin giltighet även om rättshandlingen inte stämmer överens med en lag som sedermera blir tillämplig. "Om t.ex. makar i enlighet med en tidigare tillämplig lag genom ett äktenskapsförord har gjort ett tidsbegränsat förordnande eller bestämt att egendom skall ingå i bodelning vid dödsfall men inte vid skilsmässa, bör förordnandet kunna tillämpas enligt sin ordalydelse även efter en övergång till svensk rätt, trots att denna inte ger några motsvarande möjligheter." Enligt min mening går ställningstagandet inte ihop med utgångspunkten att endast en lag vid varje tidpunkt kan vara egendomsstatut och att ett lagvalsavtal skall avse hela egendomsordningen, se nedan avsnitt 3.6. Ett resonemang som i propositionen måste betraktas som en artificiell tänjning av "svensk rätt". I sak är det fråga om tillämpning av två olika egendomsstatut!

[28] Noteras bör dock att vilken egendom som omfattas av den tillämpliga egendomsordningen kan variera mycket, t.ex. mellan olika rättsordningar. Utgångspunkten i svensk rätt är att all makarnas egendom utgör giftorättsgods och beaktas vid bodelningen, medan den legala egendomsordningen i många andra länder begränsar sig till sådan egendom som har förvärvats under äktenskapet. Övergången från svensk rätt till t.ex. fransk rätt innebär sålunda att egendom som makarna hade före äktenskapet inte ingår i en efterföljande bodelning, och inte heller egendom som de ärvt eller fått i gåva under äktenskapet.

[29] Prop. 1989/90:87, s. 42.

[30] I denna del avviker bedömningen enligt LIMF från tidigare gällande rätt. I rättsfallet NJA 1970 s. 420 hade makarna avtalat att vissa tillgångar skulle innehas "såsom joint tenancy with the right of survivorship". Förordnandet tolkades innefatta avtal om att den äktenskapliga egendomsordningen enligt svensk rätt, som i övrigt var tillämplig enligt 1912 års lag, inte skulle vara tillämplig på dessa tillgångar utan bedömas enligt lagen i en delstat i USA där makarna vid tiden för förordnandet var bosatta. Följaktligen ansågs tillgångarna inte ingå i den först avlidne makens kvarlåtenskap, utan hade direkt vid dödsfallet övergått i den efterlevande makens ägo. Två olika egendomsstatut gällde således.

[31] Enligt tingsnotarien Yvonne Lundin (Stockholms TR) innebär detta att domstolen kontrollerar att ansökningsavgiften är betald, att handlingen inges i original, att det finns ett högst tre månader gammalt personbevis eller motsvarande som visar att parterna är gifta med varandra samt att äktenskapsförordet avser egendomsordningen i äktenskapet.

väntas slå vakt om också vid registreringen. När utländsk lag är tillämplig, kan helt andra avtalsmöjligheter stå till förfogande. För att ett sådant förord skall kunna registreras här bör det krävas att det klart framgår att en annan stats lag är tillämplig. Rättshandlingen måste vidare avse egendomsordningen i äktenskapet för att kunna bli registrerad som äktenskapsförord. Däremot kan det knappast förutsättas att domstolen undersöker om den är tillåten enligt tillämpligt egendomsstatut. Prövningen av vilken verkan ett äktenskapsförord får faller ju utanför domstolens uppgifter i ett registreringsärende.[32]

Det är ingen nyhet att även "utländska" äktenskapsförord i vissa fall måste registreras i Sverige. Redan enligt 1912 års lag skulle av svensk medborgare utomlands ingångna avtal om egendomsförhållanden i äktenskap registreras i Sverige för att här gälla mot tredje man. Registreringsskyldigheten var i själva verket klart mer omfattande än enligt LIMF, eftersom makarnas hemvist vid tiden för rättshandlingen saknade betydelse. Också enligt förordningen (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap måste ett äktenskapsförord, som formenligt ingåtts i ett annat nordiskt land, registreras i Sverige för att här kunna åberopas mot tredje man (4 § 2 st.).[33]

Jag har intrycket att det är mycket sällsynt att äktenskapsförord i Sverige företas enligt utländsk lag.[34] En förklaring kan vara den osäkerhet som nästan varje jurist känner inför uppgiften att upprätta rättshandlingar

[32] Enligt vissa rättsordningar, t.ex. i olika delstater i USA, är det vanligt med föravtal inför äktenskap (*prenuptial agreement*) som innehåller inte bara förordnanden om makars egendomsförhållanden under äktenskapet och vid dess upplösning, utan även om t.ex. underhållsskyldighet mellan makar. Med hänsyn till domstolens begränsade efterforskningsplikt vid registreringen av äktenskapsförord, liksom även innehållet i NJA 1997 s. 37, borde det inte stöta på några hinder att efter vigseln registrera sådana rättshandlingar i Sverige. Om avtalet däremot huvudsakligen handlar om annat än egendomsordningen i äktenskapet, kan innehållet bli ett hinder för registrering. Då kan det vara påkallat att dela upp avtalet i olika rättshandlingar. Betydelsen av registreringen inskränker sig i vart fall här i landet till den del som avser egendomsordningen i äktenskapet.

[33] I de fall där förordningen är tillämplig – se dess 3 § 1 st. – gäller den före bestämmelserna i LIMF, se 1 § 3 st. LIMF, såsom reviderad genom lagen (2001:1141). Med hänsyn till den begränsade registreringsskyldigheten enligt LIMF kan registreringskravet enligt 1931 års förordning ifrågasättas.

[34] En genomgång av samtliga vid Uppsala TR registrerade äktenskapsförord under de tre första åren då LIMF varit i kraft gav ett sådant resultat. Se M. Jänterä-Jareborg, "Egendomsförhållanden i internationella äktenskap: Om frihet att avtala om tillämplig lag samt om lagvalsfrihetens risker för make och borgenär", SvJT 1994, s. 461. Intrycket har senare stärkts av diskussioner med advokater och domare.

enligt en utländsk lag. Man föredrar att i stället göra bruk av avtalsmöjligheterna enligt ÄktB. Handlingssättet är ofta väl motiverat eftersom 7:3 1 st. ÄktB ger utrymme för en hel del kombinationsmöjligheter med effekter liknande legala egendomsordningar i utländska egendomsordningar.[35] Till saken hör att i de situationer, där det finns intresse av registrering i Sverige, har makarna hemvist här i landet eller annan sådan anknytning som enligt 3 § LIMF ger rätt att välja svensk lag som egendomsstatut. En annan förklaring kan naturligtvis vara en allmän brist på kunskap om de avtalsmöjligheter som finns enligt LIMF. Det är allvarligt om ett regelverk som berör hundratusentals människor i Sverige fortfarande tretton års efter dess ikraftträdande inte är allmänt känt.

3.8 När får registrering ske i Sverige?

Ett äktenskapsförord får enligt ÄktB inte avsedd verkan förrän det har registrerats. Ansökan kan göras hos vilken tingsrätt som helst i landet (16:2 ÄktB). Efter registreringen skall domstolen insända förordet för anteckning i det för hela landet gemensamma äktenskapsregistret.[36] Hur förhåller sig dessa bestämmelser till situationer med utlandsanknytning?

En skyldighet att registrera ett äktenskapsförord i Sverige finns enligt 5 § 3 st. LIMF endast när makarna har hemvist här vid tidpunkten för rättshandlingens företagande. Med registreringskravet avser man i dessa fall att slå vakt om borgenärsintressen. I andra situationer gäller i utlandet upprättade äktenskapsförord även utan registrering.[37] Detta är fallet även om makarna senare tar hemvist i Sverige. "Det rättsläge som har etablerats genom sådana rättshandlingar utomlands bör enligt min mening även utan registrering gälla i förhållande till tredje man här i landet", konstaterade departementschefen.[38] Giltigheten i Sverige måste dock anses för-

[35] Se L. Tottie, Äktenskapsbalken och promulgationslag m.m., 1990, s. 167–169.

[36] 16:1 ÄktB hänvisar inte bara till uppgifter som skall registreras enligt ÄktB utan även uppgifter som skall tas in i registret *enligt andra bestämmelser*.

[37] Se prop. 1989/90:87, s. 26–27. Se även SOU 1987:18, s. 268–269. Här är det således fråga om en principiellt viktig skillnad i förhållande till 1912 års lag. Se även NJA 1989 s. 199.

[38] Prop. 1989/90:87, s. 26. – Även i detta fall kan man fråga sig om inte den valda lösningen blivit för "enkel" för att säkerställa rimliga krav på förutsebarhet. Om makarna senare tar hemvist i Sverige blir svensk lag tillämpligt egendomsstatut, utom när det finns ett uttryckligt eller konkludent lagvalsavtal med annan effekt. Vid en kommande bodelning i Sverige kan äktenskapsförordet få sådana effekter som borgenärer eller makar inte har förutsatt. Lösningen verkar inte heller vara förenlig med idén om att vid varje tidpunkt endast en lag kan gälla som egendomsstatut. Se kritiken ovan i avsnitt 3.5 och not 27.

utsätta att äktenskapsförordet uppfyller formkraven enligt 5 § 1 eller 2 st. LIMF, dvs. enligt det dåvarande egendomsstatutet, lagen i den stat där rättshandlingen företogs eller där makarna då hade hemvist (ovan avsnitt 2.3).

Makar som inte har hemvist i Sverige men som har anknytning hit genom medborgarskap eller egendom kan tänkas ha ett intresse av att registrera äktenskapsförord här, fastän de inte är skyldiga att göra det. En anledning kan vara att de har upprättat ett äktenskapsförord enligt 7:3 1 st. ÄktB och – uttryckligen eller konkludent – gjort svensk lag till egendomsstatut. Äktenskapsförordets giltighet kan i deras hemviststat vara beroende av att det har registrerats i enlighet med svensk lag. De kan också sakna möjlighet att få äktenskapsförordet registrerat i hemviststaten. Makar som har egendom i Sverige kan ha ett intresse av att borgenärerna i Sverige är informerade om det äktenskapsförord de företagit. Makar kan vidare tidigare ha registrerat äktenskapsförord i Sverige, såsom i NJA 1997 s. 37. Det kan också handla om fall där en person med hemvist (och medborgarskap) i Sverige ämnar ingå äktenskap med en utomlands bosatt (utländsk) medborgare. Även om de blivande makarnas avsikt skulle vara att ta hemvist utomlands, kan de av olika skäl föredra ett äktenskapsförord enligt svensk lag.[39] Skäl liknande dem som nyss angetts kan tala för att äktenskapsförordet registreras här i landet.

Är svensk domstol behörig att pröva sådana här registreringsärenden? När registrering *får* ske vid svensk domstol i utlandsanknutna situationer har inte reglerats i lag. Bestämmelsen i 5 § 3 st. LIMF har inte tolkats e contrario så att svensk domstol skulle vara behörig endast när makarna har hemvist i Sverige. I NJA 1997 s. 37, exempelvis, hade makarna hemvist i Tyskland (ovan avsnitt 3.4–5). Den omständigheten nämns överhuvudtaget inte i det publicerade rättsfallsreferatet och makarnas ansökan godtogs av HD. Mina diskussioner med domare har gett vid handen att makars anknytning till Sverige inte prövas i ett registreringsärende.[40] Om makar ingår ett äktenskapsförord enligt ÄktB under en vistelse i Sverige får registreringen, som ingår i formkraven enligt ÄktB, stöd även av 5 § 1 och 2 st. LIMF. Ansökan om registrering bör även i dessa fall kunna inges till vilken tingsrätt som helst.[41] Den gällande – liberala – ordningen synes vara väl motiverad i sak.

På mer formella grunder kan man naturligtvis invända mot att registrering sker, när det enligt svensk rätt inte behövs för äktenskapsförordets giltighet.[42] Även bestämmelsen i 16 kap. 1 § ÄktB torde kunna åberopas i samma syfte: att det saknas bestämmelser om registreringsskyldighet i dessa fall kan hävdas medföra att äktenskapsförordet inte heller kan medtas i det allmänna äktenskapsregistret. – Så länge som behörigheten inte stramas åt genom en uttrycklig regel bör dock en liberal praxis vidmakthållas.

4 Avslutande kommentar

Redovisningen ovan visar att regleringen i svensk rätt angående lagvalsavtal och äktenskapsförord i utlandsanknutna situationer inte alltid är genomtänkt. I många fall råder osäkerhet om vad som "egentligen" gäller. Uppsatsen vill bidra till att frågorna ges större uppmärksamhet och att avtalsmöjligheterna enligt LIMF kommer till större användning. Önskvärt vore att advokater och andra tar tillfället i akt och börjar testa gränserna för det tillåtna. Klarhet om vad som är möjligt och vad som kan behöva ändras skapas bäst genom rättspraxis.

Ett ställningstagande till vilket egendomsstatut som är lämpligast i ett visst fall och vilka rättshandlingar som makar kan ha intresse av att företa kräver kunskap om utländska rättsordningar. Ett första steg till sådan kunskap kan vara att ta del av översikter över familjerätt i olika länder, skrivna för en utländsk publik av framstående experter i de aktuella länderna. Jubilaren Åke Saldeen har under lång tid lagt ner stor möda på redovisningar om svensk familjerätt i olika internationella publikationer.[43] För detta, säkert ofta slitsamma arbete, är han värd ett stort tack!

[39] Detta förutsätter då enligt 5 § 1 st. LIMF att parterna också är överens om att svensk lag skall gälla som egendomsstatut. Se ovan avsnitt 2.3.

[40] I rättsfallet NJA 1989 s. 199 hade äktenskapsförordet slutits i Polen mellan en svensk man och en polsk kvinna med iakttagande av formkraven i svensk men inte polsk lag. Drygt sex månader efter äktenskapets ingående då makarna redan separerat och hustrun återvänt till Polen (efter två månaders bosättning i Sverige) registrerades äktenskapsförordet vid en svensk TR på ansökan av mannen. Inte heller i detta fall – som är från tiden före LIMF – stötte registreringen på behörighetshinder i Sverige.

[41] Något "reservforum" finns således inte, såsom t.ex. i äktenskapsmål enligt 18 § LIMF.

[42] Se även SOU 1987:18, s. 268 där man kom fram till att krav på registrering i Sverige inte heller kunde motiveras av hänsyn till den svagare makens skyddsintresse.

[43] Nämnas bör särskilt Åke Saldeens bidrag i de två upplagorna av boken Family Law in Europe (ovan not 9) och hans årliga redovisningar om den senaste utvecklingen i svensk familjerätt i publikationen The International Survey of Family Law.

3 Den nya Bryssel II-förordningen

(=Bryssel II bis)

3.1 Allmänt

Liksom sin föregångare reglerar den nya Bryssel II-förordningen domstols internationella behörighet samt erkännande och verkställighet av utländska avgöranden. Den nya förordningen skall, med undantag för några få artiklar, tillämpas från och med den 1 mars 2005 (artikel 72).

Det bör särskilt noteras att med "domstol" avses samtliga myndigheter i medlemsstaterna som är behöriga i frågor som omfattas av förordningens tillämpningsområde (artikel 2.1). På motsvarande sätt avses med "domare" en domare eller en tjänsteman med befogenheter som motsvarar en domares i frågor som omfattas av förordningens tillämpningsområde (artikel 2.2). Slutligen avses med "dom" varje avgörande rörande äktenskapsskillnad, hemskillnad eller annullering av äktenskap som har meddelats av en domstol i en medlemsstat, liksom varje avgörande i frågor som rör föräldraansvar som har meddelats av en sådan domstol, oavsett avgörandets benämning, såsom dom, förordnande eller beslut (artikel 2.4). För svensk del innebär detta att t.ex. ett beslut som fattas av en behörig socialnämnd i en fråga som omfattas av förordningens tillämpningsområde är att betrakta som en dom från en domstol.

De bestämmelser i den nya Bryssel II-förordningen som motsvarar bestämmelserna i den äldre förordningen kommer, med några undantag, inte att kommenteras särskilt. För en närmare redogörelse för innehållet i den äldre Bryssel II-förordningen, se Ds 2000:59 och regeringens proposition Kompletterande bestämmelser till Bryssel II-förordningen m.m. (prop. 2000/01:98).

3.2 Tillämpningsområdet

3.2.1 Föräldraansvar

Förutom att vara tillämplig på äktenskapsskillnad, hemskillnad och annullering av äktenskap är den nya Bryssel II-förordningen tillämplig på *alla avgöranden* om föräldraansvar, inklusive åtgärder för att skydda barnet, oberoende av eventuella anknytningar till ett äktenskapsmål (jfr artikel 1.1 och ingresspunkt 5). Den äldre Bryssel II-förordningen är, såvitt avser föräldraansvar, endast tillämplig på förfaranden om föräldraansvar för makarnas gemensamma barn i samband med förfaranden om äktenskapsskillnad, hemskillnad och annullering av äktenskap.

Begreppet *föräldraansvar* definieras inte i den äldre Bryssel II-förordningen. Skälet för det är att det vid förhandlingarna inte var möjligt att komma överens om en gemensam definition (se prop. 2000/01:98 s. 24). I den nya förordningen finns däremot en definition av begreppet. Med föräldraansvar avses alla rättigheter och skyldigheter som en fysisk eller juridisk person har tillerkänts genom en dom, på grund av lag eller genom en överenskommelse med rättslig verkan, med avseende på ett barn eller dess egendom. Föräldraansvar omfattar bland annat vårdnad och umgänge (artikel 2.7).

Med *vårdnad* avses de rättigheter och skyldigheter som hänför sig till omvårdnaden om barnets person, särskilt rätten att bestämma var barnet skall bo (artikel 2.9). Med *umgänge* avses bland annat rätten att för en begränsad tid ta barnet till en annan plats än den där barnet har hemvist (artikel 2.10).

Den nya förordningen är tillämplig på civilrättsliga frågor om tillerkännande, utövande, delegering, upphörande eller begränsande av föräldraansvar (artikel 1.1 b). Dessa frågor kan enligt artikel 1.2 bl.a. röra

- vårdnad och umgänge,
- förmynderskap[1], godmanskap och motsvarande företeelser,
- förordnande av och uppgifter för en person eller ett organ som skall ansvara för barnets person eller egendom, företräda eller bistå barnet,

[1] Det betraktades som osäkert om förmynderskap omfattades av den äldre Bryssel II-förordningen (se prop. 2000/01:98 s. 24).

- placering av barnet i familjehem eller på en institution, eller
- åtgärder till skydd för barnet i samband med förvaltning av, bevarande av eller förfogande över dess egendom.

När det gäller placering av barnet på en institution eller i ett familjehem så öppnar förordningen även för möjligheten att placera barnet i en annan medlemsstat (artikel 56). Detta förutsätter att den behöriga domstolen i förväg samråder med centralmyndigheten eller annan behörig myndighet i den andra medlemsstaten, om den staten föreskriver ingripande av en offentlig myndighet vid placering av barn inom landet. Behörig myndighet i den anmodade staten måste godkänna placeringen.

Förordningen är enligt artikel 1.3 *inte tillämplig* på

- fastställande eller bestridande av börd,
- beslut om adoption, åtgärder som utgör förberedelse för adoption, ogiltigförklaring eller upphävande av adoption,
- barnets efternamn och förnamn,
- myndighetsförklaring,
- underhållsskyldighet,
- truster och arv, eller
- åtgärder som vidtas till följd av brottsliga gärningar som har begåtts av barn.

3.2.2 Civilrättsliga frågor

I förarbetena till de kompletterande reglerna till den äldre Bryssel II-förordningen (se prop. 2000/01:98 s. 25) noterades att förordningen gäller civilrättsliga förfaranden och att religiösa och offentligrättsliga förfaranden därmed utesluts, för svensk del t.ex. omhändertagande av barn enligt lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga (LVU).

Även den nya Bryssel II-förordningen omfattar *civilrättsliga frågor*, och dess tillämpningsområde är oberoende av domstolstyp (se artikel 1.1 och ingresspunkt 7). Förordningen är inte avsedd att tillämpas på frågor som rör social trygghet, offentligrättsliga

åtgärder av allmän karaktär för utbildning och hälsa eller beslut om asylrätt och invandring (ingresspunkt 10). Frågor om t.ex. förordnande av en person som skall ansvara för barnets person, liksom placering av barnet i familjehem eller på en institution kan dock omfattas av den nya Bryssel II-förordningen (artikel 1.2 c och d). Som tidigare nämnts (se avsnitt 3.2.1) finns även en bestämmelse som rör placeringen av barn på institution eller i familjehem i en annan medlemsstat (artikel 56). Klart är också att definitionen av föräldraansvar i 1996 års Haagkonvention, som vid utarbetandet av Bryssel II-förordningen tjänade som förebild i många avseenden, är relativt vid och omfattar bl.a. offentligrättsliga frågor om omhändertagande av barn och åtgärder till skydd för barnets egendom. Frågan om förfaranden enligt t.ex. LVU omfattas av den nya Bryssel II-förordningen är mot denna bakgrund inte självklar.

Placering av barn utanför hemmet kan enligt svensk rätt ske på tre olika sätt. Det kan röra sig om en s.k. privatplacering, exempelvis om modern till barnet under en period vill placera barnet hos barnets mormor. Socialnämnden skall då lämna sitt medgivande till att mormodern får ta emot barnet för stadigvarande vård och fostran (6 kap. 9 § socialtjänstlagen [2001:453]). Det andra fallet avser placering av barn i familjehem eller hem för vård eller boende enligt socialtjänstlagen (6 kap. 1 §). En sådan placering sker enligt beslut av socialnämnden men under frivilliga former, och samtycke måste lämnas av barnets vårdnadshavare och av barnet självt om han eller hon har fyllt 15 år. Det tredje fallet innebär att barnet kan tvångsomhändertas enligt LVU om det finns en påtaglig risk för att barnets hälsa eller utveckling skadas pga. hemförhållanden eller sitt eget beteende (2 och 3 §§ LVU). Ett sådant beslut fattas av länsrätten på ansökan av socialnämnden (4 § LVU). Socialnämnden kan även fatta beslut om omedelbart omhändertagande i brådskande fall (6 § LVU). Beslutet skall inom en vecka underställas länsrätten som skall pröva om omhändertagandet skall bestå (7 § LVU).

Utgångspunkten för det EG-rättsliga samarbetet i det här aktuella avseendet är att det är fråga om ett *civilrättsligt samarbete*. Det är utredningens uppfattning att ett LVU-förfarande inte omfattas av den nya Bryssel II-förordningen eftersom det är fråga om tvångsingripande åtgärder som kan ske mot vårdnadshavarens och den unges, om han eller hon har fyllt 15 år, vilja. När det däremot gäller s.k. privatplacering och placering av barn i

familjehem eller i ett hem för vård eller boende med stöd av socialtjänstlagen, är det fråga om placeringar som bygger på frivillighet. Mot denna bakgrund, och med hänsyn till att Bryssel II-förordningen anger att placering av barnet i familjehem eller på institution kan omfattas av tillämpningsområdet (artikel 1.2 d), är det enligt utredningens uppfattning möjligen på det sättet att s.k. privatplacering och placering i familjehem och på institution enligt socialtjänstlagen berörs av förordningen. Det är dock fråga om en EG-rättslig reglering, varför det ytterst kommer att vara EG-domstolens uppgift att tolka vad som bör omfattas av begreppet "civilrättsliga frågor" i nu aktuellt sammanhang.

3.3 Domstols behörighet

3.3.1 Bestämmelser med motsvarighet i den äldre Bryssel II-förordningen

Bestämmelserna i den nya Bryssel II-förordningen om domstols behörighet i fråga om äktenskapsskillnad, hemskillnad och annullering av äktenskap (artiklarna 3–7) motsvarar vad som gäller enligt den äldre förordningen (artiklarna 2 och 5–8). Även den nya förordningens gemensamma bestämmelser, t.ex. när talan skall anses ha väckts vid en domstol och vilka handlingar som skall ges in (artiklarna 16–20), har i princip sin motsvarighet i den äldre förordningen (artiklarna 9–12).

3.3.2 Domstols behörighet i mål om föräldraansvar och överföring av behörighet

Domstols behörighet att i samband med äktenskapsmål ta upp frågor som rör föräldraansvar (artikel 12.1 och 12.2 i den nya Bryssel II-förordningen), har i princip sin motsvarighet i den äldre förordningen. Där regleras dock endast föräldraansvaret för makarnas gemensamma barn, se artikel 3 i den äldre förordningen. Bestämmelserna i övrigt om domstols behörighet i mål om föräldraansvar (artiklarna 8–15 i den nya Bryssel II-förordningen) saknar direkt motsvarighet i den äldre förordningen.

Hemvistprincipen, eller domicilprincipen, gäller som huvudregel. Domstolarna i en medlemsstat är behöriga i mål om föräldraansvar för ett barn som har *hemvist* i staten vid den tidpunkt då talan väcks

(artikel 8). Behörighetsregeln får till följd att Bryssel II-förordningen är tillämplig t.ex. beträffande ett barn med amerikanskt medborgarskap som har hemvist i Sverige eller ett annat EU-land. Från huvudregeln finns vissa angivna undantag (artiklarna 9, 10 och 12) och en kompletterande bestämmelse om behörighet grundad på barnets närvaro (artikel 13).

Förordningen innehåller en bestämmelse om *fortsatt behörighet*, och avser situationen då ett barn lagligen flyttar från en medlemsstat till en annan och förvärvar nytt hemvist där (artikel 9). Domstolarna i den medlemsstat där barnet tidigare hade hemvist skall vara fortsatt behöriga att ta upp en fråga om ändring av en dom om umgänge som meddelats i den medlemsstaten innan barnet flyttade, om den person som har rätt till umgänge enligt denna dom om umgänge fortfarande har hemvist i den medlemsstat där barnet tidigare hade hemvist. Behörigheten gäller under en tid av tre månader efter flyttningen. Denna bestämmelse gäller under förbehåll att den person som har rätt till umgänge inte har godtagit att domstolarna i den medlemsstat där barnet har sitt nya hemvist är behöriga. – Om en svensk domstol således har meddelat en umgängesdom, varefter barnet på ett lagligt sätt förvärvar nytt hemvist i Belgien, kan den svenska domstolen under tre månader behålla sin behörighet om umgängesföräldern fortfarande har hemvist i Sverige och det blir aktuellt att pröva en fråga om ändring av domen.

Domstols behörighet vid fall av *bortförande av barn* regleras i artikel 10. Vid fall av olovligt bortförande eller kvarhållande av ett barn skall domstolarna i den medlemsstat där barnet hade hemvist omedelbart före det olovliga bortförandet eller kvarhållandet behålla sin behörighet tills barnet har fått hemvist i en annan medlemsstat, och

- varje person, institution eller annat organ som har vårdnaden om barnet har godtagit bortförandet eller kvarhållandet, eller
- barnet har varit bosatt i denna andra medlemsstat i minst ett år efter det att den som har vårdnad om barnet har fått eller borde ha fått kännedom om var barnet befinner sig, och barnet har funnit sig till rätta i sin nya miljö och något av fyra uppräknade villkor uppfylls.

Genom denna bestämmelse motverkas risken att bortförande eller annan egenmäktighet används för att på konstlad väg skapa behörighet, i syfte att erhålla vårdnad om ett barn.

Förordningen innehåller vidare bestämmelser som rör *avtal om domstols behörighet* (artikel 12). En domstol som är behörig enligt förordningen att pröva en fråga om äktenskapsskillnad, hemskillnad eller annullering av äktenskap, skall vara behörig att ta upp frågor som rör föräldraansvar i samband med denna ansökan om åtminstone en av makarna har föräldraansvar för barnet, domstolens behörighet har godtagits uttryckligen eller på något annat entydigt sätt av makarna och personerna med föräldraansvar vid den tidpunkt då talan väcks, och behörigheten är till barnets bästa (artikel 12.1). Denna behörighet skall upphöra under vissa förutsättningar, t.ex. så snart en dom om föräldraansvar har vunnit laga kraft (artikel 12.2). Bestämmelsen har så långt sin motsvarighet i artikel 3 i den äldre Bryssel II-förordningen. Domstolarna i en medlemsstat skall emellertid även vara behöriga i fråga om föräldraansvar när det gäller andra förfaranden än de som anges i första punkten, om barnet har en nära anknytning till den medlemsstaten och behörigheten har godtagits av parterna vid tidpunkten då talan väcks och denna behörighet är till barnets bästa (artikel 12.3). Slutligen finns bestämmelser för vad som gäller när barnet har hemvist i en tredje stat, som inte är avtalsslutande part i 1996 års Haagkonvention (artikel 12.4).

En domstol kan ha behörighet som grundas på *barnets närvaro*, för det fall barnets hemvist inte kan fastställas och behörigheten inte kan bestämmas genom avtal (artikel 13). Detta gäller även flyktingbarn och barn som har fördrivits pga. oroligheter i hemlandet.

I undantagsfall gäller att de domstolar i en medlemsstat som är behöriga att pröva målet i sak, kan använda sig av bestämmelsen om *överföring* till en domstol som är bättre lämpad att pröva målet (artikel 15). Domstolen får då låta handläggningen vila och ge parterna tillfälle att väcka talan vid domstolen i den andra medlemsstaten, eller anmoda domstolen i den andra medlemsstaten att utöva sin behörighet. Överföring får ske under vissa angivna förutsättningar om den primärt behöriga domstolen anser att domstolen i en annan medlemsstat som barnet har särskild anknytning till är bättre lämpad att pröva målet eller del av målet, och om det är till barnets bästa.

3.3.3 Behörighet enligt nationell lag

Det har bedömts nödvändigt att ha en regel om "restkompetens" enligt nationell lag. Eftersom utgångspunkten är att EU betraktas som ett enhetligt jurisdiktionsområde, kan en sådan restkompetens komma i fråga först då behörighet enligt förordningen inte föreligger för någon medlemsstats domstolar. I förordningens artikel 14 föreskrivs därför att om ingen medlemsstats domstol är behörig enligt artiklarna 8–13, skall behörigheten i varje medlemsstat bestämmas enligt den statens lag. Förordningens bestämmelser för erkännande och verkställighet i alla medlemsstater gäller för ett beslut baserat på behörighet enligt denna artikel.

3.3.4 Litispendens och mål som har samband med varandra

Enligt såväl den äldre som den nya Bryssel II-förordningen gäller att mål mellan samma parter som rör samma sak inte får prövas samtidigt vid domstolar i olika länder (artikel 11 respektive 19).

I samband med att litispendensfrågan diskuterades vid arbetet med den äldre Bryssel II-förordningen övervägdes också vad som skulle gälla för mål som har samband med varandra, s.k. konnexitet. Man konstaterade att hänsyn måste tas till skillnaderna mellan medlemsstaternas rättssystem när det gällde hemskillnad, äktenskapsskillnad och annullering av äktenskap. Genom artikel 11.2 i den äldre Bryssel II-förordningen slogs fast att om talan om äktenskapsskillnad, hemskillnad eller annullering av äktenskap väcks vid domstolar i olika medlemsstater och målen *inte avser samma sak men gäller samma parter* skall, till dess att det har fastställts att den domstol vid vilken talan först väckts är behörig, den domstol vid vilken talan väckts senare självmant låta handläggningen av målet vila. När det har fastställts att den domstol vid vilken talan först väckts är behörig, skall den domstol vid vilken talan väckts senare självmant avvisa talan till förmån för den domstolen (artikel 11.3 i den äldre förordningen). Detta innebär att i ett fall då en talan om äktenskapsskillnad har väckts i Sverige, och därefter en talan om hemskillnad väcks i Italien, den italienska domstolen skall avvisa talan till förmån för den svenska domstolen (se prop. 2000/01:98 s. 29). Vid förhandlingarna ansågs bestämmelsen vara tilt viktig för de länder – t.ex. Sverige och

Finland – som saknar regler om hemskillnad och annullering av äktenskap.

Bestämmelsen om litispendens och om mål som har samband med varandra i den äldre Bryssel II-förordningen har full motsvarighet i den nya förordningen (artikel 19). Den nya förordningens bestämmelse har dock utformats för att omfatta även andra mål om föräldraansvar än sådana som väcks i samband med ett äktenskapsmål. När en talan om föräldraansvar för ett barn *rörande samma sak* väcks vid domstolar i olika medlemsstater, gäller att den domstol vid vilken talan väckts senare skall låta handläggningen vila tills det fastställts att den domstol vid vilken talan först har väckts är behörig (artikel 19.2). Det kan noteras att artikeltexten, oaktat rubriken "Litispendens och mål som har samband med varandra", *inte* anger att det räcker att målen gäller samma parter för att bestämmelserna om vilandeförklaring och avvisning skall bli tillämpliga (till skillnad mot bestämmelsen avseende äktenskapsmål).

Även om mycket talar för det kan det dock ifrågasättas om en talan om vårdnad som väcks i en medlemsstat och en talan om umgänge som väcks i en annan medlemsstat utgör "samma sak". Om så är fallet skall domstolen i den medlemsstat där talan väcktes sist avvisa densamma. Denna fråga får lösas i rättstillämpningen och i sista hand av EG-domstolen. Med hänsyn till att frågor kring föräldraansvar enligt huvudregeln tas upp vid domstolen i den medlemsstat där barnet har sitt hemvist torde sådana situationer emellertid bli sällsynta.

3.4 Särskilt om relationen till 1980 års Haagkonvention

3.4.1 Allmänt

1980 års Haagkonvention är öppen för undertecknande av stater som var medlemmar i Haagkonferensen för internationell privaträtt vid tidpunkten för dess fjortonde session år 1980 (artikel 37 i 1980 års Haagkonvention). Även stater som inte var medlemmar i Haagkonferensen vid denna tidpunkt kan ansluta sig till konventionen. Anslutningen får då verkan endast i förhållandet mellan den anslutande staten och de fördragsslutande stater som har förklarat sig godta anslutningen (artikel 38 samma konvention).

1980 års Haagkonvention gäller sedan tidigare i förhållande till de stater som var medlemmar i EU före den 1 maj 2004. Samtliga nya medlemsstater efter EU:s utvidgning har tillträtt konventionen. Sverige har godkänt dessa medlemsstaters anslutning.

3.4.2 Artiklarna 11–13 i 1980 års Haagkonvention

Av artikel 11.1 i den nya Bryssel II-förordningen framgår att artikel 11.2–8 skall tillämpas vid en ansökan om ett beslut på grundval av 1980 års Haagkonvention. Bryssel II-förordningen hänvisar i dessa delar till vissa artiklar i 1980 års Haagkonvention, varför en kort redogörelse för dem lämnas i det följande.

Myndigheterna skall iaktta en snabb handläggning för att få barnet återlämnat. Sökanden eller centralmyndigheten har rätt att kräva en redogörelse för orsakerna till dröjsmålet om inte den berörda myndigheten har fattat ett beslut inom sex veckor (artikel 11 i 1980 års Haagkonvention).

Om ett barn olovligen har förts bort (eller hållits kvar) i konventionens mening, och det vid inledandet av förfarandet har förflutit mindre än ett år sedan bortförandet, så skall vederbörande myndighet besluta om barnets omedelbara återlämnande. Även efter ettårsperiodens utgång skall myndigheten besluta om barnets återlämnande om det inte visas att barnet funnit sig väl till rätta i sin nya miljö (artikel 12 i 1980 års Haagkonvention).

1980 års Haagkonvention innehåller även vissa s.k. vägransgrunder för återlämnande som kan sammanfattas enligt följande. Myndigheten är enligt artikel 13 trots allt inte förpliktad att besluta om barnets återlämnande om det visas att

(a) den som hade vård om barnet faktiskt inte utövade vårdnadsrätten vid tiden för bortförandet, eller hade samtyckt till eller i efterhand godtagit bortförandet; eller

(b) om det finns en allvarlig risk för att barnets återlämnande skulle utsätta det för fysisk eller psykisk skada eller på annat sätt försätta det i en situation som inte är godtagbar.

Slutligen kan myndigheten vägra att besluta om återlämnande om barnet motsätter sig att bli återlämnat, och barnet uppnått en ålder och mognad vid vilken det är skäligt att ta hänsyn till dess åsikt.

Därtill kan även nämnas att ett återlämnande kan vägras om det inte skulle vara förenligt med de grundläggande principerna om

skyddet för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (artikel 20). Avsikten är att vägransgrunderna skall tolkas restriktivt.

3.4.3 Kompletterande bestämmelser i Bryssel II-förordningen beträffande förfarandet i Haagkonventionsärenden

Den nya Bryssel II-förordningen innehåller kompletterande bestämmelser för förfarandet i ärenden enligt 1980 års Haagkonvention enligt följande.

Vid tillämpningen av artiklarna 12 och 13 i 1980 års Haagkonvention skall säkerställas att *barnet ges möjlighet att komma till tals* under förfarandet, om det inte förefaller olämpligt med hänsyn till barnets ålder eller mognad (artikel 11.2 Bryssel II-förordningen). Barnets hörande spelar en viktig roll för tillämpningen av förordningen, utan att detta instrument syftar till att ändra nationella förfaranden på detta område (ingresspunkt 19 till Bryssel II-förordningen).

En domstol som har fått en ansökan om återlämnande i enlighet med 1980 års Haagkonvention skall handlägga ansökningen skyndsamt. Om det inte på grund av exceptionella omständigheter är omöjligt skall domstolen meddela sitt *beslut inom sex veckor* efter att den har fått ansökan (artikel 11.3 Bryssel II-förordningen).

En domstol kan inte vägra att återlämna ett barn med stöd av artikel 13 b i 1980 års Haagkonvention, om det styrks att *lämpliga åtgärder har vidtagits för att garantera barnets skydd* efter återlämnandet (artikel 11.4 Bryssel II-förordningen).

En domstol kan inte heller vägra att återlämna ett barn om den *person som har begärt återlämnandet inte har fått möjlighet att yttra sig* (artikel 11.5 Bryssel II-förordningen).

3.4.4 Åtgärder till skydd för barnet – "undertakings" m.m.

Som anförts i föregående avsnitt kan en domstol inte vägra att återlämna ett barn på grundval av artikel 13 b i 1980 års Haagkonvention om det styrks att *lämpliga åtgärder* har vidtagits för att *garantera barnets skydd efter återlämnandet* (artikel 11.4 Bryssel II-förordningen). Detta innebär t.ex. att en svensk domstol inte får vägra att återlämna ett barn till en annan medlemsstat med stöd av artikel 13 b, om det styrks att åtgärder har vidtagits för att garantera barnets skydd efter återlämnandet dit. Intressant i sammanhanget är därför vilka åtgärder som det kan vara fråga om.

Det förs redan i dagsläget en debatt kring s.k. *"undertakings"*. Begreppet behandlas i departementspromemorian Stärkt rättsskydd för barn i gränsöverskridande fall (Ds 2003:5 s. 34 f.) och definieras där som "en överenskommelse mellan parterna eller ett åtagande som sökanden gör för att domstolen skall besluta om överflyttning". Det är alltså fråga om åtgärder som sökanden i ett ärende enligt 1980 års Haagkonvention förväntas vidta för att överflyttningen till barnets hemvistland skall kunna ske under för barnet trygga förhållanden. Det rör sig om *frivilliga åtaganden* inför domstol, som normalt inte gäller i en annan stat och inte heller kan verkställas där, förutsatt att annat inte följer av den andra statens interna lagstiftning. Det kan t.ex. innebära att sökanden åtar sig att betala för barnets och den andra förälderns återresa, att ordna ett separat boende för dem när de återvänder, att parterna vid återkomsten anmäler sig till behörig familjedomstol eller till centralmyndigheten eller att barnet vid hemkomsten överlämnas till sociala myndigheter i avvaktan på ett avgörande i vårdnadsfrågan (a.a. s. 34 och 95). De angivna åtgärderna kan vara exempel på sådana åtgärder som avses i den nya Bryssel II-förordningen.

Artikel 11.4 i förordningen är emellertid till sin ordalydelse inte inskränkt till att gälla bara åtgärder som en part utfäster sig att vidta. Man kan tänka sig att åtgärder för att garantera barnets skydd kan vidtas även av myndigheter, som t.ex. en barnavårdsmyndighet i en medlemsstat. Sådana åtgärder kan vara tvingande för parterna.

3.4.5 Bestämmelser som aktualiseras efter ett beslut att vägra återlämnande

För det fall en domstol meddelar ett beslut om att inte återlämna barnet enligt artikel 13 i 1980 års Haagkonvention, skall domstolen sända *en kopia av beslutet och av andra relevanta handlingar* till den behöriga domstolen eller centralmyndigheten i den medlemsstat där barnet hade hemvist omedelbart före det olovliga bortförandet eller kvarhållandet. Handlingarna skall lämnas inom en månad efter beslutet att inte återlämna barnet (artikel 11.6 Bryssel II-förordningen).

Om inte någon av parterna redan har vänt sig till domstolarna i den medlemsstat där barnet hade hemvist omedelbart före det olovliga bortförandet eller kvarhållandet, skall den domstol eller centralmyndighet som får informationen enligt nämnda artikel 11.6, underrätta parterna och ge dem tillfälle att inom tre månader från den dag då de underrättades yttra sig inför domstolen enligt bestämmelserna i nationell lagstiftning, så att *domstolen kan pröva frågan om vårdnaden om barnet.* Inkommer inget yttrande inom tidsfristen skall domstolen avsluta ärendet (artikel 11.7 Bryssel II-förordningen).

För svensk del är det den för prövning av föräldraansvar behöriga tingsrätten som är rätt mottagare av information enligt artikel 11.6 och 7.

Den nya Bryssel II-förordningens relation till 1980 års Haagkonvention kan åskådliggöras genom följande exempel. Föräldrarna har gemensam vårdnad om ett barn med hemvist i Sverige. Barnet förs olovligt bort till Tyskland av den ena föräldern. Den andra föräldern ansöker via centralmyndigheterna om ett beslut om återförande av barnet till Sverige i enlighet med 1980 års Haagkonvention. Den behöriga myndigheten i Tyskland beslutar med stöd av artikel 13 b i 1980 års Haagkonvention att *inte återlämna barnet*, eftersom det finns en allvarlig risk för att barnets återlämnande skulle utsätta det för fysisk eller psykisk skada.

Den tyska myndigheten lämnar inom en månad en kopia av beslutet m.m. till den svenska domstolen eller till centralmyndigheten. Parterna underrättas och ges tillfälle att väcka talan i vårdnadsfrågan. Den förälder som är hemmahörande i Sverige och som misslyckats med att utverka ett beslut om återförande enligt 1980 års Haagkonvention väcker en sådan talan inom den uppställda fristen och domstolen prövar härefter vårdnadsmålet

och finner att den föräldern ensam skall ha vårdnaden om barnet. Den svenska domstolen förser domen med ett intyg i enlighet med artikel 42.2 Bryssel II-förordningen av vilket framgår att det är en följd av domen att barnet skall återlämnas (jfr bilaga IV punkterna 9 och 13). Den svenska domen skall härefter verkställas i Tyskland på samma villkor som om den hade meddelats i Tyskland och enligt tysk lag (se artikel 47, jfr även artikel 11.8 Bryssel II-förordningen).

Det beskrivna förfarandet kan sägas innebära att den förälder som "blivit berövad" barnet och som fått avslag på sin begäran om att barnet skall återlämnas enligt 1980 års Haagkonvention *får en andra chans* att återfå barnet när vårdnadsmålet sedan prövas i barnets hemviststat. Om föräldern vinner framgång där ska[1] avgörandet verkställas utan exekvaturförfarande.

Det kan avslutningsvis noteras att om domstolen i barne hemviststat, i en vårdnadsdom som har meddelats i enlighet me artikel 11.8 Bryssel II-förordningen efter ett beslut i en anna medlemsstat om att inte återlämna barnet enligt artikel 13 i 198 års Haagkonvention, har vidtagit åtgärder för att garantera barne skydd efter återlämnandet till hemviststaten, skall domaren i d intyg som skall utfärdas enligt artikel 42.2 Bryssel II-förordninge lämna närmare uppgifter om dessa åtgärder (andra stycket sistnämnda artikel).

3.5 Erkännande och verkställighet

3.5.1 Allmänt

Kapitel III i den nya Bryssel II-förordningen innehåller regler om erkännande och verkställighet. Beträffande erkännande av domar (artiklarna 21–27), ansökan om verkställbarhetsförklaring (artiklarna 28–36) och gemensamma bestämmelser (artiklarna 37–39) har samtliga artiklar sina motsvarigheter i den äldre Bryssel II-förordningen (artiklarna 14 och 15 samt 17–20, 21–29 respektive 32–34).

Att officiella handlingar (actes authentiques) och överenskommelser mellan parter som är verkställbara i ursprungsmedlemsstaten skall erkännas och förklaras verkställbara under samma förutsättningar som domar (artikel 46) gäller redan enligt den äldre Bryssel II-förordningen (artikel 13). Även bestämmelserna om

kostnader (artikel 49), rättshjälp (artikel 50), säkerhet, borgen eller deposition (artikel 51) och legalisering eller liknande förfarande (artikel 52) har alla sina motsvarigheter i den äldre Bryssel II-förordningen (se artiklarna 13, 30, 31 och 35).

Den nya Bryssel II-förordningen innehåller emellertid även flera bestämmelser utan motsvarighet i den äldre förordningen. Dessa bestämmelser avser verkställbarhet av vissa domar om umgänge och av vissa domar som kräver återlämnande av barn (artiklarna 40–45). Sådana domar kan under vissa förutsättningar vara direkt verkställbara i en annan medlemsstat utan exekvaturförfarande. Bestämmelserna hindrar dock inte att en person med föräldraansvar ansöker om erkännande och förklaring om verkställbarhet av avgörandet med anlitande av exekvaturförfarandet enligt förordningen (artikel 40.2). Detta innebär att det alltjämt är möjligt att hantera umgängesdomar och domar om återlämnande av barn enligt ett sådant förfarande.

En annan ny bestämmelse rör *praktiska arrangemang för utövande av umgänget* (artikel 48). Domstolarna i den verkställande medlemsstaten får under vissa förutsättningar besluta om praktiska arrangemang för utövande av umgänget. Detta gäller om de nödvändiga arrangemangen inte regleras, eller endast otillräckligt regleras i den dom som har meddelats av den domstol i en medlemsstat som är behörig att pröva målet i sak. Ytterligare en förutsättning är att de väsentliga inslagen i den domen iakttas. De praktiska arrangemang som beslutas med stöd av denna bestämmelse skall upphöra att gälla om det finns en senare dom som har meddelats av en domstol i en medlemsstat som är behörig att pröva målet i sak. Ett exempel på ett praktiskt arrangemang är att förordna om tid och plats för umgänget i det fall umgängesdomen saknar dessa uppgifter. Bryssel II-förordningen bygger på principen om ömsesidigt förtroende (jfr ingresspunkt 21) och en dom får enligt artiklarna 26 och 31.3 inte omprövas i sak. Detta talar för att möjligheten att förordna om praktiska arrangemang endast bör användas i begränsad omfattning, och inte i sådan utsträckning att det förordnade umgänget ändras annat än obetydligt.

Själva verkställighetsförfarandet regleras av lagen i den verkställande medlemsstaten (artikel 47), vilket för svensk del innebär att 21 kap. föräldrabalken skall tillämpas.

3.5.2 Umgänge

Umgänge som har beviljats genom en verkställbar dom i en medlemsstat skall erkännas och vara verkställbart i en annan medlemsstat om domen har försetts med ett intyg i ursprungsmedlemsstaten (artikel 41). Umgänget skall därmed erkännas och vara verkställbart utan att det behövs någon verkställbarhetsförklaring, och utan möjlighet att invända mot erkännandet. Ursprungsdomstolen kan förklara att domen skall vara verkställbar även om det i nationell lag inte föreskrivs att en dom om beviljande av umgänge alltid skall vara verkställbar utan hinder av att den överklagats. Detta betyder att t.ex. en tysk dom, som tillerkänner en part umgänge och som är försedd med ett intyg kan vara direkt verkställbar i en annan medlemsstat – oavsett om den staten inte har några regler om att en sådan dom alltid skall vara verkställbar utan hinder av att den har överklagats.

Vid en ansökan om verkställighet skall sökanden ge in en kopia av domen samt det aktuella intyget (artikel 45.1). Domskopian skall uppfylla de villkor som är nödvändiga för att dess äkthet skall kunna fastställas. Vid tillämpningen av artikeln skall ett intyg avseende en dom om umgänge åtföljas av en översättning av punkten 12 i intyget om praktiska arrangemang om umgänge. Något krav på översättning utöver denna specifika punkt finns inte i detta avseende. Översättning skall göras till det officiella språket eller något av de officiella språken i den verkställande medlemsstaten, eller till något annat språk som den medlemsstaten uttryckligen godtar (artikel 45.2). När det gäller översättningen i övrigt torde medlemsstaternas nationella regler om översättning få tillämpas.

Vidare gäller att varje dom som har meddelats av domstol i en medlemsstat och har förklarats verkställbar eller försetts med intyg skall verkställas i den verkställande medlemsstaten på samma villkor som om den hade meddelats i den medlemsstaten. En dom som har försetts med intyg får dock inte verkställas om den är oförenlig med en senare, verkställbar dom. I övrigt gäller beträffande *verkställighetsförfarandet* att detta skall regleras av lagen i den verkställande medlemsstaten (artikel 47), vilket innebär att svenska bestämmelser om verkställighet i 21 kap. föräldrabalken skall tillämpas vid verkställighet i Sverige.

3.5.3 Återlämnande av barn

Ett beslut enligt 1980 års Haagkonvention om att inte återlämna ett barn efter ett olovligt bortförande (eller kvarhållande) hindrar inte ett återlämnande med stöd av en senare dom meddelad av en domstol som grundar sin behörighet i den nya Bryssel II-förordningen. Ett barns återlämnande, som följer av en sådan verkställbar dom som har meddelats i en medlemsstat, skall erkännas och vara verkställbart i en annan medlemsstat (artikel 42). Detta gäller utan att det behövs någon verkställbarhetsförklaring och utan möjligheter att invända mot erkännandet, om domen försetts med ett intyg (se nedan) i ursprungsmedlemsstaten.

Vid en ansökan om verkställighet gäller samma bestämmelser som redovisats i avsnitt 3.5.2 beträffande vilka handlingar som skall ges in (artikel 45.1) och beträffande verkställighetsförfarandet (artikel 47). Även i fråga om översättning gäller samma bestämmelser, dock med den skillnaden att ett intyg avseende en dom om återlämnande av barn skall åtföljas av en översättning av punkten 14 i intyget om närmare uppgifter om åtgärder som vidtagits för att garantera barnets skydd efter återlämnande (artikel 45.2).

3.5.4 Intyg

Som nyss nämnts introducerar den nya Bryssel II-förordningen flera intyg om domar än de som finns enligt den äldre förordningen. I den nya Bryssel II-förordningen finns intyg om domar

- i äktenskapsmål
- om föräldraansvar
- om umgänge, och
- om återlämnande av barn.

Intygen skall utformas i enlighet med de standardformulär som är bilagda förordningen (artiklarna 39, 41 och 42 samt bilagorna I–IV).

Beträffande intyget om *umgänge* skall en domare vid ursprungsdomstolen utfärda ett sådant intyg under vissa angivna förutsättningar (artikel 41.2). Bland annat krävs att alla parter har fått möjlighet att yttra sig och att barnet har fått möjlighet att komma till tals, om detta inte ansetts olämpligt med hänsyn till barnets ålder eller mognad. Intyget skall utfärdas "automatiskt",

dvs. på domarens eget initiativ, när domen blir verkställbar, även interimistiskt, om umgänget avser en situation som redan när domen meddelas är av gränsöverskridande art. Den sistnämnda situationen ställer alltså krav på att den enskilde domaren – utan yrkande från någon part – uppmärksammar att ett intyg skall utfärdas.

Även beträffande *återlämnande av barn* uppställs vissa krav för utfärdandet av intyget, bl.a. skall parterna ha fått möjlighet att yttra sig och domstolen skall ha meddelat domen med beaktande av de skäl och den bevisning som legat till grund för det beslut som meddelats enligt artikel 13 i 1980 års Haagkonvention. Intyget skall utfärdas av domaren vid ursprungsdomstolen på eget initiativ (artikel 42.2). Om en domstol eller annan myndighet vidtar åtgärder för att garantera barnets skydd efter återlämnandet till den stat där det har hemvist skall intyget innehålla närmare uppgifter om dessa åtgärder.

Lagen i ursprungsmedlemsstaten skall tillämpas vid varje *rättelse* av intyg som avser dom om umgänge och dom om återlämnande av barn. Beslut om att utfärda sådana intyg kan i övrigt inte överklagas (artikel 43) och intyget skall inte få rättsverkningar utöver vad som följer av domens verkställbarhet (artikel 44). Avsikten är att endast sakfel bör kunna föranleda rättelser, dvs. om intyget inte korrekt avspeglar innehållet i domen (ingresspunkt 24).

3.6 Centralmyndighet

Genom den nya Bryssel II-förordningen upprättas ett samarbete mellan centralmyndigheter i frågor om föräldraansvar.

Varje medlemsstat skall utse en eller flera centralmyndigheter med uppgift att bistå vid tillämpningen av förordningen (artikel 53). Centralmyndigheterna skall bl.a. samarbeta med varandra både i enskilda ärenden och på ett mer allmänt plan. I centralmyndighetens uppgifter i enskilda ärenden ingår bl.a. att informera och biträda personer med föräldraansvar och att underlätta överenskommelser mellan personer med föräldraansvar genom medling eller andra metoder (artikel 55). Centralmyndigheternas uppgifter regleras i artiklarna 54–58.

3.7 Förhållandet till andra instrument

När det gäller den nya Bryssel II-förordningens förhållande till andra instrument, konventioner och fördrag överensstämmer detta med vad som gäller enligt den äldre Bryssel II-förordningen.

I fråga om förhållandet mellan Finland och Sverige finns en bestämmelse om att Finland och Sverige har rätt att avge en förklaring om att konventionen av den 6 februari 1931 mellan Danmark, Finland, Island, Norge och Sverige innehållande internationellt privaträttsliga bestämmelser om äktenskap, adoption och förmynderskap, tillsammans med slutprotokollet till konventionen, skall gälla i stället för bestämmelserna i den nya Bryssel II-förordningen (se vidare artikel 59.2 a–d). Sådana förklaringar har lämnats av både Finland och Sverige (se bilaga VI till förordningen).

Beträffande förhållandet till 1996 års Haagkonvention, framgår av artikel 61 att Bryssel II-förordningen skall tillämpas

a) när barnet i fråga har hemvist inom en medlemsstats territorium,

b) när det är fråga om att en dom som meddelats av en medlemsstats behöriga domstol skall erkännas och verkställas på en annan medlemsstats territorium, även om barnet i fråga har hemvist i en icke-medlemsstat som är part i den konventionen.

Som tidigare nämnts har utredningen i uppdrag även att överväga Sveriges tillträde till 1996 års Haagkonvention och slutbetänkande med avseende på frågor som aktualiseras i detta sammanhang skall lämnas senast den 1 juli 2005.

3.8 Övergångsbestämmelser

Huvudregeln är att den nya Bryssel II-förordningen skall tillämpas på rättsliga förfaranden som har inletts efter den dag då förordningen började tillämpas, dvs. den 1 mars 2005 (artikel 64.1 och artikel 72 den nya Bryssel II-förordningen). Även i vissa andra fall kan dock domar erkännas och verkställas enligt den nya förordningen. Förordningen innehåller övergångsbestämmelser som reglerar hur den skall tillämpas på ärenden som anhängiggjorts före den 1 mars 2005.

Domar som meddelas efter den 1 mars 2005 i mål och ärenden som anhängiggjorts före den dagen, men efter den dag då den äldre Bryssel II-förordningen trädde i kraft, nämligen den 1 mars 2001,

skall erkännas och verkställas enligt den nya förordningen om domstolen har grundat sin behörighet på bestämmelser som överensstämmer antingen med bestämmelserna i den nya Bryssel II-förordningen, eller i den äldre Bryssel II-förordningen eller i en konvention som gällde mellan staterna när ärendet anhängiggjordes (artikel 64.2).

Domar som meddelats före den 1 mars 2005 i mål och ärenden som anhängiggjorts efter den dagen då den äldre Bryssel II-förordningen trädde i kraft, skall erkännas och verkställas enligt den nya Bryssel II-förordningen under förutsättning att domarna avser frågor som omfattas av den äldre förordningen (artikel 64.3).

Domar som meddelats före den 1 mars 2005 men efter den dag då den äldre Bryssel II-förordningen trädde i kraft, i mål som anhängiggjorts före den dag då den äldre Bryssel II-förordningen trädde i kraft, skall erkännas och verkställas enligt den nya Bryssel II-förordningen under förutsättning att domarna avser frågor som omfattas av den äldre förordningen, och domstolen har grundat sin behörighet på bestämmelser som överensstämmer antingen med den nya Bryssel II-förordningen, eller den äldre förordningen, eller med bestämmelser i en konvention som gällde mellan staterna vid tiden för anhängiggörandet (artikel 64.4).

Enligt artikel 71 upphör den äldre Bryssel II-förordningen att gälla från den dag den nya förordningen börjar tillämpas, och hänvisningar till den äldre Bryssel II-förordningen skall anses som hänvisningar till den nya förordningen enligt jämförelsetabellen i dess bilaga V.

3 En ny Bryssel II-förordning

3.1 Föregångarna till 2019 års Bryssel II-förordning

En av grundtankarna med EU-samarbetet är att det ska vara enkelt att handla, resa och flytta inom unionen. På civilrättsområdet arbetar EU med att utveckla det rättsliga samarbetet och att bygga broar mellan de nationella rättssystemen. Målet är att öka rättssäkerheten och förbättra tillgången till rättslig prövning. Det ska vara enkelt att förutse vilken domstol som är behörig att besluta i en fråga. Det ska också finnas effektiva förfaranden för att erkänna och verkställa beslut inom EU. Dessutom är det angeläget att samarbetet mellan medlemsstaternas myndigheter fungerar väl.

Den långsiktiga trenden inom EU är att allt fler flyttar till ett annat EU-land. Det innebär att familjeband skapas mellan personer från olika länder. Vid en separation kan familjens anknytningar till flera länder ge upphov till olika praktiska och juridiska frågeställningar. Det kan gälla var makar ansöker om äktenskapsskillnad, var en vårdnadstvist prövas eller hur ett avgörande som meddelats i ett land erkänns eller verkställs i ett annat land.

Bryssel II-konventionen om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål var det första EU-instrumentet på familjerättens område. Konventionen antogs av rådet 1998, men hann aldrig träda i kraft. Genom 1999 års Amsterdamfördrag skapades en rättslig grund för att även på civilrättens område anta förordningar och direktiv. Stora delar av det förhandlingsarbete som föregått konventionen togs då till vara i den första Bryssel II-förordningen, som började tillämpas den 1 mars 2001 – rådets förordning (EG) nr 1347/2000 av den 29 maj 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar för makars gemensamma barn (2000 års Bryssel II-förordning). Förordningen ersattes av

2003 års Bryssel II-förordning. Förordningen, som började tillämpas den 1 mars 2005, är tillämplig i alla EU:s medlemsstater utom Danmark. En redogörelse för förordningens tillämplighet i förhållande till Förenade kungariket finns i författningskommentaren (se ingressen till förslaget till lag med kompletterande bestämmelser till Bryssel II-förordningen).

3.2 2019 års Bryssel II-förordning

I enlighet med en översynsklausul i 2003 års Bryssel II-förordning, och som ett led i Europeiska kommissionens program för att förbättra EU-lagstiftningen (det s.k. Refit-programmet) utvärderade kommissionen hur förordningen fungerar i praktiken och övervägde nödvändiga ändringar. Resultatet presenterades i en rapport som antogs i april 2014 (COM [2014] 255 final). I juni 2016 presenterade kommissionen ett förslag till omarbetning av förordningen. Förslaget var i linje med kommissionens politiska riktlinjer från 2014 som betonade att det rättsliga samarbetet mellan EU:s medlemsstater stegvis måste förbättras så att det håller jämna steg med en utveckling där allt fler medborgare gifter sig och bildar familj över nationsgränserna. Efter förhandlingar i rådet under tre års tid antogs 2019 års Bryssel II-förordning. En nyhet är att det i förordningens titel lyfts in att den också innehåller regler om internationella barnbortföranden. Förordningen börjar tillämpas den 1 augusti 2022. Den kommer – liksom sin föregångare – att tillämpas i alla EU:s medlemsstater utom Danmark (se ingressen till författningskommentaren till förslaget till lag med kompletterande bestämmelser till Bryssel II-förordningen). I det följande redogörs för de viktigaste förändringar som omarbetningen innebär.

Innehåll

2019 års Bryssel II-förordning är indelad i nio kapitel. Kapitel I innehåller bestämmelser om tillämpningsområdet och definitioner av vissa viktiga begrepp. Kapitel II behandlar frågor om behörighet, men innehåller också helt nya artiklar om prejudiciella frågor och barnets rätt att uttrycka sina åsikter. En annan nyhet är att de kompletterande reglerna till den i Haag den 25 oktober 1980 dagtecknade

konventionen om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn (1980 års Haagkonvention) har samlats i ett eget kapitel (kapitel III). I kapitel IV finns det bestämmelser om erkännande och verkställighet. I kapitel V föreskrivs vad som gäller för samarbete mellan centralmyndigheter i frågor om föräldraansvar. I kapitel VI finns allmänna bestämmelser om bl.a. samarbete och kontakt mellan domstolar. Kapitel VII innehåller regler om att kommissionen ges befogenhet att anta delegerade akter. I kapitel VIII regleras förhållandet till andra instrument, bl.a. konventionen den 6 februari 1931 mellan Danmark, Finland, Island, Norge och Sverige innehållande internationellt privaträttsliga bestämmelser om äktenskap, adoption och förmynderskap (den nordiska äktenskapskonventionen). I kapitel IX finns slutbestämmelser, däribland övergångsbestämmelser. Av slutbestämmelserna framgår att medlemsstaterna har en skyldighet att meddela vissa uppgifter till Europeiska kommissionen. Det gäller bl.a. vilka domstolar som är behöriga, kontaktuppgifter till centralmyndigheten och vilka språk som godtas i meddelanden till centralmyndigheten och i översättningar. Kommissionen kommer att offentliggöra denna information på kommissionens e-juridikportal, som innehåller rättslig information och syftar till att underlätta arbetet med rättsliga ärenden inom EU.

Till den nya förordningen hör också tio bilagor. Bilagorna II–X avser olika intyg som ska utfärdas, medan bilaga X innehåller en jämförelsetabell som hjälper läsaren att hitta motsvarigheten till en bestämmelse i den äldre förordningen i den nya. Hänvisningar till den äldre förordningen ska anses som hänvisningar till den nya förordningen i enlighet med tabellen. Syftet med intygen är att underlätta myndigheternas handläggning och hålla nere kostnaderna för översättning.

Tillämpningsområde

2019 års Bryssel II-förordning är – liksom 2003 års Bryssel II-förordning – tillämplig på civilrättsliga frågor om äktenskapsskillnad och föräldraansvar. Vad som är civilrättsliga frågor har fått en mera utvecklad förklaring i den nya förordningen. Det anges uttryckligen att det bör ses som ett självständigt begrepp som ska tolkas i enlighet

med fast rättspraxis från EU-domstolen. Begreppet tolkas mot bakgrund av såväl förordningens syfte och systematik som allmänna principer i de nationella rättsordningarna. Det kan även omfatta åtgärder som enligt en medlemsstats rättssystem anses vara offentlig rätt. Detta ligger i linje med EU-domstolens tidigare uttalande i ett mål som rörde finsk verkställighet av ett svenskt beslut om omedelbart omhändertagande av barn för vård med åtföljande placering enligt lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga. Domstolen uttalade att verkställigheten av ett sådant beslut omfattas av begreppet civilrättsliga frågor i den mening som avses i förordningen (mål C-435/06, C., ECLI:EU:C:2007:714). Avgörande för om en åtgärd som yrkas faller inom tillämpningsområdet är om åtgärden syftar till att säkerställa en rätt som faller inom förordningens tillämpningsområde (jfr mål C-4/14, Bohez mot Wiertz, ECLI:EU:C:2015:563). Det förtydligas vidare i den nya förordningen att överenskommelser som godkänts av en behörig myndighet efter en prövning i sak i förordningens mening ska anses vara avgöranden och inte överenskommelser.

Förordningen innehåller regler för domstolarnas handläggning av behörighetsfrågor. Den gäller också erkännande och verkställighet av avgöranden som meddelats av domstol. Liksom vad som gäller enligt 2003 års förordning är domstolsbegreppet i den nya förordningen vidsträckt. Det omfattar varje myndighet i en medlemsstat som är behörig i frågor som omfattas av förordningens tillämpningsområde (se artikel 2.2.1 i 2019 års Bryssel II-förordning, i fråga om officiella handlingar och överenskommelser, se avsnitt 7.6).

Parallella rättegångar

2003 och 2019 års Bryssel II-förordningar vilar på samma princip om hur domstolar ska agera om talan om äktenskapsskillnad eller föräldraansvar väcks vid domstolar i flera medlemsstater när det gäller samma sak och samma parter (s.k. litispendens). Principen innebär att företräde att pröva frågan om vilken domstol som är behörig att ta upp saken till prövning ges till den domstol där talan först väckts. 2019 års Bryssel II-förordning innehåller – efter förebild från 2012 års Bryssel I-förordning – en ny regel som är ett undantag från denna princip. Av regeln framgår att när parterna

exklusivt har avtalat om eller under förfarandets gång uttryckligen godtagit en domstols behörighet, ska den domstolen ges företräde att pröva behörighetsfrågan, oavsett var talan först väckts. Om en talan har väckts vid en annan domstol, måste den domstolen vilandeförklara målet till dess att den domstol där talan väckts på grundval av avtalet eller godtagandet förklarar att den inte är behörig i enlighet med avtalet eller godtagandet. Om den sistnämnda domstolen däremot finner att den är behörig att pröva tvisten, ska andra domstolar förklara sig obehöriga. Reglerna syftar till att göra exklusiva s.k. prorogationsavtal mer ändamålsenliga. Det förtydligas vidare i 2019 års Bryssel II-förordning att bestämmelserna om litispendens inte gäller i fall då en domstol grundat sin behörighet enbart på artikel 15 om tillfälliga åtgärder till skydd för barnet eller dess egendom.

Barnets rätt att uttrycka sina åsikter

2003 års Bryssel II-förordning reglerar ett barns möjlighet att komma till tals i ett återlämnandeförfarande. Erkännande av ett avgörande om föräldraansvar kan i vissa fall vägras om avgörandet meddelats utan att barnet har fått möjlighet att komma till tals. I den nya förordningen införs en allmän skyldighet att ge ett barn rätt att uttrycka sina åsikter dels när domstolen har tagit behörighet enligt förordningens behörighetsbestämmelser om föräldraansvar, dels i förfaranden om återlämnande enligt 1980 års Haagkonvention. Bestämmelsen är generellt hållen och innehåller vissa undantag. Den ska tillämpas i enlighet med Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EU:s rättighetsstadga) och mot bakgrund av FN:s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen). Det föreskrivs – i enlighet med EU-domstolens praxis på området – att de barn som är i stånd att bilda egna åsikter ska ges en verklig och faktisk möjlighet att också uttrycka dessa. Om domstolen i enlighet med nationell lag och nationella förfaranden ger ett barn möjlighet att uttrycka sina åsikter enligt artikeln, ska den tillmäta barnets åsikter betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad.

Formerna för hur barnet ska få uttrycka sin åsikt regleras även fortsatt i nationell lag. Förordningen föreskriver alltså inte om barnet ska höras i en domstol eller få samtala med en specialutbildad expert.

Avskaffande av kravet på verkställbarhetsförklaring

Enligt 2003 års Bryssel II-förordning krävs inte någon verkställbarhetsförklaring i fråga om s.k. privilegierade avgöranden. Till privilegierade avgöranden räknas dels avgöranden om umgänge, dels vårdnadsavgöranden som innebär att barnet ska återlämnas och som meddelas i de särskilda situationer då en part har fått avslag på en begäran om återlämnande enligt 1980 års Haagkonvention. Genom den nya förordningen avskaffas kravet på verkställbarhetsförklaring för alla avgöranden om föräldraansvar. Samtidigt införs en möjlighet att ansöka om att verkställighet ska vägras om avgörandet meddelats i strid mot vissa grundläggande rättssäkerhetsprinciper som anges i förordningen (s.k. vägransgrunder). Liksom vid en prövning av erkännande eller verkställbarhet enligt 2003 års Bryssel II-förordning överlåts det åt den nationella rätten att fastställa huruvida dessa vägransgrunder kan tillämpas självmant av domstolen eller måste åberopas av en part.

Även i den nya förordningen kommer privilegierade avgöranden att ingå i ett särskilt snabbt förfarande. Det innebär t.ex. att den enda möjligheten att invända mot ett erkännande av ett privilegierat avgörande är om det strider mot ett senare avgörande om föräldraansvar om samma barn.

Harmonisering av vissa verkställighetsregler

Enligt 2003 års Bryssel II-förordning regleras förfarandet för verkställighet av lagen i det land där verkställigheten söks. 2003 års förordning reglerar dock vissa frågor särskilt, bl.a. vilka handlingar som ska ges in vid en ansökan om verkställighet.

I den nya förordningen är det fortfarande en huvudprincip att förfarandet regleras av lagen i den verkställande medlemsstaten. I syfte att säkerställa att verkställighet får vägras eller skjutas upp i medlemsstaterna på i stort sett samma villkor införs emellertid

gemensamma regler om grunder för uppskjutande eller vägran av verkställighet i den verkställande medlemsstaten.

Placering av ett barn i en annan medlemsstat

I den nya förordningen förtydligas och utvecklas reglerna om gränsöverskridande placeringar av barn, bl.a. i syfte att effektivisera förfarandet och förbättra beslutsunderlaget för den placerande myndigheten.

Det tar lång tid att placera ett barn i en annan medlemsstat enligt 2003 års Bryssel II-förordning, eftersom det först utreds huruvida ett ingripande krävs av nationell myndighet i den berörda medlemsstaten och, om så är fallet, sedan hämtas in ett godkännande från den mottagande medlemsstaten. Genom de ändringar som görs i 2019 års Bryssel II-förordning skalas det första ledet bort genom att ett godkännande av mottagande medlemsstat alltid krävs. Det införs också en särskild tidsfrist inom vilken den mottagande medlemsstatens ska godkänna placeringen.

2019 års Bryssel II-förordning innehåller vidare nya bestämmelser som ska underlätta informationsutbytet mellan myndigheterna i de olika medlemsstaterna, t.ex. när det gäller uppgifter om anhöriga som kan ta hand om barnet och som bor i en annan medlemsstat.

Officiella handlingar och särskilda överenskommelser

I många medlemsstater ges handlingar som formaliserats av en myndighet eller en offentlig funktionär en ställning som exekutionstitel. Det kan handla om att en äktenskapsskillnad registreras av en notarie. Dessa handlingar benämns officiella handlingar (fr. actes authentiques). Den nya förordningen innehåller utbyggda regler för dessa handlingar och för särskilda överenskommelser som har registrerats. Bland annat införs särskilda intyg som ska underlätta handläggningen.

Internationella bortföranden av barn

Enligt 2003 års Bryssel II-förordning är det möjligt för en part som fått avslag på en begäran om återlämnande enligt 1980 års Haagkonvention att från den behöriga domstolen i barnets hemviststat få ett avgörande i vårdnadsfrågan som är direkt verkställbart (eng. overriding mechanism). I den nya förordningen begränsas denna möjlighet till att gälla endast vid tillämpning av vissa av vägransgrunderna för ett återförande av barnet enligt Haagkonventionen. Vidare införs det i den nya förordningen tydligare tidsfrister för handläggningen av bortförandeärenden. Det finns i den nya förordningen också tydligare och fler möjligheter för domstolen i landet dit barnet förts att besluta om skyddsåtgärder för barnet, bl.a. i syfte att upprätthålla kontakten mellan barnet och den kvarlämnade föräldern.

3.3 Svenska nationella regler

Kompletterande bestämmelser till 2003 års Bryssel II-förordning finns i lagen (2008:450) med kompletterande bestämmelser till Bryssel II-förordningen (2008 års kompletteringslag) och förordningen (2005:97) med kompletterande bestämmelser till Bryssel II-förordningen (2005 års kompletteringsförordning). Det finns dessutom en rad andra författningar som innehåller bestämmelser som har koppling till förordningen. Föräldrabalken innehåller t.ex. flera bestämmelser som har betydelse i internationella familjemål. Det gäller bl.a. regler om vilken domstol som är internt behörig i Sverige sedan svensk domstol pekats ut som internationellt behörig enligt förordningen. Föräldrabalken innehåller också regler om klarläggande av barnets inställning och om verkställighet av domar om vårdnad, boende, umgänge och överlämnande.

Vidare finns det regler om överflyttning av barn i lagen (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn (överflyttningslagen). Lagen införlivar dels 1980 års Haagkonvention, dels den i Luxemburg den 20 maj 1980 dagtecknade konventionen om erkännande och verkställighet av avgöranden rörande vårdnad om barn samt om återställande av vård av barn (Europarådskonventionen).

Frågor om tvångsomhändertaganden av barn regleras i lagen med särskilda bestämmelser om vård av unga. I lagen finns det bl.a. regler

om omedelbart omhändertagande av barn i vissa internationella situationer. Ytterligare exempel på bestämmelser med koppling till Bryssel II-förordningen är föreskrifterna om placering av ett barn över nationsgränserna i 6 kap. 11 a och b §§ socialtjänstlagen (2001:453).

Svenska allmänna bestämmelser finns i lagen (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap (1904 års lag). Lagen tillämpas bara i den utsträckning som det inte finns några konventionsbundna bestämmelser i annan lag, vilket med tiden inneburit en påtaglig begränsning av lagens tillämplighet på nu aktuella områden. Lagen innehåller bl.a. bestämmelser om i vilka fall en svensk domstol får ta upp ett äktenskapsmål. Lagen innehåller också regler om erkännande och verkställighet av beslut om äktenskapsskillnad och behandlar frågor om förmynderskap för underåriga.

I förhållande till de stater som har anslutit sig till 1970 års Haagkonvention om erkännande av äktenskapsskillnader och hemskillnader finns bestämmelser som har företräde framför 1904 års lag i lagen (1973:943) om erkännande av vissa utländska äktenskapsskillnader och hemskillnader.

På området finns det också särskilda nordiska regler som har sin grund i den nordiska äktenskapskonventionen. I förordningen (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap regleras domstols behörighet att pröva yrkanden om äktenskapsskillnad och frågor som har samband med ett sådant yrkande, t.ex. vårdnad. Där regleras också vilket lands lag som ska tillämpas och när avgöranden från andra nordiska länder ska erkännas. Bryssel II-förordningen är inte i alla delar tillämplig i de inbördes förhållandena mellan Sverige och Finland, eftersom båda länderna har avgett en förklaring som innebär att bestämmelserna i 1931 års nordiska äktenskapskonvention – och därmed också 1931 års förordning – i vissa avseenden har företräde.

I lagen (1977:595) om erkännande och verkställighet av nordiska domar på privaträttens område och lagen (1932:540) om erkännande och verkställighet av dom som meddelats i Island finns bestämmelser som rör bl.a. avgöranden om vårdnad och umgänge inom Norden. Det finns också regler i lagen (1970:375) om utlämning till Danmark, Finland, Island eller Norge för verkställighet av beslut om vård eller behandling som är av betydelse för vissa frågor som rör

föräldraansvar. 1970 och 1977 års lagar innehåller föreskrifter som erinrar om att särskilda bestämmelser finns i 2003 års Bryssel II-förordning. Det innebär bl.a. att förordningens verkställighetsregler har företräde framför lagen när det gäller avgöranden som har meddelats i Finland (jfr prop. 2000/01:98 s. 122).

Vidare finns den i Haag den 19 oktober 1996 dagtecknade konventionen om behörighet, tillämplig lag, erkännande, verkställighet och samarbete i frågor om föräldraansvar och åtgärder till skydd för barn (1996 års Haagkonvention). Konventionen syftar till att stärka skyddet för barn i internationella situationer. Genom en tillämpning av konventionen undviks konflikter mellan olika rättssystem vad det gäller behörighet, tillämplig lag eller erkännande och verkställighet av domar och andra avgöranden. Syftet med konventionen är också att utveckla det internationella samarbetet mellan myndigheter när det gäller skydd av barn. Konventionen är införlivad i svensk rätt genom lagen (2012:318) om 1996 års Haagkonvention, som också innehåller kompletterande bestämmelser om bl.a. beslut om tillfälliga skyddsåtgärder och handläggningen av ärenden om verkställbarhetsförklaring av utländska avgöranden.

När det gäller förhållandet mellan konventionen och 2019 års Bryssel II-förordning tillämpas konventionen på områden som inte omfattas av förordningen. Så är fallet i fråga om lagvalsregler, som saknas i Bryssel II-förordningen. Förordningen gäller framför konventionen när barnet har sin hemvist inom en medlemsstats territorium, utom Danmark. Så är även fallet när det är fråga om att ett avgörande från en medlemsstat ska erkännas eller verkställas i en annan medlemsstat, även om barnet har sin hemvist i en icke-medlemsstat som är part i 1996 års Haagkonvention.

Sverige har också ingått ett antal bilaterala överenskommelser med andra stater om erkännande och verkställighet av domar. En sådan är konventionen den 15 januari 1936 mellan Sverige och Schweiz om erkännande och verkställighet av domar och skiljedomar. Konventionen är införlivad i svensk rätt genom lagen (1936:79) om erkännande och verkställighet av dom som meddelats i Schweiz, som kan ha betydelse beträffande vissa familjerättsliga avgöranden.

Olovliga bortföranden av barn och Haagkonventionerna

AV MAARIT JÄNTERÄ-JAREBORG

(DE LEGE: Juridiska fakulteten i Uppsala. Årsbok. Årgång 7. Ad studium et ad laborem incitavit Elsa Eschelsson. Uppsala 1997 s. 239-266.)

> Vid alla åtgärder som rör barn, vare sig de vidtas av offentliga eller privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ, skall barnets bästa komma i främsta rummet.
>
> Konventionsstaterna skall respektera rätten för det barn som är skilt från den ena eller båda föräldrarna att regelbundet upprätthålla ett personligt förhållande till och direkt kontakt med båda föräldrarna, utom då detta strider mot barnets bästa.
>
> Konventionsstaterna skall vidta åtgärder för att bekämpa olovligt bortförande och kvarhållande av barn i utlandet. För detta ändamål skall konventionsstaterna främja ingåendet av bilaterala eller multilaterala överenskommelser eller anslutning till befintliga överenskommelser.
>
> *(FN:s konvention om barnets rättigheter, art. 3.1, art. 9.3 samt art. 11)*

1 Inledning

Omfattande massmedial uppmärksamhet kring fall där barn påstås ha blivit olovligen bortförda till eller från Sverige har gjort den stora allmänheten bekant med den kanske mörkaste sidan av familjebildningar över geografiska gränser. När föräldrarna separerar och bestämmer sig för att leva i skilda stater tvingas de också att inse att den ena av dem kommer att leva i ett annat land än barnet. Risken att på detta sätt ”förlora” barnet är för många omöjlig att godta. När utsikterna att komma överens om vårdnaden verkar små faller många för frestelsen att egenmäktigt föra bort eller kvarhålla barnet i det land där man själv vill leva.[1]

Den kränkning som den kvarvarande föräldern utsätts för väcker naturligt nog stor ilska. Men inte så sällan lyckas även den bortförande föräldern på tillflyktsorten få sympatierna på sin sida. Omfattande aktioner kan vidtas där för att få myndigheterna att inse att bortförandet var motiverat och att det finns anledning för att barnet skall få stanna i det nya landet.[2] En dragkamp, som ofta utspelar sig vid två olika länders domstolar, börjar om barnet. Skall barnet återlämnas till ursprungsstaten, dvs. den stat där det hade sitt hemvist när det olovliga bortförandet eller kvarhållandet ägde rum? Eller skall det få stanna kvar i det land dit det har förts? Var har barnet, egentligen, sitt hemvist? Vilken förälder skall vårdnaden anförtros? Hur blir det med barnets rätt till umgänge med den utomlands bosatta föräldern?

I denna uppsats studeras färska avgöranden från Regeringsrätten och Högsta domstolen angående fall där barn påstods ha blivit olovligen bortförda till eller kvarhållna i *Sverige*. I samtliga fall har domstolen kommit fram till att förutsättningar saknas för barnets (barnens) överflyttning till utlandet. Ärendena har därefter fortsatt som vårdnadstvister mellan föräldrarna. Parallellt med rättegången i Sverige pågår en vårdnadstvist i det andra berörda landet. Vid uppsatsens skrivande har vårdnadstvisten i inget av fallen blivit avgjord genom en lagakraftvunnen svensk dom.

Granskningen sker mot bakgrund av gällande svensk internationell privaträtt samt två konventioner antagna vid Haagkonferensen för internationell privaträtt, nämligen *konventionen om de civila aspekterna rörande internationella bortföranden av barn från 1980* och *konventionen om behörighet, tillämplig lag, erkännande, verkställighet samt samarbete i fråga om föräldraansvar och åtgärder till skydd för barn från 1996*.[3] Den förra konventionen ratificerades av Sverige år 1989 och gäller i dag i förhållande till 44 stater. Konventionen har införlivats med svensk rätt genom lagen (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn, nedan *1989 års lag*.[4] Huruvida Sverige även kommer att tillträda den nya Haagkonventionen, nedan *1996 års Haagkonvention*, är för närvarande ovisst. I Justitiedepartementet pågår dock förberedelse av en departementspromemoria där Sveriges tillträde övervägs.

Uppsatsen avser att illustrera barnets utsatta position i internationella vårdnadskonflikter och bristerna i den gällande regleringen. Ett effektivare skydd för barnet förutsätter att länderna är mer restriktiva vid bedömningen av statens egen behörighet i internationella vårdnadstvister, att de i större utsträckning än för närvarande respekterar varandras avgöranden och att det etableras former för myndighetssamarbete över geografiska gränser. I dessa hänseenden kan den nya Haagkonventionen komma att utgöra ett viktigt komplement till 1980 års bortförandekonvention.

[1] Det förekommer även att den ena föräldern utan den andras samtycke tar med sig barnet till ett annat land (ofta sitt ursprungsland), placerar barnet där hos en släkting eller någon utomstående person och själv återvänder till Sverige medan barnet blir kvar i det andra landet. Dessa fall tillhör de mest svårlösta, särskilt som det ofta finns stora geografiska avstånd och kulturella skillnader mellan de berörda länderna. Se t.ex. *NJA 1992 s. 93*.

[2] I *RÅ 1995 ref. 99*, som beskrivs nedan i avsnitt 3.2, skrev över 3 500 invånare på moderns och barnets vistelseort i Sverige på protestlistor sedan kammarrätten beslutat att barnet skulle överflyttas till USA.

[3] Convention on jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and co-operation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children, The Hague, 19 October 1996.

[4] 1989 års lag införlivar även en annan internationell konvention med svensk rätt, nämligen konventionen om erkännande och verkställighet av avgöranden rörande vårdnad om barn samt om återställande av vård av barn, som år 1980 antogs vid Europarådet. Tillämpningen av Europarådskonventionen har inte varit aktuell i de fall som beskrivs i denna uppsats och berörs inte här.

2 Internationella vårdnadstvister enligt svensk internationell privaträtt

2.1 Relevanta frågeställningar och lagregleringar

Tre spörsmål är av omedelbar relevans när en fråga om vårdnad har anknytning till mer än en stat. Det gäller *för det första* vilket lands myndigheter som är behöriga att ta upp en talan om vårdnad (domsrätt). Av intresse är *för det andra* vilket lands lag som en behörig myndighet kommer att tillämpa på vårdnadsfrågan (lagval). *För det tredje* är det fråga om vilken verkan som ett utländskt vårdnadsavgörande tillmäts i ett annat land, framför allt om vårdnadsavgörandet kommer att gälla där och kunna verkställas där (erkännande och verkställighet).

I svensk internationellrättslig lagstiftning är dessa frågor mycket bristfälligt reglerade. Den enda allmänt tillämpliga bestämmelsen finns i 3 kap. 6 § lagen (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap, nedan *1904 års lag*.[5] Enligt denna får frågor angående vårdnaden om barn upptas i äktenskapsmål. Om barnet vistas här i landet skall sådana frågor alltid prövas enligt svensk lag. I övrigt, exempelvis när vårdnadsfrågan kommer upp utan samband med ett äktenskapsmål eller fråga är om verkan av ett utländskt vårdnadsavgörande i Sverige, gäller det att söka ledning i rättspraxis.

2.2 Allmänt om rättspraxis

Ett prejudicerande avgörande som mer eller mindre har låst den efterföljande rättstillämpningen är *NJA 1974 s. 629*. I detta avgörande slog HD fast att utländska vårdnadsavgöranden inte gäller i Sverige utan stöd i lag. Sådant lagstöd finns för närvarande bara i de fall där Sverige i anledning av en konventionsförpliktelse är skyldigt att erkänna eller verkställa utländska avgöranden. Följden har blivit att vårdnadsbeslut från de allra flesta länderna bara har en *bevisverkan* i Sverige vars styrka varierar från fall till fall.[6] Avgörandet hindrar inte att samma fråga tas upp till prövning i Sverige.

Klart är i belysning av nyare rättspraxis att *barnets hemvist* i Sverige grundar svensk domsrätt.[7] Också i internationellt samarbete erkänns numera barnets hemvist som den viktigaste behörighetsgrunden; sålunda skall behörigheten enligt 1996 års Haag-konvention primärt tillkomma myndigheterna i hemviststaten. En utredning om för

[5] Paragrafen fick sin nuvarande lydelse genom Lag 1973:942. – Härutöver finns det vissa andra lagregler som dock är konventionsgrundade och bara gäller i förhållande till de övriga konventionsanslutna staterna. Fråga är om förordningen (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap och lagen (1977:595) om erkännande och verkställighet av nordiska domar på privaträttens område, vilka gäller i förhållande till de nordiska länderna, lagen (1936:79) om erkännande och verkställighet av dom som meddelats i Schweiz samt erkännande- och verkställighetsreglerna i lagen (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn, tillämpliga i förhållande till de stater som i likhet med Sverige har tillträtt Europarådskonventionen från 1980.

[6] Det bör dock noteras att i talrika sammanhang har ett utländskt vårdnadsavgörande tillmätts prejudiciell betydelse, ett ställningstagande som inte utan svårigheter går att förena med HD:s uttalande i *NJA 1974 s. 629*. Se t.ex. *NJA 1993 s. 107*. Se närmare, Pålsson, L.: ”Vårdnad och umgängesrätt i svensk internationell privaträtt”, Festskrift till Lars Hjerner, Stockholm 1990, s. 506-507 och Pålsson, L.: ”Svensk rättspraxis, internationell privat- och processrätt 1991-1995”, Svensk Juristtidning 1996, s. 605.

[7] Se t.ex. NJA 1974 s. 629 I och II, NJA 1983 s. 359 och NJA 1987 s. 600.

vårdnadsfrågans bedömning relevanta förhållanden görs normalt lämpligast i barnets hemvistland och det är motiverat att även vårdnadstvisten avgörs där.

Problematiska i rättstillämpningen har i stället blivit sådana fall där barnet inte har hemvist i Sverige men vårdnadstalan ändå väcks här, antingen separat eller i samband med ett äktenskapsmål. När yrkande om vårdnad framställts utan att ett äktenskapsmål varit anhängigt mellan barnets föräldrar har vårdnadshavarens hemvist i Sverige när denna varit svarande ansetts grunda domsrätt.[8] Vårdnadsfrågan har också ansetts kunna tas upp till prövning på föräldrarnas gemensamma ansökan fastän barnet haft hemvist i utlandet.[9] Svensk domstol har däremot inte ansetts vara behörig om endast käranden har hemvist här i landet även om vårdnaden skulle tillkomma parterna gemensamt.[10]

När yrkandet om vårdnad görs i samband med ett äktenskapsmål i Sverige uppstår frågan om regeln i 3 kap. 6 § 1904 års lag innebär att yrkandet alltid skall tas upp till prövning eller om domstolen härvidlag står friare och under vissa omständigheter kan avvisa vårdnadstalan.[11] Som en sådan omständighet som kan medföra att yrkandet kan avvisas har föreslagits att barnet olovligen har bortförts till Sverige.

[8] I *NJA 1988 s. 538* angående överflyttande av vårdnad om barn ansågs vårdnadshavarens hemvist i Sverige grunda svensk domsrätt oberoende av om barnen kunde anses ha hemvist i ett annat land. Omständigheterna i fallet var följande: I samband med äktenskapsskillnad vid svensk domstol hade den algeriske fadern fått vårdnaden om barnen. Båda föräldrarna hade hemvist i Sverige. Barnen hade haft hemvist här tills de år 1985 genom den vårdnadshavande faderns försorg fördes till Algeriet där de sedan dess var bosatta hos sin farmor. I sitt ställningstagande angående svensk domsrätt grundad på vårdnadshavarens/svarandens hemvist här i landet gjorde HD tillägget ”i allt fall om en dom i saken meddelad i barnets hemvistland ej skulle erkännas eller vara verkställbar i Sverige”.

[9] Se *NJA 1995 s. 770*. Föräldrarna som inte var gifta med varandra ansökte om att få gemensam vårdnad om sitt barn. Fadern var svensk medborgare med hemvist i Sverige medan modern var taiwanesisk medborgare med hemvist i Taiwan. Barnet var statslöst och hade hemvist hos modern i Taiwan. I sitt beslut påpekar HD att i ett fall som det förevarande kan det vara till fördel för barnet att frågan om gemensam vårdnad har reglerats i ett svenskt – och alltså här gällande – avgörande. ”När anknytningen är så stark som att en förälder har hemvist här och båda föräldrarna är ense synes det svårt att finna något bärande skäl mot att ett sådant avgörande kan utverkas”, uttalade HD.

[10] Se *NJA 1993 s. 65*. I detta fall hade det dömts till äktenskapsskillnad mellan parterna genom svensk domstols dom. I domen förordnades på parternas gemensamma begäran att vårdnaden om barnen skulle vara gemensam men att barnen skulle stadigvarande vistas hos sin far. Barnen hade tillsammans med sin far hemvist i Belgien medan modern hade hemvist i Sverige. HD avvisade moderns talan om överflyttande av vårdnaden under motiveringen att anknytningen till Sverige inte var tillräcklig för att grunda svensk domsrätt. Se även *NJA 1995 s. 241*.

[11] HD uttalade sig i denna fråga i *NJA 1997 s. 154*. Enligt uttalandet är svensk domstol behörig att med stöd av 3 kap. 6 § 1904 års lag pröva vårdnadsfrågor som uppkommer i ett äktenskapsmål. Däremot kan det inte anses finnas någon skyldighet för domstolen att alltid ta upp yrkanden i sådana frågor till prövning. ”Huruvida yrkandena skall prövas får bero på omständigheterna i det enskilda fallet”, ansåg HD. I det aktuella målet hade familjen, som var av svenskt medborgarskap, sedan år 1991 haft sitt hemvist i Belgien, men mannen hade sedermera flyttat tillbaka till Sverige. När hustrun vid svensk domstol väckt talan om äktenskapets upplösning yrkade mannen bl.a. att han skulle tillerkännas vårdnaden om makarnas tioåriga dotter. Yrkandet avvisades av HD under motivering att det är nödvändigt för vårdnadstvistens prövning att utredning förebringas om barnets nuvarande förhållanden och om föräldrarnas lämplighet som vårdnadshavare. Emedan barnet och dess mor hade hemvist i Belgien var det enligt HD lämpligt att tvisten prövades där. Se även *RH 1993:103*, där faderns i samband med äktenskapsmålet framställda yrkande om vårdnaden om barnet avvisades. Barnet och dess mor var brittiska medborgare med hemvist i England. Fadern var svensk medborgare men hade vid tiden för rättegången hemvist i Saudiarabien.

2.3 NJA 1997 s. 196 (”Singapore-målet”)

Frågan om hur domstols behörighet enligt 3 kap. 6 § 1904 års lag påverkas av att barnet olovligen har bortförts till Sverige ställdes på sin spets i det s.k. Singapore-målet, *NJA 1997 s. 196*. Medan familjen var bosatt i Singapore bortförde den svenska modern i juli 1996 barnen till Sverige utan makens samtycke. Hon väckte därefter talan om äktenskapsskillnad vid svensk domstol och yrkade även att hon ensam skulle få vårdnaden. Barnen stod under makarnas gemensamma vårdnad.

HD kom fram till att moderns handlande inte utgjorde tillräcklig grund för att avvisa hennes talan i vårdnadsfrågan. Avgörande enligt HD var att Sveriges strävanden till att motverka internationella bortföranden av barn inte har lett till ändring av 3 kap. 6 § i 1904 års lag och att inte heller några nya lagregler införts som hade begränsat den svenska domsrätten i vårdnadsfrågor.

Avgörandet har ansetts andas kritik mot brister i den svenska lagstiftningen.[12] Kritiken är berättigad men HD:s uttalanden ger samtidigt en alltför ensidig bild av problemets orsaker och omfattning.[13] En grundläggande brist får i sammanhanget anses vara att utländska vårdnadsavgöranden som regel inte erkänns i Sverige.[14] Svenska domstolar har också varit mycket restriktiva vid tillämpningen av handräckningsreglerna i 21 kap. föräldrabalken (FB) när handräckningen skulle innebära att barnet överflyttas till utlandet.[15] Inte heller i det nu aktuella fallet ansågs handräckning enligt

[12] Se Svenska Dagbladet, 27 mars 1997: ”Vårdnadsfråga avgörs i Sverige”.

[13] Det kan påpekas att varken Europarådskonventionen eller 1980 års Haagkonvention till vilka HD hänvisar direkt reglerar domsrättsfrågan. Sveriges tillträde till dessa konventioner har därför inte förutsatt en lagändring som skulle ha begränsat svenska domstolars behörighet i vårdnadstvister. Utarbetandet av nya domsrättsregler har i stället varit en angelägenhet för en ”autonom”, dvs. icke-konventionsbunden svensk reform. Ett förslag till allmänt tillämpliga vårdnadsregler har lagts fram av förmynderskapsutredningen i betänkandet ”Adoptionsfrågor”, SOU 1989:100, men har inte lett till lagstiftning. Att införandet av ny lagstiftning dragit ut på tiden har en förklaring i att nya vårdnadsregler för internationella förhållanden ingår i ett ännu inte avslutat projekt i Justitiedepartementet som går ut på att införa moderna regler för hela den svenska internationella familje- och arvsrätten. Sedan 1990-talets början pågår också internationellt lagsamarbete i syfte att skapa enhetliga regler bl.a. för bedömningen av vårdnadsfrågor i utlandsanknutna fall. Samarbetet har resulterat i 1996 års Haagkonvention som behandlas nedan i avsnitt 4. Ett annat konventionsarbete är på gång inom den Europeiska unionen.

[14] Genom den negativa inställning till utländska vårdnadsavgöranden som HD intog i *NJA 1974 s. 629* kan HD inte anses ha bidragit på ett konstruktivt sätt till rättsutvecklingen. Enligt Pålsson synes HD i det avgörandet ha utgått ifrån att ”det är en övermäktig uppgift för HD att utforma närmare regler i ämnet och att HD därför inte kunde ta på sig ansvaret för regelbildningen”, en uppfattning som Pålsson inte delar. Pålsson finner det mycket otillfredsställande att ”HD i väntan på att lagstiftning skall komma till stånd någon gång i en oviss framtid låter denna del av rättsområdet ligga i träda”. Se Pålsson, Festskrift Hjerner (ovan not 6), s. 504-508.

[15] Se Bogdan, M.: ”Något om gränsöverskridande barnkidnappningar”, Festskrift till Ulla Jacobsson, Stockholm 1991, s. 25.

21 kap. 8 § FB kunna komma i fråga.[16] Det anses ändå vara klart att FB:s handräckningsregler även kan användas för att överflytta barn till utlandet.[17]

När situationen är denna är det ofrånkomligt, om barnen fortsätter att vistas i Sverige tillsammans med den bortförande föräldern, att det uppstår lägen där det finns ett praktiskt behov av ett svenskt vårdnadsavgörande.[18] Det olovligen skapade läget stabiliseras, barnet blir känslomässigt mycket fäst vid den bortförande föräldern och anpassar sig till den svenska omgivningen. Domstols behörighet i äktenskapsmålet ger då möjlighet att även pröva vårdnadsfrågan här i landet. Risken finns naturligtvis att denna behörighet missbrukas av den bortförande föräldern och att den till och med utgör incitamentet till dennes handlande.

Enligt en tidningsnotis har Stockholms TR nyligen (april 1997) interimistiskt tillerkänt modern ensam vårdnaden om barnen.[19] Utslagsgivande för tingsrättens beslut var enligt notisen de följande omständigheterna: (1) Barnen har varit i Sverige i snart ett år; (2) De har enligt uppgift funnit sig väl tillrätta; (3) Det yngsta barnet – fött år 1991 – kan inte antas ha särskilt stark minnesbild av Singapore; samt (4) Det vore olyckligt att rycka upp barnen från den miljö de är förtrogna med innan vårdnadsfrågan är slutgiltigt avgjort. Enligt samma notis skall socialtjänsten nu verkställa en vårdnadsutredning. Fadern får enligt beslutet ta hand om barnen under sex veckor den kommande sommaren och två veckor under hösten. Modern ålades att till sommarlovet överlämna barnens pass till fadern. – Parallellt med rättegången i Sverige pågår i Singapore en tvist om vårdnaden om barnen.

3 1980 års Haagkonvention

3.1 Syftet

Konventionen utarbetades i första hand som ett instrument för att skydda barn på internationell nivå mot de skadliga effekterna av ett olovligt bortförande eller kvarhållande av dem. I detta syfte kom länderna överens om att säkerställa ett snabbt återförande av olovligen bortförda eller kvarhållna barn. Konventionen syftar vidare till

[16] Enligt Kammarrätten i Jönköping (dom meddelad den 25 september 1996) är utrymmet för tillämpning av 21 kap. 8 § FB mycket begränsat. I de situationer som här är fråga om – söndring i äktenskapet – torde nämligen allmän domstols prövning av vårdnadsfrågan i regel vara behövlig vilket medför att ett förordnande om överlämnande i så fall bör vägras enligt 7 § andra stycket samma kapitel. – Domstolen avfärdade också möjligheten till överflyttning enligt 11 och 12 §§ 1989 års lag emedan Singapore inte har anslutit sig till 1980 års Haagkonvention.

[17] Se t.ex. *RÅ 1970 ref. 31*. För närmare upplysningar, se Pålsson, L.: Svensk rättspraxis i internationell familje- och arvsrätt, Stockholm 1986, s. 135-139.

[18] Förarbetsuttalanden till 3 kap. 6 § i 1904 års lag ger vid handen att svensk domsrätt föreligger när det finns ett praktiskt behov av att vårdnadsfrågan prövas här. Se prop. 1973:158, s. 109-110. Enligt Bogdan, Festskrift Jacobsson (ovan not 15), s. 26, bör svenska domstolar vara behöriga att pröva vårdnadsfrågan när handräckning har vägrats eller sådan inte har sökts inom rimlig tid. I detta hänseende bör det inte spela någon roll om vårdnadstalan väcks av den förälder som har kidnappat barnet till Sverige.

[19] Se Svenska Dagbladet, 21 april 1997: ”Kidnappande mor får behålla barn”.

att säkerställa ett skydd till rätten till umgänge.[20] Konventionen ålägger staterna långtgående förpliktelser i förhållande till varandra och förutsätter samarbete dem emellan. Varje konventionsstat skall utse en centralmyndighet som skall fullgöra de skyldigheter som konventionen ålägger en sådan myndighet. Fråga är följaktligen om en s.k. sluten konvention, dvs. en konvention som bara gäller i förhållande till de övriga konventionsstaterna.[21]

Nyckeln vid konventionens tillämpning är dess artikel 3 där man definierar när ett bortförande eller kvarhållande är att anse som olovligt:

> Ett bortförande eller ett kvarhållande av ett barn är att anse som olovligt om:
>
> *a* det strider mot en rätt till vårdnad som har anförtrotts en person, en institution eller något annat organ, antingen gemensamt eller för sig, enligt lagen i den stat där barnet hade sitt hemvist omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet, och
>
> *b* denna rätt verkligen utövades, antingen gemensamt eller för sig, vid den tidpunkt då barnet fördes bort eller hölls kvar eller skulle ha utövats om inte bortförandet eller kvarhållandet hade ägt rum.
>
> Rätten till vårdnad enligt *a* kan i första hand uppkomma på grund av lag eller genom judiciellt eller administrativt avgörande men även genom en överenskommelse som har rättslig verkan i den ifrågavarande staten.

Avgörande när ett olovligt bortförande eller kvarhållande påstås ha ägt rum är var barnet hade sitt hemvist när bortförandet eller kvarhållandet ägde rum och vem som enligt där gällande lag (i den ovan angivna vidare bemärkelsen) är att betrakta som vårdnadshavare. Denna vårdnadshavare skall vidare normalt ha utövat sin vårdnadsrätt.[22] Artikel 3 motsvaras av 11 § i 1989 års lag.

[20] Det konventionsenliga skyddet (se art. 21) har dock i den praktiska tillämpningen inte ansetts vara tillräckligt, bl.a. därför att konventionen inte reglerar erkännande och verkställighet av utländska avgöranden angående umgänge. Konventionen används därför relativt sällan vid utövande av umgängesrätten. Ändå är ett säkerställande av rätten till umgänge av central betydelse, inte minst efter ett olovligt bortförande eller kvarhållande.

[21] I *NJA 1997 s. 196* (”Singapore-målet”) yrkade den berövade vårdnadshavaren analog användning av Haagkonventionens principer. Enligt HD kunde detta inte komma i fråga emedan 1989 års lag endast är tillämplig i förhållande till de övriga konventionsstaterna till vilka Singapore inte hör. (Likadant KamR, se ovan not 16.) Något sådant förordnande som avses i lagens 1 § tredje stycke har inte heller meddelats i förhållande till Singapore. Emedan förordnandet förutsätter ömsesidighet kan det komma i fråga endast i förhållande till en stat som kan uppfylla alla de konventionsenliga kraven vid handläggningen av målen. Se även Savolainen, M.: ”The Hague Convention on Child Abduction of 1980 and Its Implementation in Finland”, Nordic Journal of International Law 1997, s. 123-124: ”Such an extension of the application of the Hague rules would obviously require that the authorities of that non-contracting State are able to provide the information, services and co-operation and to take other measures which under the Hague Convention are imposed upon the Central Authorities and which are necessary conditions for the proper functioning of the Hague rules.”

[22] Vid konventionens tillämpning har bedömningssvårigheter uppstått i sådana fall där den person som påstår bortförandet strida mot sin vårdnadsrätt inte (kanske i åratal) har visat något intresse för att ta del i vårdnaden om barnet. Vid ett specialkommissionsmöte i Haag i mars 1997 kom länderna överens om att kriteriet ”verkligen utövades” enligt art. 3.1.*b* i sådana fall endast kan anses vara uppfyllt om personen i fråga har upprätthållit någon kontakt med barnet. Special Commission (17-21 March 1997), Operation of the Convention on international child abduction, Minutes No 3.

Enligt konventionens synsätt skapar ett olovligt bortförande eller kvarhållande en sådan krissituation som snarast möjligt skall undanröjas genom att barnet överflyttas till sin invanda miljö.[23] Härav följer att konventionen i första hand är ett instrument avsett att lösa nödsituationer uppkomna på grund av att barnet har ryckts upp ur sin invanda miljö och den går ut på att *återställa det faktiska läget* som det var innan det olovliga bortförandet eller kvarhållandet ägde rum. När barnet återlämnats är meningen att eventuella tvister om vårdnaden tas upp till prövning i barnets hemvistland.[24] Utanför konventionsregleringen faller sådana i och för sig mycket viktiga spörsmål som myndigheters internationella behörighet rörande vårdnaden om barn[25] och erkännande av utländska avgöranden. Konventionen hindrar sålunda inte att samma vårdnadsfråga tas upp och prövas på sinsemellan motstridiga sätt i två olika fördragsslutande stater och förpliktar inte heller de fördragsslutande staterna att respektera varandras vårdnads-avgöranden, utom vid tillämpningen av art. 3.

De utländska studier som gjorts angående konventionens tillämpning visar att de berörda parterna ofta missförstår konventionens funktion. Det förfarande som en ansökan om barnets överflyttning föranleder uppfattas som en process vars syfte är att ta ställning till vilken förälder som är bäst lämpad som vårdnadshavare. Svarandens talan går ut på att visa att det fanns goda skäl för att föra bort barnet och att ansökan om överflyttning, följaktligen, skall avslås. Vidare försöker svaranden visa att en överflyttning av barnet skulle strida mot barnets bästa och allvarligt skada det. För en bortförande förälder har konventionens art. 13, som innehåller de viktigaste grunderna för att vägra en ansökan om överflyttning, blivit ett halmstrå som han eller hon in i det sista försöker hänga fast vid. Mycket vanligt är att svaranden motsätter sig ansökan under åberopande av art. 13.1 punkten *b*. Enligt denna är domstolen i det land dit barnet har bortförts inte förpliktad att besluta om överflyttning om ”det finns en allvarlig risk för att barnets återlämnande skulle utsätta det för fysisk eller psykisk skada eller på annat sätt försätta det i en situation som inte är godtagbar”.

Studierna visar vidare att domstolarna inte har varit särskilt avvisande när det gäller denna sorts invändningar. Omfattande vittnesförhör rörande familjens förhållanden före och efter det olovliga bortförandet har genomförts. Domstolarna har också ofta gått med på att invänta resultat av barnpsykiatriska undersökningar angående bl.a. hur en överflyttning skulle påverka barnet. Processen får därmed en karaktär liknande en vård-

[23] Meningen var dock redan vid konventionens utarbetande att det även skall vara möjligt att överflytta barnet till ett annat land än där det hade sitt hemvist omedelbart innan det olovliga bortförandet (kvarhållandet) ägde rum, t.ex. till det land dit vårdnadshavaren har flyttat efter barnets bortförande. Se Savolainen, (ovan not 21), s. 124-125. En naturlig förutsättning för ett sådant beslut synes dock vara att även denna tredje stat är en konventionsansluten stat.

[24] Se prop. 1988/89:8, s. 41.

[25] Som undantag kan dock räknas konventionens art. 16 som motsvaras av 22 § i 1989 års lag. Enligt artikeln får myndigheterna i den konventionsstat dit barnet har bortförts eller där det kvarhålls inte besluta i sak om rätten till vårdnaden förrän det har bestämts att barnet inte skall återlämnas enligt konventionen. Bestämmelsens tillämpning förutsätter naturligtvis att myndigheterna i tillflyktsstaten har blivit underrättade om det olovliga bortförandet eller kvarhållandet. Vidare skall, för att det olovliga bortförandet eller kvarhållandet skall få ”blockera” tillflyktsstatens behörighet på i bestämmelsen avsett sätt, en konventionsenlig ansökan om överflyttning framställas inom rimlig tid efter det att underrättelsen mottagits.

nadstvist och den drar ut på tiden. Bortglömt är att det enligt konventionen skall vara fråga om en *snabb, summarisk process* som endast går ut på att pröva de konventionsenliga förutsättningarna för återlämnande av barn.[26]

I detta hänseende är läget likartat i Sverige. Enligt ett examensarbete från år 1992 vid Uppsala universitet är det vanligt att den bortförande föräldern i ett Haagärende vid svensk domstol åberopar någon sådan grund som ger domstolen rätt att vägra överflyttning.[27] Skriftväxlingen i målen var därför omfattande och inhämtande av barnpsykiatriskt utlåtande var snarare regel än undantag. Målen drog ut på tiden; i värsta fall tog det upp till ett par år innan ansökan hade slutgiltigt prövats här. Sedan förfarandet gjorts effektivare genom 1993 års lagreform (SFS 1993:212) har handläggningen i Haagärendena i genomsnitt tagit betydligt mindre tid i anspråk. Tolkningen och tillämpningen av Haagkonventionen ger dock fortfarande upphov till vissa problem. Av rättsfallsöversikten nedan kommer att framgå att ett sådant problem har varit innebörden av Haagkonventionens hemvistbegrepp (”habitual residence”).

3.2 Rättspraxis

RÅ 1995 ref. 99

Bakgrund: Barnet ”J” föds i Utah, USA i augusti 1990 i äktenskapet mellan en svensk kvinna och en amerikansk medborgare. Julen 1990 besöker familjen Sverige och modern bestämmer då att stanna kvar; fadern återvänder ensam till USA. I januari 1991 ansöker modern vid tingsrätten om äktenskapsskillnad och ensam vårdnad om J. Under perioden juni 1991-januari 1992 är familjen återförenad i Utah, USA tills modern tar barnet med sig till Sverige. När betänketiden löpt ut fullföljer modern sin talan om äktenskapsskillnad och erhåller i november 1992 interimistiskt vårdnaden om barnet; fadern tillerkänns viss umgängesrätt.

I november 1993 tar fadern utan moderns vetskap barnet med sig till USA och ansöker där om att han ensam skall få vårdnaden. I januari 1994 ansöker modern vid amerikansk domstol att barnet i enlighet med 1980 års Haagkonvention skall överflyttas till Sverige. Hon erhåller då omgående en ”ex parte order” som innebär att hon får ta hand om barnet i avvaktan på slutgiltig prövning av domstolen men får inte lämna USA. Modern bryter dock mot beslutet och återvänder till Sverige i februari 1994.

I januari 1995 inkommer fadern med en ansökan till länsrätten om överflyttning av barnet. I juli 1995 slår amerikansk domstol fast att barnet har sitt hemvist i Utah, USA och att moderns kvarhållande av barnet i Sverige januari-juli 1991 var olovligt liksom även bortförandena till Sverige i januari 1992 och februari 1994. Faderns bortförande av barnet till USA i november 1993 var däremot inte olovligt. I december 1995 slår Regeringsrätten fast att barnets hemvist vid tiden för det påstådda olovliga bortförandet i

[26] Se art. 19: ”Ett avgörande enligt denna konvention rörande ett barns återlämnande skall inte tolkas som ett avgörande i sak i någon fråga som rör vårdnaden.” – En allmän uppfattning vid ett specialkommissionsmöte i Haag i mars 1997 angående konventionens tillämpning var att invändningar av den art som avses i art. 13.1.*b* lämpligast bedöms i den stat där barnet har sitt hemvist.

[27] Se Bäckström, A.: Överflyttning av olovligt bortförda barn enligt 1980 års Haagkonvention. En granskning av svensk praxis 1989-1992. Examensarbete i internationell privaträtt, Juridiska institutionen i Uppsala, vt 1992.

februari 1994 var i Sverige och avslår ansökan om överflyttning. Ärendet fortsätter därefter som en vårdnadstvist om barnet, parallellt vid både svenska och amerikanska domstolar.

Fråga är om det andra Haagmål som Regeringsrätten tog upp till prövning.[28] Fallet illustrerar väl hur invecklade omständigheterna kan vara i sådana här mål. Vid barnets födelse i USA fick föräldrarna i enlighet med där gällande lag gemensam vårdnad om det. Barnet hade därefter ”bollats” av föräldrarna mellan två stater på ett sätt som gjort utövandet av gemensam vårdnad praktiskt taget omöjligt. Med tanke på den ambulerande tillvaro som barnet utsatts för är det naturligt att domstolarnas prövning av förutsättningarna för överflyttning kom att handla om i vilket land som barnet hade sitt hemvist.

Kammarrätten fann att barnet medtagits till Sverige i januari 1992 under sådana omständigheter att det måste anses vara fråga om ett olovligt bortförande enligt Haagkonventionens mening. Enligt domstolen kan ett nytt hemvist, generellt sett, inte etableras för ett barn under föräldrarnas gemensamma vårdnad om en ändring av förhållandena sker i strid mot den ena vårdnadshavarens vilja. Barnet kan inte anses ha förvärvat hemvist i Sverige i den mening som avses i 1989 års lag utan hade kvar sitt hemvist i USA i februari 1994. För denna slutsats talade enligt rätten de omständigheter varunder barnets vistelse i Sverige kommit till stånd och fortsatt, faderns konsekventa och entydiga motstånd till barnets vistelse i Sverige samt intentionerna bakom 1989 års lag.

Också Regeringsrätten ansåg att barnet i januari 1992 fördes till Sverige under sådana omständigheter att fråga var om olovligt bortförande. Rätten gör dock en annan bedömning angående barnets hemvist och avslår ansökan. Enligt RegR får J någon gång före bortförandet till USA i november 1993 anses ha förvärvat hemvist här. Av betydelse härvidlag är att fadern inte ansökte om överflyttning av barnet på grund av bortförandet i januari 1992. Barnet har också anpassat sig till förhållandena i Sverige. ”Vid sådant förhållande bör omständigheterna kring bortförandet i januari 1992 inte efter utgången av den i verkställighetslagen [dvs. 1989 års lag] och konventionen angivna tolvmånadersperioden hindra att ett hemvist anses etablerat här”, anförde domstolen.[29] Det efterföljande händelseförloppet kan inte anses ha medfört någon ytterligare ändring i barnets hemvist. Vid sin tolkning av hemvistbegreppet i 1989 års

[28] Det första av Regeringsrätten prövade Haagmålet är *RÅ 1991 ref. 42*. Detta avgörande handlar om konventionens tillämplighet på ett fall där det påstådda olovliga kvarhållandet hade påbörjats innan konventionen trädde i kraft mellan Sverige och barnets hemviststat (Australien) men hade fortsatt även efter denna tidpunkt. RegR fann, på grundval av själva konventionen och dess förarbeten, att konventionen kräver tillämpning endast om det olovliga kvarhållandet har påbörjats *efter* det att konventionen trätt i kraft mellan de berörda staterna. De svenska övergångsbestämmelserna skulle tolkas i enlighet med detta emedan det enligt RegR inte fanns något som tydde på att den svenska lagstiftaren hade velat gå längre än vad som Haagkonventionen förutsätter. Ansökan avslogs. – Ett propositionsuttalande synes dock kunna tolkas så att ett olovligt kvarhållande som fortsätter efter konventionens ikraftträdande omfattas av lagen. Se prop. 1988/89:8, s. 51. Med tanke på att Haagkonventionen inte hindrar en stat från att gå längre än vad som följer av konventionsförpliktelserna, kan Regeringsrättens ställningstagande kritiseras som onödigt restriktivt.

[29] Se 12 § första punkten i 1989 års lag och art. 12 i Haagkonventionen. Den i bestämmelserna avsedda ettårsperioden ses ofta som en presumtion för hur länge ett barns vistelse måste vara i det nya landet innan ett hemvist kan etableras där.

lag lade Regeringsrätten – korrekt – vikt vid att fråga är om s.k. traktatstyrd lagstiftning och att man därför bör ta särskild hänsyn till Haagkonventionens terminologi och syfte. Tolkningen av Haagkonventionen berörs närmare under avsnitt 3.3.

RÅ 1996 ref. 52

Bakgrund: Barnet ”A” föds i Schweiz 1987 i äktenskapet mellan en svensk kvinna och en amerikansk (USA) medborgare. Föräldrarna är anställda vid sina respektive länders utrikesdepartement. År 1990 blir modern placerad i New York och bosätter sig där, medan fadern placeras i Washington D.C. och bosätter sig i Virginia. Barnet bor växelvis hos sina föräldrar.

I februari 1992 dömer en domstol i USA till äktenskapsskillnad mellan makarna och fastställer i samband med det en mellan dem träffad överenskommelse om vårdnaden om barnet. Enligt avtalet skall vårdnaden vara gemensam och utövas växelvis mellan föräldrarna. Modern får dock flytta med barnet till Sverige efter den 1 juli 1993 varefter barnet skall vistas hos fadern i USA vart tredje år.

Sedan fadern vid domstol i Virginia, USA väckt talan om ändring av överenskommelsen träffar parterna en ny överenskommelse som domstolen fastställer i december 1993. Enligt överenskommelsen skall barnet, som alltjämt skall stå under föräldrarnas gemensamma vårdnad, vistas hos dem enligt följande schema:

1993 - 20 augusti 1995 hos modern
21 augusti 1995 - 20 augusti 1997 hos fadern
21 augusti 1997 - 20 augusti 1999 hos modern
21 augusti 1999 - 20 augusti 2000 hos fadern
21 augusti 2000 - 20 augusti 2002 hos modern
21 augusti 2002 - 20 augusti 2003 hos fadern
21 augusti 2003 - 20 augusti 2005 hos modern

Överenskommelsen innehöll också reglering av omfattande umgängesrätt för den förälder som inte har barnet hos sig.

I början av 1995 väcker modern talan vid svensk domstol och yrkar att hon ensam skall tillerkännas vårdnaden om barnet. I juli 1995 inkommer fadern till länsrätten med en ansökan om överflyttning av barnet enligt 1989 års lag. I maj 1996 finner Regeringsrätten att barnet den 20 augusti 1995, då det påstådda olovliga kvarhållandet i Sverige skulle ha påbörjats, hade hemvist i Sverige. Barnets kvarhållande här var således inte olovligt i den mening som avses i 11 § andra stycket 1989 års lag och faderns ansökan om överflyttning avslås. Fallet fortsätter därefter som en tvist om vårdnad om barnet, parallellt vid både svenska och amerikanska domstolar.

Det finns två omständigheter som gör detta fall speciellt och som också komplicerade dess bedömning. *Den ena* är den detaljrika överenskommelsen mellan föräldrarna om barnets växelvisa boende hos dem enligt ett rullande schema. *Den andra* är att föräldrarna i samband med att domstolen fastställde vårdnadsavtalet också kom överens om att exklusiv behörighet beträffande alla frågor rörande barnets vård och vårdnad skulle tillkomma den ifrågavarande domstolen i USA och uttryckligen uteslöt

svenska domstolars behörighet.[30] I överenskommelsen förklarade parterna sig vidare vara bundna av och respektera regleringen i 1980 års Haagkonvention.

Även i detta fall blev frågan om barnets hemvist avgörande för domstolarnas prövning av faderns ansökan om överflyttning. Härvidlag gjorde de två lägre instanserna en annan bedömning än RegR.

Av betydelse enligt Regeringsrätten var att barnet hade vistats hos sin mor, som har hemvist i Sverige, i drygt två år när frågan om överflyttning blev aktuell och hade anpassat sig till förhållandena på bostadsorten. Barnet skulle vidare enligt den i målet åberopade överenskommelsen fram till sin 18-årsdag vistas totalt åtta år i Sverige mot fyra år i USA. Enligt rätten följde det av dessa omständigheter att barnet den 20 augusti 1995 hade hemvist i Sverige utan att den av domstolen i Virginia stadfästa överenskommelsen gav anledning till en annan bedömning. Liksom i målet *RÅ 1995 ref. 99* fäste Regeringsrätten vid tolkningen av hemvistbegreppet i 1989 års lag särskild vikt vid att fråga är om traktatstyrd lagstiftning.

3.3 Kommentar

Regeringsrättens betoning av lagens konventionsbakgrund vid tolkningen av hemvistbegreppet i 11 § 1989 års lag väcker naturligtvis frågan vad begreppet har för innehåll enligt 1980 års Haagkonvention. Nedan kommenteras domstolens tolkning av begreppet. Med hänsyn till att frågan också diskuterades vid ett specialkommissionsmöte i Haag i mars 1997 angående konventionens praktiska tillämpning, synes det även angeläget att här redogöra för den diskussionen.[31]

I 1980 års Haagkonvention, liksom i ett antal andra Haagkonventioner, motsvaras begreppet hemvist av ”habitual residence”. Haagkonferensen har lyckats förhindra alla

[30] I det amerikanska domstolsbeslutet uttrycks detta, citerat enligt RegR dom, på följande sätt: ”It is adjudged, ordered and decreed that this Court hereby expressly finds that it has continuing and exclusive jurisdiction to decide all matters relating to the care and custody of the minor child, ... ; and the Petitioner’s residence in the Commonwealth of Virginia, United States of America, and not Sweden, shall constitute the place of residence for the purpose of all adjudications of custody and visitation of the said minor child; and, that the Courts of Sweden as well as all other courts anyplace in the world, shall not acquire jurisdiction over the custody of the said child by reason of the Respondent’s residence in the Country of Sweden, or either parties’ residence anywhere else.” – Fadern gjorde senare gällande att denna överenskommelse även innebär att parterna kommit överens om att barnets hemvist (”habitual residence”) är i Virginia, USA.

[31] Sådana här möten (”follow up-meetings”), där representanter från konventionsstaternas centralmyndigheter och andra experter deltar, anordnas av Haagkonferensen för internationell privaträtt i syfte att undanröja svårigheter vid konventionens tillämpning och att bidra till en enhetlig tolkning av konventionen i de fördragsslutande staterna. Författaren till denna uppsats ingick i den svenska delegationen vid mötet.

försök att konventionsvägen definiera begreppet.[32] Enligt den härskande meningen rör det sig dock om ett begrepp som tar sikte på de *rådande faktiska förhållandena*.[33]

Också Regeringsrätten påpekar att Haagkonventionens habitual residence-begrepp tar sikte på rent faktiska förhållanden.[34] I första hand är det enligt domstolen fråga om ”en helhetsbedömning av sådana objektivt konstaterbara förhållanden som en vistelses längd, föreliggande sociala bindningar och andra förhållanden av personlig eller yrkesmässig karaktär som kan peka på en mera stadigvarande anknytning till det ena eller det andra landet. När det gäller ett litet barn får vårdnadshavarens hemvist och de familjemässiga och sociala förhållandena i övrigt avgörande betydelse.”[35]

En vanlig uppfattning är att när ett barn står under föräldrarnas gemensamma vårdnad kan en ändring av barnets vistelseort mot den andra vårdnadshavarens vilja inte medföra att barnets ursprungliga hemvist upphör och att barnet får ett nytt hemvist.[36] En sådan uppfattning kommer till uttryck i flera utländska avgöranden.[37] Den synes åtnjuta visst stöd även i den svenska rättstillämpningen men principens räckvidd har hos oss ansetts vara oklar.[38]

[32] Sådana försök gjordes senast vid utarbetande av 1996 års konvention till skydd för barn. Särskilt USA fann det angeläget att staterna skulle komma överens om åtminstone en negativ definition, dvs. i konventionen ange vissa situationer som inte kan medföra ett byte av barnets hemvist. Några sådana tillägg godtogs dock inte i själva konventionstexten, bl.a. därför att det inte ansågs lämpligt att definiera habitual residence-begreppet bara för tillämpningen av en enda konvention.

[33] ”’Habitual residence’ is a well-established concept in the Hague Conference, which regards it as a question of pure fact, differing in that respect from ‘domicile’. Therefore, the Convention does not contain a definition of habitual residence, but rather leaves it to the court’s discretion to determine on the facts of the particular case before it. It is generally taken to refer to the centre of the child’s life. ... Since the factual situations are of infinite variability, it is difficult to make valid generalisations.” Checklist of issues to be considered at the third meeting of the Special Commission to review the operation of the Hague Convention on the civil aspects of international child abduction. Drawn up by Adair Dyer and Sharon Detrick. Hague Conference on private international law. Prel. Doc. No 1, January 1997, s. 16. – Mot denna bakgrund kan det sättas i fråga huruvida uttrycket ”hemvist” är en lämplig översättning av Haagkonventionernas ”habitual residence”-begrepp.

[34] Se RÅ 1995 ref. 99.

[35] *RÅ 1996* ref. 52. Det citerade uttalandet återger i allt väsentligt domstolens resonemang kring Haagkonventionens hemvistbegrepp i *RÅ 1995 ref. 99*.

[36] För litteraturhänvisningar, se Bogdan, M.: ”Internationella barnarov ur svensk rätts synvinkel”, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1982, s. 118 not 38.

[37] Se t.ex. Nygh, P.: ”The new Hague Convention on child protection”, Australian Journal of Family Law 1997, s. 6 angående australiensisk praxis och Clive, E.: ”The concept of habitual residence”, The Juridical Review 1997, s. 145 angående brittisk rättspraxis. Clive, a.st., ifrågasätter starkt poängen med ett sådant ställningstagande: ”This type of statement seems inherently suspect. It has all the marks of the kind of technical legal rule which should not be imported into the law on habitual residence. Any such technical rule would have to be carefully qualified if it were not to lead to absurd results.”

[38] I *NJA 1995 s. 241* uttalade HD att ett nytt hemvist, generellt sett, inte kan etableras för ett barn under föräldrarnas gemensamma vårdnad om en ändring av förhållandena sker i strid med den ena vårdnadshavarens vilja. I det aktuella fallet hade föräldrarna som hade varit sammanboende i Sverige gemensam vårdnad om ett barn. När föräldrarna separerade förde modern barnet till Norge utan faderns samtycke och etablerade hemvist där. Modern och barnet var norska medborgare. HD avvisade faderns vårdnadstalan bl.a. under motivering att barnets anknytning till Norge var så stark och hans ursprungliga hemvist i Sverige hade så minskat i betydelse att det inte borde ankomma på svensk domstol att pröva talan. Vid tiden för HD:s avgörande hade barnet vistats i Norge i närmare två år och hade anpassat sig väl till de nya förhållandena.

Omständigheterna i *RÅ 1995 ref. 99* var sådana att Regeringsrättens ställningstaganden blir av särskilt intresse i sammanhanget. RegR påpekar att det inte kan anses vara förenligt med Haagkonventionens syfte att låta ett egenmäktigt bortförande utan vidare medföra en ändring av barnets hemvist. Ett olovligt bortförande bör dock inte heller under alla omständigheter bli ett permanent hinder mot etablerande av ett nytt hemvist. Om sålunda barnet har vistats i det nya landet under sådan längre tid och under sådana förhållanden att barnet där fått en anknytning av just det slag som de aktuella reglerna åsyftar, bör det inte finnas något hinder för att anse att ett nytt hemvist har förvärvats. I sammanhanget bör enligt RegR särskilt uppmärksammas att bestämmelserna i 12 § 1989 års lag – liksom i art. 12 i konventionen – innebär att en överflyttning av ett olovligen bortfört barn kan vägras om, när en ansökan om överflyttning görs, minst ett år har förflutit från bortförandet och barnet har funnit sig till rätta i sin nya miljö.

Regeringsrättens uttalande får principiellt sett anses vara väl förenligt med synsättet att Haagkonventionens habitual residence-begrepp är ett faktiskt begrepp. Motsvarande ställningstaganden förekommer även i utländsk praxis vid konventionens tillämpning. Man kan till och med påstå att tanken att ett olovligt bortförande under vissa omständigheter skapar hemvist i tillflyktsstaten börjar vara allmänt accepterad.[39] Denna möjlighet har också godtagits i art. 7 i 1996 års Haagkonvention (se nedan avsnitt 4.2).

I det aktuella fallet hade barnet från första början utsatts för en sådan ambulerande tillvaro att det inte var givet var det hade sitt hemvist, även om utgångspunkten är att det rör sig om ett faktiskt begrepp. Intressant nog tillmäter RegR faderns underlåtelse att ansöka om överflyttning sedan barnet olovligen hade bortförts hit i januari 1992 stor betydelse vid sin bedömning. Domstolen synes anse att bara en ansökan enligt Haagkonventionen inom ett år från det olovliga bortförandet kan utgöra hinder för att ett barn kan få sådan anknytning hit att det förvärvar hemvist här. Uteblir en sådan ansökan och barnet har vistats här i mer än ett år och har anpassat sig till förhållandena i sin nya miljö, synes det också förvärva hemvist här i den mening som avses i Haagkonventionen.[40]

Regeringsrättens hemvistbedömning i *RÅ 1996 ref. 52* kan knappast anses ge upphov till några invändningar. Barnet hade ju vid den relevanta tidpunkten vistats i Sverige i mer än två år helt i överensstämmelse med föräldrarnas avtal. Att barnet enligt avtalet

[39] Clive, (ovan not 38), s. 145-146 skriver: ”The truth of the matter, it seems to me, is that where both parents have the right to fix the child’s place of residence and where they are not in agreement on that question, there is a lack of the type of settled intention which enables habitual residence to be changed quickly. Accordingly it will take a considerable period of time for a child to acquire a new habitual residence after a wrongful removal. Eventually, however, brute facts will prevail. This way of looking at the matter avoids the creation of an unjustified technical rule, and allows more realistic results to be reached in a wide range of cases.” Som exempel hänvisar Clive bl.a. till det nu aktuella avgörandet av Regeringsrätten.

[40] Kritiskt Pålsson, ”Svensk rättspraxis, Internationell privat- och processrätt 1991-1995”, Svensk Juristtidning 1996, s. 606: ”Mot avgörandet kan invändas att RegR tycks ha ställt alltför lindriga krav för att ett barn som olovligen har förts till Sverige skall anses ha förvärvat hemvist här. Den mera restriktiva hållning i denna fråga som intogs av kammarrätten synes vara att föredra.” Clive, (ovan not 38), s. 141 påpekar att han inte har stött på ett enda fall där en person inte har ansetts ha sitt ”habitual residence” i den stat där han eller hon har levt för ett år eller längre. Denna bedömning delas av den Permanenta Byrån vid Haagkonferensen, se Dyer & Detrick, (ovan not 34), s. 16.

därefter skulle bo hos den andre föräldern i ett annat land bör inte ”diskvalificera” Sverige som det faktiska hemvistlandet i den bemärkelse som avses i Haagkonventionen.[41]

I det aktuella fallet hade föräldrarna ingått en detaljerad överenskommelse om barnets växelvisa boende hos dem. Av diskussionerna vid Haagmötet i mars 1997 framgick att sådana här avtal (”shuttle agreements”, ”custody agreements on an alternating basis”) är vanliga i USA och används även när föräldrarna bor i skilda stater. Lämpligheten av sådana överenskommelser i internationella förhållanden ifrågasattes starkt under mötet. Det stora flertalet delegationer fann det särskilt betänkligt att parterna i dessa instrument även brukar avtala om var barnet skall anses ha sitt ”habitual residence” och ansåg att en sådan överenskommelse inte kan tillmätas betydelse vid konventionens tillämpning.[42]

Avslutningsvis kan påpekas att ett avtal mellan parterna om behörig domstol i frågor rörande vårdnad inte kan binda svensk domstol. En sådan här fråga faller helt enkelt utanför parternas dispositionsfrihet. Detsamma gäller Haagkonventionens tillämplighet. Parterna kan med andra ord inte avtala om att Haagkonventionen skall vara tillämplig på ett visst fall, om ett sådant fall inte omfattas av konventionen. De kan naturligtvis inte heller avtalsvägen utesluta Haagkonventionens tillämpning med tanke på eventuella olovliga bortföranden.

4 1996 års Haagkonvention

4.1 Syftet och förhållandet till 1980 års konvention

Såsom redan konventionens namn antyder – konventionen om behörighet, tillämplig lag, erkännande, verkställighet samt samarbete i fråga om föräldraansvar och åtgärder till skydd för barn – har 1996 års Haagkonvention ett betydligt vidare tillämpningsområde än 1980 års konvention. Konventionen reglerar alla de viktigaste internationellt privaträttsliga spörsmålen och får i detta hänseende ses som en fortsättning på och ett komplement till 1980 års Haagkonvention.[43] Den omfattar vidare både privat- och offentligrättsliga åtgärder till skydd för barnets person och egendom.

[41] Clive, (ovan not 38), s. 140-141, hänvisar till flera avgöranden från andra konventionsstater där i likhet med den nu aktuella domen vistelsens längd och barnets anpassning till det nya landet ansetts väga tyngre vid bedömningen av hemvistförvärv än parternas intentioner härvidlag.

[42] ”A majority of the experts agreed that the concept of habitual residence under the Convention is a factual concept. Because the Convention provides for a very specific remedy applicable in cases of emergency and is not meant to solve parental disputes on the merits of custody rights, it is considered that the parties should not have the power to create a habitual residence that would not match with the actual residence of the child.” Minutes No 3, Special Commission (17-21 March 1997), Operation of the Convention on international child abduction. – Också i det nu aktuella fallet hävdade fadern att parterna hade kommit överens om att barnets hemvist är i Virginia, USA, se ovan not 31. Det kan påpekas att USA var det enda land som vid Haagmötet aktivt pläderade för att parterna på ett bindande sätt skall kunna avtala om var barnet har sitt hemvist. Den biträdande generalsekreteraren vid Haagkonferensen, Adair Dyer, vädjade för att parterna (och domstolarna) skulle avstå från att dra in ”shuttle agreements” inom konventionens tillämpningsområde.

[43] Konventionsarbetet initierades dock ursprungligen i syfte att revidera en Haagkonvention från 1961, nämligen konventionen om myndigheters behörighet och lagval vid skydd av minderåriga. Slutresultatet får dock anses vida gå utöver de ursprungliga målsättningarna och har lett till en helt självständig konvention. Vid konventionens utarbetande försökte man dock noga undvika de misstag som begåtts vid utformningen av 1961 års konvention. Den äldre konventionen har inte tillträtts av Sverige eller något annat nordiskt land.

Den nya Haagkonventionen innehåller även uttryckliga regler rörande olovligt bortförande av barn vilket väcker frågan hur konventionen förhåller sig till 1980 års konvention. Ett svar finner man i konventionens art. 50. Är de båda berörda staterna parter till de bägge konventionerna skall vid en eventuell konflikt mellan konventionerna 1980 års konvention ges företräde. Detta innebär bl.a. att man först skall säkerställa barnets snabba återlämnande till hemviststaten innan det kan bli aktuellt att ta ställning till andra åtgärder till skydd för barnet.[44] Om emellertid i ett enskilt fall det vore mer förmånligt att ansöka om överflyttning enligt den nya konventionen, får i stället den konventionen tillämpas.[45] 1996 års konvention kan också visa sig vara användbar vid utövande av umgängesrätten över gränserna, i vilket hänseende 1980 års konvention har kommit till korta.[46]

4.2 Olovligt bortförande av barn

Hur ett olovligt bortförande eller kvarhållande påverkar myndigheters behörighet regleras i konventionens art. 7, som återges här i en mycket preliminär översättning:

> *Artikel 7*
>
> *1* Vid ett olovligt bortförande eller kvarhållande av barnet behåller myndigheterna i den fördragsslutande stat där barnet hade sitt hemvist omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet sin behörighet tills barnet förvärvar hemvist i en annan stat, och
>
> *a* varje person, institution eller annat organ med rätt till vårdnaden har samtyckt till bortförandet eller kvarhållandet, eller
>
> *b* barnet har vistats i den andra staten under minst ett år efter det att den person, institution eller annat organ med rätt till vårdnaden har eller borde ha känt till var barnet befinner sig, någon ansökan om överflyttning som har gjorts inom denna period inte längre är anhängig och barnet har anpassat sig till sin nya omgivning.
>
> *2* Ett bortförande eller ett kvarhållande av ett barn är att anse som olovligt om
>
> *a* det strider mot en rätt till vårdnad som har anförtrotts en person, en institution eller något annat organ, antingen gemensamt eller för sig, enligt lagen i den stat där barnet hade sitt hemvist omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet, och

[44] Se Convention of 19 October 1996 on jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and co-operation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children, Explanatory report by Paul Lagarde, s. 133 (provisional edition).

[45] ”This Convention shall not affect the application of the Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, as between Parties to both Conventions. Nothing, however, precludes provisions of this Convention from being invoked for the purposes of obtaining the return of a child who has been wrongfully removed or retained or of organising access rights.” (Article 50).

[46] Se ovan not 20. Av betydelse härvidlag är särskilt konventionens regler om erkännande och verkställighet, art. 23-28, samt art. 35.

b denna rätt verkligen utövades, antingen gemensamt eller för sig, vid den tidpunkt då barnet fördes bort eller hölls kvar eller skulle ha utövats om inte bortförandet eller kvarhållandet hade ägt rum.

Rätten till vårdnad enligt *a* kan i första hand uppkomma på grund av lag eller genom ett judiciellt eller administrativt avgörande men även genom en överenskommelse som har rättslig verkan enligt lagen i den ifrågavarande staten.

3 Så länge som de myndigheter som avses i det första stycket har kvar sin behörighet kan myndigheterna i den fördragsslutande stat till vilken barnet har bortförts eller där det hålls kvar vidta bara sådana brådskande åtgärder enligt artikel 11 som är nödvändiga till skydd för barnets person eller egendom.

Det andra stycket återger ordagrant innehållet i art. 3 i 1980 års konvention (se ovan, avsnitt 3.1). De övriga styckena saknar däremot direkt motsvarighet i den konventionen.

Utgångspunkten är att en person genom att olovligt bortföra (kvarhålla) ett barn inte skall kunna skaffa sig processuella fördelar, i detta fall skapa behörighet för myndigheter i ett annat land än där barnet har sin invanda miljö. Enligt art. 5 i konventionen skall behörigheten i alla åtgärder rörande barn tillkomma myndigheterna i barnets hemviststat.[47] Å andra sidan kan man inte heller bortse från att ett barn efter en längre vistelse i tillflyktsstaten kan få sådan anknytning dit att barnet förvärvar hemvist där och att den statens myndigheter bör kunna vidta åtgärder till skydd för barnet.[48] Bestämmelsen i art. 7 första stycket anger under vilka villkor som *behörigheten går över* till myndigheterna i det nya hemvistlandet. Tills dessa är uppfyllda har myndigheterna där endast befogenhet att vidta vissa brådskande åtgärder till skydd för barnet. – Det bör noteras att bestämmelsen inte fastställer någon minimiperiod som vistelsen i det nya landet måste vara för att ett hemvistbyte skall kunna äga rum, utan den frågan lämnas öppen.

Som författaren till denna uppsats minns diskussionerna vid artikelns utarbetande[49] uttrycktes det oro för att man i praktiken, på alltför lösa grunder, vägrar överflyttning enligt 1980 års konvention och särskilt dess art. 13.1 punkten *b* (se ovan, avsnitt 3.1). Efter ett sådant beslut, som kan fattas bara någon vecka efter det olovliga bortförandet (kvarhållandet), kan myndigheterna i tillflyktsstaten i enlighet med där gällande regler vara behöriga att i sak besluta om rätten till vårdnaden.[50] En så snabb övergång av behörigheten ansågs obefogad. Enligt den nya konventionen behåller myndigheterna i den stat där barnet hade sitt hemvist omedelbart före det olovliga bortförandet (kvarhållandet) sin behörighet även i en sådan här situation tills barnet har förvärvat hemvist i den nya staten *och* har vistats där i minst ett år.

[47] Se dock även art. 8-9 och art. 10. Art. 8-9 möjliggör en överföring av behörigheten från hemviststaten till en annan där angiven stat. En sådan överföring förutsätter alltid att hemviststatens myndigheter samtycker till den. Art. 10 reglerar under vilka förutsättningar som bl.a. en vårdnadsfråga får tas upp i den stat där ett äktenskapsmål är anhängigt mellan barnets föräldrar, när barnet har hemvist i ett annat land.

[48] "... the wrongful removal, if it persists, is a fact that cannot be ignored to such a point as to deprive the authorities of the new State, which has become that of the new habitual residence of the child, of this jurisdiction over protection." Se Lagarde, (ovan not 45), s. 61.

[49] Bestämmelsen kom till först vid Haagkonferensens 18:e session i oktober 1996 då konventionen antogs. Författaren representerade Sverige vid detta möte.

[50] Se art. 16 i 1980 års konvention och 22 § i 1989 års lag.

När man bedömer effekten av art. 7 i en sådan här situation bör man komma ihåg att 1996 års konvention även reglerar erkännande och verkställighet av avgöranden som har meddelats i de övriga konventionsstaterna, se art. 23-28. Antag att man i tillflyktsstaten i enlighet med art. 13.1 punkten *b* 1980 års konvention finner att det finns en allvarlig risk för att barnets återlämnande skulle utsätta det för fysisk eller psykisk skada eller på annat sätt försätta det i en situation som inte är godtagbar. Det rör sig om ett litet barn som har bortförts av sin mor. Därefter beslutar domstolen i barnets hemviststat att fadern ensam skall tillerkännas vårdnaden om barnet. Bestämmelserna i 1996 års konvention skapar även i en sådan här situation skyldighet för tillflyktsstaten att erkänna och verkställa hemviststatens avgörande.[51]

4.3 Tillämpningsexperiment

En (ofrånkomlig) brist hos 1996 års konvention, liksom hos 1980 års konvention, är att det rör sig om ett slutet instrument som bara gäller mellan de fördragsslutande staterna. Av denna anledning utgår tillämpningsexperimenten nedan från att både Sverige och den andra berörda staten är parter till 1996 års konvention.

Målet NJA 1997 s. 196

I detta fall (ovan avsnitt 2.3) var det klart att barnen hade olovligen bortförts från sin hemviststat Singapore till Sverige. Av art. 7 följer att myndigheterna i Singapore har exklusiv behörighet att ta upp frågor rörande vårdnaden om barnen.[52] Ett avgörande som meddelas i Singapore kommer sedan att gälla i Sverige (art. 23) och skall på ansökan verkställas här som ett motsvarande svenskt avgörande (art. 28).

Art. 10 i 1996 års konvention innehåller en fakultativ regel om behörighet för myndigheterna i den fördragsslutande stat där ett äktenskapsmål är anhängigt att även ta upp frågor om vårdnad, när barnet inte har hemvist i den staten. Artikeln innebär klart snävare behörighet än vad som i rättstillämpningen har ansetts följa av 3 kap. 6 § i 1904 års lag. Bl.a. förutsätts att de båda föräldrarna har samtyckt till att vårdnadsfrågan prövas i den aktuella staten.

Målet RÅ 1995 ref. 99

Barnet hade i detta fall (ovan avsnitt 3.2) upprepade gånger förts från den ena staten till den andra med följden att det inte var givet var barnet hade sitt hemvist i Haagkonventionens mening. Möjligen skulle man kunna påstå att en sådan här situation omfattas av konventionens art. 6.2, som handlar om behörighet när man inte kan

[51] Enligt Nygh, (ovan not 38), s. 7 torde tillflyktsstaten i en sådan här situation kunna vägra erkännande under åberopande av ordre public enligt konventionens art. 23.2 punkten *d*, dvs. under åberopande av att ett erkännande skulle strida mot grunderna i rättsordningen i den anmodade staten med hänsyn tagen till barnets bästa.

[52] Den svenska behörigheten inskränker sig enligt art. 7.3 till vissa brådskande åtgärder ("urgent measures") som myndigheter får vidta. Bestämmelsen skall tolkas restriktivt. Som exempel har angivits sådana åtgärder som måste vidtas när barnet plötsligt skall undergå en brådskande kirurgisk operation. Se Lagarde, (ovan not 45), s. 77.

fastställa ett barns hemvist. I ett sådant fall tillkommer behörigheten myndigheterna i den stat på vars territorium barnet vistas.

RegR ansåg emellertid att barnets hemvist var i Sverige medan en amerikansk (USA) domstol kom fram till att barnets hemvist var i USA.[53] Ur svensk synvinkel är följaktligen svensk domstol behörig att ta upp frågor rörande vårdnaden om barnet (art. 5) och ett amerikanskt vårdnadsavgörande kan vägras erkännande (se art. 23.2.*a*). En amerikansk domstol kommer förmodligen att resonera på ett likadant sätt till förmån för egen domsrätt. Art. 7 kan i slutändan komma att utgöra en utväg ur dilemmat. Fastän fråga enligt amerikansk uppfattning skulle vara om olovligt bortförande och att barnet anses ha haft hemvist i USA, blir man enligt art. 7 tvungen att godta att ett hemvistbyte har ägt rum och att även behörigheten har gått över till den nya hemviststaten. Förutsättningen är att barnet dels har förvärvat hemvist i Sverige, dels har vistats här åtminstone ett år sedan den andra vårdnadshavaren fick kännedom om var barnet befinner sig. Därutöver krävs att barnet har anpassat sig till sin nya omgivning. Avgöranden meddelade i Sverige efter det att villkoren för svensk behörighet enligt art. 7 är uppfyllda, bör konventionsenligt erkännas i USA och vara verkställbara där.

Målet RÅ 1996 ref. 52

Föräldrarnas av amerikansk domstol fastställda överenskommelse (ovan avsnitt 3.2) får anses omfattas av konventionen. Med tanke på avtalets innehåll kan det dock inte uteslutas att konventionens *ordre public*-bestämmelse kan komma att utgöra ett hinder för erkännande. Det måste i så fall vara uppenbart att avtalet strider mot barnets bästa. Emedan konventionens hemvistbegrepp är att faktiskt begrepp kan vidare föräldrarnas avtal om barnets hemvist inte binda myndigheterna vid konventionens tillämpning. Efter att den överenskomna vistelsen varat så här länge i Sverige får barnet också anses ha förvärvat hemvist här i landet. Svensk domstol är således behörig att ta upp frågor rörande vårdnaden om barnet.

Ett problem i detta fall är att de berörda staterna inte är eniga om var barnet har sitt hemvist. Liksom i *RÅ 1995 ref. 99* torde konventionens art. 7 så småningom kunna utgöra en utväg ur dilemmat.

5 Avslutning

I redogörelsen ovan har det endast varit möjligt att fästa uppmärksamhet vid vissa internationella situationer där barnens intressen får anses ha kommit i kläm. Fråga har varit om fall där barnen påstås ha olovligen blivit bortförda till eller kvarhållna i Sverige. I samtliga fall har svensk domstol kommit fram till att barnen inte skall överflyttas till den andra staten. En tvist om vårdnaden har därefter anhängiggjorts eller fortsatt mellan föräldrarna, parallellt vid två länders domstolar. Så småningom kommer dessa rättegångar förmodligen att leda till motstridiga avgöranden.

Av utrymmesskäl har också beskrivningen av de två Haagkonventionerna på området varit selektiv och inriktats på de viktigaste reglerna angående de aktuella situationerna.

[53] Enligt Lagarde, (ovan not 45), s. 61 upphör behörigheten enligt 6.2 så fort som det har fastställts att barnet har hemvist i någon stat.

Även en sådan här knapphändig beskrivning får emellertid anses visa att det gällande rättsläget inte är tillfredsställande. Mycket mer behöver göras för att hindra att föräldrarnas oförmåga att gemensamt se till barnets bästa inte skall kunna få förödande konsekvenser för barn i internationellt splittrade familjer.

Den nya Haagkonventionen har kommit till i syfte att stärka barns rättsskydd i internationella situationer. Konventionen reglerar situationer där svensk och mången utländsk rätt saknar en modern, internationellt fungerande reglering. Detta liksom de åtaganden som Sverige och andra stater gjort vid anslutningen till Förenta Nationernas konvention om barnets rättigheter talar för att staterna tar tillfället i akt och tillträder den nya konventionen. Erfarenheterna visar att ett effektivt skydd i gränsöverskridande situationer är möjligt endast genom samarbete mellan de berörda staternas myndigheter.

Surrogatmoderskap och genus särskilt ur tilltänkt mors perspektiv

Professor dr. jur. Maarit Jänterä-Jareborg, Uppsala universitet, Juridiska Institutionen

1 Inledningsvis

Det är få frågor där kön fortsätter att spela en lika väsentlig roll som när det gäller rättssystemets respons på surrogatarrangemang. Medan män i nuläget kan betraktas som särskilt privilegierade, gäller det motsatta för kvinnor. Kvinnans utsatthet, eller hennes risk att förlora på intima relationer, har ofta stått i förgrunden i Tone Sverdrups forskning. Genom mitt ämnesval vill jag bekräfta Tones viktiga budskap, utifrån en annan problematik.

När ett heterosexuellt par får barn genom surrogatarrangemang i utlandet är det betydligt svårare för den tilltänkta modern än för den tilltänkta fadern att bli erkänd («acknowledged») som rättslig förälder till barnet i t.ex. Sverige. Hennes möjlighet till rättsligt föräldraskap härleds till och med genom mannen! En motsvarande, om än annorlunda konstruerad ojämlikhet gäller för en ensamstående kvinna som tilltänkt förälder, jämförd med en ensamstående man med genetisk koppling till barnet. Om ett kvinnligt par genomför ett surrogatarrangemang i utlandet riskerar barnet, i nuläget, att helt stå utan rättslig företrädare i Sverige. Om ett manligt par genomför ett motsvarande arrangemang, får barnet åtminstone en förälder, genom den genetiska fadern. Mannens genetik är makt, medan kvinnans har saknat betydelse. Uppsatsen vill fästa uppmärksamhet på denna rådande, i sammanhanget sakligt svårmotiverade olikbehandling.

Ett rådgivande yttrande av Europadomstolens stora kammare från 2019, som föranleddes av ett surrogatarrangemang, kan förväntas bidra till ökad jämlikhet, inom hela Europa.

2 Surrogatarrangemang som global företeelse

2.1 Kommersiellt eller altruistiskt

Med surrogatarrangemang avses avtal varvid en kvinna åtar sig att genomgå graviditet och föda barn för någon annans räkning. Det rättsliga och faktiska föräldraskapet avses tillkomma den tilltänkta eller de tilltänkta föräldrarna, medan den födande kvinnan avstår från föräldraskap och alla rättigheter i förhållande till barnet. Surrogatarrangemang förekommer i hela världen, nationellt (internt) och gränsöverskridande. Ett internt surrogatarrangemang

genomförs i de tilltänkta föräldrarnas eget land och brukar förutsätta att det är tillåtet enligt där gällande lag. Gränsöverskridande surrogatarrangemang är en global företeelse där barnlängtande personer vänder sig till «marknader» i andra länder för att där genomföra ett surrogatarrangemang. Skälet är vanligen att ett surrogatarrangemang inte är tillåtet i det egna landet eller att där gällande villkor inte är uppfyllda.[1]

Surrogatarrangemangen är antingen altruistiska, dvs. de äger rum utan ekonomiska motiv, eller kommersiella. De landgränsöverskridande surrogatarrangemangen är i regel kommersiella. Stora penningbelopp är involverade; ett surrogatarrangemang i USA anges kosta upp till två miljoner svenska kronor.[2] I vårt geografiska närområde är kommersiella surrogatarrangemang tillåtna i Ryssland, Georgien och Ukraina.[3] De är också tillåtna i flera delstater i USA.[4]

2.2 Etiska betänkligheter

Det stora flertalet europeiska länder, inklusive Sverige och Norge, har valt att inte tillåta vare sig altruistiska eller kommersiella surrogatarrangemang. Ställningstagandet grundar sig på de etiska betänkligheter som arrangemanget ger upphov till.[5] Den allvarligaste kritiken ser likheter med människohandel och en «varufiering» av såväl den födande kvinnan som det barn som avtalet vill uppnå och som sedermera föds. Inte ens altruistiska arrangemang går fria från kritiken, eftersom en risk finns för att kvinnor utsätts för påtryckningar att genomgå graviditet för närståendes räkning. Detta var det kanske avgörande skälet till varför Sverige så sent som 2018 valde att inte tillåta altruistiska surrogatarrangemang inom svensk hälso- och sjukvård.[6]

Det kan också vara billigare, enklare eller bekvämare att genomföra arrangemanget i ett annat land. Det kan hända att de barnlängtande personerna inte vill stå i tacksamhetsskuld till en närstående kvinna som enligt det egna landets lag kan kvalificera sig som surrogatmor.

Så enligt betänkandet *Olika vägar till föräldraskap, Slutbetänkande av Utredningen om utökade möjligheter till behandling av ofrivillig barnlöshet, SOU 2016: 11*, s. 466.

Dessa tre stater är vanliga ursprungsländer, för barn födda genom surrogatarrangemang, i förhållande till Sverige.

–Enligt Europadomstolens kartläggning är surrogatarrangemang tillåtna i nio (9) av 44 europeiska stater som är parter till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna och tolererade i ytterligare tio (10) av dessa stater. De är uttryckligen eller implicit förbjudna i de övriga konventionsstaterna. Se *European Court of Human Rights, Grand Chamber, Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, Requested by the French Court of Cassation, Request no. P16-2018-001, Strasbourg 10 April 2019.*

Se *SOU 2016: 11*, s. 217-224. I de uppmärksammade, av Europadomstolen bedömda målen *Mennesson mot Frankrike* och *Labassee mot Frankrike* (mål nr 65192/11 respektive 65941/11, dom i båda målen den 26 juni 2014), hade surrogatarrangemangen lagenligt genomförts i USA. Så var fallet också i de två i denna uppsats beskrivna målen, avgjorda av Sveriges högsta domstol år 2019.

I Norge tog så lundalandets bioteknologiråd enhälligt avstånd från kommersiella surrogatmoderskap i ett uttalande från 2015 «Bör surrogati vaere tillatt i Norge?» den 20 maj 2015, enligt SOU 2016: 11, s. 203.

6 Resonemanget finns i betänkandet *Olika vägar till föräldraskap, SOU 2016: 11*, se t.ex. s. 422-425. Regeringen tar överhuvudtaget inte upp detta alternativ i sin proposition 2017/18:155 *Modernare regler om assisterad befruktning.*

2.3 Globaliseringens utmaningar

Att något inte är tillåtet i det egna landet har inte hindrat hundratals svenskar och andra européer från att skaffa barn genom surrogatarrangemang i utlandet.[7] Rättssystemet ställs i dessa fall inför en avvägning mellan hur kringgåendet av lagen i den egna staten ska sättas i relation till en redan existerande situation och de berörda personernas anspråk på rättsligt erkännande av ett föräldrabarnförhållande.

3 Kvinnans utsatthet vid surrogatarrangemang

3.1 Den födande kvinnan

Surrogatmoderns utsatta position har från början stått i fokus. Uppmärksamhet har riktats på de stora skillnaderna i maktposition mellan en kvinna som av ekonomiska skäl ställer upp med sin kropp och de tilltänkta föräldrarna som har råd att betala, välja och ställa villkor.[8] Tankarna går lätt till en exploatering av fattiga länder och ett utnyttjande av fattiga människor.[9] Surrogatmoderns utsatthet har uppmärksammats också i ett annat sammanhang. En genomgången graviditet kan skapa ett så starkt emotionellt band till barnet att hon vill behålla barnet. Det har också hänt att den tilltänkta föräldern inte längre är intresserad av barnet när barnet väl har fötts. Surrogatmodern kan då stå ensam med ett barn som hon inte avsett behålla. Bittra tvister efter surrogatarrangemang har slitits inte minst vid domstolar i USA om starkare rätt till barnet eller om ett föräldraansvar som ingen av avtalets parter längre är intresserad av.[10]

3.2 Den tilltänka modern

Såväl ensamstående kvinnor, kvinnliga par som kvinnor i heterosexuella äktenskap eller samborelationer har stött på betydande svårigheter när de försökt etablera ett rättsligt föräldrabarnförhållande efter ett surrogatarrangemang i utlandet. Kvinnans rättigheter – eller snarast brist på dem – står då i tydlig kontrast till mannens, också när intentionen initialt var att gemensamt bli föräldrar. «Styvbarnsadoptionen» eller «närståendeadoptionen» (av mannens barn!) är en i Sverige tillgänglig men inte problemfri lösning. Dels måste paret vara fortsatt gift eller sambor vid tiden för adoptionen, dels måste mannen samtycka (om han är vårdnadshavare). Vederlagsförbudet avseende adoption kan skapa ytterligare problem, men bara för den tilltänkta moderns del.

Företeelsen är dock helt global och involverar barnsökande parter från alla världsdelar.

En distinktion görs mellan partiella och fullständiga surrogatarrangemang. I det förra fallet är ägget surrogatmoderns eget, medan i det andra fallet har en annan kvinnas ägg använts.

För en beskrivning av denna problematik, se Sharon Bassan, «Can Human Rights Protect Surrogate Women in the Cross-Border Market?» I: Maarit Jänterä-Jareborg & Hélène Tigroudja (red.), *Women's Human Rights and the Elimination of Discrimination*, The Hague Academy of International Law, Brill/Nijhoff 2016, s. 601-640.

10 Se Michael J. Sandel, *Justice, What's the Right Thing to Do?*, Farrar 2009, s. 91-102. Tvister av detta slag, slitna vid domstolen i Kalifornien där kommersiella surrogatarrangemang är tillåtna, beskrivs också i SOU 2016: 11, s. 218-222.

4 Svensk rättspraxis

4.1 NJA 2006 s. 505

En beskrivning av rättsläget i Sverige tar ett naturligt avstamp i Högsta domstolens (HD) avgörande *NJA 2006 s. 505*. Ett svenskt äktapar bosatt i Sverige genomförde ett surrogatarrangemang på en fertilitetsklinik i Finland (som på den tiden saknade lagstiftning på området). En närståendekvinna ställde upp som surrogatmor, medan själva behandlingen genomfördes med de tilltänkta föräldrarnas egna könsceller. Barnet togs om hand efter födseln av de tilltänkta föräldrarna. Maken bekräftade sitt faderskap i Sverige, blev registrerad som far i folkbokföringen och tillerkändes ensam vårdnad om barnet. Den tilltänkta modern, ansvarig för barnets dagliga vård, ansökte om adoption av barnet till vilket mannen till en början samtyckte. Han återkallade senare sitt samtycke, innan domstolen hade fattat ett slutligt beslut.[11] Paret låg vid den tidpunkten i skilsmässa och betänketiden löpte avseende äktenskapsskillnad. HD:s majoritet (3-2) dömde till hans fördel. Kravet på att erforderligt samtycke ska finnas vid den tidpunkt då adoptionsansökan prövas var enligt majoriteten också förenligt med de krav som Barnkonventionen ställer på en adoption (art. 21). Att den sökandes egna ägg hade använts för befruktningen föranledde inte en annan bedömning.[12] Minoriteten i HD ville bifalla ansökan eftersom syftet var att uppnå överensstämmelse med det genetiska moderskapet, den faktiska vårdnaden och ett rättsligt föräldraskap. Under sådana omständigheter ansågs ett återkallat samtycke från faderns sida sakna relevans.

4.2 RH 2016: 31

Ett gift svenskt par bosatt i Sverige anlitade en indisk kvinna för ett surrogatarrangemang i Nepal. Befruktningen skedde med mannens spermier och en utomstående («tredje») kvinnas ägg. Närmare bestämt var det fråga om frysta embryon som användes vid befruktningen. Dessa hade blivit över från tidigare befruktningsförsök i Thailand och överfördes för ändamålet med kurir till Nepal.[13] Efter att surrogatmodern hade fött tvillingar (i Nepal)

11 Även surrogatmodern, som var makens syster med egna barn, återkallade sitt samtycke. Det återkallandet saknade relevans eftersom hon inte var vårdnadshavare till barnet.

12 Relevant blev ett tidigare prejudikat från HD, *NJA 1973 s. 62*. Även i det fallet återkallade föräldern vid högre rätt sitt samtycke till adoptionen. Fallet handlade dock inte om en genetisk förälders ansökan att få adoptera, eller om föräldraskap efter surrogatarrangemang.

13 Detaljer som dessa visar hur invecklade surrogatarrangemangen kan vara, även tekniskt och praktiskt.

fastställdes mannen som far till barnen[14] och tillerkändes ensam vårdnad om dem. Hustrun ansökte om adoption av barnen till vilket maken samtyckte. Viktigt i ärendet blev huruvida utbetalade ersättningar i det bakomliggande kommersiella surrogatarrangemanget utgjorde hinder för adoption. Det var ostridigt att surrogatmodern hade erhållit viss ersättning. Det hade dock inte framkommit att någon ersättning hade utgått efter att avtalet fullbordats genom barnens födsel, och adoptionshandlingarna hade undertecknats först senare. Hovrätten fann att ersättningen i samband med surrogatarrangemanget inte avsåg den senare ansökta adoptionen, varför adoptionen kunde beviljas.[15]

4.3 NJA 2019 s. 504

Ett svensk sambopar bosatt i Sverige genomförde ett surrogatarrangemang i Kalifornien. För befruktningen användes mannens spermier och en utomstående kvinnas ägg. Såsom är brukligt i USA i de delstater som tillåter surrogatarrangemang, var en lokal domstol aktivt involverad i fastställelsen av rättsligt föräldraskap. I enlighet med parternas avtal fastställde domstolen i Kalifornien den tilltänkta modern som barnets rättsliga mor. Domstolen fastställde vidare att den födande kvinnan inte var barnets mor och att hon avstod från alla föräldrarättigheter i förhållande till barnet. Tankeväckande nog berör domen inte den medverkande svenska mannens faderskap. En fråga som ofrånkomligen uppstår är om det var parets avsikt att endast kvinnan skulle bli rättslig förälder. Det framgår av bakgrundsbeskrivningen i målet att hon redan innan parets relation inleddes hade planerat skaffa barn genom surrogatarrangemang i USA och hade vidtagit åtgärder i detta syfte.

Paret återvände med barnet till Sverige men separerade efter cirka sex månader. Den lokala socialnämnden beslutade att tillfälligt placera barnet hos den tilltänkta modern. Svensk domstol fastställde därefter mannens faderskap till barnet,[16] varefter han ansökte om ensam vårdnad om barnet.[17] Kvinnan ansökte om att få adoptera barnet. Hennes ansökan lämnades utan bifall av både tingsrätten och hovrätten. Genom adoptionen skulle nämligen

14 Av uppgifterna i den refererade domen framgår endast att han hade «registrerats», alt. «fastställts» som far till barnen. Var och hur faderskapet hade fastställts framgår inte. I surrogatsammanhang brukar en faderskapsbekräftelse i utlandet, av en man vars faderskap stöds av DNA-prov, erkännas i Sverige.

15 I hovrätten anslöt sig här till bedömningen i den statliga utredningens då nyss utgivna betänkande *Olika vägar till föräldraskap, SOU 2016: 11*, s. 562. Dessförinnan hade tingsrätten avslagit adoptionsansökan på nämnd grund.

16 Svensk domsrätt avseende mål om faderskap regleras i 4 § lagen (1985: 367) om internationella faderskapsfrågor. Paragrafen ger svensk behörighet att fastställa faderskapet om 1) barnet har hemvist i Sverige, 2) talan förs mot en man som har hemvist i Sverige eller 3) om det i andra fall med hänsyn till barnets, moderns eller mannens anknytning finns särskilda skäl att målet prövas i Sverige. Denna paragraf tillämpas också när barnet föds utomlands efter där genomfört surrogatarrangemang.

17 Ansökan bordlades i avvaktan på utgången i de förfaranden som kvinnan inledde. Ett omfattande umgänge mellan barnet och fadern hade kommit till stånd. Mannens faderskap fastställdes i Sverige drygt 2 år efter barnets födelse.

barnets rättsliga band med fadern klippas av, vilket inte ansågs förenligt med barnets bästa.[18] I ett separat förfarande, som en alternativ väg till rättsligt föräldraskap, ansökte kvinnan om att den kaliforniska domen förklarades gälla i Sverige. Även den ansökan avslogs av både tingsrätten och hovrätten. Stöd saknades nämligen i svensk lag för erkännande av den kaliforniska domen, vilket enligt etablerad praxis är ett krav för att ett utländskt avgörande ska erkännas i Sverige.[19] Högsta domstolen beviljade prövningstillstånd och sammanförde ärendena. Under tiden för handläggningen i HD avkunnade Europadomstolen sitt första rådgivande yttrande, som passande nog avser barnets rätt att etablera sin identitet i förhållande till den tilltänkta modern.[20] Yttrandet påverkade påtagligt HD:s resonemang och beslut.

HD ansåg, av samma skäl som de lägre rättsinstanserna, att en adoption inte kunde beviljas.[21] Prövningen kom därför att avse huruvida den kaliforniska domen kunde erkännas. HD tog härvidlag fasta på att det «anses finnas ett visst begränsat utrymme att erkänna utländska domar av detta slag också när lagstöd saknas».[22] HD fann det nödvändigt att erkänna domen, såvitt den fastställde barnet som barn till den tilltänkta modern och den tilltänkta modern som barnets rättsliga förälder.[23] Vid det laget hade barnet haft ett faktiskt familjeliv med den tilltänkta modern i fyra års tid. Barnets rätt till privatliv, som omfattar rätten att få sin identitet fastställd, och principen om barnets bästa vägde tyngre än intresset av att motverka surrogatarrangemang.[24] Erkännandet stred enligt HD inte mot svensk *ordre public*, av hänsyn till hur synen på rättsligt föräldraskap vid assisterad befruktning utvecklats i Sverige och dynamiken bakom *ordre public*-begreppet.[25]

Avgörandet innebär inte ett reservationslöst erkännande av föräldrabarnförhållandet följt av en utländsk dom, vilket HD själv betonade. En förutsättning är enligt HD att ett erkännande är förenligt med barnets bästa och att barnet på ett annat och lämpligare sätt *inte* kan få sin identitet fastställd i den svenska rättsordningen. Det är adoption som HD åsyftar som förstahandsalternativ. Möjligheten att utse den tilltänkta modern till särskilt förordnad vårdnadshavare tillgodoså, enligt HD, inte barnets behov av familjerättslig anknytning till henne.[26] En fortsatt umgängesrätt var otillräcklig eftersom den inte skapar

18 Enligt 4 kap. 21 § FB ska den som adopteras anses som adoptivföräldrarnas barn och inte som barn till sina tidigare föräldrar.

19 Se t.ex. *NJA 1974 s. 324* där en jugoslavisk dom om fastställelse av faderskap inte ansågs kunna erkännas i Sverige i avsaknad av stöd i lag. Laga stöd för erkännande av utländska faderskapsdomar finns numera i lagen (1985: 367) om internationella faderskapsfrågor (IFL), men inte för moderskapsdomar.

20 *European Court of Human Rights, Grand Chamber, Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, Request no. P16-2018-0001, Strasbourg 10 April 2019.

21 HD:s beslut, s. 40.

22 HD:s beslut, s. 12. Kravet på lagstöd har länge kritiserats i svensk doktrin som efterlyst undantag och uppmjukningar.

23 HD:s beslut, s. 44. Se även s. 36.

24 HD:s beslut, s. 42.

25 HD:s beslut, s. 43.

26 HD:s beslut, s. 41.

ett rättsligt föräldrabarnförhållande. HD:s enige avgörande kompletteras med ett särskilt yttrande. Justitieråden efterlyser där lagstiftning som tar ett djupare grepp om problematiken och om konsekvenserna för barnet av olika lösningar, såsom barnets rätt att växa upp under goda förhållanden.[27]

5 Regelverket bakom rättsligt föräldraskap

5.1 *En könsbaserad olikbehandling*

Rättsfallen visar att en tilltänkt far med genetisk koppling till barnet har mycket goda utsikter att få sitt faderskap fastställt i Sverige, utan att stöta på några rättsliga problem. Den tilltänkta moderns rättsliga föräldraskap är i första hand beroende av en möjlighet att få adoptera barnet, oavsett om befruktningen skett med hennes eller en annan kvinnas ägg. En tilltänkt mor kan inte hindra fastställelse av faderskapet om den tilltänkte fadern är genetisk far. En tilltänkt far kan däremot hindra den tilltänkta modern från att få adoptera barnet.

Också icke-refererade svenska domstolsavgöranden[28] talar ett tydligt språk om olikbehandling. Sålunda har en tilltänkt genetisk mors ansökan om att den födande kvinnans (i Georgien) moderskap hävs och hon själv fastställs som mor avslagits, medan hennes makes (genetisk far) faderskap fastställts och han tilldelats ensam vårdnad om barnet genom svensk domstols dom.[29] Hon tycks dock kunna adoptera «makens barn» med hänsyn till utgången i *RH 2016: 31*, förutsatt att maken samtycker. Däremot har utländska föräldraskapsavgöranden funnits kunna erkännas i Sverige för manliga pars del. I de utländska domarna (från USA) fastställdes både den genetiska fadern och hans manliga partner (tillika make) som barnets rättsliga föräldrar.[30] Erkännandet ansågs inte strida mot svensk *ordre public*, eftersom den genetiska faderns make hade möjlighet att adoptera den andra makens barn (men som nu slapp det, på grund av erkännandet!).

27 Det är ovanligt att de vid ett beslut medverkande justitieråden avger ett sådant här yttrande. Syftet är att markera att det krävs lagstiftning och att den i målet aktuella problematiken inte är lämpad för rättsbildning genom domstolsavgöranden.

28 Sådana avgöranden anses sakna prejudikatvärde, i det svenska rättssystemet.

29 Svea hovrätts beslut i målet *T 5424-17*, dom 2018-01-23, beskriven i Walin, Vängby, Singer & Jänterä-Jareborg, *Föräldrabalken, En kommentar, Del II, Supplement 19, Juli 2019*, Avd. 1 I:15 a.

30 Se Svea hovrätts beslut i målen *Ö 6952-14*, beslut den 7 oktober 2014 och *Ö 9822-14*, beslut den 20 januari 2015, beskrivna i Walin, Vängby, Singer & Jänterä-Jareborg, *Föräldrabalken, En kommentar, Del II, Supplement 19, Juli 2019*, Avd. 1 I:48. Målen prövades enligt IFL, 9 §, som möjliggör att i särskild ordning få prövat vid domstol om ett utländskt avgörande om faderskap gäller i Sverige. Av svensk domstol i ett ärende enligt 9 § IFL meddelat beslut är rättskraftigt i alla sammanhang i Sverige. Sådana här ärenden var tidigare kanaliserade till Svea hovrätt som första instans, men avgörs numera i första hand av tingsrätt.

5.2 *Den födande kvinnan är rättslig mor*

En viktig förklaring till denna olikbehandling är den i västvärlden etablerade principen om att den födande kvinnan är barnets mor (*mater est*-principen). I händelse av äggdonation fastställer en särskild regel i svensk rätt att den kvinna som föder barnet är barnets mor, 1 kap. 7 § föräldrabalken (FB). Regeln innebär även ett avståndstagande från surrogatarrangemang.[31] Den cementerar en viss konstruktion till den grad att regeln har betraktats som en internationellt tvingande regel.[32] En sådan regel anses ge uttryck för ett så fundamentalt ställningstagande som alltid ska gälla, oavsett om det råder en annan syn i den stat där ett barn föddes efter ett surrogatarrangemang.

När HD i *NJA 2019 s. 504* kom fram till nödvändigheten att erkänna den kaliforniska domen, var det av hänsyn till respekt för barnets rätt till privatliv och barnets bästa. En noggrann läsning av avgörandet visar samtidigt intressanta begränsningar eller «luckor». Den kaliforniska domen erkändes i den del som den förklarade barnet vara barn till den tilltänkta modern och den tilltänkta modern förklarades vara barnets rättsliga förälder. HD undvek således, i vart fall uttryckligen, att utsträcka erkännandet till den del av domen där surrogatmodern fastställdes inte vara barnets mor och sakna föräldrarättigheter, vilket kan skapa ovisshet om hennes fortsatta status, rättigheter och skyldigheter i förhållande till barnet.

5.3 *Den tilltänkta faderns stärkta rättsställning*

Barnets rättsskydd (eller, numera: rättighetsskydd) efter ett utländskt surrogatarrangemang har i Sverige i första hand skötts genom reglerna om faderskap, i syfte att ge barnet en rättslig företrädare i Sverige. Lagen (1985: 367) om internationella faderskapsfrågor (IFL) har blivit ett händigt instrument i detta syfte, trots att den ursprungligen kom till med tanke på helt andra typer av situationer. Lagen innehåller bestämmelser om svensk behörighet att fastställa faderskap, om tillämplig lag för fastställelsen samt om erkännande av utländska avgöranden om faderskap.[33] För surrogatarrangemang anpassade internationellt privat- och processrättsliga regler gäller från och med den 1 januari 2019, i syfte att underlätta för mannen att få sitt faderskap fastställt i Sverige. Faderskapet i anslutning till ett surrogatarrangemang kan fastställas antingen genom bekräftelse under medverkan av svensk socialnämnd (IFL, 3 a §) om mannen har hemvist i Sverige eller, som tidigare, genom svensk domstols dom (IFL, 4 §). Svensk lag är tillämplig under villkoren att 1) barnet har hemvist utomlands, 2) fastställelsen avser en man med hemvist i Sverige, 3) det påstås

31 Se *SOU 2016: 11*, s. 362.

32 Se *SOU 2016: 11*, s. 521 och s. 524 f.

33 Lagen omfattar numera även fastställelse i Sverige av föräldraskap enligt 1 kap. 9 § FB, dvs. föräldraskap för moderns till den assisterande befruktningen samtyckande kvinnliga partner; surrogatarrangemang omfattas inte. Sveriges högsta förvaltningsdomstol, HFD, har i avgörandet HFD 2020 ref. 13, funnit att i utlandet (i detta fall Island) fastställt moderskap motsvarande den i 1:9 FB inte kan erkännas här i landet.

att barnet har tillkommit genom mannens spermier, och 4) barnet i hemvistlandet inte har några andra rättsliga föräldrar än mannen och hans make, registrerade partner eller sambo (IFL, 5 § 2 st.). De nya reglerna utgår från att barnet initialt har hemvist i födelselandet där surrogatmodern har sitt varaktiga boende. De medför en utvidgning av svensk socialnämnds behörighet och ökar utrymmet för tillämpning av svensk lag.[34] Syftet är att säkerställa att ett rättsligt föräldraskap, genom faderskap, kan fastställas i Sverige för att undvika att barnet hamnar i rättsligt vakuum, om surrogatmodern (och hennes eventuella make) i hemviststaten inte betraktas som barnets föräldrar.

6 Europadomstolens praxis och rådgivande yttrande

6.1 Barnets rätt till privatliv kräver fastställd identitet – till tilltänkta fadern

Europadomstolen för mänskliga rättigheter (Europadomstolen) har tagit ställning till problematiken i ett antal domar, som föranletts av i utlandet genomförda surrogatarrangemang. I dessa fall hade de tilltänkta föräldrarna (far och mor) och barnen, på nationellt plan, vägrats möjlighet att etablera rättsliga föräldrabarnförhållanden, på grund av det egna landets avståndstagande från surrogatarrangemang. Europadomstolens respons har varit bestämd, men försiktig. Den har i dessa mål systematiskt fastställt barnets rätt till privatliv enligt Europakonventionens artikel 8, vilket i sammanhanget tolkats som barnets rätt att få sin identitet fastställd i förhållande till den tilltänkte fadern när denne också är barnets biologiska (genetiska) far. Så var fallet i målen *Mennesson (*nr 65192/11), *Labassee* (nr 65941/11), *Foulon och Bouvet* (nr 9063/14) samt målet *Labrorie* (nr 44024/13), vilka samtliga härstammar från Frankrike och avgjordes av Europadomstolen under åren 2014-2017.

6.2 Kan barnets rätt till privatliv omfatta relationen till den tilltänkta modern?

Mot bakgrund av denna «mansprivilegierande» praxis, gläds varje kvinnorättskämpe över makarna Mennessons (i målet ovan) envishet att fortsätta processandet vid fransk domstol, bl.a. med krav på barnens (tvillingar) rätt att få sin identitet fastställd också i förhållande till den tilltänkta modern som inte är genetisk mor.[35] När målet i denna andra omgång kom till den franska högsta domstolen (*Cour de Cassation*) beslutade den att av Europadomstolen begära om ett rådgivande yttrande, vilken möjlighet öppnats genom ett särskilt protokoll till Europakonventionen, i kraft från och med augusti 2018.[36] *Cour de Cassation* ville få

34 Svensk socialnämnds behörighet har tidigare ansetts förutsätta barnets hemvist i Sverige. Tillämplig lag är enligt huvudregeln i IFL lagen i barnets hemviststat.

35 De särskilda processuella komplikationerna i målet enligt fransk lag måste här lämnas därhän.

36 Protokoll till Europakonventionen nr 16, antaget i Strasbourg den 2 oktober 2013, i kraft den 1 augusti 2018. Av de nordiska länderna har endast Finland ratificerat protokollet, men Norge har undertecknat det.

besked om olika aspekter i problematiken. Var det diskriminering att behandla barnens tilltänkta föräldrar olika avseende förutsättningar för rättsligt föräldraskap? Hade det någon relevans i sammanhanget om den tilltänkta modern var barnens genetiska mor eller inte? I händelse av jakande svar till någon av dessa två frågor, var det tillräckligt att den tilltänkta modern hade möjlighet att adoptera sin makes barn?[37]

6.3 Relationen till den tilltänkta modern omfattas

I sitt yttrande, avkunnat den 10 april 2019,[38] påpekade Europadomstolen att ett uteblivet erkännande av ett rättsligt föräldrabarnförhållande mellan barnen och den tilltänkta modern inverkar negativt på barnens rätt till privatliv, bl.a. vad gäller möjligheten att få moderns medborgarskap, rätt till arv efter henne och den fortsatta relationen i händelse av separation mellan de tilltänkta föräldrarna eller efter faderns död.[39] Barnets rätt till privatliv väger, enligt domstolen, mycket tungt i relation till en konventionsstats möjlighet att göra undantag, med följden att staten är skyldig att erbjuda sätt att etablera ett rättsligt föräldrabarnförhållande. Hur det uppnås är däremot en fråga som faller inom varje konventionsstats bedömningsutrymme (*margin of appreciation*).[40] Om staten väljer adoptionsvägen måste förfarandet vara snabbt och effektivt, men med utrymme att beakta barnets bästa i det enskilda fallet.[41] Beskedet är formulerat utifrån Mennesson-fallets omständigheter, där den tilltänkta modern saknade genetisk koppling till barnen, i motsats till fadern. Domstolen påpekade samtidigt att behovet av att etablera ett rättsligt föräldrabarnförhållande är ännu starkare när den tilltänkta moderns egna ägg har använts för befruktningen.[42]

Europadomstolens yttrande är en viktig milstolpe i tilltänkta mödrars kamp för rättsligt föräldraskap. Även om det inte är juridiskt bindande för Sverige, som inte ens har tillträtt protokollet, och avsåg relationen till en tilltänkt mor som var gift med barnens tilltänkta far, kom yttrandet att starkt prägla HD:s beslut i *NJA 2019 s. 504*.[43] HD noterade att Europadomstolen fastslagit att en konventionsstat har mycket begränsade möjligheter att vägra medverka till att etablera barnets rättsliga relation till den tilltänkta modern, när en faktisk

37 Efter Europadomstolen dom i *Mennesson*, där Frankrike ansågs ha kränkt barnens rätt att få sin identitet fastställd i förhållande till den tilltänkta fadern, ändrades fransk lag så att adoption av makens barn blev en möjlighet.

38 *European Court of Human Rights, Grand Chamber, Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, Request no. P16-2018-0001, Strasbourg 10 April 2019.

39 Yttrandet, s. 40.

40 Yttrandet, s. 51.

41 Yttrandet, s. 54

42 Yttrandet, s. 47.

43 HD påpekade att yttrandet var att tillmäta «ett betydande rättskällevärde vid en tolkning av Europakonventionen i nu aktuellt hänseende», oavsett att Sverige inte tillträtt protokollet. HD:s beslut, s. 31.

familjerelation väl har etablerats.[44] Detta medförde i det aktuella fallet att det var nödvändigt att erkänna den kaliforniska domen.

7 Diskussion och senare utveckling

7.1 Förutsägbarhet och jämlikhet

Avgörandet i *NJA 2019 s. 504* har diskuterats flitigt i Sverige. Kritik har riktats mot att öppningen för erkännande av en utländsk moderskapsdom gjorts beroende av att en adoption är utesluten. Det har påpekats att en sådan begränsning kan vara svårbegriplig för parterna, eller att den kan lätt kringgås genom att paret skiljer sig eller temporärt separerar.[45] Till saken hör att ett erkännande, i belysning av HD-avgörandet, synes kunna ske automatiskt, utan att det krävs ett särskilt beslut av svensk domstol som fastställer den utländska domen. Det medför en risk, enligt professor Michael Bogdan «att kvinnan i olika sammanhang vid behov hänvisar till HD-avgörandet och hävdar att paret separerat och att hon därför inte längre kan använda sig av adoption».[46] Bogdan frågar vidare om den utländska domen slutar att gälla om paret senare flyttar ihop. «Kan den tilltänkta svenska moderns rättsliga föräldraskap och barnets rättsställning tillåtas variera beroende på parets kanske skiftande samboförhållanden?», frågar han.[47] Vad gäller om ett par bosatt utomlands har genomfört ett surrogatarrangemang i utlandet och senare flyttar till Sverige med barnet, undrar han vidare? Tilläggas kan att *ordre public*-förbehållets existens skapar ytterligare osäkerhet. Ifall inga åtgärder behöver vidtas för att få det utländska avgörandet bekräftat, kan ovisshet kvarstå om förenligheten med svensk *ordre public* i varje enskilt fall.

7.2 HD:s julgåva 2019 till ensamstående tilltänkta mödrar

Ensamstående tilltänkta mödrar i Sverige fick en oväntad julklapp i december 2019, genom ett nytt avgörande av HD, *NJA 2019 s. 969*. Sannolikheten till ett sådant här beslut hade bedömts som «ytterst liten», bara något år tidigare.[48] HD fann det nu nödvändigt att erkänna en dom meddelad i Arkansas, USA, i den del som den fastställde den tilltänkta modern som barnets rättsliga förälder.[49] Den tilltänkta modern var en ensamstående svensk medborgare med hemvist i Sverige och donerade könsceller hade använts för befruktningen. Kvinnans

44 HD:s beslut, s. 36.

45 Se Michael Bogdan, «HD om erkännande i Sverige av utomlands genomfört arrangemang avseende surrogatmoderskap», *Svensk Juristtidning 2019*, s. 704.

46 Bogdan, ibid.

47 Bogdan, ibid.

48 Se *SOU 2016: 11*, s. 527.

49 Ett av justitieråden var skiljaktigt angående en del av motiveringen (s. 14), och synes inte ha velat betona «nödvändigheten» av att erkänna den utländska moderskapsdomen.

ansökan om att bli fastställd som mor till barnet och hennes ansökan att få adoptera barnet hade tidigare avslagits av svensk domstol, på grund av vederlagsförbudet mot adoption.

Argumentationen i HD:s beslut till stöd för erkännandet är i stora delar en upprepning av motiveringen i *NJA 2019 s. 504*. HD vidhöll att ett erkännande utan stöd i lag förutsätter att barnet, i förhållande till den svenska rättsordningen, inte kan få sin identitet fastställd «på något sätt som är lämpligare och även förenligt med principen om barnets bästa, exempelvis genom en adoption».[50] Villkoret bedömdes vara uppfyllt i och med osäkerheten om utgången och en icke obetydlig tidsutdräkt, ifall den tilltänkta modern på nytt försökte adoptera barnet.[51] Barnet och den tilltänkta modern hade allt sedan barnets födelse levt tillsammans på ett sätt som skapade en faktisk familjerelation, vid tidpunkten för beslutet i drygt 1 år.[52] Erkännandet bedömdes inte strida mot grunderna i den svenska rättsordningen (*ordre public*).[53] Formuleringarna om vad som erkändes genom HD:s beslut lämnar dock ovisshet om surrogatmoderns och hennes makes kvarvarande föräldrarättigheter.[54]

8 Slutsatser och vägen framåt

De två avgörandena av Sveriges högsta domstol under 2019 har påtagligt stärkt en tilltänkt mors möjligheter att etablera ett rättsligt föräldrabarnförhållande i Sverige, efter ett utländskt surrogatarrangemang. Förklaringen är bristerna i barnets rättighetsskydd, vilket Europadomstolen i sitt första rådgivande yttrande funnit oacceptabelt. Den tilltänkta modern kan numera i Sverige räkna med ett erkännande av ett utländskt avgörande som fastställer henne som barnets rättsliga mor, utom när det i det enskilda fallet bedöms strida mot svensk *ordre public*. Det gäller dock bara som en «sistahandsutväg», när en adoption inte är en möjlig eller en lämplig lösning, med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Vidare, det måste då finnas en utländsk dom att förhålla sig till. Det räcker inte med anteckningar om föräldraskapet i barnets födelsebevis från ursprungsstaten.[55]

50 HD:s beslut, punkterna 15-16.

51 HD:s beslut, s. 17.

52 Jfr fallet *Paradiso och Campanelli mot Italien* där klagandena av italienska myndigheter berövats möjligheten till fortsatt familjeliv med det barn som de fått genom ett surrogatarrangemang i Ryssland. Ingen av de tilltänkta föräldrarna var genetisk förälder. Perioden på sex månader då de haft barnet i sin vård ansågs av Europadomstolens stora kammare inte vara en tillräckligt lång tid för att skapa av Europakonventionen skyddat familjeliv mellan parterna, mål nr 25358/12.

53 HD:s beslut, s. 17.

54 Domen från Arkansas var en s.k. Agreed Order, meddelad innan barnet hade fötts. Domen förklarade att den tilltänkta modern var barnets rättsliga mor och att varken surrogatmodern eller hennes make skulle ha några föräldrarättigheter.

55 I t.ex. Ryssland, Ukraina och Georgien fastställs de tilltänkta föräldrarnas föräldraskap genom anteckningarna i födelsebeviset och inte genom domstolsbeslut. Se SOU 2016: 11, s. 475 f.

Så vad är vägen framåt?[56] Till en adoptions fördelar hör att den skär av de rättsliga banden till surrogatmodern och hennes eventuella partner, personer som inte avsetts bli barnets föräldrar. Kravet på den tilltänkta faderns samtycke till adoptionen borde dock släppas, när han tillsammans med sin make eller sambo ingått ett surrogatarrangemang.[57] Adoption borde vidare vara möjlig även efter att de tilltänkta föräldrarna skilt sig eller separerat, utan att inverka på den tilltänkta faderns möjlighet att bli fastställd eller kvarstå som far. En skillnad behöver göras mellan förbjuden ersättning för adoption och den ersättning som tidigare utgått till surrogatmoder (och mellanhänder) för att kunna genomföra ett surrogatarrangemang. I sistnämnt hänseende synes svensk rättstillämpning redan idag ha funnit en balans.

Från jämlikhetssynpunkt kvarstår dock frågan, varför ska den tilltänkta genetiska modern, oavsett om hon är gift, sambo eller ensamstående, behöva adoptera barnet när det räcker för den tilltänkta genetiska faderns del att hans faderskap fastställs?[58] Professor Michael Hellner hävdar, i anslutning till Bogdans kritik, «att det bara är en tidsfråga tills vi får ett fall där en gift eller samboende kvinna av principiella skäl vägrar att gå igenom ett adoptionsförfarande och inte heller är beredd att flytta isär».[59] Frågan är ännu mer berättigad efter HD:s beslut i NJA 2019 s. 969. Förutsatt att ett adoptionsförfarande kan genomföras rättssäkert och effektivt ligger dock adoptionskravet inom ramen för en stats bedömningsutrymme, enligt Europadomstolens sätt att resonera, och något som den enskilda måste tolerera för att kunna etablera ett rättsligt föräldrabarnförhållande.

På sikt, inte minst av hänsyn till barnets rätt att få sin identitet fastställd och principen om barnets bästa, borde genetiken väga lika tungt, eller lika litet, avseende såväl tilltänkta fäder som tilltänkta mödrar. Den insikten kan bana vägen för fastställelse av moderskap, motsvarande fastställande av faderskap. Det talar också för ett könsneutralt erkännande av i utlandet meddelade avgöranden om föräldraskap.[60] Principen om barnets bästa förutsätter samtidigt att det finns utrymme för lämplighetsbedömning i varje enskilt fall, vid sidan av statens intresse av att inte uppmuntra till och underlätta surrogatarrangemang i utlandet. Möjligen behöver en ny typ av fastställelse av föräldraskap införas i lag, som säkerställer

56 En internationell reglering är under planering inom Haagkonferensen för internationell privaträtt. Hellner, som ingår som expert i gruppen, påpekar dock att det är först om 10 till 15 år som ett eventuellt Haaginstrument kan träda i kraft. Nationell lagstiftning behövs också därför att alla stater inte kan förväntas tillträda ett sådant instrument. Michael Hellner, «Erkännande av utländska surrogatarrangemang», *Juridisk Tidning 2019*, s. 445-447.

57 Att kravet släpps pläderas i särskilt yttrande av experterna Maarit Jänterä-Jareborg och Eva Ryrstedt, som bilaga till utredningen *Alternativa väg till föräldraskap, SOU 2016: 11*, s. 701-703.

58 Denna fråga ställs bl.a. av professorerna Anna Singer och Margareta Brattström, i *Blendow Lexnova Expertkommentar – Familjerätt, oktober 2019* «Härtill nödd och tvungen – HD om surrogatmödraskap».

59 Hellner, ibid., s. 442.

60 Se Svea hovrätts ovan i not 30 återgivna beslut om att erkänna i USA meddelade domar, följt av surrogatarrangemang där, också i den del som den genetiska faderns manliga partner (make) fastställts som barnets rättsliga far. Krav på adoption ansågs överflödigt, under omständigheterna.

barnets rätt till kunskap om sitt ursprung men som inte med automatik för med sig hela paketet föräldrarättigheter.[61]

PS Genom kommittédirektiv Dir. 2020: 19 har den svenska regeringen, efter att detta bidrag inlämnats, utsett en särskild utredare med uppdrag att överväga utökade möjligheter att göra utländska föräldraskap gällande i Sverige. Surrogatarrangemang ingår. Syftet är att åstadkomma en mer ändamålsenlig, jämlik och modern reglering om föräldraskap i internationella förhållanden. Uppdraget ska redovisas till den 21 juni 2021.

61 Jfr Finlands nya moderskapslag, 20.4.2018/253, i kraft sedan 1 april 2019. Lagen innehåller ett särskilt kapitel om bestämmelser tillhörande den internationella privaträttens område, vilka i mångt och mycket återspeglar vad som gäller för faderskap i internationella förhållanden. Erkännande av ett utländskt beslut, som fastställer en annan kvinna som mor än kvinnan som har fött barnet, har gjorts beroende av bl.a. att beslutet har meddelats eller erkänns i den stat där kvinnan vid tiden för barnets födelse hade bott i minst ett år.

Sammanfattning

Uppdraget

Utredningen har i uppdrag att föreslå de kompletterande bestämmelser som behövs till den av Europeiska unionens (EU:s) råd den 18 december 2008 antagna förordningen (EG) nr 4/2009 om domstols behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet av domar samt samarbete i fråga om underhållsskyldighet (underhållsförordningen). I uppdraget ligger att analysera underhållsförordningen och belysa likheter och skillnader i förhållande till framför allt Bryssel I-förordningen[1] och Haagkonventionen av den 23 november 2007 om internationell indrivning av underhåll till barn och andra familjemedlemmar (2007 års Haagkonvention). Utredningen ska vidare undersöka vilka kompletterande författningsbestämmelser som behövs med anledning av underhållsförordningen, inklusive den hänvisning som finns i förordningen till Haagprotokollet av den 23 november 2007 om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet (2007 års Haagprotokoll). Särskild uppmärksamhet ska fästas vid frågor om rättshjälp, hinder mot och uppskjutande av verkställighet, informationsutbyte och sekretess samt tillgång till och hantering av personuppgifter.

Utredningen ska också föreslå de författningsändringar som ett framtida tillträde till 2007 års Haagkonvention ger anledning till. En del i arbetet är att undersöka hur svensk rätt förhåller sig till bestämmelserna i konventionen och att analysera konsekvenserna av att Sverige blir bundet av konventionen. I sammanhanget ska även förhållandet till andra internationella instrument på området belysas. Särskild uppmärksamhet ska fästas vid frågor om rättsligt bistånd, informationsutbyte och därtill hörande frågor om sekretess samt frågor om exekvaturförfarande och verkställighet. I

[1] Rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område.

den mån frågan aktualiseras ska utredningen ta ställning till hur konventionen bör införlivas i svensk rätt. I uppdraget ingår också att ta ställning till om konventionens tillämpningsområde helt eller delvis bör utvidgas och om det finns anledning att reservera sig, i enlighet med vad som är möjligt enligt konventionen.

Utredningen ska ge förslag på vilken myndighet som bör utses till centralmyndighet i förhållande till underhållsförordningen och 2007 års Haagkonvention och överväga om vissa uppgifter bör handhas av centralmyndigheten eller av andra organ.

Tillämpningsområden och förhållande till andra internationella instrument

Syftet med *underhållsförordningen* är att ge en underhållsberättigad person bättre möjligheter att hävda sina rättigheter. Detta ska uppfyllas genom att göra det enkelt att få ett avgörande i en medlemsstat som automatiskt är verkställbart i en annan medlemsstat utan några formaliteter. Förordningen innehåller bl.a. bestämmelser om internationell behörighet, tillämplig lag (i form av en hänvisning till 2007 års Haagprotokoll, se vidare nedan), erkännande och verkställighet samt samarbete. Underhållsförordningen ersätter Bryssel I-förordningen när det gäller frågor om underhåll. Den nordiska konventionen mellan Sverige, Danmark, Finland, Island och Norge angående indrivning av underhållsbidrag[2] får dock fortsätta att tillämpas. Underhållsförordningen är tillämplig på underhållsskyldighet som har sin grund i familje-, släktskaps-, äktenskaps- eller svågerlagsförhållanden. Även offentliga organ kan betraktas som underhållsberättigade i förordningens mening, t.ex. om det finns en statlig fordran på återbetalning av utbetalat underhållsstöd. Underhållsförordningen kommer att vara direkt tillämplig i Sverige.

Syftet med *2007 års Haagkonvention* är att säkerställa en effektiv internationell indrivning av underhåll till barn och andra familjemedlemmar. Det ska uppnås bl.a. genom att det inrättas ett system för samarbete och genom att det ställs krav på effektiva åtgärder för en snabb verkställighet av avgöranden om underhåll. Konventionen är tillämplig på underhållsskyldighet som grundar sig på ett föräldra-barnförhållande mot en person under 21 år samt under vissa förutsättningar mot make (eller förutvarande make). Det är också möjligt att utvidga konventionens tillämpningsområde. Utredningen har haft att utgå ifrån att det kommer att vara EU som tillträder 2007 års Haagkonvention och därigenom binder medlemsstaterna till konventionen, något som kommissionen har föreslagit. I sitt förslag till rådsbeslut har kommissionen vidare föreslagit att EU ska meddela en förklaring som innebär att konventionens hela tillämpningsområde utvidgas, så att det överensstämmer med förordningens tillämpningsområde. EU har inte tagit ställning till förslaget. När så sker kommer Sverige att bli bundet av EU:s ställningstagande. 2007 års Haagkonvention ersätter 1958 års Haagkonvention[3] och 1973 års Haagkonvention[4] i förhållandet mellan de fördragsslutande staterna. Även New York-konventionen om indrivning av underhållsbidrag i utlandet[5] ersätts.

2007 års Haagprotokoll innehåller bestämmelser om tillämplig lag på underhållsskyldighet som har sin grund i familje-, släktskaps-, äktenskaps- eller svågerlagsförhållande. Protokollet är tänkt att komplettera 2007 års Haagkonvention, och ska enligt en särskild hänvisning i underhållsförordningen tillämpas när behörighet utövas enligt förordningen. EU har tillträtt 2007 års Haagprotokoll.

Behörighet

Underhållsförordningen reglerar när medlemsstaternas myndigheter ska ha internationell behörighet i frågor som gäller underhållsskyldighet. Behörighet finns hos domstolen i det land där svaranden eller den underhållsberättigade har hemvist. Behörighet finns vidare hos den domstol som enligt sitt eget lands lag är behörig att pröva en talan om någons rättsliga status eller om föräldraansvar när frågan om underhåll har samband med den talan, såvida inte behörigheten endast grundar sig på den ena partens medborgarskap. Det finns också vissa möjligheter enligt under-

[2] Konventionen mellan Sverige, Danmark, Finland, Island och Norge undertecknad i Oslo den 23 mars 1962 angående indrivning av underhållsbidrag, samt överenskommelsen med Danmark, Finland, Island och Norge om ändring i nämnda konvention, undertecknad i Oslo den 25 februari 2000.

[3] Haagkonventionen av den 15 april 1958 om erkännande och verkställighet av avgöranden om underhåll till barn.

[4] Haagkonventionen av den 2 oktober 1973 om erkännande och verkställighet av avgöranden angående underhållsskyldighet.

[5] Förenta nationernas konvention av den 20 juni 1956 om indrivning av underhållsbidrag i utlandet.

hållsförordningen att avtala om att domstolarna i en viss medlemsstat ska vara behöriga. Avtalsfriheten är mer begränsad än i Bryssel I-förordningen och gäller inte vid tvister om underhållsskyldighet mot barn under 18 år. Behörighet kan även finnas på den grunden att svaranden går i svaromål inför domstolen. Därutöver finns bestämmelser om subsidiär behörighet och om behörighet i undantagsfall (t.ex. om det är omöjligt att få ett avgörande i en tredjestat till vilken tvisten har nära anknytning). Det finns också en bestämmelse som begränsar möjligheten för en underhållsskyldig att väcka en ny talan om det redan finns ett avgörande.

Underhållsförordningen är i den bemärkelsen heltäckande genom att den inte medger rätt till allmänt tillämpliga, autonoma, behörighetsbestämmelser. Utredningen föreslår därför att 3 kap. 6 och 12 §§ lagen (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap, som i dag ger svenska domstolar rätt att utöva internationell behörighet i bl.a. frågor om underhåll, ska ändras så att de inte längre omfattar underhållsfrågorna. Däremot påverkar underhållsförordningen inte tillämpningen av konventioner och avtal som gäller när förordningen träder i kraft, vilket innebär att de båda Luganokonventionerna från 1988 och 2007 fortfarande kommer att gälla.[6] Om en svarande har hemvist i en Luganostat, som inte är en av EU:s medlemsstater, ska alltså svenska domstolar utöva behörighet enligt den Luganokonvention som gäller i förhållande till den andra staten. Vidare kommer, enligt underhållsförordningen, 2007 års Luganokonvention att tillämpas om parterna har avtalat om att exklusiv behörighet ska finnas i en Luganostat som inte är en EU-medlemsstat. Detta gäller dock inte i fråga om underhåll till barn.

2007 års Haagkonvention innehåller endast s.k. indirekta behörighetsregler. Dessa innebär att en fördragsslutande stat är skyldig att erkänna och verkställa ett avgörande endast om avgörandet har meddelats i en fördragsslutande stat dit svaranden eller den underhållsberättigade hade en viss i konventionen specificerad typ av anknytning. Det finns också en bestämmelse som begränsar rätten att väcka talan. Den överensstämmer med regleringen i underhållsförordningen som begränsar möjligheten för en underhållsskyldig att väcka talan om det redan finns ett avgörande.

[6] Konventionen av den 16 september 1988 om domstols behörighet och erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (1988 års Luganokonvention) och konventionen av den 30 oktober 2007 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (2007 års Luganokonvention).

Lagval

EU har tillträtt 2007 års Haagprotokoll och det innebär att alla medlemsstater utom Danmark och Storbritannien är bundna av protokollet. För svensk del medför protokollet att ett i det närmaste oreglerat område regleras.

Huvudregeln enligt protokollet är att underhållsskyldighet ska regleras av lagen i den stat där den underhållsberättigade har hemvist. Vissa undantag har utarbetats till förmån för vissa underhållsberättigade personer, när en tillämpning av hemviststatens lag inte ligger i deras intresse. Undantag gäller t.ex. i fråga om föräldrars underhållsskyldighet mot sina barn och barns underhållsskyldighet mot sina föräldrar. Om en underhållsberättigad person, som omfattas av undantagsreglerna, inte kan få underhåll enligt hemviststatens lag ska domstolslandets lag tillämpas. Vidare ska domstolslandets lag tillämpas om den underhållsberättigade har väckt talan i den underhållsskyldiges hemviststat. Om den underhållsberättigade inte kan få underhåll enligt lagen i den staten ska emellertid lagen i den underhållsberättigades hemviststat tillämpas i stället. Om den underhållsberättigade inte kan få underhåll med stöd av någon av lagarna ska, om den underhållsskyldige och den underhållsberättigade är medborgare i samma stat, lagen i den staten tillämpas.

Även för underhållsskyldighet mellan makar, tidigare makar eller parter i ett äktenskap som annullerats, finns det undantag. Om lagen i en annan stat än den underhållsberättigades hemviststat, särskilt den där de senast hade gemensam hemvist, har närmare anknytning till äktenskapet ska lagen i den staten tillämpas. Det förutsätter emellertid dels en invändning från part, dels en bedömning av om det finns en närmare anknytningen mellan lagen i den andra staten och äktenskapet Därvid ska beaktas bl.a. var makarna haft hemvist, i vilken stat äktenskapet ingicks respektive var äktenskapsskillnaden genomfördes.

Det finns också en särskild regel om bestridande av underhållsskyldighet. Den gäller dock inte för föräldrars underhållsskyldighet mot sina barn och underhållsskyldighet mellan tidigare makar. Regeln innebär att den underhållsskyldige kan bestrida den underhållsberättigades anspråk på den grunden att det inte finns någon underhållsskyldighet, vare sig enligt lagen i den stat där den underhållsskyldige har sin hemvist eller – om parterna är medborgare i samma stat – enligt lagen i den staten. Bestämmelsen kan

bli aktuell t.ex. i förhållandet mellan styvföräldrar och barn eller i fråga om barns underhållsskyldighet mot sina föräldrar.

Det är enligt protokollet möjligt att i viss utsträckning avtala om tillämplig lag (se vidare nedan).

Den lag som är tillämplig på frågan om underhållsskyldighet reglerar bl.a. om, i vilken utsträckning och mot vem den underhållsberättigade kan rikta ett krav på underhåll samt frågor om preskriptionsfrister. Tillämpningen av lagen får bara vägras om dess verkan uppenbart skulle stå i strid med grunderna för domstolslandets rättsordning (s.k. ordre public). Det är således endast effekterna av tillämpningen i det konkreta fallet som ska beaktas. Det räcker inte med att det familjeförhållande som underhållskravet grundar sig på anses stå i strid med grunderna för statens rättsordning (t.ex. polygami). När underhållsbidragets storlek fastställs ska hänsyn tas till den underhållsberättigades behov, den underhållsskyldiges tillgångar och till all ersättning som den underhållsberättigade har fått i stället för periodiska utbetalningar av underhåll. Detta gäller oavsett vilken stats lag som är tillämplig i övrigt.

Som har nämnts kommer behörighet i underhållsfrågor att utövas antingen enligt underhållsförordningen eller enligt någon av Luganokonventionerna. 2007 års Haagprotokoll ska tillämpas när behörighet utövas enligt underhållsförordningen. Enligt utredningens uppfattning ska protokollet tillämpas även när behörighet utövas enligt Luganokonventionerna. Det finns därmed inte något utrymme för allmänt tillämpliga bestämmelser om lagval. Utredningen föreslår därför att bestämmelsen i 3 kap. 6 § lagen om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap, som anger att bl.a. frågor om underhåll ska prövas enligt svensk lag om barnet vistas här i landet, inte längre ska omfatta underhållsfrågorna.

Underhållsförordningen anger att den lag som ska tillämpas på underhållsskyldighet *ska* fastställas i enlighet med protokollet, vilket innebär att tillämpningen av protokollet är obligatorisk för staternas domstolar och andra myndigheter. Det följer också av enskilda artiklar. Underhållsskyldighet *ska* regleras av lagen i den stat där den underhållsskyldige har hemvist om inte annat föreskrivs i protokollet. Enligt utredningens bedömning innebär detta att svenska domstolar i mål om underhåll med internationell anknytning måste vara väl införstådda med protokollets bestämmelser. Det innebär också att protokollet ställer högre krav

på en aktiv, materiell processledning i frågan om vilken lag som ska tillämpas än vad som hittills har krävts i sådana mål om underhåll.

Erkännande och verkställighet

I fråga om *underhållsförordningen* gäller att avgöranden från samtliga EU:s medlemsstater ska erkännas utan att det krävs något särskilt förfarande. När det sedan kommer till verkställighet, finns två alternativa förfaranden beroende på om ursprungsmedlemsstaten är bunden av 2007 års Haagprotokoll eller inte.

Avgöranden från stater som är bundna av 2007 års Haagprotokoll, dvs. från alla medlemsstater utom Danmark och Storbritannien, ska verkställas utan att det behövs någon verkställbarhetsförklaring (s.k. exekvatur) om avgörandet i fråga är verkställbart i ursprungsstaten. Det är en nyhet i förhållande till Bryssel I-förordningen.

En underhållsskyldig part som inte har gått i svaromål i ursprungsmedlemsstaten ges under vissa förutsättningar rätt att inom viss tid ansöka om *förnyad prövning* av avgörandet. Rätten till förnyad prövning gäller om stämningsansökan inte delgetts i tillräcklig tid och på lämpligt sätt eller om han eller hon utan egen förskyllan varit förhindrad att bestrida underhållskravet på grund av force majeure eller extraordinära omständigheter. En svarande som haft möjlighet att överklaga avgörandet men inte gjort det har inte rätt till en förnyad prövning.

Utredningen föreslår vissa kompletterande bestämmelser för handläggningen av en ansökan om förnyad prövning. Om det ursprungliga avgörandet är ett utslag från Kronofogdemyndigheten eller en dom från tingsrätten ska ansökan ställas till hovrätten. I annat fall, om avgörandet avser ett beslut om återbetalningsskyldighet för utgivet underhållsstöd från Försäkringskassan, ska ansökan ställas till Svea hovrätt. Ansökan ska vara skriftlig. Vid hovrättens handläggning gäller bestämmelserna om resning i rättegångsbalken i tillämpliga delar. Om det finns förutsättningar för förnyad prövning ska hovrätten besluta att ny handläggning ska ske vid den myndighet som meddelade det ursprungliga avgörandet. I ett sådant fall följer det av underhållsförordningen att det ursprungliga avgörandet förlorar sin verkan (utom såvitt avser avbrytandet av preskription eller dylikt).

Enligt underhållsförordningen är det lagen i den verkställande medlemsstaten som ska tillämpas när det gäller hinder mot och uppskjutande av verkställigheten. Det finns dock vissa särskilda bestämmelser i förordningen. Bland annat ska verkställighet vägras om rätten att få avgörandet verkställt har upphört genom preskription. Detta ska bedömas antingen enligt lagen i ursprungsmedlemsstaten eller lagen i den verkställande staten beroende på vilken lag som föreskriver den längsta preskriptionstiden. Vidare får verkställigheten skjutas upp om en ansökan om förnyad prövning har getts in eller om domens verkställbarhet har skjutits upp i ursprungsmedlemsstaten. Utredningen föreslår att det är Kronofogdemyndigheten som ska vara behörig myndighet att fatta beslut i fråga om hinder mot och uppskjutande av verkställighet, samt att Kronofogdemyndighetens beslut i en fråga om uppskjutande av verkställighet ska få överklagas. Att dess beslut när det gäller hinder mot verkställighet får överklagas följer av redan gällande rätt.

För att avgöranden från Danmark och Storbritannien, vilka stater inte är bundna av 2007 års Haagprotokoll, ska kunna verkställas i Sverige krävs ett exekvaturförfarande av samma modell som enligt Bryssel I-förordningen (se vidare nedan). De grunder som finns för att vägra erkännande och verkställbarhet har också motsvarighet i Bryssel I-förordningen, såsom ordre public, oförenlighet med ett avgörande som meddelats i den anmodade staten eller med ett tidigare avgörande som meddelats i en annan stat, om det avgörandet uppfyller villkoren för erkännande i den anmodade staten. Ett nytt avgörande, med anledning av ändrade förhållanden, innebär emellertid inte att det nya avgörandet är oförenligt.

Även enligt *2007 års Haagkonvention* ska avgöranden erkännas och verkställas i övriga fördragsslutande stater. Om det inte finns någon vägransgrund enligt konventionen är erkännande och verkställighet obligatoriskt, t.ex. om svaranden eller den underhållsberättigade hade hemvist i ursprungsstaten när avgörandet meddelades. Med något undantag motsvaras konventionens grunder för erkännande av underhållsförordningens behörighetsregler. Det medför att avgöranden som meddelas i en medlemsstat i EU med stöd av underhållsförordningens behörighetsbestämmelser som regel ska erkännas i en stat som är ansluten till 2007 års Haagkonvention. Erkännande och verkställighet får dock vägras under vissa förhållanden, t.ex. om avgörandet har utverkats genom svikligt förfarande i rättegången eller om det skulle strida mot ordre public att erkänna det.

Avgöranden som har meddelats i en stat som är bunden av 2007 års Haagkonvention måste, precis som enligt underhållsförordningen när det gäller avgöranden från Danmark och Storbritannien, genomgå ett exekvaturförfarande för att kunna verkställas i Sverige. Liksom enligt underhållsförordningen föreskrivs ett tvåstegsförfarande. Det första skedet avser en formell prövning av förutsättningarna för verkställbarhet och motparten ges inte tillfälle att yttra sig. Om motparten ansöker om ändring av ett verkställbarhetsbeslut, följer i det andra skedet en kontradiktorisk process där även motparten får yttra sig.[7]

Utredningen föreslår kompletterande bestämmelser för exekvaturprövningen. Dessa bestämmelser följer den modell som i dag gäller för avgöranden som ska förklaras verkställbara enligt t.ex. Bryssel I-förordningen och Luganokonventionerna. Förslaget innebär bl.a. att det är Svea hovrätt som är behörig domstol i båda skedena, att hovrättens beslut med anledning av en ansökan om ändring får överklagas till Högsta domstolen och att prövningstillstånd krävs för Högsta domstolens prövning. För konventionsfallens del föreslås dessutom att den som ansöker om erkännande eller verkställbarhetsförklaring ska ge in avgörandet och att ett beslut med anledning av en ansökan om verkställbarhetsförklaring ska delges den som har rätt att ansöka om ändring. Liknande bestämmelser finns i underhållsförordningen. För underhållsförordningens del föreslås därutöver en bestämmelse om att hovrättens bifall i det första skedet till en ansökan om verkställbarhet ska anses innefatta ett beslut om kvarstad eller liknande åtgärd. Bestämmelsen och den artikel i förordningen som kompletteras har sin motsvarighet i Bryssel I-förordningen och lagen (2006:74) med kompletterande bestämmelser om domstols behörighet och om erkännande och internationell verkställighet av vissa avgöranden.

De avgöranden som är direkt verkställbara, eller som har förklarats vara verkställbara i Sverige, ska som huvudregel verkställas enligt svensk lag. Utredningen föreslår att det ska införas en bestämmelse i lag om att dessa avgöranden ska verkställas enligt utsökningsbalken på samma sätt som en motsvarande svensk dom.

Utredningen föreslår också att Sverige ska meddela kommissionen att Försäkringskassan, Kronofogdemyndigheten och socialnämnden är sådana svenska administrativa myndigheter

[7] Det finns även ett alternativt förfarande enligt konventionen men EU kommer sannolikt inte att tillämpa det. Det alternativa förfarandet innebär att motparten kommer till tals direkt.

som i frågor om underhåll likställs med domstol i underhållsförordningens mening. Motsvarande uppgift ska lämnas i fråga om 2007 års Haagkonvention, att de svenska administrativa myndigheternas beslut alltid uppfyller kraven i artikel 19.3 i 2007 års Haagkonvention, vilket innebär att dessa avgöranden inte behöver förses med en särskild handling i varje enskilt fall som utvisar att avgörandet kan bli föremål för överklagande till eller förnyad prövning av en rättslig myndighet och har liknande giltighet och verkan som ett avgörande av en rättslig myndighet i samma fråga.

Särskilt om avtal

Även ett avtal om underhållsskyldighet som har ingåtts inför eller bestyrkts av en administrativ myndighet kan erkännas och verkställas enligt underhållsförordningen och 2007 års Haagkonvention under vissa närmare angivna förhållanden om de är verkställbara i ursprungsstaten. Enligt underhållsförordningen är det även möjligt för parterna att träffa avtal om att domstolarna i en EU-medlemsstat, dit det finns viss närmare angiven anknytning, ska vara behöriga. Parterna kan också under vissa förutsättningar avtala om att en viss stats lag ska vara tillämplig enligt 2007 års Haagprotokoll. Det kan både gälla avtal om att en viss lag ska vara tillämplig på ett särskilt förfarande och avtal med generell giltighet.

För generellt tillämpliga lagvalsavtal ställs det upp vissa skyddsregler för den underhållsberättigade parten. Det är t.ex. inte möjligt att träffa sådana avtal när det gäller underhållsskyldighet mot en person under 18 år eller en vuxen som på grund av bristande eller nedsatt förmåga inte kan bevaka sina intressen. Vissa andra skyddsregler gäller också. Frågan om huruvida den underhållsberättigade kan avsäga sig sin rätt till underhåll ska bestämmas enligt lagen i den stat där den underhållsberättigade hade hemvist vid tidpunkten för avsägandet.

För alla lagvalsavtal gäller att om någon av parterna vid tidpunkten för valet av tillämplig lag inte var fullt informerad och medveten om konsekvenserna av sitt val, ska den lag som anvisas inte tillämpas om det skulle leda till uppenbart orättvisa och orimliga konsekvenser för någon av dem.

Förutsättningar och möjligheter att avtala om behörig domstol och tillämplig lag följer direkt av de internationella instrumenten. Utredningen föreslår inte några kompletterande bestämmelser i detta avseende. Det framhålls dock att advokater och andra juridiska rådgivare har anledning att särskilt uppmärksamma bestämmelserna om avtal om tillämplig lag, med hänsyn till att bristande information kan leda till att avtalet underkänns i en senare process.

Inte alla av de avtal som i dag, enligt svensk intern rätt, kan träffas om underhållsbidrag uppfyller i underhållsförordningen och 2007 års Haagkonvention uppställda krav för att kunna verkställas i ett annat land. Utredningen framhåller att det vore värdefullt om föräldrar och makar enligt svensk rätt kan träffa avtal om underhåll som är verkställbara utomlands i högre utsträckning än vad som är möjligt i dag. Det kräver dock att det i svensk rätt införs ett nytt system där avtal om underhåll kan registreras av eller ingås inför en myndighet, vilket fordrar ytterligare överväganden som inte ryms inom ramen för utredningens arbete.

Samarbete genom centralmyndigheter och deras åligganden

En centralmyndighet ska utses enligt både underhållsförordningen och 2007 års Haagkonvention. Centralmyndigheterna ska samarbeta med varandra och fullgöra de uppgifter som föreskrivs i respektive instrument. Dessa är i stort sett överensstämmande. Uppgifterna avser i huvudsak att bistå en sökande med att se till att ansökan innehåller den information och de handlingar som behövs, ta emot en ansökan gjord genom en centralmyndighet i ett annat land och vidarebefordra den till rätt myndighet i det egna landet samt på förfrågan bistå en annan centralmyndighet med olika uppgifter som krävs i ärenden enligt instrumenten eller själv göra en motsvarande förfrågan till en annan centralmyndighet. Ansökningar ska (underhållsförordningen) respektive får (2007 års Haagkonvention) göras på särskilt formulär, som har till syfte att minska översättningskostnaderna och underlätta kommunikationen centralmyndigheterna emellan.

För en enskild person är det valfritt att använda sig av centralmyndigheterna. Om centralmyndigheterna anlitas har den enskilde rätt till kostnadsfri hjälp i större utsträckning.

I samband med *ansökningar* som vidarebefordras från en annan stats centralmyndighet, ska den svenska centralmyndigheten vidta

alla lämpliga åtgärder för att t.ex. bistå med att lokalisera den underhållsskyldige eller den underhållsberättigade, bistå med att ta fram relevanta uppgifter om inkomst, uppmuntra till samförståndslösningar, underlätta pågående verkställighet och vara behjälplig med att fastställa föräldraskap. Vilken åtgärd som är lämplig i det enskilda fallet beror givetvis på vad saken gäller. Om ansökan gäller en verkställbarhetsförklaring kan centralmyndighetens hjälp bestå i att ansökan vidarebefordras till exekvaturmyndigheten (Svea hovrätt). Centralmyndigheten får begära komplettering av en ansökan och behöver inte behandla den om någon komplettering inte ges in.

En s.k. *framställning om en särskild åtgärd* som centralmyndigheten får från eller gör till en annan centralmyndighet utan att någon ansökan är aktuell kan handla om bistånd med att lokalisera den underhållsskyldige eller att ta fram uppgifter om ekonomiska förhållanden. På så sätt kan t.ex. en underhållsberättigad få vetskap om att den underhållsskyldige finns i staten, och utifrån beskedet om inkomst få en indikation på om det finns anledning att gå vidare med en ansökan om verkställighet.

Utredningen föreslår att regeringen bemyndigas i lag att utse centralmyndighet i Sverige enligt underhållsförordningen och 2007 års Haagkonvention. Enligt utredningens bedömning bör uppgiften att vara centralmyndighet anförtros Försäkringskassan. Försäkringskassan är redan i dag centralmyndighet enligt New York-konventionen, vilken kommer att fortsätta att gälla i förhållande till de konventionsstater som inte också tillträder 2007 års Haagkonvention, och har därmed kunskap om indrivning av underhåll i internationella situationer.

Centralmyndighetens uppgifter följer av underhållsförordningen och 2007 års Haagkonvention. De närmare ramarna för arbetet får utarbetas av centralmyndigheten. Utredningen föreslår att den svenska centralmyndighetens beslut att inte behandla en ansökan eller att inte bifalla en framställning om en särskild åtgärd från en utländsk centralmyndighet inte ska kunna överklagas. Ett sådant beslut vinner inte rättskraft och den utländska centralmyndigheten kan alltid återkomma med en ny ansökan. Utredningen har inte sett något behov av att utnyttja möjligheten att utse någon annan myndighet att utföra vissa av de uppgifter som enligt instrumenten ankommer på centralmyndigheten.

När det sedan gäller de uppgifter som ska inhämtas och vidarebefordras inom ramen för samarbetet enligt underhållsförordningen, bedömer utredningen att centralmyndigheten i samband med ansökningar om att erhålla eller ändra en dom angående underhållsbidrag har tillgång till de uppgifter som krävs, nämligen adressuppgifter. Om ansökan i stället gäller verkställighet kan Kronofogdemyndigheten, som verkställande myndighet, efterforska uppgifter om inkomst och tillgångar. För det fall ansökan gäller enbart erkännande eller verkställbarhet av ett avgörande är andra uppgifter än adressuppgifter ointressanta.

Om det är fråga om en framställning om särskilda åtgärder enligt underhållsförordningen, kan centralmyndigheten behöva ta fram ytterligare uppgifter utöver adressuppgifter. Detta gäller emellertid endast om den underhållsberättigade kan visa upp ett avgörande som ska verkställas. Centralmyndigheten måste då vidta lämpliga och rimliga åtgärder för att få fram uppgifter om huruvida svaranden har inkomster eller tillgångar i Sverige. I de flesta fall torde det vara tillräckligt att centralmyndigheten tar fram offentliga uppgifter om den underhållsskyldiges taxerade inkomst samt inkomst- respektive utgiftsräntor. Försäkringskassan kan därutöver ha uppgift om aktuell inkomst om den underhållsskyldige har fått en socialförsäkringsförmån. Dessa uppgifter torde vara tillräckliga i de allra flesta fall. Först därefter, om det finns anledning, bör centralmyndigheten gå vidare och tillfråga andra myndigheter. Det är då främst Kronofogdemyndigheten som kan ha uppgifter av intresse. Skyldigheten för Kronofogdemyndigheten att lämna uppgifter följer av underhållsförordningen och sekretess är inte något hinder för utlämnande av uppgifter, jfr 10 kap. 28 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL. Utredningen bedömer att det inte finns behov av att utse någon annan myndighet som ska vara behörig att tillhandahålla centralmyndigheten uppgifter enligt underhållsförordningen.

Enligt 2007 års Haagkonvention ska centralmyndigheten vidta alla lämpliga åtgärder för att bl.a. bistå med att lokalisera den underhållsskyldige eller den underhållsberättigade och ta fram uppgifter om inkomster. Det finns inte någon bestämmelse motsvarande den i underhållsförordningen som förpliktar andra myndigheter att lämna uppgifter till centralmyndigheten. Utredningen har inte heller ansett att det är nödvändigt att föreslå någon sådan bestämmelse. De offentliga uppgifter som centralmyndigheten har tillgång till anses normalt vara tillräckliga för att uppfylla skyldigheterna enligt konventionen.

Centralmyndigheten får, i förekommande fall, vidarebefordra även sekretesskyddade uppgifter till en utländsk centralmyndighet.

Underhållsförordningen kräver i detta avseende mer än 2007 års Haagkonvention men det ska fortfarande göras en bedömning av om det är lämpligt och rimligt att uppgiften överlämnas. Vidarebefordran av sekretessbelagda uppgifter enligt 2007 års Haagkonvention får ske om det är tillåtet enligt OSL.

Uppgifter som kommer till centralmyndigheten kan ha samband med ett ärende om underhållsstöd. De omfattas då av socialförsäkringssekretess (28 kap. 1 § OSL). I andra fall finns i dag inte någon sekretessbestämmelse som är tillämplig för centralmyndigheten. Utredningen föreslår att sekretessbestämmelsen i 28 kap. 1 § OSL görs tillämplig även på ärenden enligt underhållsförordningen och 2007 års Haagkonvention, liksom för ärenden enligt New York-konventionen. Utredningen föreslår också att det införs en sekretessbestämmelse i OSL för domstol i sådana ärenden.

Utredningen föreslår vidare att en bestämmelse införs i socialförsäkringsbalken som ger centralmyndigheten rätt att behandla personuppgifter enligt de nämnda instrumenten. Utredningen föreslår även att det ska vara tillåtet för centralmyndigheten att överföra personuppgifter till behöriga myndigheter i ett tredje land, dvs. en stat utanför EU och EES, om det är nödvändigt. I övrigt bedöms gällande rätt med avseende på behandling och bevarande av personuppgifter vara tillräcklig för att uppfylla skyldigheterna i underhållsförordningen och 2007 års Haagkonvention.

Direkta ansökningar

Både underhållsförordningen och 2007 års Haagkonvention bygger på att ansökningar görs genom centralmyndigheter, men det är inte något absolut krav. Det är fortfarande möjligt att göra en ansökan direkt till en behörig myndighet – en s.k. direkt ansökan. Sökanden ska även i dessa fall ges möjlighet till rättslig prövning. Det finns dock då inte någon skyldighet att i något fall tillhandahålla fri rättshjälp respektive kostnadsfritt rättsligt bistånd (jfr nedan). Samarbetsbestämmelserna blir inte heller tillämpliga, vilket innebär att sökanden inte kan få centralmyndighetens hjälp med att t.ex. lokalisera den underhållsskyldige eller att se till att ansökan är fullständig.

Rättshjälp och rättsligt bistånd

Både enligt både underhållsförordningen och 2007 års Haagkonvention är staterna skyldiga att ge parterna i en underhållstvist möjlighet till rättslig prövning. För att säkerställa denna möjlighet ska staterna tillhandahålla rättshjälp (underhållsförordningen) respektive rättsligt bistånd (2007 års Haagkonvention). Rättshjälpen i detta sammanhang har en annan innebörd än rättshjälp enligt rättshjälpslagen (1996:1619). Omfattningen av rättshjälpen respektive det rättsliga biståndet får bedömas från fall till fall, beroende på vad saken gäller.

I underhållsförordningen preciseras vad rättshjälpen i förekommande fall ska omfatta, såsom rättsligt bistånd att väcka talan inför en myndighet eller domstol och representation vid domstol, tolkning och översättning, befrielse från eller bidrag till rättegångskostnader och arvoden till personer som fått i uppdrag att vidta åtgärder under förfarandet. I 2007 års Haagkonvention ges exempel på vad det rättsliga biståndet kan omfatta, som t.ex. juridisk rådgivning. Staterna kan uppfylla sina skyldigheter även genom att centralmyndigheten ger allmänna upplysningar eller vidarebefordrar en ansökan till exekvaturmyndigheten.

När en ansökan görs av en underhållsberättigad person, genom en centralmyndighet, och avser underhållskyldighet som grundar sig på ett föräldra-barnförhållande till ett barn under 21 år ska fri rättshjälp respektive kostnadsfritt rättsligt bistånd tillhandahållas. I andra fall får rättshjälp och rättsligt bistånd lämnas under de förutsättningar som följer av nationell rätt, utifrån en behovs- och rimlighetsbedömning. Även ett offentligt organ som under vissa förutsättningar betraktas som underhållsberättigad, och som t.ex. har rätt till återbetalning för lämnat underhållsstöd, har rätt till rättshjälp och rättsligt bistånd.

När rättshjälp eller rättsligt bistånd ska lämnas genom ett rättshjälpsbiträde enligt rättshjälpslagen anser utredningen att utgångspunkten bör vara att rättshjälp ges under de förutsättningar och på de villkor som följer av rättshjälpslagen. För de fall där rättshjälpen eller det rättsliga biståndet ska vara kostnadsfritt föreslår utredningen att ett antal av bestämmelserna i rättshjälpslagen undantas från tillämpning. Det ska t.ex. inte göras någon prövning av sökandens ekonomiska underlag och det ska inte heller krävas särskilda skäl för att bevilja rättshjälp. Det innebär att rättshjälpen i dessa fall i sin helhet bekostas av staten.

Allmänna bestämmelser, slutbestämmelser och bilagda formulär

Instrumenten innehåller också allmänna bestämmelser och slutbestämmelser. Vissa av dessa är riktade till staterna och inte till tillämparen i ett enskilt fall, såsom bestämmelser om reservationer och undertecknande och tillträde till instrumenten.

Formulär har tagits fram och finns intagna som bilagor till underhållsförordningen och till 2007 års Haagkonvention. Dessa ska användas i olika situationer som nämns i enskilda artiklar, t.ex. i samband med ansökningar.

När det gäller språk och översättning, anser utredningen att Sverige bör godta att ansökningar och formulär ifylls på och översättningar görs till svenska, danska eller engelska (underhållsförordningen) respektive svenska, danska, engelska eller norska (2007 års Haagkonvention). Detta bör föreskrivas i förordningsform. Även kontakter mellan centralmyndigheterna bör kunna ske på de nämnda språken, för konventionens del utöver de föreskrivna språken engelska och franska. Om EU ger möjlighet till reservation mot användandet av franska bör dock Sverige enligt utredningens uppfattning meddela en sådan reservation.

Underhållsförordningens bestämmelser ska tillämpas på förfaranden som inleds, förlikningar som godkänns av eller ingås inför domstol och på officiella handlingar som fastställs efter det att förordningen börjar tillämpas, dvs. den 18 juni 2011. Bestämmelserna om erkännande, verkställbarhet och verkställighet kan under vissa förutsättningar tillämpas även på avgöranden som har meddelats dessförinnan. 2007 års Haagkonvention i sin tur ska vara tillämplig på ansökningar eller framställningar som mottagits av centralmyndigheten respektive den behöriga myndigheten (vid direkta ansökningar) i den anmodade staten efter det att konventionen trätt i kraft mellan staterna. Särskilda bestämmelser gäller erkännande och verkställighet för de stater som även är parter i 1958 års Haagkonvention och 1973 års Haagkonvention. 2007 års Haagprotokoll ska inte tillämpas på underhåll som har begärts i en stat med avseende på tiden före ikraftträdandet av protokollet. Inom EU ska protokollet i viss utsträckning tillämpas från och med den 18 juni 2011, dvs. när underhållsförordningen ska börja tillämpas, och då även när det gäller att fastställa tillämplig lag på underhåll som begärs avseende en tidsperiod som föregår protokollets ikraftträdande.

Införlivande av instrumenten och lagtekniska lösningar

Underhållsförordningen är en EU-förordning som kommer att gälla direkt i Sverige. Även 2007 års Haagprotokoll kommer att vara direkt tillämpligt i och med att EU har tillträtt protokollet och medlemsstaterna (med undantag för Danmark och Storbritannien) är genom EU:s tillträde bundna av protokollet.

I fråga om 2007 års Haagkonvention kan man, enligt vad utredningen erfarit, utifrån de förhandlingar som hittills har förts utgå från att EU kommer att tillträda konventionen. Sverige kommer då att bli bundet genom EU:s tillträde, vilket innebär att även 2007 års Haagkonvention kommer att bli direkt tillämplig i Sverige. Några förslag i fråga om införlivande av 2007 års Haagkonvention lämnas därför inte. Sverige kan inte heller på egen hand utvidga konventionens tillämpningsområde eller meddela reservationer mot enskilda bestämmelser, såvida detta inte uttryckligen tillåts av EU. Utredningen lämnar därför inte heller några sådana förslag.

Utredningens förslag till kompletterande bestämmelser till underhållsförordningen och 2007 års Haagkonvention har placerats i en egen lag.

Ikraftträdande och övergångsbestämmelser

Utredningens förslag till kompletterande bestämmelser bör träda i kraft samtidigt som underhållsförordningen, 2007 års Haagkonvention och 2007 års Haagprotokoll. Underhållsförordningen och 2007 års Haagprotokoll ska börja tillämpas den 18 juni 2011. Det är ännu oklart om detsamma kommer att gälla för 2007 års Haagkonvention. Det bör därför överlämnas till regeringen att bestämma tidpunkten för när den föreslagna lagstiftningen ska träda i kraft.

Utredningens förslag till kompletterande bestämmelser kräver inga övergångsbestämmelser. Däremot föreslås övergångsbestämmelser när det gäller förslagen att ändra bestämmelserna om domstols behörighet och lagval i lagen om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap. En domstols behörighet i fråga om underhåll i ett mål som anhängiggjorts enligt 3 kap. 6 eller 12 § före ikraftträdandet ska inte gå förlorad. Sådana mål ska prövas enligt äldre rätt.

Rätt och religion i ett mångkulturellt samhälle

Den globala migrationen sätter press på de nationella juridiska systemen. Det visar inte minst den muslimska morgongåvan *mahr*[1].

MAHR VID SVENSK DOMSTOL

De 29 mars 2017 avkunnade Högsta domstolen (HD) två domar i mål avseende avtal om *mahr*, i Sverige populärt kallade avtal om den "islamiska morgongåvan" eller, mer tidsenligt, "avtal om hustruns äktenskapliga garantibelopp". Tvisterna handlade om huruvida avtal om mahr, giltigt ingångna i utlandet, kan genomföras med stöd av det svenska rättssystemet.

I både målen härstammade makarna från Iran. Äktenskapet, inklusive avtalet om mahr, ingicks i Iran medan den ena maken fortfarande bodde där. Äktenskapet slutade i skilsmässa vid svensk domstol. Hustrun krävde då att få ut det avtalade men fortfarande obetalda beloppet, motsvarande drygt 1,5 miljoner svenska kronor, men mannen vägrade att betala. Enligt honom hade avtalet kommit till för formens och skens skull, under påtryckningar. Enligt hustrun återgav avtalet vad makarna kommit överens om i enlighet med i Iran gällande lagar och kutymer.

Grundläggande fri- och rättigheter drogs in i båda parternas argumentation. I männens yrkanden spelar värdegrunden i ett sekulärt samhälle om lika rättigheter för kvinnor och män en central roll, medan kvinnornas argumentation *vid första intrycket* söker stöd i religiöst och kulturellt präglade muslimska traditioner. Männen stödde alltså sin talan på svensk lag medan kvinnornas talan, för att vinna gehör, förutsätter att avtalet om mahr bedöms enligt iransk lag. Mahr-målen visar att samhällets nya kulturella eller trosbaserade mångfald har en juridisk dimension. Vilket utrymme traditioner och en religion kan ges kan bli beroende av om svensk eller utländsk lag är att tillämpa i tvisten.

PRESENTATION

Maarit Jänterä-Jareborg är professor i internationell privat- och processrätt vid Uppsala universitet och ordförande för Stiftelsen Riksbankens Jubileumsfond. Hennes forskning handlar huvudsakligen om internationell familjerätt och om juridiska utmaningar i ett mångkulturellt samhälle. Hon var en initiativtagare till ett av Sveriges största interdisciplinära forskningsprogram med juridik involverad, The Impact of Religion: Challenges for Society, Law and Democracy, finansierat av Vetenskapsrådet som ett Centre of Excellence 2008–2018.

Tvärtemot vad många tycks tro är det fullt möjligt – och i vissa fall till och med obligatoriskt – att svensk domstol avgör en tvist i enlighet med utländska rättsregler. Så är fallet när parterna har den starkaste anknytningen till utlandet eller har avtalat om tillämpning av utländsk lag. Principen om "allas likhet inför lagen" i bemärkelsen att samma regler gäller för alla i Sverige, måste alltså nyanseras i utlandsanknutna situationer. HD:s prövning kom därför att avse om iransk eller svensk lag var att tillämpa.

EN "LEX FORISM" TILL MÄNNENS FÖRDEL

HD ställde sig bakom männens linje. HD kom nämligen fram till *att* yrkandet utifrån svensk rättssystematik närmast är att kvalificera som avseende ett äktenskaps förmögenhetsrättsliga verkningar, *att* avtalet om mahr inte uppfyllde sådana villkor som ska ställas på ett giltigt lagvalsavtal, *att* makarna hade fått hemvist i Sverige vid äktenskapets ingående och *att* svensk lag under de föreliggande omständigheterna var tillämplig, enligt lagen (1990:272) om internationella rättsförhållanden rörande makars och sambors förmögenhetsförhållanden (LIMF). Något mahr kunde enligt HD följaktligen inte dömas ut, eftersom institutet saknar motsvarighet i äktenskapsbalken.

Jag är i flera hänseenden kritisk mot HD:s bedömningar och ser dem som uttryck för en överdriven "lex forism", dvs. en strävan att kunna bedöma utlandsanknutna mål med tillämpning av svensk lag. Bedömningarna blir inte heller begränsade till det svenska rättssystemets möte med en islamiskt präglad rättsordning. Det är inte helt lyckat när en prejudikatbildning sker i en så pass "säregen" kontext. Jag kommer att utveckla min kritik nedan.

MÅNGKULTURENS RÄTTSLIGA GRÄNSER

Målen om mahr illustrerar hur den globala migrationen sätter press på det svenska rättssystemet även utanför migrationsdomstolarna. Allmänna domstolar möter allt oftare kulturellt och religiöst motiverade anspråk i civilrättsliga tvister. Europeisk forskning inom ämnet internationell privat- och processrätt (och disciplinen rättsantropologi) visar hur migranter i ett nytt land, där de utgör en etnisk eller religiös minoritetsgrupp, ofta lever under parallella normsystem. Det kan vara ett frivilligt val eller en nödvändighet, i syfte att undvika uppkomsten av "haltande" familjeförhållanden. Ett äktenskap kan sålunda behöva ingås och upplösas i både sekulär och religiös ordning för att man ska uppnå avsedd effekt. De tillämpliga normerna utgörs dels av statliga rättssystem – såväl det nya landets som ursprungslandets, dels av gruppens traditioner, kultur eller en religiös tolkning. Problematiken har vidare en uppenbar men *komplex genusdimension*, som jag kommer att utveckla mot slutet av artikeln.

Beskedet att HD beviljat prövningstillstånd i de nu aktuella målen gav den högerextrema nättidningen *Nya Tider* anledning att omgående kabla ut budskapet "Högsta domstolen öppnar för sharialagar i Sverige". Nyheten uppmärksammades även utanför Sveriges gränser. Det som kanske fascinerade utländska observatörer mest – och väckte förväntningar – var att Sveriges högsta domstol var beredd att ge sig i kast med ett huvudsakligen religiöst motiverat rättsinstitut.

Ett syfte med detta bidrag är att visa att det är en grov förenkling att alltid utgå från att en tillämpning av den formellt jämställda svenska rätten i slutändan är till kvinnans fördel och att "sharialagar" är genomgående förkastliga. Det är också en förenkling att utgå från att svensk lag, i kombinationen av civilrättsliga och socialrättsliga regelverk, kan täcka alla skyddsbehov. HD:s domar är utförligt skrivna och ger en allsidig och läsvärd redogörelse för rättsinstitutet mahr.

> JAG ÄR I FLERA HÄNSEENDEN KRITISK MOT HD:S BEDÖMNINGAR OCH SER DEM SOM UTTRYCK FÖR EN ÖVERDRIVEN "LEX FORISM".

NÄRMARE OM "MAHR"

Mahr nämns i Koranen och uppfattas som en primärt religiös förpliktelse för att stärka kvinnans ställning i äktenskapet. Mahr är en obligatorisk del av det islamiska äktenskapskontraktet och innebär ett åtagande från mannen att föra över egendom till hustrun, som hon blir ensam ägare till och självständigt förfogar över. Egendomsöverlåtelsen kan ske vid äktenskapets ingående eller under äktenskapet. Förpliktelsen ska fullgöras senast när äktenskapet upplöses. Mahr främjar idén om stabila äktenskap då ett värdemässigt betydande belopp förväntas avskräcka mannen från att ta initiativ till skilsmässa. Det är en viktig aspekt i en muslimsk context där en kvinnas möjligheter att begära skilsmässa är begränsade.[2] Om kvinnan själv vill skiljas kan hon förhandla fram en äktenskapsskill-

1 En tidigare, "populärvetenskaplig" version av denna artikel har utgetts i årsboken för Riksbankens Jubileumsfond 2017/2018 Religionen tur och retur, Makadam förlag 2017, s. 159–170.

2 Den muslimska rätten genomsyras samtidigt av en hos oss föga uppmärksammad flexibilitet. Bland de välutbildade är det vanligt att vid äktenskapets ingående även avtala om på vilka grunder var och en av parterna ska kunna ansöka om äktenskapsskillnad. Sådana avtal brukar respekteras i olika muslimska länder och traditioner.

PRAKTISK JURIDIK

> I NÅGRA FALL HAR DOMSTOLEN KOMMIT FRAM TILL ATT UTLÄNDSK LAG (TILLHÖRANDE EN MUSLIMSK RÄTTSORDNING) SKA TILLÄMPAS OCH DÖMT UT MAHR, PÅ DEN ENA ELLER ANDRA GRUNDEN.

nad genom att avstå från ett obetalt mahr.

Sådana synsätt är givetvis svårförenliga med den jämställda svenska äktenskaps- och skilsmässolagstiftningen. I Sverige gäller dessutom sedan år 1974 att en talan om äktenskapsskillnad vid svensk domstol alltid ska prövas enligt svensk rätt, 3 kap. 4 § lagen (1904:26 s. 1) om internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap (IÄL). (I undantagsfall när makarnas anknytning till Sverige är svag kan dock en starkare berörd utländsk rättsordnings inställning emot äktenskapsskillnad beaktas och talan ogillas, enligt samma §.) Men såsom jag senare kommer att utveckla kan ett avtal om mahr vara det enda effektiva verktyget för att genomföra kvinnans – och barnets – rättigheter i exempelvis en vårdnadstvist över landgränserna. Avtal om mahr synes även ha en stark symbolisk betydelse bland många av Sveriges muslimer.

DET SVENSKA PREJUDIKATINTRESSET

De nu aktuella domarna föregicks av en lång kedja av motstridiga avgöranden från underrätter i tvister om mahr. Det första kända målet, bland ett tiotal identifierade fall, är från början av 1990-talet, *RH 1993:116*. Ett annat refererat hovrättsavgörande är *RH 2005:66*. Härutöver lär utomrättsliga förlikningar om mahr vara vanliga, såväl inom trossamfundet som genom förmedling av juridiska ombud.

I de tidigare avgjorda mahr-målen spretar de lägre rättsinstansernas bedömningar åt olika håll, även när omständigheterna har mycket gemensamt. Det har handlat om avtal ingångna i anslutning till vigseln i ett s.k. muslimskt land. De olika bedömningarna finner en förklaring i att domstolarna har funnit det svårt att relatera yrkanden om mahr till den svenska rättssystematiken. Ibland har avtalet bedömts handla om makars förmögenhetsförhållanden och bodelning inom äktenskapet, såsom i målet RH 2005:66, ibland har det betraktats som närmast liknande underhållsskyldighet gentemot hustrun, såsom i målet RH 1993:116, och i något fall har det kvalificerats som ett allmänt förmögenhetsrättsligt betalningsåtagande, underkastat den allmänna tioåriga preskriptionsregeln i Sverige.[3] Det har även hänt att avtalet om mahr har kvalificerats som en utfästelse av gåva, eller som ett eget rättsinstitut.[4] I flertalet fall har domstolen funnit svensk lag gälla och har ogillat yrkandet. Men i några fall har domstolen kommit fram till att utländsk lag (tillhörande en muslimsk rättsordning) ska tillämpas och dömt ut mahr, på den ena eller andra grunden.

Hur ett yrkande kvalificeras av domstolen avgör inte minst enligt vilken rättsordning det ska bedömas. En äktenskapsförmögenhetsrättslig kvalifikation föranleder i dagsläget en tillämpning av lagvalsreglerna i den tidigare nämnda internationellrättsliga lagen om makars förmögenhetsförhållanden, LIMF, medan en kvalifikation som en fråga om underhåll torde medföra en tillämpning av EU:s underhållsförordning kompletterad med protokollet om tillämplig lag för rätten till underhåll.[5] En avtalsrättslig kvalifikation kan aktualisera en tillämpning av i Sverige gällande allmänna internationellt privaträttsliga principer, osv.[6] De högst varierande bedömningarna, trots en enighet om att kvalifikationen enligt huvudregeln ska ske enligt svensk lag, har skapat rättsosäkerhet om hur det svenska rättssystemet förhåller sig till mahr.[7] Därför var det befogat att HD beslutade att ta frågan upp till prövning. HD påpekar i domarna att avtal om mahr kan vara utformade på olika sätt och inte kan dras över en kam.

NÄRMARE OM OMSTÄNDIGHETERNA I MÅLEN VID HD

Som är väl känt följer Iran den shiamuslimska inriktningen och tolkningen av islam. Makarna hade i samtliga fall ingått sitt äktenskap enligt rådande muslimsk ordning i Iran medan de var medborgare där. I samband med vigseln ingick de ett avtal om hustruns mahr. I den tvistiga delen handlade avtalet om så kallat uppskjutet mahr (*mahr muakhar*) som fastställs vid äktenskapets ingående men som förfaller till betalning först när hustrun så yrkar.

Makarna bildade (eller avsåg bilda) sitt gemensamma hem i Sverige, där maken i det första fallet och hustrun i det andra fallet redan var bosatt, och de blev senare svenska medborgare. Det dröjde ungefär ett år innan den i Iran bosatta parten kunde flytta till Sverige. Efter äktenskapsskillnad i Sverige krävde hustrun att få ut det icke-betalda mahrbeloppet.

Fall 1: Mahr bestående av 690 guldmynt

I det första fallet hade makarna avtalat om ett mahr på 690 guldmynt "av slaget Bahar Azadi första graden 'New Design' eller värdet av mynten enligt guldkursen på betalningsdagen", vid sidan av ett exemplar av Koranen, en spegel, blommor och ett par ljusstakar. Föremålen skulle lämnas omgående vid äktenskapets ingående, medan guldmynten (eller deras värde) skulle betalas på begäran av hustrun. Enligt mannens version hade hustrun vid äktenskapets ingående lovat honom att hon aldrig skulle framställa några krav på det obetalda mahr. Avtalet kom till under påtryckning av hustruns far och som ett formellt krav för ett giltigt äktenskap i Iran. Äktenskapet upplöstes efter 17 år vid en svensk tingsrätt på makens talan. De avtalade guldmyntens värde bedömdes motsvara 1 500 000 svenska kronor.

Samtliga rättsinstanser ansåg att avtalet närmast liknade ett anspråk rörande ett äktenskaps förmögenhetsrättsliga verkningar, och därför föll in under lagvalsreglerna i 1990 års LIMF. Samtliga domstolar kom vidare fram till att LIMF i detta fall föranledde en tillämpning av svensk lag. Hustruns yrkande ogillades, eftersom en utfästelse om mahr inte kan göras gällande enligt svensk rätt. HD avgjorde målet den 29 mars 2017. Domen har sedermera fått referatet *NJA 2017 s. 168*.

Fall 2: Mahr bestående av 700 guldmynt

Avtalet i det andra fallet är påfallande likt det första. Makarna hade avtalat om 700 guldmynt Bahar Azadi, ett exemplar av Koranen, en spegel och ett par ljusstakar som mahr till hustrun.[8] Bara några månader efter att maken kommit till Sverige ansökte hustrun om skilsmässa vid svensk domstol och senare om utbetalning av värdet av de 700 guldmynten (drygt 1 500 000 kronor). Maken kom senare att beviljas permanent uppehållstillstånd i Sverige och han blev även svensk medborgare.

Fallet hann valsa runt i de lägre rättsinstanserna ett par gånger innan det kom till HD, mycket på grund av parternas sätt att föra sin talan. De involverade lägre rättsinstanserna kom fram till olika bedömningar avseende huruvida iransk eller svensk lag gäller, samtidigt som de ansåg att tvisten utifrån svensk rättssystematik närmast handlar om en tvist om makars förmögenhetsförhållanden. I den dom som HD avkunnade den 29 mars 2017, samma dag som domen i NJA 2017 s. 168, underkänner HD den slutsats som Hovrätten för Övre Norrland kommit fram till, nämligen att mahr-avtalet innefattade ett avtal om tillämpning av iransk lag. I stället ska enligt HD svensk lag tillämpas, ifall målet återupptas (!) av tingsrätten. Utsikten att få ut mahr är i så fall obefintlig av hänsyn till prejudikatet i NJA 2017 s. 168.

MAHR OCH SVENSK RÄTT

Mahr har relevans i alla muslimska länder och rättsordningar. Kulturella skillnader förekommer dock och praxis har varierat över tid. Medan mahr mot slutet av Pahlavi-regimen, det vill säga perioden fram till 1979, bland Irans välutbildade befolkning hade utvecklats till något rent symboliskt utan förmögenhetsvärde, har de avtalade tillgångarna de senaste decennierna ofta nått mycket höga nivåer, helt bortom mannens förmåga att någonsin betala. Att inte betala är straffbelagt och många iranska män sitter i fängelse med anledning av sin försummelse eller oförmåga att betala. För att komma åt den ständigt stigande nivån har det iranska parlamentet emellertid infört regler om rättsligt genomförbara maximinivåer av mahr. I nuläget går gränsen vid 110 guldmynt av slaget Bahar, vilket motsvarar drygt 240 000 kronor.[9] För att få ut ett avtalat högre mahr måste kvinnan kunna bevisa att mannen förmår betala det.

Eftersom mahr i den islamiska traditionen är något som hör till ett äktenskap är regleringen i äktenskapsbalken (SFS 1987:230) det naturliga jämförelseobjektet. Studier som Margareta Brattström och Mosa Sayed genomfört visar dock tydligt att det muslimska mahr-institutet inte går att likställa med ex-

> EFTERSOM MAHR I DEN ISLAMISKA TRADITIONEN ÄR NÅGOT SOM HÖR TILL ETT ÄKTENSKAP ÄR REGLERINGEN I ÄKTENSKAPSBALKEN (SFS 1987:230) DET NATURLIGA JÄMFÖRELSEOBJEKTET.

3 Se Hovrättens för Västra Sverige dom den 21 februari 2013, i mål T 5151-11. Se även Göteborgs TR i mål nr Ö 3216-15.
4 För gåva, se Solna TR i målet nr T 2415-15. Vad gäller synen på mahr som ett säreget rättsinstitut, se resonemanget i t.ex. mål nr T 1861-15 (= det andra av HD prövade målet).
5 Se rådets förordning (EG) nr 4/2009 av den 18 december 2008 om domstols behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet samt samarbete i fråga om underhållsskyldighet. Se även Haagprotokollet av den 27 november om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet, till vilken förordningens art. 15 hänvisar. Huruvida mahr-avtal kan omfattas har dock inte prövats av EU-domstolen.
6 En tillämpning av EU:s s.k. Rom I-förordning om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (EG, nr 593/2008) synes utesluten, primärt på grund av att den förordningen inte gäller för förpliktelser som har sin grund i familjeförhållanden, art. 1.2 b.
7 När tvisten handlar om ett för domstolslandets rättssystem typfrämmade rättsinstitut framstår det som naturligt att "snegla" åt hur yrkandet kvalificeras i det andra berörda rättssystemet. Ett lagval sker sällan "i limbo", med ovisshet om vilka länders rättsordningar som kan bli aktuella.
8 Mål nr T 1861-15.
9 Jag tackar den iranska människorättsjuristen Sedigheh Vasmaghi för denna information. Värdet i svenska kronor är inte statiskt.

PRAKTISK JURIDIK

HD:S DOMAR VISAR EN TYDLIG MOTVILJA ATT I SVERIGE UPPRÄTTHÅLLA I UTLANDET GILTIGT INGÅNGNA AVTAL OM MAHR.

empelvis gåvor eller utfästelser av gåvor mellan makar eller med bodelning eller underhållsskyldighet mellan makar.[10] HD:s genomgång i NJA 2017 s. 168 ger i princip samma resultat, med beaktande av de rättsvetenskapliga studierna. I det målet ansågs avtalet närmast motsvara ett föravtal om framtida partiell bodelning och inte giltigt enligt svensk rätt.

Regleringen i LIMF är dock inte begränsad till ett utpekande av den lag som enligt parternas avtal eller på subsidiära grunder ska styra över förmögenhetsförhållandena i ett äktenskap. Lagen syftar även till att säkerställa att rättshandlingar mellan makar avseende förmögenhetsförhållanden i äktenskapet som blev giltiga när de företogs inte senare ska frånkännas giltighet, 5 §. Giltighetsfrågan ska i första hand avgöras enligt den lag som vid tidpunkten för rättshandlingen gällde för makars förmögenhetsförhållanden. Om rättshandlingen företas före äktenskapet är den giltig, om den stämmer överens med den lag som blir tillämplig när makarna ingår äktenskap. Enligt propositionen ska bestämmelsen inte tolkas motsatsvis så att en rättshandling måste anses ogiltig, om den inte står i överensstämmelse med den för rättshandlingen tillämpliga lagen. "I vart fall bör man vara återhållsam med att underkänna rättshandlingar som makarna med visst fog har utgått från skall gälla", anförs det.[11] Det är viktigt att inte tappa bort 5 § LIMF och dessa uttalanden, vid analysen av HD:s domar om mahr.

ANALYS AV DOMARNA

HD:s domar visar en tydlig motvilja att i Sverige upprätthålla i utlandet giltigt ingångna avtal om mahr, i vart fall under sådana omständigheter som förelåg i de aktuella fallen.

Huvudregeln för lagvalet enligt LIMF är tillämpning av den av makarna avtalade lagen, 3 §. Enligt HD kan makarnas avtal om mahr inte anses innefatta ett avtal om tillämplig lag för den äktenskapliga förmögenheten. När tillämplig lag inte har bestämts genom ett avtal gäller enligt 4 § 1 st. LIMF lagen i den stat där makarna tog hemvist när de gifte sig. Om båda makarna senare tagit hemvist i en annan stat och varit bosatta där i minst två år tillämpas enligt 4 § 2 st. i stället den statens lag. I och med att makarnas avsikt var att Sverige skulle bli hemviststaten, ska makarna vid äktenskapets ingående anses ha tagit hemvist i Sverige, enligt HD.[12]

När svensk lag väl bedömts vara tillämplig drogs slutsatsen att avtalet om mahr inte kunde ges effekt. Enligt HD, i NJA 2017 s. 168, skulle avtalets tillämpning "föra med sig avsevärda avsteg från den svenska familjerättsliga regleringen och de principer som bär upp den".[13] HD hänvisar till den svenska rättens restriktiva syn på makars avtal om framtida förmögenhetsöverföringar. Den internationellt privaträttsliga hemvistprincipen, som enligt HD ska tillämpas, anges bygga på tanken att personer har sin starkaste anknytning till landet där de lever och att familjelagstiftningen har samband med den sociala lagstiftning som finns.[14] "Det skydd som kan följa av mahr uppnås enligt svensk rätt inte genom avtal utan i stället genom lagstiftning", anför HD och avslutar: "Det är därför svensk materiell rätt som avgör avtalets giltighet, om svensk lag utpekats för prövningen."[15] Dessa argument väger enligt HD tyngre än att makarna vid avtalets ingående kan ha utgått från avtalets giltighet och att underkännandet i Sverige kan "få stora och oförutsedda återverkningar för makarna, särskilt om värdet av mahr är högt", och även kan leda till en för dem "oklar och praktiskt svårhanterlig situation".[16]

Det andra målet kom väsentligen att handla om huruvida avtalet om mahr kunde anses innefatta ett avtal om tillämpning av iransk lag för förmögenhetsförhållandena i äktenskapet. Det är ett naturligt fokus, med hänsyn till äktenskapets korta längd och avtalets ekonomiska värde. Hustruns processföring i målet gick väsentligen ut på att parterna varit överens om tillämpning av iransk lag, med beaktande av att avtalet hade ingåtts i Iran av två iranska medborgare i enlighet med iransk lag och med referenser på persiska.

Utgången i HD:s domar var oväntad, av flera skäl. Den är svårförenlig med den ovan diskuterade bestämmelsen i 5 § LIMF och propositionsuttalandena om vikten att respektera mellan makarna ingångna rättshandlingar. Det första refererade avgörandet om "mahr", RH 1993:116, hade dessutom tydligt signalerat en öppenhet att vid svensk domstol pröva och ge effekt åt detta för svensk rätt typfrämmande rättsinstitut. Domstolen avfärdade då tanken att en tillämpning av ett typfrämmande rättsinstitut med automatik skulle strida mot grunderna i den svenska rättsordningen. En motsvarande öppenhet kommer till uttryck i det andra refererade hovrättsfallet RH 2005:66.

LAGVALSAVTALETS GILTIGHET

Såsom nämnts är huvudregeln enligt LIMF tillämpning av den av makarna avtalade lagen, 3 §. Avtalen om mahr ansågs av HD inte innefatta ett lagvalsavtal. Visserligen behöver avtalet inte uttryckligen utpeka den tillämpliga lagen, men skriftlighetskravet på ett lagvalsavtal enligt LIMF måste enligt HD ändå anses förutsätta en större tydlighet. Mot att avtalet om mahr innefattade ett lagvalsavtal talade, i NJA 2017 s. 168, enligt HD, även att ett lagvalsavtal enligt svensk internationell privaträtt ska avse makarnas egendom i dess helhet. Hustruns processföring i målet gick ut på att svensk lag gällde som äktenskapligt egendomsstatut men att avtalet om mahr var att bedöma enligt iransk lag. HD:s påpekande om att ett lagvalsavtal ska avse makarnas egendomsförhållanden i dessas helhet är korrekt, men måste samtidigt sättas i relation till 5 § LIMF och betydelsen av att inte frånkänna rättshandlingar giltighet när makar på goda grunder kan ha utgått från att de gäller.

De stränga krav som HD ställer på ett lagvalsavtal slår med råge den i propositionsuttalandena antydda nivån. Dessa gör inledningsvis klart att avtalet ska vara skriftligt – "Muntliga avtal godtas således inte" – men därutöver behöver avtalet inte ingås i någon speciell form.[17]

"Sannolikt kommer många makar att använda sig av ett äktenskapsförord. Men man kan också tänka sig att den gemensamma viljan om lagvalet kommer till uttryck i ett inbördes testamente eller en bodelningshandling. Huruvida en handling skall anges innefatta en överenskommelse om lagval får avgöras efter en tolkning av ordalydelsen. Denna kan direkt uttrycka att ett visst lands lag skall tillämpas på makarnas förhållanden. Det kan emellertid också framgå mer indirekt att makarna varit överens om ett visst lagval. I ett sådant fall kan den enda rimliga tolkningen vara att makarna har avtalat att ett visst lands lag skall tillämpas."

HD:s krav riskerar skapa förvirring långt utöver mahr-målen. Medför kraven att äktenskapsförord där makar förordnar vilken egendom som ska vara enskild (och vilken egendom giftorättsgods) och som inte har upphävts eller ersätts av annat efter att makarna flyttat från Sverige till utlandet, inte kan anses innefatta konkluderta avtal om tillämpning av svensk lag? Situationen är inte ovanlig bland exempelvis svenska pensionärer som flyttat till Spanien, Frankrike, Portugal eller något annat land. Utlandssvenskar ingår vidare inte sällan äktenskapsförord enligt svensk lag, utan att uttryckligen avtala om tillämpning av svensk lag. De nya mahr-domarna skapar osäkerhet som särskilt makarnas efterlevande kan ha ett intresse av att utnyttja till egen fördel.

HEMVISTBEDÖMNINGEN

Såsom nämnts kom HD fram till att makarna hade tagit hemvist i Sverige vid äktenskapets ingående, eftersom detta varit deras avsikt. Här sker en enligt min mening oväntad prejudikatbildning, låt vara att en sådan här tolkning har förfäkts i svensk doktrin av bland andra Michael Bogdan.[18] Tolkningen har stöttats med hänvisning till propositionsuttalanden, enligt vilka "man givetvis inte [kan] begränsa sig till att beakta förhållandena vid dagen för vigseln". "Makarnas avsikt att etablera sig i ett visst land kanske inte realiseras förrän någon tid därefter och det blir då lagen i det landet som skall tillämpas", förtydligar propositionen.[19] Och även om frågan om hemvistkravet är att bedöma individuellt för makarna, påverkas den av den andres förhållanden.[20]

Svagheten i en sådan här efterhandsbedömning är att konstruktionen förutsätter att den andra makens planerade hemvistbyte blir av. Den tonar ner det internationellt privaträttsliga hemvistbegreppets *objektiva rekvisit*, som förutsätter faktisk vistelse i ett land, till förmån för det *subjektiva rekvisitet*, nämligen avsikten att bosätta sig i det nya landet på ett varaktigt sätt.

Hemvistbedömningen framstår som särskilt tveksam i det andra målet, där makarnas äktenskap upplöstes i direkt anslutning till makens ankomst till Sverige. Omständigheterna liknar dem i målet RH

DE NYA MAHR-DOMARNA SKAPAR OSÄKERHET SOM SÄRSKILT MAKARNAS EFTERLEVANDE KAN HA ETT INTRESSE AV ATT UTNYTTJA TILL EGEN FÖRDEL.

10 Se Margareta Brattström & Mosa Sayed, "Behandling av mahr i samband med bodelning enligt svensk rätt", Juridisk Publikation, 2012:2, s. 207–226.
11 Prop. 1989/90:87 (om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden), s. 46.
12 NJA 2017 s. 168, p. 25 och p. 27. Se även domen i det andra fallet, mål nr T 1861-15, p. 32–33.
13 NJA 2017 s. 168, p. 35 i domen.
14 NJA 2017 s. 168, p. 36.
15 NJA 2017 s. 168, p. 36.
16 NJA 2017 s. 168, p. 35.
17 Prop. 1989/90:87, s. 41.
18 Se Michael Bogdan, Svensk rättspraxis i internationell privat- och processrätt 2001–2005, Svensk Juristtidning 2006, s. 612 f. (som kritik av bedömningen i RH 2005:66).
19 Prop.1989/90:87, s. 44.
20 Prop. 1989/90, s. 44.

PRAKTISK JURIDIK

EN UTMANING FÖR DOMSTOLARNA ÄR ATT BEDÖMA VAD SOM ÄR SANT NÄR PARTERNA HÄNVISAR TILL UPPGÖRELSER I FJÄRRAN LÄNDER OCH TILL ANDRA RÄTTSSYSTEM OCH TRADITIONER.

2005:66 där makarna inte bedömdes ha haft hemvist i samma stat under äktenskapet. Även i det fallet blev det en äktenskapsskillnad strax efter den utlandsbosatta hustruns ankomst från Iran till Sverige. Hustrun ansågs inte ha förvärvat hemvist i Sverige, varför iransk lag bedömdes vara tillämplig som lagen i den stat till vilken äktenskapet hade sin närmaste anknytning. Skillnaden mellan fallen, nämligen att hustruns uppehållstillstånd i RH 2005:66 inte blev förnyat och att hon därefter vistades illegalt i Sverige i motsats till (den resursstarke) mannen i HD:s andra mahr-dom, borde som hänförlig till omständigheter efter äktenskapsskillnaden sakna relevans. Även i äktenskapet bakom RH 2005:66 måste makarnas avsikt ha varit att bilda hemvist i Sverige.

GENUSASPEKTER

Det är viktigt att framhålla att en eventuell tillämpning av islamisk rätt i fall som dessa inte på något sätt innebär att sharialagarna upphöjs till särlagstiftning, tvärtemot vad som stundom hävdas i debatten. Det är i stället fråga om att inom ramen för det egna landets internationella privaträtt ge effekt åt "den närmaste anknytningens lag", vilket av hävd utgör en del av ett civiliserat umgänge mellan länder. En annars tillämplig utländsk lag får ge vika endast i händelse av en grundläggande konflikt med den svenska rättsordningen. Genom en sådan möjlighet att skipa "shariarätt" vid Sveriges domstolar saknas det behov att öppna för "shariaråd" eller liknande. Vad som dömts ut genom svensk domstols beslut är dessutom direkt verkställbart i Sverige.

Men går det att bortse från att den muslimska rätten bygger på en föreställning om kvinnors och mäns separata och komplementära roller i samhället och det privata? Går mahr, som endast kan förplikta en man, att förena med principen om jämställdhet mellan kvinnor och män? Männen i målen vid västerländska domstolar brukar förneka detta. Till saken hör också en farhåga om otillbörligt gynnande av den muslimska kvinnan, om hon ges rätt till fördelar enligt två helt olikt konstruerade rättssystem. I målet NJA 2017 s. 168 tog de lägre rättsinstanserna bestämt avstånd från att hustrun utöver det svenska giftorättsskyddet även skulle kunna göra anspråk på mahr. Den internationella privaträttens sällan uppmärksammade lösning för sådana fall kallas anpassning. Ett avtal om mahr skulle enligt den modellen exempelvis kunna beaktas i samband med bodelning som en omständighet av relevans vid jämkning enligt 12 kap. ÄktB eller enligt 36 § avtalslagen.[21]

Ställningstagandet bör inte heller bortse från följande. Människor upphör inte att vara delaktiga i tidigare gällande normsystem bara genom sin flyttning till Sverige. Många behåller dessutom starka band till ursprungslandet, besöker landet så ofta som möjligt och utesluter inte att senare flytta tillbaka dit. Under hösten 2016 rapporterade media om en svensk-iransk vårdnadstvist där fadern efter äktenskapsskillnaden i Sverige hade fört den minderåriga sonen från Sverige till Iran utan den vårdnadshavande moderns samtycke. Genom att ställa anspråk på sitt avtalade mahr – och sedan avstå från det – kunde den före detta hustrun tvinga fram sonens överlämnande från Iran till Sverige.[22]

Utgången illustrerar hur utfästelsen om mahr kan stärka en kvinnas rättsställning även i en vårdnadstvist och är alltså inte begränsad till att ge henne ekonomisk trygghet i händelse av skilsmässa. Medan moderns föräldrarättigheter enligt den rådande synen i islam är underkastade faderns förmynderskap över barnet och det är fadern som bestämmer i vilket land barnet ska bo, är det brottsligt i Iran att inte betala avtalat mahr. Utan sitt anspråk på mahr hade kvinnan inte kunnat åstadkomma sonens återlämnande till Sverige. Iran har nämligen inte ratificerat sådana internationella konventioner som förpliktar stater att bekämpa olovligt bortförande av barn.[23] HD:s uttalanden i NJA 2017 s. 168 om att lagstiftningen i Sverige sköter de behov som ett avtal om mahr avser framstår som verklighetsfrämmande i ett internationellt äktenskap med kopplingar till en muslimsk stat.

En utmaning för domstolarna är att bedöma vad som är sant när parterna hänvisar till uppgörelser i fjärran länder och till andra rättssystem och traditioner. Ord står ofta mot ord eftersom parternas intressen inte längre är förenliga. I den globala världen måste behovet av rättsskydd kunna relateras till större sammanhang än det egna landet och dess rättssystem. I NJA 2017 s. 168 sattes principen om "pacta sunt servanda", avtal ska hållas, lättvindigt åt sidan. Hustruns invändning om att det skulle strida mot Europakonventionen att frånkänna avtalet rättslig verkan, viftades bort av HD med hänvisning till parternas "olika uppfattning huruvida avtalet över huvud taget var avsett att kunna göras gällande", och kravet på likabehandling och opartiskhet. "Europakonventionen bör inte heller tolkas så att den innebär en skyldighet för konventionsstaterna att, med hänvisning till samhällets mångfald, tillämpa olika normer för olika grupper, baserat på exempelvis religionstillhörighet", anförde HD. Uttalandet härstammar från Europadomstolens dom av stora kammaren, i målet *Refah Partisi (Välfärdspartiet) m.fl. mot Turkiet* (dom den 13 februari 2003). Det målet ägde dock rum i en helt annan och dessutom internrättslig kontext, till följd av att den turkiska konstitutionella domstolen hade godkänt upplösningen av ett politiskt parti som hade shariarätten på sin agenda. (Som bekant har utvecklingen i Turkiet på senare år gått åt annat håll, mot ökat utrymme för tillämpning av religiöst motiverade kutymer.)

OM MAHR I INTERNA SVENSKA FALL

Juristutbildningen vid Uppsala universitet har många studenter vars föräldrar härstammar från ett muslimskt land. I anslutning till seminarier där problematiken i denna artikel behandlas brukar flera höra av sig och berätta att de för sin egen del finner en informell religiös vigsel helt naturlig och till och med nödvändig (vid sidan av en civilrättslig svensk vigsel) – och att detta synsätt gäller allmänt i deras närmaste omgivning. Lika naturligt – och nödvändigt – tycks de uppleva att brudgummen i samband med den religiösa ceremonin åtar sig att ge den blivande hustrun egendom som hennes mahr. Det tycks ofta handla om något symboliskt såsom kvinnans vigselring, men kan även handla om mycket mer.

De i denna artikel berörda målen säger ingenting om hur svenska domstolar ska förhålla sig till avtal om mahr mellan makar (av muslimsk tro) utan medborgarskap eller hemvist i ett muslimskt land. Sådana fall omfattas inte av internationellt privaträttsliga regleringar utan är "internrättsliga". Det har räckt att konstatera att enskilda parter inte kan förplikta domstol att ge verkan åt något som inte får stöd av svensk lag. Lagstiftningen framöver kan dock bli mer flexibel. Allt fler europeiska forskare inom rättsvetenskapen förespråkar i dag en ökad avtalsfrihet inom den förmögenhetsrättsliga familjerätten.[24] I jämförelse med många andra europeiska rättsordningar är denna frihet begränsad i Sverige. Tiden kan hävdas vara mogen för en översyn av den snart 100 år gamla svenska regleringen i äktenskapsbalken.[25] En utvidgad avtalsfrihet kan möjligen även inrymma lösningar som för parterna har en särskild kulturell eller religiös innebörd.

FRAMÖVER – NÄR EU-RÄTTEN TAR ÖVER

Den 29 januari 2019 kommer nya allmänna, internationellt privaträttsliga regler om makars förmögenhetsförhållanden att börja tillämpas i Sverige, i och med en ny EU-förordning, nr 1016/1103 av den 24 juni 2016 om genomförande av ett fördjupat samarbete på området för domstols behörighet, tillämplig lag samt erkännande och verkställighet av domar i mål om makars förmögenhetsförhållanden. Blir det någon skillnad?

Mahr-avtal, av berört slag, synes ingå inom förordningens tillämpningsområde. Förordningen ger uttryck för principen om "oföränderlighet", i bemärkelsen att tillämplig lag fastställs utifrån makarnas gemensamma hemvist vid äktenskapets ingående eller – när sådant inte finns – makarnas gemensamma medborgarskap. I sista hand tillämpas "den närmaste anknytningens lag", utifrån förhållandena vid vigseln. Makarna kan ändra på det genom att ingå ett lagvalsavtal. Ett lagvalsavtal under äktenskapet saknar enligt huvudregeln retroaktiv effekt. Det blir spännande att se hur EU-domstolen kommer att tolka kriterierna för gemensamt hemvist. Enligt en ingresspunkt förväntas hemvistet bli etablerat "en kort tid efter äktenskapets ingående". Förordningens lagvalsregler kommer att gälla för äktenskap som ingås den 29.1.2019 eller senare, eller när ett lagvalsavtal ingås mellan makarna från och med den dagen. LIMF kommer därmed att fortsätta att styra i ett mycket stort antal internationella äktenskap.

Maarit Jänterä-Jareborg
Professor i internationell privat- och processrätt, Uppsala universitet

ALLT FLER EUROPEISKA FORSKARE INOM RÄTTSVETENSKAPEN FÖRESPRÅKAR I DAG EN ÖKAD AVTALSFRIHET INOM DEN FÖRMÖGENHETSRÄTTSLIGA FAMILJERÄTTEN.

21 Göteborgs TR är inne på ett sådant här resonemang i målet nr T 2988-14, dom 20.3.2015. Domstolen fann mannen skyldig att betala det avtalade mahr-beloppet och ansåg skäl inte finnas till jämkning. HD beviljade i det fallet tillstånd till målets prövning i hovrätten, HD, Ö 3216/15. Med hänsyn till HD:s i denna artikel beskrivna domar är det kanske inte så förvånande att det i stället blev förlikning mellan parterna (med innehållet att båda parterna ska stå för sina egna rättegångskostnader). Förlikningen fastställdes av hovrätten. Se Hovrätten för Västra Sverige, mål T 1402-14, dom 24.8.2017.

22 Jeanina Santiago, "Förde bort son – straffet sänks", Upsala Nya Tidning, 10 november 2016, s. A20.

23 Den viktigaste är konventionen om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn, antagen i Haag år 1980. Sverige ratificerade konventionen år 1989. I dagsläget (2018) är ca 100 stater världen över anslutna till konventionen. De muslimska staterna är med något undantag inte med, vilket förmodas bero på att deras rättsordningar inte betraktar kvinnor och män som likvärdiga vårdnadshavare till barn.

24 Se t.ex. Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses, av K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. González Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny & W. Pintens, Intersentia 2013.

25 De aktuella bestämmelserna härrör från nordiskt lagsamarbete på 1910–1920-talen. Deras utveckling har stått mest stilla i Sverige.

SVENSK OCH ISLAMISK FAMILJERÄTT – EN JÄMFÖRELSE

Av Mosa Sayed[1]

Det mångkulturella Sverige medför nya utmaningar för den svenska rättsordningen. I artikeln analyseras en del av dessa utmaningar genom en jämförelse av svensk och islamisk familjerätt. Författaren analyserar det utrymme och de gränser som följer av svensk rätt i förhållande till familjerättsliga normer som härrör från en annan rättskultur. I artikeln identifieras också potentiella konfliktsituationer mellan svensk och islamisk familjerätt.

1. INLEDNING

Helge Thue, den norske professorn i internationell privaträtt, har i olika sammanhang betecknat rätten som en dimension av envars kultur, och framhållit att få rättsregler uttrycker kulturen så klart som de familjerättsliga.[2] Jag delar Thues analyser och tror att i dagens mångkulturella Sverige, i mötet mellan rättskulturer, gör sig familjerättens kulturella och moraliska bäring än mer gällande.[3] Kanske framträder familjerättens kulturella dimension än mer tydligt i mötet mellan sekulärt och religiöst präglade rättsregler – exempelvis i mötet mellan svensk och islamisk rätt.[4] Man bör inte inbilla sig att den sekulariserade lagstiftningen, det vill säga en ordning där lagstiftningen är fri från religiösa värderingar och legitimering, skulle vara neutral i förhållande till kultur och moral. Även i sekulära rättsordningar är den familjerättsliga regleringen präglad av starka kulturella och moraliska föreställningar.

De familjerättsliga reglerna rör människors grundläggande värderingar på det privata planet.[5] Regleringen formar människors identitet, familjestatus

1 Juris doktor i internationell privaträtt, Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet. Författaren är forskare inom projektet "The Impact of Religion: Challenges for Society, Law and Democracy" vid Uppsala universitet. Forskningsprojektet är finansierat av Vetenskapsrådet och beräknas pågå mellan 2008-2018.

2 Thue, Helge, Internasjonal privatrett, Trondheim, 2002, s. 44.

3 Enligt Jänterä-Jareborg, professor i internationell privaträtt, har samhällets mångkulturella omvandling bidragit "till att 'moralfrågorna' kommit tillbaka till svensk familjerätt", Kan polygami vara laglig i Sverige?, under publikation i Kungliga Svenska Vetenskaps-Societetens årsbok.

4 Inom ramen för projektet "The Impact of Religion: Challenges for Society, Law and Democracy" bedrivs idag interdisciplinära studier inom bland annat ämnet religion och rätt.

5 Singer, Anna, Familjerätten – en kulturyttring?, Familj, rätt och religion. En antologi om kulturella spänningar i familjen – med Sverige och Turkiet som exempel (red. Singer, Jänterä-Jareborg och Schlytter), Uppsala, 2010 s. 245.

och släktförhållanden.[6] De arvsrättsliga reglerna anger exempelvis relationen till våra närmaste genom det arv som vi tillåts ta vid deras död eller som vi själva efterlämnar.[7] Det samband som finns mellan människors identitet och de familjerättsliga normer enligt vilka vederbörande inordnat sina liv leder till att personer kan önska ta med sig sina familjerättsliga värderingar vid flytt över landsgränser.[8] I det allt mer kulturellt heterogena Sverige existerar, på grund av bland annat invandringen, olika familjerättsliga normer och levnadsmönster sida vid sida. I allmänhet betraktas denna mångkultur och mångfald som berikande. När det kommer till möten mellan kulturer på det familje- och arvsrättsliga planet är utrymmet för konflikter däremot större. I dessa rättsområden framstår det från samhällets sida som angeläget att vissa grundläggande värderingar upprätthålls i förhållande till samtliga samhällsmedborgare. Samtidigt kan individer och grupper inordna sina liv i enlighet med kulturella värderingar som inte upprätthåller den uppfattning som majoritetssamhället har om exempelvis jämställdheten mellan män och kvinnor eller om vad som är till barnets bästa. Att inte få leva enligt den egna kulturen kan då närmast uppfattas som förtryck – i synnerhet mot bakgrund av att minoriteter kan komma att uppfatta statens lagstiftning som ett ensidigt återspeglande av majoritetskulturens värderingar. Men hur är det med den svenska familje- och arvsrätten i fråga om flexibilitet i förhållande till främmande rättstraditioner? Kan det svenska mångkulturella samhället speglas i den svenska familje- och arvsrätten? Detta bidrag syftar till att jämföra vissa islamiskt präglade familjerättsliga regler mot svensk rätt, för att därigenom fastställa det utrymme och de gränser som svensk rätt uppställer i förhållande till främmande traditioner på det familjerättsliga planet.

Med hänsyn till problemområdets omfattning, och det här bidragets begränsade omfång, har jag varit tvingad att göra vidsträckta avgränsningar i de frågor som ämnet reser. För det första har artikeln begränsats till frågor om äktenskap, skilsmässa, det muslimska morgongåveinstitutet mahr och arv. För det andra kommer de islamiska regler som aktualiseras i detta bidrag bara att behandlas översiktligt (det gäller förvisso också de motsvarande svenska reglerna). Vid denna redogörelse har jag huvudsakligen utgått från föreskrifter

6 Singer, Familjerätten – en kulturyttring?, s. 243.

7 Sayed, Mosa, Islam och arvsrätt i det mångkulturella Sverige. En internationellt privaträttslig och jämförande studie, Uppsala, 2009, s. 40.

8 Jänterä-Jareborg, Maarit, Family Law in a Multicultural Sweden – the challenges of migration and religion, Uppsala–Minnesota Colloquium: Law, Culture and values, De lege (red. Dahlberg), Uppsala, 2009, s. 156.

i koranen, som är muslimernas heliga skrift. I den islamiska rättstraditionen utgör koranen den högsta rättskällan.[9] Koranens juridiska delar är emellertid ofta allmänt hållna. Tolkning förutsätts för att på basis av dessa föreskrifter kunna härleda konkreta regler. Föreskrifterna i koranen kompletteras av profeten Muhammeds avgöranden, uttalanden och traditioner (som också kallas hans sunna). På vissa ställen i bidraget hänvisas också till uttalanden och tolkningarna av koranen från de traditionella islamiska rättskolorna.[10] Det regelverk som härleds från koranen, profetens sunna och rättsskolornas tolkningar representerar den traditionella islamiska lagen som kallas för sharia. Sharia är således den islamiska religiösa rättsordningen. De flesta länder i världen med en muslimsk majoritetsbefolkning har, med varierande tolkningar, i sin familjerättsliga lagstiftning (även kallad den moderna lagstiftningen) följt föreskrifterna i sharian. I detta bidrag kommer de moderna lagstiftningarna i muslimskt dominerande länder bara att beröras i den mån de kan belysa eller på annat sätt bidra till förståelsen av den traditionella islamiska lagen. För den språkliga framställningens skull kommer uttrycket familjerätt att användas i sin vidaste bemärkelse och inkludera även arvsrätten.

Artikeln är disponerad enligt följande. Inledningsvis diskuteras de islamiska äktenskapsreglerna (kap 2). Dessa kommer att sättas i relation till motsvarande regler i svensk rätt. Visst fokus kommer att läggas på de rättsliga problem som polygama äktenskap kan ge upphov till. I anslutning till det avsnitt som rör de äktenskapsrättsliga frågorna sker, på motsvarande sätt, en problematisering av det islamiska morgongåveinstitutet mahr (kap 3). Därefter kommer att belysas de problem som islamiska skilsmässoregler kan ge upphov till i förhållande till svensk rätt (kap 4). Efter avsnittet om skilsmässor sker en presentation av den islamiska arvsordningen (kap 5). Den islamiska arvsordningen, som i förhållande till svensk arvsrätt representerar ett annat värdesystem, kommer till huvuddel att diskuteras inom ramen för den svenska testamentsfriheten. Artikeln avslutas med en sammanfattande diskussion (kap 6).

9 För en redogörelse om den islamiska rättskälleläran och relevant terminologi se Hjärpe, Jan, Sharia. Gudomlig lag i en värld i förändring, Stockholm, 2005.

10 I islamisk rättstradition finns den stora skiljelinjen sunni och shia. Inom ramen för dessa två grenar finns därutöver olika rättsskolor. Majoriteten av världens muslimer följer någon av de sunnimuslimska rättsskolorna. Idag talar man i allmänhet om fyra sunnitiska rättsskolor, bestående av den hanafitiska, malikitiska, shafiitiska och hanbalitiska rättskolan. Samtliga av dessa skolor anses inom den sunnitiska rättstraditionen ha samma värde. Hos shiitierna är den jafaritiska rättsskolan (också kallad ithna ashariyya, "tolvorna") dominerande. Den jafaritiska rättsskolan är statsbärande i bland annat Iran (artikel 12 i den iranska konstitutionen). I artikeln behandlas inte shiaislam.

2. ÄKTENSKAP

2.1 ÄKTENSKAP I SVERIGE

I lagen (1993:305) om rätt att förrätta vigsel inom trossamfund (lagen om vigselrätt) regleras vigselrätten för trossamfund. Idag finns fem islamiska samfund som har meddelats vigseltillstånd med sammantaget 63 förordnanden om vigselbehörighet.[11] En vigselförrättning innebär myndighetsutövning med långtgående rättsliga följder. Rätten att få genomföra vigslar har därför förenats med skyldigheten att iaktta bestämmelserna i äktenskapsbalken (ÄktB). Ett trossamfund kan ges vigseltillstånd om samfundets verksamhet är varaktig och samfundet har en sådan organisation att det på goda grunder kan antas att ÄktB:s bestämmelser om vigsel kommer att iakttas (1 § lagen om vigselrätt). Enligt 2 § lagen om vigselrätt skall den som förordnas som vigselförrättare och sålunda ges behörighet att genomföra vigslar vid samfundet ha de kunskaper som behövs för att ÄktB:s regler om vigsel skall iakttas. Detta innebär att en vigsel som genomförs i Sverige skall vara förenlig med hindersreglerna i 2 kap ÄktB.

De svenska äktenskapsreglerna avseende lägsta äktenskapsålder om 18 år, de hinder som uppställs i ÄktB med hänsyn till nära släktskap och förbudet mot tvegifte måste således iakttas av varje samfund som meddelats vigseltillstånd. Enligt de svenska äktenskapshindren får äktenskap inte ingås mellan dem som är släkt med varandra i rätt upp- och nedstigande led eller är helsyskon (2 kap 3 § ÄktB). Halvsyskon kan efter tillstånd av myndighet ingå äktenskap med varandra. Men vigslar som förrättas inom ramen för ett trossamfund skall också genomföras med beaktande av de mer formella vigselreglerna 4 kap ÄktB. Dessa bestämmelser uppställer bland annat krav på makarnas samtidiga närvaro och vittnen.

2.2 ÄKTENSKAPSKONTRAKTET I ISLAMISK RÄTT

Eftersom äktenskapet utgör den enda av sharian erkända samlevnadsformen betraktas det som ett centralt institut i den islamiska rättstraditionen. Sambobegreppet existerar inte i islamisk rätt och barn födda av en ogift mor anses inte ha tillkommit på lagenlig väg. (I traditionell islamisk rätt är

11 De fem samfund som meddelats vigseltillstånd är Förenade Islamiska Föreningar i Sverige med sammantaget 30 förordnanden, Sveriges muslimska råd (24 förordnanden), Ahmadiyya Muslimska Samfundet (5 förordnanden), Islamic Center i Malmö (2 förordnanden) och Islamiska sunnicentret i Göteborg (2 förordnanden). Uppgifterna har lämnats av Kammarkollegiet i september 2009.

utomäktenskapliga förbindelser förenade med straffrättsliga sanktioner.)[12] Detta anses leda till att "rättsligt" faderskap inte kan etableras för den biologiska fadern, vilket i sin tur medför att barnet, i förhållande till barn födda av gifta mödrar, får en underställd rättslig position. Bland annat föreligger inte arvsrätt mellan barnet, den biologiska fadern och faderns släktingar.

I motsats till tanken om sakrament betraktas äktenskapet inom islam som ett mellan två parter ingånget kontrakt.[13] I likhet med andra kontrakt förutsätter äktenskapet parternas gemensamma viljeförklaringar. I traditionell islamisk rätt, det vill säga sharia, är det tillräckligt för tillkomsten av ett äktenskap att parterna, i närvaron av vittnen nedtecknar de samstämmiga viljeförklaringarna i det så kallade äktenskapskontraktet.[14] Vissa tolkningar förutsätter därutöver att parterna, eller åtminstone kvinnan, företräds av en ställföreträdare (wali) vid äktenskapets ingående.[15] Enligt vissa islamiska tolkningar och traditioner närvarar inte kvinnan vid tecknandet av äktenskapskontraktet, utan företräds av hennes ställföreträdare.[16] Ett sådant arrangemang är dock inte förenligt med den svenska lagen om vigselrätt eftersom det inte uppfyller kraven i äktenskapsbalken om makarnas samtidiga närvaro. Ett trossamfund som viger parter som inte är närvarande vid äktenskapsceremonin bryter således mot lagen och kan med anledning av detta förlora sin behörighet att förrätta vigslar.

12 Enligt kap 24 vers 2 i koranen skall var och en av äktenskapsbryterskan och äktenskapsbrytaren straffas med hundra piskrapp. Föreskriften kompletteras av kap 24 vers 4 som föreskriver att de som anklagar ärbara kvinnor för äktenskapsbrott och sedan inte visar sig ha stöd av fyra vittnen som bevittnat ifrågavarande handling, skall bestraffas med åttio piskrapp. De flesta av dagens islamiska rättsordningar följer inte den islamiska straffrätten (hadd). Länder som bland annat Saudiarabien, Iran och Pakistan tillämpar dock fortfarande föreskrifterna i koranen i en eller annan form. För en diskussion om dessa koraniska föreskrifter se Zina, Rape, and Islamic Law: An Islamic Legal Analysis of the Rape Laws in Pakistan, Utgiven av KARAMAH: Muslim Women Lawyers for Human Rights (2005). Texten återfinns i http://www.karamah.org/ (besöktes senast 2010-09-09).

13 Vikør, Knut S., Between God and the Sultan – A History of Islamic Law, New York, 2005, s. 300.

14 I de flesta länder med en muslimsk majoritetsbefolkning förutsätts numera registrering vid myndighet för tillkomsten av ett giltigt äktenskap.

15 Vikør, Knut S., Between God and the Sultan – A History of Islamic Law, s. 301. Vem som är kvinnans wali bestäms i verkligheten av prioriteringsreglerna i den islamiska arvsordningen. Ställföreträdaren är en man, närmare bestämt, den agnatiske släktingen som står närmast att ärva den person för vilken ställföreträdarskapet avser, Schacht, Joseph, An Introduction to Islamic Law, Oxford, 1982, (nyutgåva) s. 161.

16 Detta kan bottna i det faktum att vissa traditioner och tolkningar förespråkar könssegregering. Eftersom män och kvinnor i dessa fall inte anses kunna dela rum, får kvinnans samtycke inhämtas genom telefon eller dylikt. I övrigt anses hon kunna företrädas av sin wali.

Möjligheterna att ingå äktenskap begränsas i islamisk rätt, i likhet med vad som gäller i Sverige, genom formella regler. I traditionell islamisk rätt uppställs ingen minsta ålder för när en person kan ingå äktenskap. Om parterna uppnått en tillräcklig mognad tillåts de ingå äktenskap oberoende av en på förhand angiven ålder.[17]

I islamisk rätt uppställs däremot så kallade äktenskapshinder, som i vissa fall förbjuder en man och en kvinna att ingå äktenskap. Äktenskapshindren är i detalj reglerade i koranen. De närmare föreskrifterna om detta finns i kap 4 vers 22 och 23 där det föreskrivs följande:

> Ni får inte ta till hustru den som varit er faders hustru – dock, det som har skett, har skett – detta var ett skamlöst beteende, en ond och avskyvärd sed. Ni får inte ta till hustru er moder, er dotter, er syster, er faster eller er moster, er brorsdotter eller er systerdotter, den kvinna som har ammat er eller er disyster, er svärmoder eller er styvdotter – dotter till er hustru, med vilken ni har fullbordat äktenskapet och som ni har i er vård; men om ni inte har fullbordat äktenskapet begår ni ingen synd [genom att ta styvdottern till er hustru]. Inte heller [får ni ta till hustru den som varit] er köttslige sons hustru eller samtidigt ha två systrar [som hustrur]; dock, det som har skett, har skett.[18]

Bakom hindren att ingå äktenskap ligger antingen arvsbiologiska skäl eller socialetiska hänsyn.[19] De islamiska äktenskapshindren verkar vila på båda grunder. Bortsett från avsaknaden av åldersregler för när parter kan ingå

17 Vikør, Knut S., Between God and the Sultan – A History of Islamic Law, s. 301. Det är emellertid viktigt att ha i åtanke att den traditionella rätten inte behöver återspeglas i de länder som på familjerättens område definierar sig som islamiska. Med avseende på äktenskapsålder uppställs i de flesta rättsordningar en minimiålder som parterna skall ha uppnått för att ingå äktenskap. För exempel på frågans reglering i muslimskt dominerade rättsordningar, se Nasir, Jamal J, The Islamic Law of Personal Status, 3:e upplagan, Haag, 2002, s. 50.

18 Genom tolkning (analogislut) har rättslärda även ansett att äktenskap inte kan ingås mellan de som är släktingar i rakt upp- eller nedstigande led, Doi, Abdur Rahman, Shariah: The islamic Law s. 125. Utöver de hinder som finns på grund av släktskap föreligger, i den traditionella sharian, ett förbud för en muslimsk kvinna att ingå äktenskap med andra än muslimska män. Män kan däremot gifta sig med kvinnor som tillhör "bokens folk", med vilket i de flesta fall avses kristna och judiska kvinnor, kap 5 vers 5 i koranen.

19 Med arvsbiologiska skäl avses risken för ogynnsamma egenskaper hos eventuella barn. Med socialetiska skäl avses en önskan om att vissa förbindelser av allmänna hänsyn inte skall komma

äktenskap enligt traditionell rätt, förefaller de islamiska hindersreglerna vara kompatibla med den svenska regleringen. I vissa avseenden är de islamiska äktenskapshindren exempelvis mer långtgående än de svenska, även om det kan avse situationer som inte är särskilt vanligt förekommande (exempelvis förbudet mot disyskon att ingå äktenskap).

2.3 POLYGAMA ÄKTENSKAP

Enligt koranen är det, under vissa omständigheter, tillåtet för en man att vara gift med upp till fyra fruar samtidigt (kap 5 vers 3 i koranen). Polygamins förenlighet med islamisk rätt är emellertid starkt ifrågasatt idag.[20] Den tudelning som finns om polygamins ställning i den islamiska familjerätten återspeglas också i den lagstiftning som gäller i länder med en muslimsk majoritetsbefolkning. Lagstiftaren i dessa länder har på olika sätt försökt begränsa möjligheterna att ingå polygama äktenskap, med mer eller mindre framgång.[21] I Tunisien, som i familjerättsliga frågor vilar på den malikitiska rättsskolans tolkningar, är månggifte till och med uttryckligen förbjudet och förenat med straffrättsliga sanktioner. Det kan noteras att en aspekt av det tunisiska förbudet är att det vilar på tolkningar av koranen.[22]

till stånd, Agell, Anders och Brattström, Margareta, Äktenskap, Samboende, Partnersskap, 4:e upplagan, Uppsala, 2008, s. 29.

20 För en islamisk feministisk kritik av polygami se Wadud, Amina, Quran and Woman – Rereading the Sacred Text from a Woman's Perspective, New York, 1999, s. 82-85.

21 I exempelvis Egypten, som på familjerättens område utgår från den hanfitiska skolans tolkningar, är det tillåtet med polygami. Genom en reform av familjerättslagen (lag nr 100 från år 1985) åläggs män numera att i äktenskapskontraktet redovisa sitt civilstånd. Om mannen redan är gift, skall hustrun, genom myndigheters försorg, upplysas om det nya äktenskapet. I de fall mannens nya äktenskap skulle medföra "moralisk eller ekonomisk skada" för hustrun ges hon rätt att upplösa äktenskapet. I praktiken har det dock visat sig svårt för kvinnor i polygama äktenskap att visa en skada som ger dem rätt till skilsmässa, Mashhour, Amira, Islamic Law and Gender Equality – Could There be a Common Ground?: A Study of Divorce and Polygamy in Sharia Law and Contemporary Legislation in Tunisia and Egypt, Human Rights Quarterly, 2005, s. 580.

22 I Tunisien förbjöds polygami redan år 1956. Enligt koranen kan en man ta flera hustrur bara i de fall han kan behandla dem lika (kap 4 vers 3). Samtidigt föreskriver koranen i kap 4 vers 129 att det inte är möjligt att i allt ge lika behandling till flera hustrur. Den tolkning som den tunisiska lagstiftaren givit åt dessa verser är att koranen i själva verket förespråkar monogami. De koraniska föreskrifterna om polygami bör enligt den tunisiska uppfattningen ses i sin historiska context, i relation till den sociala miljö vari koranens budskap förkunnades, Mashhour, Islamic Law and Gender Equality – Could There be a Common Ground?: A Study of Divorce and Polygamy in Sharia Law and Contemporary Legislation in Tunisia and Egypt, Human Rights Quarterly, 2005, s. 585.

Trots att det inte genomförts några studier rörande förekomsten av polygama äktenskap i Sverige är det sannolikt att månggifte är en mycket ovanlig samlevnadsform bland svenska muslimer. Det synes primärt vara Migrationsverket och migrationsdomstolarna i Sverige som kommer i kontakt med fall av polygama äktenskap.[23] Även om företeelsen synes vara ovanlig, ger polygama äktenskap upphov till flera svårbedömda rättsliga frågor. I svensk rätt är äktenskapet en monogam samlevnadsform. Enligt 2 kap 4 § ÄktB får den som är gift inte ingå äktenskap. Den långa raden av svårlösta problem bottnar i att det polygama äktenskapet bedöms i ett land vars lagstiftning bygger på det monogama äktenskapet.[24] Hur bör man exempelvis förfara med det svenska efterlevandeskyddet (exempelvis basbeloppsskyddet i ÄB) i fall där en man i polygama äktenskap avlider i Sverige? Skall rätten till arv efter mannen vara förbehållen hustrun i det tidigare äktenskapet, eller ska de olika äktenskapen betraktas som likvärdiga med avseende på rätten till exempelvis bodelning och arv samt ur socialförsäkringssynpunkt?

Polygama äktenskap kan ta olika former, med olika rättsliga följder som konsekvens. Det kan för det första röra sig om rena "tvegiftesfall". Detta är en situation där makarna ingått äktenskapet i strid med det svenska förbudet mot tvegifte i 7 kap 1 § brottsbalken (BrB). Enligt denna bestämmelse skall den som är gift och ingår nytt äktenskap dömas till böter eller fängelse i högst två år för så kallat tvegifte. Bestämmelsen i 7 kap 1 § BrB förutsätter för sin tillämpning att makarna vid äktenskapens ingående hade anknytning till Sverige.[25] Månggifte kan, för det andra, aktualiseras i fall där personer utan anknytning till Sverige ingått det polygama äktenskapet i ett land där samlevnadsformen är giltig enligt lag. Om makarna därefter flyttar till Sverige kommer, enligt den svenska internationella privaträtten ett sådant polygamt

23 Jänterä-Jareborg, Kan polygami vara lagligt i Sverige?, under publikation i Kungliga Svenska Vetenskaps-Societetens årsbok.

24 SOU 1987:18, s. 193.

25 Frågor om äktenskap i internationellt privaträttsliga förhållanden regleras i lag (1904:26) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmyndarskap. Ett äktenskap som ingåtts enligt utländsk rätt erkänns, enligt aktuell lag, inte i Sverige om det vid tidpunkten för äktenskapets ingående skulle ha funnits hinder mot det enligt svensk lag och minst en av parterna var svensk medborgare eller hade hemvist i Sverige (1 kap 8 a §). Om det är sannolikt att äktenskapet ingåtts under tvång, kommer ett utländskt äktenskap att under inga förhållanden att erkännas i Sverige. 1 kap 8 a § i 1904 års lag innebär således att äktenskap som ingåtts enligt utländsk lag inte erkänns i Sverige om äktenskapet ingåtts i strid med äktenskapshindren i ÄktB. Detta medför att om en i Sverige bosatt och gift person ingår ett andra äktenskap i utlandet enligt där gällande regler, kommer personens andra äktenskap inte att erkännas i Sverige. Det kommer helt enkelt att betraktas som ogiltigt.

äktenskap att erkännas, så länge makarna genom hemvist eller medborgarskap saknade anknytning till Sverige vid äktenskapets ingående.[26] Eftersom det polygama äktenskapet dessutom inte var straffbelagt utan giltigt i det land där äktenskapen ingicks, kommer också 7 kap 1 § BrB att falla med anledning av principen om dubbel straffbarhet i 2 kap 2 § 2 st BrB. Kravet på dubbel straffbarhet innebär att en enligt svensk straffrätt kriminaliserad gärning som begåtts i utlandet inte kan lagföras i Sverige om gärningen är fri från ansvar enligt lagen på gärningsorten.[27] I dessa fullt lagliga fall av månggifte finns det, enligt Jänterä-Jareborg, ingen anledning att göra äktenskapen mindre lagliga.[28] En tvångsupplösning av exempelvis det senare äktenskapet synes i dessa fall inte ha andra skäl än att äktenskapen inte överensstämmer med de moraliska värderingar som präglar vår syn på vad som utgör ett äktenskap. En upplösning kan i dessa fall istället medföra smärtsamma konsekvenser för de inblandade parterna.[29]

Polygama äktenskap som ingåtts i utlandet utan att det vid tidpunkten för äktenskapets ingående förelåg en anknytning till Sverige, och även de rena tvegiftesfallen, kommer att få rättsverkningar som ett giltigt äktenskap tills något av äktenskapen har blivit upplöst genom äktenskapsskillnad eller dödsfall.[30] En tillämpning av en sådan princip torde medföra att vid mannens död och före en upplösning av det ena äktenskapet, bodelning kommer att

26 För en djupare internationellt privaträttslig analys av de följder som polygama äktenskap som inte kvalificerar sig som tvegifte kan ge upphov till, se Familjelagssakkunnigas betänkande i SOU 1987:18, s. 191-199.

27 Ett uttryckligt undantag från kravet på dubbel straffbarhet görs i lagen (1982:316) med förbud mot könsstympning av kvinnor. Enligt lagens 3 § skall den som begått brott enligt ifrågavarande lag dömas vid svensk domstol även om 2 kap 2 § BrB inte är tillämplig.

28 Jänterä-Jareborg, Kan polygami vara laglig i Sverige?, under publikation i Kungliga Svenska Vetenskaps-Societetens årsbok.

29 Situationen kan illustreras genom det välkända danska fallet rörande den irakiska tolken. Efter att ha bistått de danska trupperna i Irak beviljades en irakisk tolk uppehållstillstånd i Danmark. Mannen levde dock i ett i Irak lagligt polygamt äktenskap med två hustrur. Han hade dessutom barn med båda hustrurna. Eftersom det bedömdes vara farligt för hustrurna att stanna i Irak beviljades fruarna uppehållstillstånd i Danmark. Efter en tid tog de danska myndigheterna initiativ för att tvångsupplösa det senast ingångna äktenskapet. Vid dessa förhållanden valde tolken och hans båda fruar att återvända till Irak trots de dödshot som kunde följa av att mannen samarbetat med de utländska trupperna. För en närmare diskussion av fallet med den irakiska tolken, se Greve, Vagn, Hvornår er bigami strafbart?, Festskrift till Suzanne Wennberg, Stockholm, 2009, s. 91-107.

30 Jänterä-Jareborg, Kan polygami vara laglig i Sverige? (under utgivning). Se också Familjelagssakkunniga som kommer till samma slutsats i SOU 1987:18, s. 192.

förrättas i förhållande till alla förbindelserna och alla hustrur kommer att medges arvsrätt efter mannen.[31]

Även om det inte är fråga om månggifte i strikt juridisk mening, kan, för det tredje, de för polygama äktenskap kännetecknande problemen göra sig gällande även i fall av polygama förbindelser där ingen av parterna är gift och där förbindelserna således inte kvalificerar sig som äktenskap i ÄktB:s mening.[32] Polygama relationer av detta slag kan uppkomma efter så kallade "källaräktenskap".[33] Med detta uttryck avses religiösa "äktenskap" som inte uppfyller de krav som den svenska lagen uppställer och som sålunda inte har registrerats som äktenskap hos svenska myndigheter. Av de inblandade parterna kan "äktenskapen" ändå anses uppfylla de krav som uppställs på äktenskap i den islamiska lagen. I dessa fall kommer "makarna" att betraktas som gifta av släkt, familj och medlemmarna i den egna etniska och religiösa gruppen. I förhållande till svensk rätt kommer parterna däremot bara att betraktas som samboende. Det är emellertid högst osäkert om sådana polygama relationer uppfyller kraven för samboskap enligt den definition som sambolagen (2003:376) vilar på.[34]

I ett de lege ferenda perspektiv kan det ifrågasättas om det är rimligt att utesluta dessa informella polygama förbindelser från sambolagens tillämpningsområde. Lagen är av socialskyddskaraktär och avser att skydda svagare part genom en hälftendelning av bostad och bohag som anskaffats för gemensamt

31 ÄktB:s föregångare, giftermålsbalken (1920:405), innehöll bestämmelse för en speciell situation. Enligt 13 kap 13 § b i giftermålsbalken skall, i fall av tvegifte, rätt till ersättning, pension eller annan ekonomisk förmån, som är tillagd efterlevande make, bara tillkomma maken i det första giftet, om ej annat framgår av omständigheterna. Denna regel utmönstrades vid tillkomsten av ÄktB. Enligt förarbetena framstod principen inte som självklar, prop. 1986/87:1, s. 116.

32 Det går emellertid att tänka sig fall där en gift person samtidigt lever i en informell förbindelse med en annan än sin make.

33 Med uttrycket "källaräktenskap" åsyftas det faktum att moskéer, där makarna kan vigas religiöst, många gånger är placerade i källarplan, skyddsrum och liknande utrymmen. Källaräktenskapen betecknas emellanåt också som informella äktenskap eftersom de inte uppfyller de formkrav som uppställs i lagen, se Jänterä-Jareborg, Maarit, Transnationella familjer ur ett internationellt privaträttsligt perspektiv – särskilt avseende äktenskap, familj, religion och rätt. En antologi om kulturella spänningar i familjen – med Sverige och Turkiet som exempel (red. Singer, Jänterä-Jareborg och Schlytter), Uppsala, 2010, s. 215.

34 Även om det enligt lagtexten inte framgår hur man bör se på polygama relationer, har det i litteraturen antagits att lagen då inte blir tillämplig eftersom det i kravet på äktenskapsliknande förhållande skulle ligga ett krav på monogam förbindelse, Agell och Brattström, Äktenskap, Samboende, Partnerskap, s. 260.

begagnade.[35] Det finns inget som talar mot att även ogifta parter i polygama relationer inte skall åtnjuta detta skydd. Även praktiska överväganden talar för att tillämpa sambolagen i förhållande till polygama relationer. Hur skulle man annars förfara i ett rättsförhållande som inkluderar en polygam relation, och som upplöses med anledning av en persons död (exempelvis i fall där en man som sammanlevt med två kvinnor i två olika hushåll avlider)? Om endast den först uppkomna förbindelsen betraktas uppfylla kraven för samboende enligt sambolagen, enligt vilka principer skall den gemensamma bostaden och bohaget i den andra förbindelsen fördelas? Även pragmatiska överväganden talar således för en ordning där sambolagens föreskrifter används i förhållande till informella polygama relationer.

3. MAHR

3.1 ALLMÄNT OM MAHR I DEN SVENSKA KONTEXTEN

Ett av de allt mer frekvent förekommande problemen vid svensk domstol rörande islamisk rätt avser den islamiska morgongåvan, mahr.[36] Det islamiska institutet mahr ger upphov till problem på både det internationellt privaträttsliga planet och det rent interna planet i fall där rättsförhållandet saknar en internationellt privaträttsligt relevant utlandsanknytning. De spörsmål som mahr ger upphov till på det internationellt privaträttsliga planet har i litteraturen diskuteras mot bakgrund av de två hovrättsavgörandena RH 1993:116 och RH 2005:66.[37] Även om detta bidrag inte kommer att beröra de fall där mahr aktualiseras i utlandsanknutna situationer, kan ändå sägas att mahr, som ett för svensk rätt typfrämmande rättsinstitut, i dessa fall visat sig vara svårt att hantera för svenska domstolar. Med hänsyn till att tvister om mahr på senare år ökat med en accelererande fart är det angeläget med en konsistent praxis på området.

35 Enligt förarbetena till sambolagen är huvudsyftet med sambolagstiftningen att bereda en svagare part ett minimiskydd vid samboförhållandets upplösning, prop. 2002/03:80, s. 25.

36 Se bland annat RH 1993:116, RH 2005:66, mål nr T 10083-04 (opublicerat avgörande meddelad av Svea hovrätt den 20 december 2005), mål nr T 10691-06 (avgörande meddelad vid Göteborgs tingsrätt den 11 november 2009), mål nr T 3391-05 (avgörande meddelad av Falu tingsrätt den 14 december 2006) och mål nr T 3289-02 (avgörande meddelad av Uppsala tingsrätt den 24 februari 2004). Se även de pågående målen T 2173-09 (Solna tingsrätt), mål nr 488-09 (Umeå tingsrätt) och mål nr T 8520-09 (Södertörns tingsrätt).

37 Bogdan, Michael, Något om den kollisionsrättsliga behandlingen av islamisk morgongåva (MAHR), Rett och tolerense, Festskrift till Helge Thue, Oslo 2007, s. 175-185; Bogdan, Michael, Islamisk brudpenning (mahr) inför svensk domstol, SvJT, 1993, s. 597-600; Sayed, Mosa, The Muslim Dower (Mahr) in Europe – With Special Reference to Sweden, European Challenges in Contemporary Family Law (red. Boele-Woelki och Sverdrup), Antwerpen, 2008, s. 187-208.

3.2 MAHR I DEN ISLAMISKA RÄTTSTRADITIONEN

Mahr kan definieras som ett avtal där mannen överför eller förpliktar sig att överföra egendom till den blivande hustrun med anledning av det kommande äktenskapet. Mahr som rättsinstitut har sitt ursprung i koranen. I koranen används begreppen sadaq[38], farida[39] och ajr[40] som uttryck för mahr. Kap 4 vers 4 i koranen föreskriver att män skall ge kvinnorna gåvan som en ren skänk. Mannens skyldighet att ge eller utfästa sig om att ge en mahr kvarstår oberoende av kvinnans religiösa trosuppfattning eller tillhörighet (kap 5 vers 5 i koranen). Kvinnan i äktenskapet blir ensam ägare till den egendom som omfattas av avtalet.[41]

Koranens rättsliga föreskrifter är oftast allmänt hållna. I koranen ges därför inte några uttryckliga besked om när morgongåvan skall verkställas, om ett minsta värde eller andra närmare detaljer. De närmare föreskrifterna om mahr har framtolkats av rättslärda inom ramen för de olika klassiska rättsskolorna. Hur parter väljer att utforma avtalet om mahr är avhängigt social, religiös och kulturell kontext.

När det gäller en minsta storlek på mahr råder det vissa skillnader på detaljplanet mellan de olika islamiska rättsskolorna. Shafiitierna, hanbaliterna och shiiterna föreskriver ingen lägsta gräns, en mahr är godtagbar oavsett storlek.[42]

38 Kap 4 vers 4 i koranen. Begreppet sadaq härleds från roten att tala sanning eller att vara uppriktig.

39 Kap 2 vers 236 och 237. Farida har innebörden en religiös förpliktelse.

40 Kap 5 vers 5. Innebörden av ajr är en religiös belöning utan vederlag.

41 Mahr som rättsinstitut har, som många andra rättsliga institut, sitt ursprung i den förislamiska ordningen på Arabiska halvön där koranens budskap förkunnades. Koranen kom dock att i stor utsträckning reformera de förislamiska traditionerna som rör mahr. I det förislamiska samhället ansågs mahr vara en grundläggande del av äktenskapet och äktenskapskontrakt som inte innehöll en överenskommelse om mahr betraktades som en konkubinatrelation, The Encyclopedia of Islam (red. Bosworth, C.E, van Donzel, E., Lewis, B. och, Pellat, C.H), vol. MAHK-MID, 1991, s. 78-80. Avtalet om mahr betraktades dock närmast som hemgifte och egendomen tillföll kvinnans förmyndare (wali), representerade i praktiken ett försäljningspris, Roberson Smith, W., Kinship and Marriage in Early Arabia, London, 1885, (nytryck 1991) s. 111. Genom äktenskapet och avtalet om mahr blev hustrun mannens ägodel som kunde tas i arv av mannens arvingar vid hans död. Genom koranen kom denna tradition att förbjudas (kap 4 vers 19) samtidigt som koranen även modifierade de förislamiska sederna rörande mahr.

42 Bernström anger i sin kommentar till koranen att den islamiska lagen inte föreskriver något om värdet av den gåva som brudgummen skall överlämna till bruden. Han anför att det helt och hållet beror på vad parterna överenskommer och gåvan kan bestå i vad som helst. Med hänvisningar till "styrkta" traditioner hävdar han att profeten Muhammed angett att även "ring av järn" kan räcka om bruden vill ta emot den, och om detta skulle överstiga brudgummens förmåga

Malikiterna föreskriver däremot en minsta storlek om tre dirhams (dirham är ett silvermynt med vikten 2,97 gram) och hanafiterna om tio dirhams med hänvisning till vissa ifrågasatta traditioner från profeten Muhammed. Den malikitiska tolkningen har skett i analogi med bestämmelsen om straffbar stöld.[43] Enligt den traditonella islamiska straffrätten kan påföljden för stöld vara amputering av gärningsmannens hand. Påföljden förutsätter dock bland annat att stöldgodset har ett värde om tre dirham. Malikiternas föreskrift om tre dirham som en minsta storlek för mahr är en analogi som liknar amputeringen av en hand med kvinnans förlust av oskulden. Ingen av rättsskolorna sätter någon övre gräns för makarnas möjligheter att avtala om mahr.

Ett avtal om mahr kan ta många olika former. Hur och när avtalet om mahr verkställs är ofta avhängigt traditionerna i det land varifrån makarna härrör. Det är inte heller ovanligt att äldre sedvänjor hos vissa befolkningsgrupper ges företräde framför den islamiska lagen.[44] I de vanligt förekommande fallen specificeras mahr i äktenskapskontraktet (mahr musamma).[45] Beroende på den tradition som makarna följer kan mahr uppdelas så att en del av överenskommelsen tillfaller hustrun vid äktenskapets ingående eller vid tecknandet av äktenskapskontraktet (mahr muqaddam) och resterande vid äktenskaps upplösning (mahr mu'akhar), antingen vid makens död eller vid äktenskapsskillnad. Avtalet kan ibland formuleras så att den uppskjutna delen utfaller vid begäran av hustrun (inda al-mutalib). Även om hustrun enligt avtalet har en rätt att utkräva mahr under hela äktenskapet, kommer mahr i praktiken att aktualiseras vid en skilsmässa. Avtalsvillkoren påverkar inte kvinnans rätt till sin mahr. Enligt den islamiska rättstraditionen betraktas mahr som kvinnans egendom och i de fall hon avlider före maken och utan att avtalet har fullgjorts, kan hennes arvingar göra anspråk på värdet av morgongåvan som en del av hennes kvarlåtenskap.[46]

är det tillräckligt att han "ur minnet läser en vers ur koranen för henne", Bernström, Mohammed Knut, Koranens budskap, Stockholm, 2000, s. 134 not 5.

43 Nasir, Jamal J, The Islamic Law of Personal Status, 3:e upplagan, Haag, 2002, s. 85 f.

44 Bland kabylerna, ett berberfolk i Algeriet, är äktenskapet fortfarande en form av försäljning där mahr ses som överenskommelse som vid äktenskapet tillfaller brudens far, Anderson, J.N.D, Law Reform in the Muslim World, London, 1976, s. 11.

45 I de fall makarna inte angett en mahr i äktenskapskontraktet är hustrun berättigad till en lämplig mahr (mahr al-mitl). En lämplig mahr anses i dessa fall motsvara den mahr som kvinnor i motsvarande sociala ställning erhållit. Mahr al-mitl fastställs mot bakgrund av den mahr som kvinnans nära anhöriga på faderns sida erhållit (såsom hennes systrar, fastrar, agnatiska kusiner och så vidare).

46 El Alami, Dawoud Sudqi, The Marriage Contract in Islamic Law, in the Shariah and Personal Status Laws in Egypt and Morocco, Haag, 1992, s. 110.

I majoriteten av de äktenskap som ingås i Sverige under överseende av vigselförrättare vid de islamiska församlingarna avtalas det om mahr.[47] I de flesta av dessa fall har de blivande makarna, antingen genom medborgarskap eller genom sitt hemvist, en stark anknytning till Sverige. Här är det således fråga om rent interna rättsförhållanden som inte aktualiserar det internationellt privaträttsliga regelverket.[48] I de fall rättsförhållandet saknar en internationellt privaträttsligt relevant utlandsanknytning, eller när rättsförhållandet på grund av makarnas långvariga vistelse i Sverige förlorat sin internationellt privaträttsliga karaktär, kommer en tvist om mahr att behöva avgöras med tillämpning av svensk rätt. Men hur skall mahr kvalificeras utifrån svensk rätt? Frågeställningen är av intresse då det årligen sluts många avtal om mahr i Sverige mellan parter som saknar relevant anknytning till en annan rättsordning.[49] Även i de internationellt privaträttsliga fallen har mannens sida ofta yrkat tillämpning av svensk rätt, för att på så sätt öka prognosen att undkomma en eventuell betalningsförpliktelse. Man har helt enkelt förmodat att svensk rätt inte skulle lämna utrymme för avtal av detta slag.

47 Vid en studie som jag företog år 2008 av 46 äktenskapskontrakt som utfärdades av vigselförrättare i samband med giftermål vid den Islamiska församlingen i Uppsala kunde fastställas att samtliga äktenskap innehöll en klausul avseende mahr. I en överväldigande majoritet av dessa avtal var morgongåvan uppdelad i två delar, varav den första hade att utfalla vid äktenskapets ingående och den andra vid ett senare tillfälle. Även om detta senare tillfälle inte uttryckligen specificerades i någon av de studerade kontrakten avses sannolikt vid äktenskapsskillnad. Storleken på den avtalade mahr varierade mellan allt från smycken av symboliska värden till penningutfästelser motsvarande en halv miljon svenska kronor. För en redovisning och en diskussion kring dessa äktenskapskontrakt se Sayed, Mosa, The Muslim Dower (Mahr) in Europe – With Special Reference to Sweden, European Challenges in Contemporary Family Law (Red. Boele-Woelki och Sverdrup), Antwerpen, 2008, s. 189 f.

48 Enligt lagen (1990:272) om internationella frågor rörande makars och sambors förmögenhetsförhållanden kan makar eller blivande makar skriftligen avtala att en viss stats lag skall tillämpas på deras förmögenhetsförhållande. Ett lagvalsavtal förutsätter att, någon av makarna är antingen medborgare eller har sitt hemvist i det land som utpekas av lagvalsavtalet (3 §). Fråga kan i dessa fall naturligtvis uppstå om ett avtal om mahr kan betraktas som ett konkludent lagvalsavtal. Rörande de problem som konkludenta lagvalsavtal kan ge upphov till se Jänterä-Jareborg, Maarit, Utlandsanknytning, äktenskapsförord och lagvalsavtal – Självklarheter och oklarheter, Familjerättsliga studier – Vänbok till Åke Saldeen (De lege), Uppsala, 2003, s. 111-129.

49 Juristen Farzaneh Dehdari, som arbetar med dessa frågor i ett praktiskt sammanhang, förutspår att det i framtiden kommer att bli betydligt fler tvister om mahr vid de svenska domstolarna. Enligt Dehdari ingår andra och tredje generationens invandrare idag äktenskap vid moskéerna med äktenskapskontrakt enligt sina hemländers lag och mahr ingår i kontrakten. Hon frågar sig vad som händer när dessa personer skiljer sig, tidskriften Advokaten, nummer 6, 2010, s. 26.

3.3 MAHR MOT BAKGRUND AV SVENSK RÄTT

Det svenska morgongåveinstitutet försvann med den nya giftermålsbalken år 1920.[50] Utifrån svensk rätt är mahr därför närmast att kvalificera som ett så kallat typfrämmande rättsinstitut, då dess motsvarighet saknas i den svenska rättsordningen.[51] Trots rättsinstitutets karaktär av typfrämmande kan en svensk domstol behöva ta ställning till en tvist om mahr. Härvid behöver domstolen kvalificera institutet som tillhörande ett visst område, för att därigenom finna de rättsregler som skall läggas till grund för tvistens avgörande. I förhållande till typfrämmande rättsinstitut är kvalifikationsproceduren inte alltid lätt att genomföra. Proceduren kompliceras också av att ett avtal om mahr kan ta olika skepnad och delvis fylla olika syften. Det går därför inte att direkt hänföra mahr till något svenskt rättsinstitut. I framställningen kommer mahr istället att diskuteras i förhållande till underhåll, makars förmögenhetsförhållanden och mot bakgrund av allmänna förmögenhetsrättsliga principer, närmast de svenska gåvoreglerna.

3.3.1 MAHR SOM UNDERHÅLL

Vid kvalifikationsproceduren kommer diskussionen, inledningsvis, att föras mot bakgrund av avgörandet i RH 2005:66. I det här fallet hade äktenskap ingåtts mellan en man som vid tidpunkten var både svensk och iransk medborgare (bosatt i Sverige sedan mitten av 1980-talet) och en i Iran bosatt kvinna (iransk medborgare). Äktenskapet hade ingåtts i Iran där mannen företräddes av ombud vid äktenskapsceremonin. Vid äktenskapskontraktets upprättande överenskom makarna en mahr om 500 Bahar azadi mynt (motsvarande ett värde om 250 000 svenska kronor) som hade, oavsett tidpunkt, att utfalla vid begäran av hustrun. Tre dagar efter att kvinnan anlände till Sverige förklarade mannen att han ville skiljas. En tid därefter väckte han talan mot kvinnan om äktenskapsskillnad, varvid hon i genkäromål yrkade om att han skulle förpliktigas att till henne betala den överenskomna mahr om 250 000 kr.

I förevarande mål, som i själva verket är internationellt privaträttsligt, ansåg hovrätten att mahr var en sådan utjämning av makars förmögenhetsförhållanden som faller in under lagen (1990:272) om internationella frågor rörande

50 Morgongåveinstitutets bortfall har förklarats med att hustrun, genom den nya lagen, erhöll arvsrätt efter mannen om makarna inte efterlämnade barn. Morgongåvans syfte, som var att trygga änkeförsörjningen, ansågs därför inte längre vara nödvändig, Inger, Göran, Svensk rättshistoria, Lund, 1980, s. 189.

51 Att mahr är ett typfrämmande rättsinstitut har i praxis inte ansetts utgöra hinder för svensk domstol att verkställa ett avtal om mahr, se RH 1993:116 och RH 2005:66.

makars och sambors förmögenhetsförhållanden (LIMF). I kommande avsnitt kommer denna kvalifikation att diskuteras mer utförligt. Domstolarna diskuterade mahr dels mot bakgrund av underhållsinstitutet, dels i relation till uttrycket makars förmögenhetsförhållanden.[52] När engångsbelopp i samband med äktenskapsskillnad skall utges från den ena maken till den andra kan gränsdragningsproblem uppstå om huruvida beloppet skall anses som ett engångsunderhåll eller om det avser en utjämning av makars förmögenhetsförhållanden. Avgörande för denna gränsdragning bör enligt motiven till LIMF, där motsvarande problem diskuterades, vara det huvudsakliga syftet med utbetalningen och de omständigheter under vilka den betalas ut.[53] Medan det typiska för underhållet är att det syftar till att tillgodose mottagarens löpande försörjning genom att ersätta eller komplettera en inkomst, syftar en ersättning som hänför sig till makarnas förmögenhetsförhållanden i princip till att åstadkomma en utjämning mellan makarna enligt grunder där försörjningsaspekten typiskt sett är av underordnad betydelse.[54] Vid gränsdragningen får, enligt förarbetena till LIMF, grunderna för beräkningen av beloppets storlek stor betydelse.[55]

I ett typiskt avtal har makarna, före äktenskapets ingående, fixerat mahr till ett visst värde som har att utfalla vid ett visst tillfälle, exempelvis vid äktenskapsskillnad eller under äktenskapet efter anmodan av hustrun. Mot bakgrund av de svenska underhållsreglerna är det problematiskt med avtal av detta slag, eftersom det närmast skulle motsvara ett avtal om framtida underhåll. På ett principiellt plan syftar de svenska underhållsreglerna till att tillgodose den ena makens försörjning baserat på makens behov. Underhållsskyldigheten relateras också alltid till den underhållsskyldiges förmåga att utge underhållsbidrag. Att före äktenskapet ingå avtal om framtida underhåll, utan beaktande av framtida ekonomiska förhållanden hos makarna, förefaller därför

52 I RH 1993:116 ansågs mahr, mot bakgrund av de i Israel för muslimer gällande reglerna, vara en av de personliga rättsverkningarna på grund av äktenskapet (dvs. underhåll). Enligt den för muslimer i Israel gällande familjerättslagen fungerar mahr, enligt domstolarna i förevarande mål, som säkerhet för äktenskapets bestånd, eftersom mannen vid äktenskapsskillnad omedelbart måste uppfylla sin betalningsförpliktelse. Och vid en eventuell äktenskapsskillnad kommer morgongåvan, enligt domstolarna, istället att fungera som hustruns underhåll och hennes finansiella skydd. I RH 1993:116 hade morgongåvan att utfalla vid äktenskapsskillnad, medan den i 2005 års fall enligt avtalet blev hustruns egendom redan vid äktenskapets ingående och hade att verkställas vid begäran av hustrun.

53 Prop. 1989/90:87, s. 35.

54 Prop. 1989/90:87, s. 35.

55 Prop. 1989/90:87, s. 35.

vara tvivelaktigt.[56] Vid avtalstillfället är det med andra ord svårt att förutse om det avtalade "underhållet" motsvarar den berättigades behov respektive den underhållsskyldiges förmåga. Rent faktiskt kan det ju förhålla sig så att det, när väl äktenskapsskillnaden aktualiseras, är kvinnan i äktenskapet som är den rikare maken. Om ersättningen i sådana fall inte korresponderar med givarens förmåga att utge ersättningen och till den berättigades behov av underhåll, är det enligt det svenska synsättet svårt att, utan en omprövning av förhållandena i det enskilda fallet, verkställa ett avtal om mahr som underhåll.

En annan problematisk följd av att betrakta mahr som ett avtal om framtida underhåll är att ett underhållsavtal under äktenskapet kan komma att påverka en bodelning som skall förrättas när äktenskapet upplöses.[57]

3.3.2 MAHR SOM EN DEL AV MAKARS FÖRMÖGENHETSFÖRHÅLLANDEN

I det ovan berörda hovrättsavgörandet, RH 2005:66, ansåg domstolen att mahr var en sådan utjämning av makars förmögenhetsförhållanden som faller in under LIMF.[58] I förevarande mål hade makarna, i äktenskapskontraktet, överenskommit om mahr, motsvarande 250 000 kr, som hade att utfalla vid en begäran av hustrun. På grundval av att mahr, enligt den iranska civillagen som bestämt den närmare utformningen av avtalet mellan makarna, blir kvinnans egendom omedelbart efter genomförd äktenskapsceremoni och hon då är berättigad att disponera fritt över mahr, fann domstolen att mahr inte kan jämställas med underhållsbidrag. Istället ansågs institutet falla inom ramen för makarnas förmögenhetsförhållanden.

56 Enligt Agell och Brattström talar makarnas avtalsfrihet för möjligheten att avtala om framtida underhåll. I likhet med andra familjerättsliga avtal måste dock avtal om framtida underhåll bedömas mot bakgrund av familjerättsliga principer som kan inskränka makars avtalsfrihet. Enligt författarna kan en följd av detta vara att avtal om underhåll efter äktenskapsskillnad inte kan ingås förrän det är aktuellt att upplösa äktenskapet, Agell och Brattström, Äktenskap, Samboende, Partnerskap, s. 55.

57 Agell och Brattström, Äktenskap, Samboende, Partnersskap, s. 55.

58 I en dom meddelad av Göteborgs tingsrätt I I november 2009 (T 10691-06) kvalificerades mahr som en del av makarnas förmögenhetsförhållanden. Med hänsyn till makarnas starka anknytning till Sverige bedömdes rätten till mahr enligt svensk rätt. I målet var det klarlagt att hustrun, enligt äktenskapskontraktet, förlorade sin mahr i de fall hon ansökte om äktenskapsskillnad. Eftersom det i målet var hustrun som väckte en talan om äktenskapsskillnad, ansåg domstolen henne vara "under inga förhållanden berättigad att erhålla någon brudpenning ... d.v.s. oavsett om äktenskapskontraktet betraktas som giltigt eller ej". Trots att målet kvalificerades som en del av makarnas förmögenhetsförhållanden, fick domstolen således inte tillfälle att pröva enligt bestämmelserna i ÄktB. Domstolen synes istället ha grundat sitt avgörande på avtalsrättsliga principer.

I de ovan refererade förarbetsuttalandena anges att en ersättning som hänför sig till makarnas förmögenhetsförhållanden i princip har till uppgift att åstadkomma en utjämning mellan makarna enligt grunder där försörjningsaspekten typiskt sett är av underordnad betydelse. Att mahr, i RH 2005:66 blev kvinnans egendom omedelbart efter genomförd äktenskapsceremoni, må överensstämma med lagen i Iran (enligt vilken domstolen prövade ifrågavarande mål). Bedömningen behöver däremot inte bli densamma om mahr bedöms mot bakgrund av svensk rätt. Frågor om äganderättsövergång vid exempelvis benefika rättshandlingar förutsätter särskilda krav som kommer att behandlas i nästkommande avsnitt. När ett avtal om mahr har att verkställas vid en eventuell framtida skilsmässa, ger avtalet i verkligheten upphov till de problem som diskuteras ovan i samband med underhållsfrågorna. Avtal som makar i annat fall har ingått om egendomsordningen är inte giltigt om det inte uppfyller föreskrifterna i ÄktB. En utjämning av makarnas förmögenhetsförhållanden, det vill säga ett avtal av ren familjerättslig karaktär, kan i svensk rätt åstadkommas endast genom äktenskapsförord eller avtal om bodelning. (Inför en stundande äktenskapsskillnad kan makarna enligt 9 kap 13 § 2 st ÄktB avtala om den kommande bodelningen – ett så kallat föravtal om bodelning förutsätter emellertid en omedelbart förestående äktenskapsskillnad.) En överenskommelse om mahr, som i praktiken innebär att egendom överförs från mannen till hustrun vid en framtida skilsmässa, är emellertid svårt att likställa med ett äktenskapsförord.[59] Enligt 7 kap 3 § ÄktB kan makar eller blivande makar genom äktenskapsförord bestämma att egendom skall vara den ena makens enskilda. Primärt syftar ett äktenskapsförord till att reglera egendomens karaktär som antingen giftorättsgods eller enskild egendom. Svensk rätt lämnar således inte utrymme för makarna att genom äktenskapsförord överföra tillgångar mellan varandra. Vem av makarna som äger vad styrs istället av allmänna förmögenhetsrättsliga principer.

59 Vid amerikanska domstolar har mahr ibland betraktats som "prenuptial agreement". Ett prenuptial agreement motsvarar närmast äktenskapsförord i svensk rätt. När mahr har kvalificerats som ett prenuptial agreement har avtalet tolkats innebära en uttömmande reglering av makarnas förmögenhetsförhållanden. Makarna har således tolkats ha avtalat bort rätten till delning i samband med en eventuell äktenskapsskillnad. Oavsett makarnas förmögenhetsförhållanden i det enskilda fallet har hustrun varit berättigad till endast den överenskomna mahr. I de fall värdet av mahr varit begränsat, har denna tolkning medfört negativa ekonomiska konsekvenser för hustrun i en situation där mannen har varit den rikare maken. Tolkningen av mahr som prenuptial agreement leder till anmärkningsvärda konsekvenser när makarnas ekonomiska förhållanden sammanflätats på grund av ett långvarit äktenskapligt samliv. För en diskussion om mahr och utvecklingen i amerikansk rättspraxis, se Blenkhorin, Lindsey, Islamic Marriage Contracts in American Courts: Interpreting Mahr Agreement as Prenuptials and Their Effect on Muslim Women, Southern California Law Review, 2002-2003, s. 189-234.

3.3.3 MAHR SOM ETT FÖRMÖGENHETSRÄTTSLIGT AVTAL

En gåva mellan makar betraktas i allmänhet som ett förmögenhetsrättsligt avtal, skilt från deras familjerättsliga mellanhavanden.[60] Mahr som institut är emellertid starkt sammanbundet med det muslimska äktenskapet. Parter som ingår äktenskap under överinseende av muslimska vigselförrättare tillfrågas, och vid behov anmodas de även att bestämma en lämplig mahr. Oberoende av det faktum att mahr är intimt sammanknippat med det muslimska äktenskapet, kommer i de fall mahr betraktas som gåva, dess bindande verkan att bedömas mot bakgrund av de svenska gåvoreglerna. Särskilda föreskrifter för gåva mellan makar finns i 8 kap ÄktB. I 8 kap 1 § föreskrivs att gåva mellan makar är gällande mellan dem, om vad som gäller för fullbordande av gåva i allmänhet har iakttagits eller om gåvan har registrerats vid domstol enligt 16 kap ÄktB. I fråga om lösöre blir gåvan gällande mellan makarna genom tradition.[61] En gåva mellan makar kan således fullbordas på alternativa vägar.[62]

I de fall ett avtal om mahr har att verkställas vid en eventuell äktenskapsskillnad eller vid anmodan av hustrun, kommer avtalet närmast att klassificeras som en utfästelse om gåva. Enligt 8 kap 2 § ÄktB är en utfästelse av den ena maken att under äktenskapet ge den andra maken en gåva utan verkan. Det har sagts att regleringen har till syfte att skydda en make mot oöverlagda åtaganden.[63] I lagen (1936:83) angående vissa utfästelser om gåva, anges att en utfästelse om gåva blir bindande för den som avgivit utfästelsen om den gjorts i skuldebrev eller annan urkund som blivit till gåvotagaren överlämnad, eller i de fall utfästelsen var avsedd att komma till allmänhetens kännedom (1 §).

En överenskommelse om mahr fastställs som huvudregel i det skriftliga äktenskapskontraktet i samband med äktenskapsceremonin i närvaron av vittnen och anhöriga. Det vanligaste är att äktenskapskontraktet upprättas i tre likalydande exemplar, där makarna får ett kontrakt vardera och vigselförrättaren det tredje. Många gånger föregås avtalet av överläggningar och de blivande makarna är ofta fullt medvetna om de religiösa eller kulturella traditioner som kringgärdar avtalet. Det kan även tänkas att ett äktenskapsarrangemang havererar till följd av att makarna inte kan enas i frågan om mahr. I de flesta fall kan en utfästelse om mahr därför inte karaktäriseras som ett oöverlagt åtagande

60 Agell och Brattström, Äktenskap, Samboende, Partnerskap, s. 138.
61 Agell och Brattström, Äktenskap, Samboende, Partnerskap, s. 139.
62 Av praktiska skäl kan för samboende makar emellertid registrering vara att föredra eftersom det ofta kan vara svårt att åstadkomma eller bevisa tradition, prop. 1986/87:1, s. 143.
63 Agell och Brattström, Äktenskap, Samboende, Partnerskap, s. 139.

som är tänkt att skyddas av de svenska äktenskapsrättsliga bestämmelser som reglerar gåvoutfästelser. Därutöver ingås avtalet om mahr före äktenskapets ingående, vilket i reell mening innebär att det inte är fråga om en av makarna gjord utfästelse om gåva. Om man väljer att betrakta avtalet om mahr som en benefik rättshandling förefaller det islamiska äktenskapsarrangemanget således uppfylla gåvolagens krav om skriftlighet och om publicitet. En fråga som kommer att lämnas obehandlad i denna artikel är vilka omständigheter som kan föranleda hinder för en verkställighet av ett avtal om mahr. Vilka förhållanden kan aktualisera en jämkning eller åsidosättande av ett avtal om mahr med hänvisning till exempelvis 36 § i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område?

4. SKILSMÄSSA

Enligt ett uttalande som påstås härröra från profeten Muhammed skall, av alla tillåtna saker, skilsmässan vara det av Gud mest hatade.[64] En skilsmässa ska enligt islamisk rätt föregås av medling.[65] Kan makarna inte försonas har de alltid möjlighet att upplösa äktenskapet. Rätten till skilsmässa skiljer sig emellertid åt mellan fall där den söks av hustrun och fall där det är mannen som vill skiljas. Islamisk rätt uppställer flera villkor för hustruns rätt till skilsmässa, medan mannen i praktiken har en villkorslös rätt att skilja sig från sin hustru (genom en så kallad talaq, där mannen förskjuter sin hustru). Om makarna i förväg inte utnyttjat möjligheten att i äktenskapskontraktet stipulera en rätt för kvinnan att när som helst söka skilsmässa – i verkligheten är det en delegering till kvinnan av mannens skilsmässorätt – är hennes möjlighet att upplösa ett oönskat äktenskap förenad med stora svårigheter.

Grund för en kvinna att begära skilsmässa kan exempelvis vara impotens eller allvarliga sjukdomar hos mannen.[66] Om mannen misshandlar sin hustru samt gör sig skyldig till andra missförhållanden, eller i fall mannen inte fullgör sin skyldighet att försörja hustrun under äktenskapet eller försummar de skyldigheter som i övrigt följer av äktenskapskontraktet kan äktenskapet efter begäran av hustrun upplösas av domstol genom så kallad separation (tafriq).[67] Vid tafriq berövas inte hustrun sin rätt till mahr. I praktiken, när makarna i

64 Doi, Abdur Rahman, Shariah: The Islamic Law, London, 1997, s. 168 f.
65 Kap 4 vers 35 föreskrivs att om man fruktar brytning mellan makar åligger en skyldighet att utse skiljemän ur både mannens och kvinnans familj.
66 Schacht, Joseph, An Introduction to Islamic Law, Oxford, 1982, s. 165.
67 I detalj för de missförhållanden som kan utgöra grund för separation, se Doi, Shariah: The Islamic Law, s. 195.

förväg inte avtalat om rätten för hustrun att begära skilsmässa eller när grund för tafriq inte föreligger, utgör khul'-institutet en sista utväg för en kvinna att upplösa ett äktenskap hon inte längre önskar leva i. Khul' innebär att äktenskapet upplöses genom att kvinnan återlämnar mahr och avstår från andra finansiella rättigheter som hon kan rikta mot mannen med anledning av äktenskapet (så som rätt till underhåll under en begränsad tid efter äktenskapet). I traditionell rätt uppstår en khul' skilsmässa genom överenskommelse mellan makarna.[68] Mannens medverkan, i praktiken hans medgivande, till skilsmässa har därför ansetts vara direkt avgörande för kvinnans rätt till khul'. Vid nyare lagreformer i vissa rättsordningar med en muslimsk majoritetsbefolkning har dock rätten till khul' inte gjorts beroende av mannens inställning. Om makarna inte kan enas i frågan, kan hustrun i exempelvis Egypten idag direkt vända sig till domstol och erhålla en khul' skilsmässa vid återbördande av hennes mahr.[69]

I svensk rätt är skilsmässan en absolut rättighet som makar kan utnyttja utan att ange skäl och utan att igångsätta kostnads- eller tidskrävande processer.[70] Att en svensk domstol upplöst ett äktenskap betyder emellertid inte alltid att makarna är att anse som skilda i alla kontexter och länder. Även om makarna är skilda enligt svensk rätt kan de betraktas som gifta av den egna gruppen fram till dess att äktenskapet är upplöst enligt de islamiska reglerna. Men religiöst utövande muslimer, såväl kvinnor som män, kan av religiösa skäl se sitt äktenskap som upplöst först när detta har skett enligt de islamiska reglerna.[71] Vissa islamiska tolkningar begränsar kvinnors rätt till skilsmässa. Islamiska församlingar i Sverige som ansluter sig till dessa tolkningar kan därför vägra att medverka till en religiös skilsmässa mellan makarna (genom exempelvis att vägra utfärda en handling över makarnas skilsmässa). Detta kan innebära att muslimska kvinnor kan hamna i en situation där de är skilda

68 Nasir, Jamal J., The Islamic Law of Personal Status, 3:e upplagan, Haag, 2002, s. 115 ff.

69 Den egyptiska lagen (nr 1 från 2000) utsattes för hård kritik av de religiösa etablissemanget i Egypten. Företrädare för det välkända religiösa universitetet al-Azhar förklarade exempelvis lagen som ett brott mot sharia, Fawzy, Essam, Muslim personal status law in Egypt: the current situation and possibilities of reform through internal initiatives, Women's Rights and Islamic Family Law – Perspectives on Reform (red. Welchman), New York, 2004, s. 58-68.

70 Om någon av makarna begär det, eller om någon av dem varaktigt bor tillsammans med eget barn under 16 år, skall en äktenskapsskillnad föregås av en betänketid om sex månader. Samma sak gäller om det bara är en make som vill att äktenskapet ska upplösas. Se 5 kap ÄktB.

71 Enligt professorn i religionsvetenskap, Anne Sofie Roald, är det många muslimska kvinnor som själva inte vill gifta om sig av religiösa skäl om de inte får en islamisk skilsmässa. Det anses enligt Roald vara en synd enligt islamiska traditionella föreställningar, Roald, Anne Sofie, Vigselrättens symbolvärde, Invandrare och minoriteter, Tidskrift för forskning, politik, kultur och debatt, nr 1, 2010, s. 32.

enligt svensk rätt men fortfarande gifta enligt islam. Eftersom skilsmässor från svenska domstolar sällan erkänns i de länder varifrån makarna härrör, finns också risk för internationellt haltande äktenskap. Om en kvinna som inte är skild enligt de islamiska reglerna skulle gifta om sig i Sverige kan hon, vid återresa till länder som Pakistan, riskera dödsstraff med anledning av att det senare äktenskapet kommer att betraktas som en utomäktenskaplig relation.[72] I dessa sammanhang går det således att urskilja en konfliktsituation mellan de islamiska principerna och svensk rätt, som i praktiken kan medföra stora svårigheter för muslimska kvinnor.

I praktiken är problematiken med de haltande äktenskapen mycket svårlösta. På det internationella planet kan de förhindras bara genom internationella konventioner eller bilaterala avtal mellan Sverige och länder som kan tänkas beröras av problematiken. I verkligheten är det dock knappast möjligt att få till stånd en reglering som leder till att exempelvis Sverige, Iran, Pakistan och Saudiarabien skulle erkänna varandras skilsmässodomar.[73] På det interna planet är det däremot angeläget att de islamiska församlingarna, dit makar vänder sig för att religiöst upplösa ett äktenskap, finner lösningar på hur de kan tolka den islamiska lagen i överensstämmelse med de förhållanden i Sverige som präglar enskilda muslimers vardag. I själva verket kan problemet lösas genom att de standardiserade äktenskapskontrakt som används vid de islamiska församlingarna alltid innehåller en klausul som ger hustrun rätt att upplösa äktenskapet.[74] Detta vore förenligt med islamisk rätt.

72 Roald, Vigselrättens symbolvärde, Invandrare och minoriteter, Tidskrift för forskning, politik, kultur och debatt, nr 1, 2010, s. 31 f.

73 Den svenska internationellt privaträttsliga regleringen är dock i grunden mycket liberal i förhållande till möjligheterna att erkänna skilsmässor meddelade i utlandet. Enligt 3 kap 7 § i lagen (1904:26) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmyndarskap skall beslut om äktenskapsskillnad som meddelats i främmande stat, gälla i Sverige om det med hänsyn till makes medborgarskap eller hemvist eller annan anknytning förelåg skälig anledning att talan prövades i den främmande staten.

74 Liknande förslag har lämnats av vissa imamer i Sverige, Roald, Vigselrättens symbolvärde, Invandrare och minoriteter, Tidskrift för forskning, politik, kultur och debatt, nr 1, 2010, s. 33. I länder där kvinnans rätt till skilsmässa är ytterst begränsad (exempelvis Iran) spelar mahr en viktig roll för kvinnans möjligheter att i en sådan rättsordning upplösa ett oönskat äktenskap. I muslimska rättsordningar där kvinnan behöver förlita sig på mannens välvilja ifråga om skilsmässa, kan en morgongåva med betydande värde fungera som påtryckningsmedel mot mannen. Kvinnan köper mannens skilsmässorätt genom att avsäga sig rätten till mahr, Sayed, The Muslim Dower (Mahr) in Europe – With Special Reference to Sweden s. 197. I Sverige har motsvarande tillvägagångssätt försökt användas genom att vid svensk domstol väcka en talan om betalningsförpliktelse med anledning av ett avtal om mahr. Tvisten om mahr initieras primärt för att utvinna en dom som sedan kan användas i syfte att åstadkomma en religiös skilsmässa. Kvinnan i målet förlorade

5. ARVSRÄTT

5.1 ARV ENLIGT ISLAM

Arvsordningen intar, enligt den islamiska rättstraditionen, en särställning i det islamiska rättssystemet. En viktig förklaring till detta är att arvsrätten är ett av få rättsområden som har behandlats relativt utförligt i koranen.[75] På många sätt representerar dock den islamiska arvsordningen ett värderingssystem som är främmande utifrån de värderingar som den svenska rättsordningen vilar på. Denna värderingskollision kan komma att blottas när arvlåtaren, med anledning av sin religiösa uppfattning, önskar att arvet efter honom eller henne ska delas i enlighet med föreskrifterna i koranen.[76] Innan en diskussion av de problem som den islamiska arvsordningen kan ge upphov till i förhållande till svensk rätt, vill jag summariskt och översiktligt presentera den islamiska arvsordningen.

När profeten Muhammed förkunnade koranens budskap gjorde han det i ett starkt patriarkalt beduinsamhälle på den Arabiska halvön. Samhället på den Arabiska halvön före islam var ett utpräglat klan- och stamsamhälle. Den egna klanen och storfamiljen hade företräde framför individen. Utan klanens beskydd var en människa i öknen varken fri eller förmögen att leva säkert.[77] I ett klansamhälle av detta slag var gruppsolidariteten därför av högsta vikt. På olika sätt försökte man bibehålla och stärka denna gruppsolidaritet. Ett medel för att stärka gruppsolidariteten, och ytterst den egna klanens överlevnad i kampen mellan klanerna, var en ordning för egendomsöverföring vid dödsfall

dock tvisten om mahr, vilket synes ha lett till att hon inte kunna erhålla en religiöst sanktionerad skilsmässa, tidskriften Advokaten, nr 6, 2010, s. 26.

75 Det finns också uttalanden från profeten Muhammed som betonar arvsrättens betydelse. Bland annat lär han ha sagt att muslimen bör studera arvsrätten och att lära ut den till andra, för den utgör hälften av allt vetande. Traditionen återges av bland annat Anderson, J.N.D., Islamic Law in the Modern World, New York, 1959, s. 60.

76 I min doktorsavhandling. Islam och arvsrätt i det mångkulturella Sverige – En internationellt privaträttslig och jämförande studie, Uppsala, 2009, har jag behandlat motsvarande problem som kan uppkomma på det internationellt privaträttsliga planet. Enligt lagen (1937:81) om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo skall rätt till arv efter en person bedömas enligt lagen i det land där han eller hon var medborgare närmast före dödsfallet. När arvlåtaren innehar medborgarskap i ett land med en lagstiftning som upprätthåller den islamiska arvsordningen kommer en svensk domstol, i ett första skede, att bedöma kvarlåtenskapens fördelning enligt de islamiska arvsreglerna. När arvsfördelningen i det enskilda fallet leder till ett resultat som är uppenbart oförenligt med grunderna för den svenska rättsordningen, kan domstolen förvägra de utländska rättsreglerna tillämpning (det så kallade ordre public-förbehållet som också finns i 1 kap 10 § i 1937 års lag).

77 Robertson Smith, W., Kinship and Marriage in Early Arabia, London, 1990, s. 129.

som på bästa sätt återspeglade dessa sociopolitiska förhållanden. Med hänsyn till detta tillföll arvlåtarens kvarlåtenskap de gruppmedlemmar som utgjorde del i gruppgemenskapen där inbördes solidaritet rådde.[78] Den förislamiska arvsordningen var utformad för att kvarhålla egendomen inom stammen, närmare bestämt i överensstämmelse med stamstrukturen för att därigenom öka gruppsolidariteten och bibehålla stammens styrka i militärt hänseende.[79] Det sägs att det endast var vuxna män som kunde bära vapen som medgavs arv.[80] De presumtiva arvingarna kunde i alla lägen härleda sitt släktskap till samma stamfader som arvlåtaren. Det var således endast agnatiska män, det vill säga män sammanbundna genom manliga släktled, som var behöriga att ta arv. Eftersom kvinnor och barn inte kunde delta i stammens väpnade försvar uteslöts de från rätten att ärva.

Koranen innebar stora reformer i förhållande till den arvsordning som var förhärskande i förislamisk tid. Enligt kap 4 vers 7 i koranen har män "rätt till en andel av vad föräldrar och nära anhöriga efterlämnar och kvinnor har rätt till en andel av vad föräldrar och nära anhöriga efterlämnar, vare sig det är litet eller mycket". Denna koraniska föreskrift har konsekvenser som går bortom de arvsrättsliga föreskrifterna. I själva verket kan den tolkas som ett angrepp på stamstrukturen och storfamiljens organisation såsom den beskrivits ovan. De arvsrättsliga föreskrifterna i koranen ger uttryck för ett trängre familjebegrepp, jämfört med familjebegreppet i det tribala samhället. Som den statsman profeten Muhammed var, hade han, utöver lanseringen av en ny religiös etik, en önskan att förändra samhället på Arabiska halvön även i ett vidare sociopolitiskt perspektiv. Koranens arvsrättsliga föreskrifter belyser denna vilja till förändring. Trots att ordningen för egendomsöverföring vid dödsfall är ett av de mest utförligt beskrivna rättsområdena i koranen, är de på inget sätt uttömmande. Det är många arvsrättsliga situationer som inte uttryckligen har behandlats i koranen. Istället har de situationer som saknar förklaringar i koranen framtolkats av rättslärda inom de olika rättsskolorna. Inte sällan har dessa tolkningar skett i linje med lokala värderingar som var förhärskande i

78 Anderson, J.N.D., Islamic Law in the Modern World, New York, 1959, s. 61.

79 Coulson, N.J., A History of Islamic Law, Edinburg, 1964, s. 15.

80 "The title to succession, previous to islam, was that of comradeship in arms. It was on this basis that women and children who were unable to bear arms were disqualified in regard to inheritance", förklarar Tyabji, Faiz Badruddin, Muhammadan Law – The Personal Law of Muslims, Bombay, 1940, s. 821.

områden där de rättslärda verkade. Ofta har tolkningarna präglats av patriarkala värderingar, detta är tydligt inte minst på det arvsrättsliga området.[81]

Den sunnimuslimska arvsordningen och den sunnitiska tolkningen av de arvsrättsliga föreskrifterna i koranen har inte övergivit den arvsordning som var förhärskande under den förislamiska perioden. Den sunnimuslimska arvsordningen har, genom bevarandet av de förislamiska arvingarna – arvlåtarens agnater – istället konsoliderat den förislamiska arvsordningen som en del av den islamiska rätten.[82] Den sunnitiska arvsordningen består därför dels av koranens föreskrifter med ett system som bygger på i förhand bestämda arvslotter till arvlåtarens släktingar som enligt den förislamiska ordningen inte medgavs arv (de andelsberättigade arvingarna), dels av den ovan beskrivna förislamiska arvsordningen, som ger agnater företräde framför kognater samt ger uttryck för ett vidare familjebegrepp, närmast storfamiljen eller klanen som utgångspunkt.

De viktigaste arvingarna i den sunnimuslimska arvsordningen är de andelsberättigade arvingarna (den kategori av arvingar som ärver på basis av koranen) och arvlåtarens agnater. De arvingar som har fått en arvsrätt på grundval av koranen är arvlåtarens döttrar, sondöttrar, far, mor, farfar, mormor, farmor, den efterlevande maken, systrar, halvsystrar på fädernesidan och halvsyskon (såväl systrar som bröder) på mödernesidan. Beroende på vem den aktuella arvingen är, och vilka andra arvingar som efterlämnas, kan arvslotten variera allt från 2/3 till 1/8 av den totala kvarlåtenskapen. Med avseende på descendenterna föreskriver koranen att en ensam dotter ärver 1/2 av kvarlåtenskapen. Om döttrarna är två eller flera har de rätt till 2/3 av

81 För kritik av det företräde som ges patriarkala värderingar vid tolkningen av koraniska föreskrifter, se al-Hibri, Azizah, Islam, Law and Custom: Redefining Muslim Women's rights, American University Journal of International Law and Policy, 1997, s. 1-44.

82 Den kanske största skiljelinjen mellan sunnitisk och shiitisk rätt gäller tolkningen av de arvsrättsliga föreskrifterna i koranen. Den stora skiljelinjen bottnar i en olikartad syn om graden av reform som koranen var avsedd att ha på det arvsrättsliga planet. Medan sunniternas uppfattning är restriktiv, hävdar shiiterna att koranen var avsedd att medföra en helt ny arvsordning, Anderson, J.N.D., Recent Reforms in the Islamic Law of Inheritance, The International and Comparative Law Quarterly, 1965, s. 351. Enligt shiitisk rätt medges agnaterna, de förislamiska arvingarna, inte bättre rätt än kognater. Den shiitiska tolkningen av koranen har resulterat i en stark betoning av ett trängre familjebegrepp men också i ett koherent system som utgår från föreskrifterna i koranen. När koranen inte uttryckligen reglerat en situation har ofta de koraniska föreskrifterna betraktats som allmänna principer som analogt kan appliceras på liknande fall, Anderson, J.N.D., Recent Reforms in the Islamic Law of Inheritance, The International and Comparative Law Quarterly, 1965, s. 351.

kvarlåtenskapen (kap 4 vers 11 i koranen). Sondöttrar intar, med vissa undantag, samma arvsrättsliga ställning som döttrar när arvlåtaren inte efterlämnar barn. Med avseende på makar gör koranen skillnad på om den efterlevande är hustrun eller mannen. Medan hustrun har rätt till 1/4, tar mannen 1/2 av sin döda hustrus kvarlåtenskap. Den efterlevande makens arv reduceras till hälften i fall där arvlåtaren efterlämnat barn (kap 4 vers 12 i koranen). Föräldrarnas arvsrätt regleras i kap 4 vers 11 i koranen. Enligt föreskriften har varje förälder rätt till 1/6 av kvarlåtenskapen om arvlåtaren efterlämnar barn. Om arvlåtaren dör barnlös har modern rätt till 1/3 medan fadern tar de 2/3 som återstår efter fördelningen till modern.[83] Enligt koranen utgör arvslotterna av Gud utfärdade föreskrifter (kap 4 vers 12 i koranen).

Det agnatiska släktskapets företräde i arvsrättsliga sammanhang grundar sig inte på koranen, utan på uttalanden (sunna) som tillskrivs profeten Muhammed.[84] Även om agnater kan bestå av både män och kvinnor, åsyftas i arvsrättsliga sammanhang endast de män som härleder sitt släktskap till arvlåtaren genom manliga led. Klassificeringen av arvingarna som antingen andelsberättigade eller agnater är inte en arvsklassindelning liknande den som kommit till uttryck i 2 kap ärvdabalken (ÄB). Närmast är det fråga om arvsgrupper med rätt att samärva. Agnaterna har, till skillnad från de andelsberättigade, dock inte rätt till i förhand bestämda arvslotter. Istället ärver de vad som återstår efter att de andelsberättigade erhållit sina andelar. Principen kan belysas genom ett exempel. Anta att en person avlider och efterlämnar två döttrar och ett antal bröder. I denna situation är döttrarna andelsberättigade och har rätt till 2/3 av den sammanlagda kvarlåtenskapen. Eftersom bröderna ärver som agnater, kommer de att ta den del av kvarlåtenskapen som återstår efter

83 Redan i tidig islamisk rättshistoria har kap 4 vers 11 medfört en del problem som rättslärda löst genom tolkning. Problemet har gällt de fall där arvlåtaren efterlämnar sina föräldrar med den efterlevande maken, en situation som inte uttryckligen avgjorts i koranen. Utgå från att en man dör och efterlämnar sina föräldrar och sin hustru. En arvsfördelning som följer den uttryckliga ordalydelsen i kap 4 vers 11 skulle i detta fall medföra att maken ärver 1/2 (3/6), modern 1/3 (2/6) och fadern den återstående 1/6. Eftersom denna tolkning medför att modern tar arv med en lott som motsvarar det dubbla av vad fadern tar, ansågs tolkningen vara oförenlig med det islamiska arvssystemet. Versen tolkades istället så att moderns 1/3 beräknades på det arv som återstod efter att den efterlevande maken erhållit sin lott (och således inte som en rätt till 1/3 av den sammanlagda kvarlåtenskapen). För närmare redogörelse av denna problematik, se Coulson, N.J., Succession in the Muslim Family, Cambridge, 1979, s. 45 f.

84 Enligt en tradition (hadith) har profeten beordrat muslimer att först ge arvingarna i koranen deras (i koranen) fastställda arvslotter. Vad som därefter kvarstår av kvarlåtenskapen tillkommer den man som är närmast besläktigad med arvlåtaren, Muhsin Khan, Muhammad, The Translation of the Meanings of Sahih Al-Bukhari, Arabic-English, Riyad, 1997, vol 8, hadith 6732, s. 385.

arvet till döttrarna (sammantaget 1/3). Descendenter, såsom söner, sonsöner, sonsöners söner, och så vidare, utgör de primära arvingarna bland agnaterna. Näst därefter ärver ascendenter. Vid avsaknad av descendenter och ascendenter inträder kollateralerna (sidoarvingarna) som agnatiska arvingar (det kan exempelvis vara fråga om arvlåtarens farbröder, kusiner eller till och med så avlägsna släktingar som agnatiska kusiner till arvlåtarens far).

Den kanske mest uppmärksammade principen i den islamiska arvsordningen rör de situationer där män medges arv med en lott som motsvarar två kvinnors.[85] Denna princip tillämpas i själva verket när agnatiska andelsberättigade kvinnor samärver med bröder. I praktiken tillämpas principen i förhållande till arvlåtarens descendenter (såsom mellan söner och döttrar, sonsöner med sondöttrar, och så vidare) och syskon (när helsyskon eller halvsyskon genom fadern samärver). Det som sker i dessa fall är att de kvinnliga andelsberättigade arvingarna förlorar sin koraniska andelsrätt för att istället ärva som sina agnatiska bröder. De tar arv i det som återstår av kvarlåtenskapen efter det att andra eventuella arvsberättigade arvingar tagit sina lotter. Principen tillämpas således bara i relation till agnatiska syskon och inte i relationen mellan kognater, det vill säga när halvsystrar genom modern samärver med halvbröder genom modern. Halvsystrar genom modern kommer istället att ärva samma andel som sina bröder (kap 4 vers 12 i koranen).

De bakomliggande förklaringarna till att söner ärver mer än döttrar och bröder mer än systrar är framförallt de islamiska underhållsreglerna.[86] Till skillnad från den grundläggande uppfattningen i svensk rätt, som huvudsakligen bygger på tanken om individens självtillräcklighet och autonomi, utgår de islamiska reglerna från en motsatt utgångspunkt.[87] Den svenska familjerättens betoning

85 Det finns emellertid även andra situationer som ter sig som problematiska i förhållande till svensk rätt. Enligt islamisk arvsrätt utgör en skillnad i religion mellan arvlåtaren och en presumtiv arvinge en förverkandegrund. En muslim tillåts inte ärva den som inte är muslim och vice versa. Barn födda av ogift mor tillåts inte heller ärva fadern eller hans släktingar. Alla dessa principer ger uttryck för värderingar som är problematiska i förhållande till svensk rätt.

86 Antropologen och juristen Marie-Claire Fobbles förklarar detta förhållande med att säga: "this apparent legal inequality must be considered within a wider legal framework: inheritance rules under Islamic law are, as it were, only one means, albeit an important one, for women to acquire property", Legal Antropology, Imperative Inheritance Law in late-Modern Society – Five Perspectives (red. Castelein, Foque´ och Verbeke), Antwerpen, 2009, s. 58.

87 I svensk rätt betraktas exempelvis makar i detta hänseende som självständiga parter som gemensamt, efter förmåga skall bidra till det underhåll som behövs för att deras gemensamma och personliga behov skall tillgodoses, 6 kap 1 § äktenskapsbalken (ÄktB). Efter äktenskapsskillnad är utgångspunkten enligt 6 kap 7 § ÄktB att varje make svarar för sin egen försörjning. Utöver

av individen leder, enligt Singer, till att familjen som enhet får en minskad betydelse. När familjens funktioner minskar, blir det också nödvändigt att samhället går in och tillgodoser individernas rättigheter. I ett samhälle såsom det svenska har staten tagit ett större ansvar för de underhållsfunktioner som familjen tidigare stod för.[88] I islamisk rätt har dock familjen som enhet en på förhand bestämd funktion i förhållande till de olika familjemedlemmarna. Underhållsbördan ligger exempelvis på män, närmare bestämt på den personkategori av män som betecknas som agnater.[89] Förklaringen till att söner medges en större arvslott i förhållande till döttrar, och bröder i förhållande till systrar, är att sönerna, respektive bröderna, har en underhållsbörda gentemot den aktuella kvinnliga samarvingen.[90] Till de ekonomiska förpliktelser som män har gentemot kvinnor i det islamiska systemet kan också tilläggas den redan behandlade skyldigheten för män att ge en mahr.

Även om vi på ett abstrakt plan kan godta underhållsaspekten och det familjebegrepp som de islamiska reglerna ger uttryck för som en förklaring behöver den inte överensstämma och återspegla de verkliga förhållandena för många muslimska män och kvinnor. Koherensaspekten, det vill säga att kvinnors i vissa fall underställda arvsrätt kompenseras genom andra rättsliga institut, faller i varje konkret fall där kvinnor är självförsörjande genom eget förvärvsarbete och där mahr blott ses som en symbolisk religiös handling utan reella ekonomiska följder. Oaktat det faktum att den islamiska arvsordningen inte återspeglar vardagen för många muslimer, i synnerhet för muslimer som lever utanför den islamiska världen såsom i Sverige, kan det finnas ett religiöst

den underhållsskyldighet som följer för föräldrar gentemot barn enligt föräldrabalken, kan en person enligt svensk rätt inte åläggas att försörja nära anhöriga. Föräldrarnas underhållsskyldighet gentemot barn upphör när barnet fyllt arton år eller under den tid barnet går i grundskola, gymnasieskola eller jämförlig grundutbildning, dock längst till dess barnet fyllt 21 år (7 kap 1 § föräldrabalken).

88 Singer, Anna, Familjerätten – en kulturyttring?, Familj, rätt och religion (red. Singer, Jänterä-Jareborg och Schlytter), Uppsala, 2010, s. 270 f.

89 Grunden för mäns underhållsskyldighet vilar på kap 4 vers 34 i koranen. Enligt denna föreskrift skall männen "ha ansvar för och omsorg om kvinnorna med [den styrka och] de andra företräden som Gud har gett dem, och i egenskap av [kvinnornas] försörjare".

90 Chaudhry förklarar detta genom att säga att underhållsbördan "for all family members falls upon fathers, sons, husbands, and brothers, depending on the circumstances. Hon illustrerar sitt resonemang genom följande exempel: "in case of the death of father, an unmarried or divorced daughter will have the right to care and maintenance by her male agnate relatives. A brother has the duty to maintain his sister. A son has the duty to maintain his widowed mother and other dependents of his deceased father", Chaudhry, Zainab, The Myth of Misogyny: A Reanalysis of Women's Inheritance in Islamic law, Journal of Islamic Law, 1998, p. 82.

värde för vissa att genom en sista handling i livet förordna om kvarlåtenskapen i enlighet med reglerna i koranen. I förhållande till svensk rätt kan detta uppnås genom att arvlåtaren upprättar ett testamente.

5.2 SVENSK ARVSRÄTT

Den svenska arvsordningen bygger på en utpräglad arvsklassindelning. Till detta kan tilläggas den efterlevande makens arvsrätt som med tiden fått en allt starkare arvsrättslig ställning. Arvsklassindelningen ger uttryck för värderingen om att de som är närmast släkt med den avlidna ärver före mera avlägsna släktingar.[91] Närmaste släkt är arvlåtarens bröstarvingar som också konstituerar den första arvsklassen (2 kap 1 § ÄB).[92] Arvlåtarens föräldrar ärver i den andra arvsklassen näst efter avkomlingar (2 kap 2 § ÄB). Först i den tredje arvsklassen, när arvlåtaren inte efterlämnar arvingar i den första eller andra arvsklassen, tar farföräldrar och morföräldrar arvet (2 kap 3 §). Arvsklassindelningen kompletteras med den grundläggande arvsrättsliga principen om ius representationis, eller istadarätt, som medför att om en arvinge är död inträder hans eller hennes avkomlingar i dennes arvsrättsliga ställning.[93] Islamisk arvsrätt erkänner inte arvsrättslig representationsrätt. Detta medför att när arvlåtaren vid sin bortgång efterlämnar barnbarn till ett före arvlåtaren avlidet barn, och samtidigt efterlämnar barn som inte är föräldrar till ifrågavarande barnbarn, kommer barnbarnet vanligtvis inte att ärva. I det islamiska systemet förutsätts att de föräldralösa barnen tas om hand av släktingar, även om det är fråga om avlägsna sådana. I de starkt urbaniserade islamiska samhällena har släkten och den avlägsna familjens ansvar för individen gradvis minskat. Familjesolidaritetens kollaps och den förändrade familjestrukturen i muslimskt dominerande länder har lett till en situation där avsaknaden av representationsrätt många gånger kommit att leda till en dubbel orätt; barnbarnen står dels arvslösa, dels utan försörjning av dem som enligt systemet förutsätts ansvara för deras underhåll.[94] För att råda bot på avsaknaden av representationsrätt och dess verkningar, har flera islamiska

91 Brattström, Margareta och Singer, Anna, Rätt arv – fördelning av kvarlåtenskap, 2:a upplagan, Uppsala, 2007, s. 31.

92 Enligt kap 4 vers 11 i koranen är denna släktskapsberäkning däremot inte självklar. "Med avseende på era föräldrar eller barn, har ni ingen aning om vem som står er närmast i fråga om nytta", fastslås det i ifrågavarande föreskrift.

93 Brattström och Singer, Rätt arv – fördelning av kvarlåtenskap, s. 32.

94 Sayed, Mosa, Islam och arvsrätt i det mångkulturella Sverige. En internationellt privaträttslig och jämförande studie, Uppsala, 2009, s. 180-182.

rättsordningar infört det så kallade obligatoriska testamentet som arvlåtaren i dessa fall skall upprätta till förmån för föräldralösa barnbarn.[95]

Ett centralt inslag i den svenska arvsordningen är det svenska laglottsskyddet i 7 kap 1 § ÄB. Laglotten tillkommer arvlåtarens bröstarvingar och utgör hälften av arvslotten. På ett principiellt plan liknar laglottsskyddet andelsföreskrifterna i koranen och syftar ytterst till att garantera, för svensk rätts vidkommande, bröstarvingarna en legal rätt i föräldrarnas kvarlåtenskap. De islamiska reglerna har dock en något vidare krets av andelsberättigade arvingar. Utgångspunkterna i de båda systemen vilar på ett annorlunda familjebegrepp och sättet på hur familjen är och bör vara organiserad. Skillnaden i familjeideologi är mer märkbar mot bakgrund av den senare utvecklingen i svensk rätt, där den efterlevande makens ställning stärkts på bekostnad av arvlåtarens (blodsbands-) släkt.

Den efterlevande makens arvsställning har stärkts på bekostnad av framför allt de gemensamma bröstarvingarnas arvsrätt. Genom 1987 års reform av ÄB kom den efterlevande maken enligt 3 kap 1 § ÄB att ärva kvarlåtenskapen med så kallad fri förfoganderätt före de gemensamma barnen.[96] Trots en allt större prioritering av den efterlevande makens arvsrätt, är skyddet dock inte av laglottskaraktär. I själva verket är den efterlevande makens rätt att ärva före gemensamma bröstarvingar av dispositiv karaktär som kan åsidosättas genom testamente av den först avlidna maken.[97] Den efterlevande maken är dock skyddad genom den så kallade basbeloppsregeln som innebär en rätt att ur kvarlåtenskapen efter den först avlidna maken få egendom till så stort värde att den tillsammans med egendom som den efterlevande maken erhöll vid

95 Om det obligatoriska testamentet, se Sayed, Mosa, Islam och arvsrätt i det mångkulturella Sverige. En internationellt privaträttslig och jämförande studie, Uppsala, 2009, s. 180-193.

96 Bakom 1987 års reform ligger sociala hänsynstagande av skyddskaraktär. I motiven till lagen anges att genom de sociala reformer som successivt genomförts i Sverige under 1900-talet har arvets sociala betydelse, som var att trygga avkomlingarnas ekonomiska situation, minskat. Man ansåg istället att bröstarvingarnas arvsrätt framför make var förenad med negativa verkningar. Den efterlevande makens behov av att få tillgodogöra sig kvarlåtenskapen är, enligt motiven, i allmänhet större än barnens när dessa har flyttat från makarnas gemensamma hem och kan försörja sig själva. "I de flesta fall betyder arvet föga för barnens försörjning, medan det för den efterlevande av föräldrarna kan ha stor betydelse att få sitta i 'orubbat bo', förklaras det i motiven, prop. 1986/87:1, s. 82. Det är utifrån denna behovsdiskussion intressant att uppmärksamma att i de fall arvlåtaren bara efterlämnar särkullbarn, det vill säga barn som inte är den efterlevandes, har barnen enligt 3 kap 1 § ÄB rätt att omedelbart ta hela arvet. Den efterlevande maken skyddas i dessa fall endast genom basbeloppsregeln.

97 Jänterä-Jareborg, Maarit, Partsautonomi och efterlevande makes rättställning – En internationellt privaträttslig studie, Uppsala, 1989, s. 258.

bodelningen motsvarar fyra gånger det basbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring som gäller vid tiden för dödsfallet.[98]

Sammantaget innebär de ovan berörda reglerna att en person lämnas stora friheter att genom testamente frångå den legala svenska arvsordningen. Rätten att genom testamente disponera över kvarlåtenskapen begränsas endast av bröstarvingarnas rätt till laglott och den efterlevande makens rätt till arv enligt basbeloppsregeln.[99] Utrymmet för en person att genom testamente efterleva de arvsrättsliga föreskrifterna i koranen är därför relativt stort.

5.3 SVENSK OCH ISLAMISK ARVSRÄTT I JÄMFÖRELSE GENOM KONKRETA EXEMPEL

Avslutningsvis vill jag illustrera den islamiska arvsordningen med några konkreta exempel samt sätta dessa i relation till svensk arvsrätt. På så sätt ges möjlighet att se de gränser som svensk testamentsrätt uppställer i förhållande till islamisk arvsrätt.

Anta att en kvinna avlider och efterlämnar sin make och två döttrar. Eftersom arvlåtaren i detta fall efterlämnat barn, leder de islamiska reglerna till att den efterlevande maken kommer att ärva 1/4 (3/12) och döttrarna 2/3 (8/12).[100] Detta arvsrättsliga resultat är förenligt med den svenska testamentsrätten. En arvlåtare kan, genom testamente, således förordna att 2/3 av kvarlåtenskapen skall tillfalla döttrarna och 1/4 till den efterlevande maken. Så länge den efterlevande makens arv motsvarar det arv som följer av basbeloppsregeln, kommer testamentet att verkställas.

Om arvlåtarens barn i exemplet ovan istället hade bestått av en son och två döttrar hade den kvarlåtenskap som återstår efter en fördelning till den efterlevande maken (3/4) delats mellan barnen så att sonen tar dubbelt mot vad varje dotter ärver. Konkret innebär detta att den efterlevande maken kommer att ärva 12/48, sonen 18/48 och varje dotter 9/48. I likhet med det föregående exemplet, och så länge fördelningen inte kränker den efterlevande makens rätt till fyra basbelopp, kan även denna fördelning rymmas inom den

98 För år 2010 motsvarar fyra basbelopp 169 600 kr.

99 Basbeloppsregeln synes i praktiken emellertid sällan komma till användning, Brattström och Singer, Rätt arv – fördelning av kvarlåtenskap, s. 80.

100 Den 1/12 som återstår efter en fördelning till den efterlevande maken och döttrarna kommer att proportionerligt delas mellan arvingarna i relation till deras ursprungliga andelar (så kallad radd). Om arvlåtaren i samma situation däremot också hade efterlämnat en agnat, såsom en bror, farbror eller agnatiska kusiner, hade den återstående 1/12 tillfallit denna person.

svenska testamentsrätten. Av 7 kap 1 § ÄB följer att bröstarvingens laglott utgör hälften av arvslotten. Om arvlåtaren efterlämnar flera barn tar de lika i den laglottsreserverade andelen. I detta fall utgör den testamentsbara andelen 24/48. Varje barns laglott är således 8/48. Detta innebär att fördelningen i exemplet är förenlig med svensk rätt.

Om en man skulle dö barnlös och efterlämna sin hustru, bröder och systrar, kommer den efterlevande maken att ärva 1/4 och syskonen de återstående 3/4 enligt principen om en lott till varje syster och två till varje bror. Så länge resultatet inte kränker den efterlevande makens rätt enligt basbeloppsregeln, har en person möjlighet att genom testamente förordna i enlighet med dessa islamiska regler.

Ett avslutande exempel får illustrera de ibland komplicerade beräkningar som den islamiska arvsrätten kan ge upphov till, men också fungera som ett exempel på ett fall där den islamiska arvsordningen inte kan rymmas inom den testamentariska frihet som finns i Sverige. Anta att en man avlider och efterlämnar sin hustru, sina föräldrar, tre söner och två döttrar. I detta fall kommer hustrun att ärva 1/8, föräldrarna 1/6 vardera och barnen den kvarlåtenskap som återstår efter en fördelning till hustrun och föräldrarna. I slutändan innebär en arvsfördelning enligt de islamiska reglerna att hustrun kommer att ärva 24/192, föräldrarna 32/192 vardera, varje son 26/192 och varje dotter 13/192. Men eftersom barnens sammanlagda laglott i detta fall motsvarar 96/192, kommer ett testamente som upprätthåller de islamiska reglerna att kränka döttrarnas laglottsskydd. Det medför att testamentet kan klandras.

6 SAMMANFATTANDE AVSLUTNING

I artikeln har vissa delar av den svenska och islamiska familjerätten jämförts i syfte att utreda det utrymme och de gränser som svensk rätt uppställer i förhållande till främmande traditioner på det familjerättsliga planet. I artikeln har också potentiella konfliktområden mellan svensk och islamisk familjerätt identifierats. Vid denna analys har vissa formella regler i den islamiska äktenskapstraditionen lyfts fram som problematiska i förhållande till svensk äktenskapsrätt. Vissa vigselförrättare fordrar exempelvis inte makarnas samtidiga närvaro vid äktenskapsceremonin, vilket kränker lagen om vigselrätt. I traditionell islamisk rätt uppställs inte heller en minimiålder för när parter kan ingå äktenskap. Ett annat problem som har uppmärksammats i artikeln är att islamisk rätt i vissa fall tillåter män att vara gifta med flera kvinnor

samtidigt. I förhållande till svensk rätt ger månggifte upphov till svårbedömda och svåröverblickbara konsekvenser.

I artikeln har relativt stort utrymme lämnats åt det islamiska morgongåveinstitutet mahr. Detta har skett mot bakgrund av att tvister som rör mahr vid svenska domstolar ökat den senaste tiden. Ingenting talar heller mot att tvisterna i framtiden kommer att minska i antal. I artikeln har de islamiska regler som rör mahr presenterats. Dessa regler har sedan diskuterats mot relevanta regler i svensk rätt.

I praktiken synes emellertid de islamiska skilsmässoreglerna vara minst förenliga med svensk rätt. Enligt islamisk rätt är kvinnors möjligheter att upplösa ett äktenskap starkt begränsad. Män har däremot alltid rätt till skilsmässa. I svensk rätt är skilsmässan en absolut rättighet som båda makar i praktiken kan utnyttja utan villkor. På ett principiellt plan förefaller de båda systemen uppvisa diametralt olika synsätt. Men de islamiska reglerna har emellertid också praktiska konsekvenser för framförallt muslimska kvinnor eftersom de kan leda till så kallade haltande äktenskap. Med detta menas i sammanhanget att en kvinna anses skild enligt svensk lag samtidigt som hon betraktas som gift enligt de islamiska reglerna. I praktiken kan de haltande äktenskapen leda till stora svårigheter för muslimska kvinnor.

Artikeln avslutas med en jämförelse av svensk och islamisk arvsrätt. I svensk rätt erkänns en relativt vid privat autonomi genom testamentsfriheten. Rätten att genom testamente planera fördelningen av den egna kvarlåtenskapen begränsas dock dels genom det svenska laglottsskyddet, dels genom basbeloppsregeln i ÄB. I förhållande till islamisk rätt förefaller dessa begränsningar dock inte medföra större hinder för arvlåtaren att genom testamente efterleva de islamiska reglerna. I vissa fall kommer dock ett testamentariskt förordnande som upprätthåller de islamiska arvsreglerna att kränka den svenska testamentsfriheten. I sådana fall kan testamentet klandras.

Det möte mellan svensk och islamisk familjerätt som illustrerats i detta bidrag ger upphov till grundläggande frågor om hur majoritetssamhället bör förhålla sig till rättsregler som ger uttryck för andra värderingar än de som upprätthålls i landets rättsordning. Mötet mellan kulturer ställer motsvarande frågor för de människor i Sverige som identifierar sig som muslimer. Svenska muslimer kommer att behöva på nytt ta ställning mot bakgrund av värderingarna i svensk rätt och den svenska vardagen. I de identifierade konfliktområdena, där islamiska traditioner direkt strider mot svensk rätt, behöver den muslimska

gemenskapen i Sverige emellertid finna ansvarstagande lösningar. I detta syfte behöver de islamiska församlingarna exempelvis förändra delar av sin äktenskaps- och skilsmässopraxis. Sådana lösningar behöver inte vara oförenliga med den islamiska lagen. Tvärtom, i ett historiskt perspektiv har islamisk rätt alltid varit flexibel i förhållande till traditioner och sedvänjor i en viss kontext. Historiskt har de islamiska reglerna utvecklats i interaktion med seder och traditioner i olika regioner. Detta har lett till en stor mångfald på rättsliga lösningar på det familjerättsliga området som enskilda muslimer kan välja från.

BIRGITTA NYSTRÖM, NIKLAS ARVIDSSON OCH
BOEL FLODGREN (REDAKTÖRER)

Modern affärsrätt

En antologi

2017

WOLTERS KLUWER

Något om avtalsstatutets roll för fastställande av uppfyllelseort enligt Bryssel Ia-förordningens artikel 7(1)(b)

Michael Bogdan

Enligt artikel 4 i EU:s förordning nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (den s.k. Bryssel Ia-förordningen)[1] skall privaträttslig talan på förmögenhetsrättens område mot den som har hemvist i en medlemsstat normalt väckas i den staten. Bland de i förordningen medgivna undantagen från denna huvudprincip har regeln i artikel 7(1) fått stor uppmärksamhet, vilket kan förklaras icke blott med dess stora praktiska betydelse utan även med att den har visat sig vara synnerligen svårtolkad och svårtillämpad. Enligt artikel 7(1) kan talan mot den som har hemvist i en medlemsstat väckas i en annan medlemsstat

(a) om talan avser avtal, vid domstolen för uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser;
(b) i denna bestämmelse, och såvida inte annat avtalats, avses med uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser
   – vid försäljning av varor, den ort i en medlemsstat dit enligt avtalet varorna har eller skulle ha levererats,
   – vid utförande av tjänster, den ort i en medlemsstat där enligt avtalet tjänsterna har eller skulle ha utförts;
(c) om led b inte gäller, skall led a gälla.

Stadgandets inledande led a (s.k. *forum solutionis*) har övertagits från artikel 5(1) i Bryssel Ia-förordningens föregångare och fanns redan i artikel 5(1)

1. EUT 2012 L 351 s. 1.

i 1968 års Brysselkonvention om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område (Brysselkonventionen).[2] Denna konvention ersattes av 2000 års Bryssel I-förordning i samma ämne,[3] där artikel 5(1) dock kompletterades med tilläggen b och c, vilka i sin tur oförändrade övertagits av dagens Bryssel Ia-förordnings ovan citerade artikel 7(1). Detta tillägg utgör en tolkningsanvisning rörande den ursprungliga regeln och beskriver hur uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser skall fastställas vid avtal om försäljning av varor och avtal om utförande av tjänster. Tillägget medför att vissa av EG-domstolens avgöranden rörande Brysselkonventionens artikel 5(1) numera inte kan tillerkännas full prejudikatverkan såvitt gäller dessa två avtalstyper.

Beträffande andra avtalstyper än försäljning av varor och avtal om utförande av tjänster anses EG-domstolens praxis rörande Brysselkonventionens artikel 5(1) däremot äga fortsatt prejudikatverkan.[4] Med den relevanta uppfyllelseorten avses vid dessa övriga avtal således alltjämt den förpliktelse som ligger till grund för käromålet, dvs. den förpliktelse vid vars fullgörande den förpliktade (normalt svaranden) påstås ha brustit och därigenom gett upphov till motpartens (normalt kärandens) krav.[5] Lika viktigt är att den relevanta förpliktelsens uppfyllelseort, om den inte uttryckligen eller på annat sätt otvetydigt har överenskommits av parterna själva, i dessa fall skall fastställas i enlighet med den nationella lag som enligt domstolsmedlemsstatens internationella privaträtt (numera oftast Rom I-förordningen nr 593/2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser[6] eller, i fråga om något äldre avtal, 1980 års Romkonvention om tillämplig lag för avtalsförpliktelser[7]) är tillämplig på det aktuella avtalet.[8] Allt detta är emellertid inte helt oproblematiskt. I flertalet moderna kommersiella avtal utgörs ena partens prestation av betalning i pengar och betalningsorten har ofta ingen sakligt betydelsefull anknytning till tvisten, inte ens när denna gäller sen eller

2. Brysselkonventionens text finner man exempelvis i EGT 1998 C 27 s. 3 och i prop. 1997/98:102 s. 69.

3. Förordning nr 44/2001 av den 22 december 2000, EGT 2001 L 12 s. 1.

4. Se EG-domstolens dom i saken *Falco Privatstiftung* v. *Weller-Lindhorst*, mål C-533/07, ECLI:EU:C:2009:257.

5. Se exempelvis EG-domstolens dom i saken *Shevanai* v. *Kreischer*, mål 266/85, ECLI:EU:C:1987:11; Pålsson, L., Bryssel I-förordningen jämte Bryssel- och Luganokonventionerna, Norstedts Juridik 2008, s. 114.

6. EUT 2008 L 177 s. 6.

7. Romkonventionens text finns exempelvis i EGT 1998 C 27 s. 36 och i prop. 1997/98:14 s. 59.

8. Se EG-domstolens dom i saken *Tessili* v. *Dunlop*, mål 12/76, ECLI:EU:C:1976:133; Pålsson, 2008, s. 120.

utebliven betalning. Att behöva fastställa avtalsstatutet redan innan man vet att man har jurisdiktion att pröva tvisten framstår också som ganska opraktiskt.

Redan i 2000 års Bryssel I-förordning har man därför som sagt försökt att förbättra artikel 5(1), låt vara endast i fråga om avtal om försäljning av varor och om utförande av tjänster. I förordningens artikel 5(1)(b) föreskrevs således att man med "uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser", såvida inte annat avtalats, vid försäljning av varor åsyftar den ort i en medlemsstat dit enligt avtalet varorna har eller skulle ha levererats, och vid avtal om utförande av tjänster den ort i en medlemsstat där enligt avtalet tjänsterna har eller skulle ha utförts. Denna förbättring har sedermera övertagits av artikel 7(1)(b) i den nuvarande Bryssel Ia-förordningen. EU-domstolen har ännu inte meddelat några avgöranden om tolkningen av artikel 7(1)(b), men befintlig rättspraxis rörande artikel 5(1)(b) i 2000 års förordning får med hänsyn till stadgandenas identiska ordalydelse betraktas som vägledande även för tolkningen av artikel 7(1)(b). Detsamma gäller den relativt omfattande litteraturen om den gamla förordningens artikel 5(1)(b). Framgår inget annat av sammanhanget, kommer den fortsatta texten därför att tala om artikel 7(1)(b) även när den (också) åsyftar den förra förordningens artikel 5(1)(b).

Enligt artikel 7(1)(b) anses således orten för varans leverans respektive tjänstens utförande, dvs. orten för den för avtalet karakteristiska prestationen, utgöra fingerad uppfyllelseort även för motprestationen (normalt betalningen), förutsatt att det rör sig om orten i en medlemsstat.[9] Detta gäller dock endast "såvida inte annat avtalats", så att parterna har rätt att avtala bort artikel 7(1)(b) till förmån för artikel 7(1)(a) genom att överenskomma att betalningens uppfyllelseort vid tillämpning av artikel 7(1) skall bestämmas separat och motsvara den verkliga betalningsorten.[10] Även om det inte framgår av ordalydelsen synes parternas avtalsfrihet i detta avseende inte utsträcka sig längre än så,[11] eftersom valet av uppfyllelseort

9. Ligger uppfyllelseorten, som den definieras i artikel 7(1)(b), i en stat utanför EU är artikel 7(1)(b) enligt förordningens förarbeten inte användbar, vilket via artikel 7(1)(c) medför tillämpning av artikel 7(1)(a), där uppfyllelseorten dock delvis betyder något annat och kan tänkas ligga inom en medlemsstats territorium. Se KOM(1999)348 slutlig, s. 12; Pålsson, 2008, s. 118.

10. Giltigheten av dylik rent processrättslig överenskommelse avseende domsrätt torde med hänsyn till sådana ogiltighetsgrunder som exempelvis tvång, misstag eller svek vara att bedöma enligt domstolslandets lag, inklusive domstolslandets kollisionsregler utanför Rom I-förordningen (se Rom I-förordningens artikel 1(1)(e) och Bryssel Ia-förordningens artikel 25(1) samt premiss 20).

11. Enligt vissas uppfattning bör formuleringen "såvida inte annat avtalats" faktiskt tolkas ännu snävare och inte utgöra annat än en överflödig påminnelse om parternas rätt att ingå ett

inte får vara fiktivt och hänvisa till en ort där ingen av prestationerna skall fullgöras. Innehåller avtalet exempelvis en klausul enligt vilken "trots att varorna skall levereras och betalas hos köparen i Paris skall som leveransort vid tillämpning av Bryssel I-förordningens artikel 7(1)(b) anses vara Stockholm", dvs. en angivelse av en fiktiv leveransort som inte är allvarligt menad utan uteslutande avser att skapa domsrätt enligt artikel 7(1)(b), så får klausulen inte den avsedda verkan med mindre den kan anses utgöra en giltig prorogationsklausul enligt artikel 25.[12] En fråga av måhända endast teoretisk betydelse (reglerna om uppfyllelseort är ju praktiskt taget alltid dispositiva) är hur man skall hantera sådana fall där svarandens jurisdiktionsinvändning grundar sig på att parternas överenskommelse om uppfyllelseort är civilrättsligt ogiltig[13] såsom stridande mot avtalsstatutets tvingande bestämmelser.[14]

Besvarandet av den sistnämnda frågan underlättas inte av en annan nyhet i 2000 års Bryssel I-förordnings artikel 5(1)(b), vilken inte kan påstås klart framgå av stadgandets text men har stöd i förarbetena och får anses att gälla även dagens artikel 7(1)(b). I sitt förslag av den 14 juli 1999 underströk kommissionen att bestämmelsen syftade till att "undvika de nackdelar det medför att hänvisa till de internationellt privaträttsliga reglerna i den stat där talan väckts" och att det föreslagna sättet att fastställa

prorogationsavtal enligt förordningens artikel 25 eller att överenskomma om var varan faktiskt skall levereras eller tjänsten faktiskt skall utföras. Se också den i Rauscher, T. (red.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht. Brüssel I-VO, Sellier European Law Publishers 2011, s. 246, förfäktade åsikten att artikel 7(1)(b) tillåter parterna att avtala om uppfyllelseort endast om de avtalar om samma uppfyllelseort för samtliga förpliktelser enligt avtalet.

12. Se EG-domstolens dom i saken *MSG* v. *Gravières rhénanes*, mål C-106/95, ECLI:EU:C:1997:70; Gaudemet-Tallon, H., Compétence et exécution des jugements en Europe, LGDJ, 3 uppl. 2002, s. 161; Hartley, T.C., International Commercial Litigation, Cambridge University Press 2009, s. 48; Pålsson, 2008, s. 119; Rauscher (red.), 2011, s. 246–247.

13. Svarandens invändning i samband med domsrättsfrågan att någon giltig överenskommelse om uppfyllelseort inte har träffats kan normalt inte bemötas med den s.k. påstådendedoktrinen, enligt vilken det vid s.k. dubbelrelevanta rättsfakta i princip räcker för domsrätten att käranden påstår att dessa fakta föreligger. Att man kommit överens om uppfyllelseort är nämligen inte ett dubbelrelevant rättsfaktum medmindre uppfyllelseorten råkar vara relevant också för den materiella tvistefrågan. Se t.ex. NJA 2005 s. 586; Bogdan, M., Svensk internationell privat- och processrätt, Norstedts Juridik, 8 uppl. 2014, s. 126.

14. Enligt Peter Mankowski, som annars är motståndare till användning av avtalets lag vid tillämpning av artikel 7(1)(b), skall dylik ogiltighet prövas enligt *lex causae*, dvs. avtalsstatutet. Se hans kommentarer i Magnus, U./Mankowski, P. (red.), Brussels I Regulation, Sellier International Law Publishers, 2 uppl. 2012, s. 208–209. Se också Nielsen, P.A. i Ugeskrift for Retsvæsen 2000 B s. 168 not 26; Rauscher (red.), 2011, s. 247.

uppfyllelseorten byggde på "rent faktiska förhållanden".[15] Den relevanta förpliktelsens (dvs. varuleveransens respektive tjänsteutförandets) uppfyllelseort skulle med andra ord i brist på parternas överenskommelse därom inte längre fastställas i enlighet med avtalsstatutet eller någon annan nationell rätt, utan i stället enligt autonoma "rent faktiska" kriterier.

Denna uppsats ägnas huvudsakligen åt frågan om man verkligen framgångsrikt har lyckats med att vid fastställelse av uppfyllelseort enligt artikel 7(1)(b) helt frigöra domstolarna från avtalsstatutets regler. Bland de juridiska författarna har inte alla blivit övertygade om att så är fallet. I den nordiska litteraturen har Lennart Pålsson skrivit att det är "tänkbart" att legala regler i tillämplig nationell rättsordning trots allt fortfarande kan behöva tillgripas för att utfylla avtalet i fråga om förpliktelsens uppfyllelseort.[16] Ketilbjørn Hertz menar att när uppfyllelseorten inte framgår av avtalet så skall den enligt artikel 7(1)(b) fastställas med utgångspunkt i "anvendelige obligationsretlige regler", vilket torde åsyfta avtalsstatutet.[17] Utanför Norden kan man nämna den ledande franska auktoriteten i fråga om Bryssel I-förordningen, Hélène Gaudemet-Tallon, enligt vilken man i brist på parternas val av uppfyllelseort även vid försäljning av varor och utförande av tjänster blir tvungen att vända sig till "*la loi applicable au contrat*", dvs. avtalsstatutet.[18] I Tyskland pläderade Peter Mankowski däremot starkt mot att släppa in kollisionsreglerna i bedömningen, eftersom detta enligt honom skulle strida mot gemenskapslagstiftarens intentioner samt bestämmelsens syfte och historia.[19] Det finns dock även tyska författare vilka inte delar hans uppfattning.[20]

EG/EU-domstolen synes ha givit Peter Mankowski och hans meningsfränder rätt. Domstolen har hittills meddelat flera avgöranden rörande olika aspekter av artikel 7(1)(b), däribland om vad som menas med "försäljning av varor" och "utförande av tjänster"[21] samt om hur man skall hantera sådana fall där den karakteristiska avtalsförpliktelsen har uppfyllts

15. Se KOM(1999)348 slutlig, s. 14.

16. Se Pålsson, 2008, s. 121.

17. Se Hertz, K., Bruxelles I-forordningen, Jurist- og økonomforbundets forlag, 2007, s. 140 och 143–144. Se också Lookofsky, J./Hertz, K., UE-PIL. European Union Private International Law in Contract and Tort, Juris Publishing, 2009, s. 46.

18. Se Gaudemet-Tallon, 2002, s. 162–163.

19. Se Magnus/Mankowski, 2012, s. 173–174.

20. Se t.ex. Gsell, B., i Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2011 s. 680–683.

21. Se *Falco Privatstiftung* v. *Weller-Lindhorst*, mål C-533/07, ECLI:EU:C:2009:257; *Car Trim GmbH* v. *KeySafety Systems Srl.*, mål C-381/08, ECLI:EU:C:2010:90.

eller skulle uppfyllas i flera orter[22]. Dessa aspekter behandlas inte i denna uppsats, som i stället begränsar sig till att diskutera huruvida avtalsstatutet verkligen har förlorat all betydelse för bestämningen av uppfyllelseort enligt artikeln. Det föreligger tre avgöranden från EU-domstolen som är av direkt intresse i detta sammanhang.

Det första avgörandet meddelades av EU-domstolen den 25 februari 2010 i saken *Car Trim GmbH* v. *KeySafety Systems Srl.*[23] Ett tyskt företag sålde till ett italienskt företag vissa tekniska komponenter, tillverkade i enlighet med den italienska beställarens specifikationer rörande inköp, bearbetning och leverans. Det italienska företaget sade upp avtalet, vilket ledde till att det tyska företaget, som ansåg uppsägningen utgöra ett kontraktsbrott, vid tysk domstol väckte talan mot det italienska företaget med krav på skadestånd. I samband därmed aktualiserades två spörsmål relevanta för tolkningen av artikel 7(1)(b). Den första frågan avsåg gränsdragningen mellan avtal om försäljning av varor och avtal om utförande av tjänster, eftersom artikeln för dessa två avtalstyper innehåller olika regler om var den domsrättsgrundande uppfyllelseorten skall anses befinna sig (se ovan). Här räcker det att notera att EU-domstolen förnuftigt nog kom fram till att ett avtal om leverans av varor som skall tillverkas eller framställas måste kvalificeras som försäljning av varor i den mening som avses i artikel 7(1)(b), detta även när köparen har uppställt vissa villkor beträffande inköp, bearbetning och leverans av varorna, förutsatt att köparen inte har tillhandahållit materialet och att leverantören ansvarar för varans kvalitet och dess överensstämmelse med avtalet. Av större intresse för denna uppsats är den andra frågan som domstolens ställdes inför. Den avsåg bestämmande, vid distansförsäljning av varor, av den relevanta uppfyllelseorten, dvs. av den ort "dit enligt avtalet varorna har eller skulle ha levererats". Domstolen hänvisade på denna punkt till förordningens ovannämnda förarbeten och uttalade att anknytningsmomenten i artikel 7(1)(b) skall tolkas autonomt och att det därför är uteslutet att tillämpa forummedlemsstatens internationellt privaträttsliga regler, liksom den materiella rätt som dessa hänvisar till. För att bestämma leveransorten konstaterade EU-domstolen till att börja med att parterna är fria att överenskomma därom. I situationer där det inte

22. Se *Color Drack GmbH* v. *Lexx International Vertriebs GmbH*, mål C-386/05, ECLI:EU:C:2007:262; *Peter Rehder* v. *Air Baltic Corp.*, mål C-204/08, ECLI:EU:C:2009:439.

23. Mål C-381/08, ECLI:EU:C:2010:90. Domen kommenteras kritiskt av bl.a. Gsell, B., i Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2011 s. 669–683 och Lein, E., i Yearbook of Private International Law 2010 s. 571–586.

ur avtalet går att utläsa partsviljan beträffande leveransorten för varorna skall man enligt domstolen inte hänvända sig till tillämplig materiell rätt, utan leveransorten får bestämmas utifrån något annat kriterium, hänsyn tagen till förordningens tillkomst, mål och systematik. Enligt domstolen är det två alternativa kriterier som framstår som mest lämpade, nämligen den ort där varan fysiskt överlämnas till köparen och den ort där varorna överlämnas till den första transportören för vidarebefordran till köparen. Domstolen kom fram till att det är varornas slutliga bestämmelseort, där varorna fysiskt har eller skulle ha överlämnats till köparen, som bäst överensstämmer med förordningens tillkomst, mål och systematik, eftersom det rör sig om ett kriterium som är i hög grad förutsebart och säkerställer en nära anknytning mellan avtalet och domstolen. Varorna, som utgör det konkreta föremålet för avtalet, skall i princip befinna sig på denna ort efter det att avtalet ha fullgjorts och avtalets syfte är fullt genomfört först när varorna ha nått sin slutliga bestämmelseort. Dessa resonemang utmynnade i följande domslut:

> Artikel 5(1)(b) första strecksatsen i förordning nr 44/2001 ska tolkas så, att vid distansförsäljning ska den ort dit varorna enligt avtalet har eller skulle ha levererats fastställas på grundval av bestämmelserna i avtalet. Om det inte är möjligt att fastställa leveransorten på den grunden, utan att hänföra sig till den materiella rätt som är tillämplig på avtalet, är leveransorten den ort där det fysiska överlämnandet av varorna äger rum, genom vilket köparen har eller skulle ha fått faktisk rådighet över varorna på den slutliga bestämmelseorten för försäljningstransaktionen.

EU-domstolens inställning betyder att man vid transportköp i brist på parternas eget val av leveransort skall betrakta destinationsorten som uppfyllelseort även när den på köpet tillämpliga lagen stadgar att säljaren gjort vad på honom ankommer och att hans ansvar för kostnader, skador och dröjsmål upphört redan när varan överlämnats till en självständig transportör. Ett problem är dock att artikeln avser inte bara den ort där varorna faktiskt har levererats utan även den ort där de "skulle ha levererats". Har t.ex. den fysiska leveransen uteblivit, hur bör man, utan att vända sig till någon rättsordnings dispositiva regler, hantera de fall där avtalsparterna underlåtit att reglera var det fysiska överlämnandet av varorna skulle ha ägt rum, var köparen "skulle ha fått faktisk rådighet över varorna" och var den slutliga bestämmelseorten för försäljningstransaktionen befunnit sig? Domslutets "skulle ha fått" torde inte avse ett rent beskrivande konstaterande av vad som förmodligen skulle ha skett, utan har en normativ innebörd, vilket inte minst framgår av domens viktigaste andra språkversioner (engelskans

"should have obtained", franskans *"aurait dû acquérir"*, tyskans *"hätte erlangen müssen"* osv.) och har klart stöd också i ordalydelsen av artikel 7(1)(b) på dessa språk.

EU-domstolens dom den 9 juni 2011 i saken *Electrosteel Europe SA* v. *Edil Centro SpA*[24] vidareutvecklar domstolens resonemang i *Car Trim*-avgörandet. En i Italien hemmahörande säljare ansökte hos italiensk domstol om betalningsföreläggande mot en i Frankrike hemmahörande köpare avseende betalning för sålda varor. Köparen invände att ansökan enligt huvudregeln i Bryssel I-förordningens artikel 2 borde ha getts till fransk domstol. Sökanden hänvisade däremot till att köpeavtalet innehöll en leveransklausul motsvarande *Ex Works* i Incoterms 2000, enligt vilken den överenskomna leveransorten låg hos säljaren, vilket skapade italiensk domsrätt i enlighet med artikel 7(1)(b). EU-domstolen ställdes inför frågan om huruvida leveransorten kan anses fastställd "enligt avtalet" även om den i avtalet inte har pekats ut direkt utan på något annat sätt, såsom genom användning i avtalet av någon av de av Internationella handelskammaren utarbetade kortfattade Incoterms-klausulerna. Enligt EU-domstolen måste man vid fastställelse av relevant leveransort beakta samtliga relevanta villkor och klausuler i avtalet som gör det möjligt att klart identifiera denna ort, däribland hänvisningar till Incoterms. Härvid måste man dock enligt domstolen skilja mellan den aktuella Incoterms-klausulens bestämmelser om riskövergång och kostnadsfördelning, vilka inte är relevanta, och bestämmelser om själva leveransorten som sådan. Av intresse för denna uppsats är sista stycket i domslutet, enligt vilket

> [f]ör det fall det inte är möjligt att fastställa leveransorten på den grunden [dvs. enligt parternas överenskommelse (M.B.)], utan att hänföra sig till den materiella rätt som är tillämplig på avtalet, är leveransorten den ort där det fysiska överlämnandet av varorna äger rum, genom vilket köparen har eller skulle ha fått faktisk rådighet över varorna på den slutliga bestämmelseorten för försäljningstransaktionen.

Formuleringen känns igen från *Car Trim*-domen ovan. Det nya i *Electrosteel*-domen är bekräftelsen av att parternas val av leveransort kan ske på ett indirekt sätt. Detta är rimligt, eftersom det saknas anledning att skilja mellan de fall där avtalet anger leveransorten vid namn och sådana fall där så sker indirekt genom att parterna exempelvis hänvisar till en Incoterms-klausul. Trots domstolens klara ovilja att vid tillämpning av artikel 7(1)(b)

24. Mål C-87/10, ECLI:EU:C:2011:375.

fastställa leveransort i enlighet med den på avtalet tillämpliga lagen kan man i detta sammanhang fråga sig huruvida också en lagvalsklausul kan anses tillhöra kategorin relevanta villkor och klausuler i avtalet och följaktligen ändå kan och bör beaktas. Att parterna valt visst avtalsstatut kan ju, åtminstone i vissa fall, tolkas som en indirekt överenskommelse om bl.a. leveransorten. I likhet med *CarTrim*-domen lämnar avgörandet obesvarad också en annan fråga, nämligen hur man kan, i brist på parternas direkta eller indirekta överenskommelse om leveransort och utan att tjuvtitta på tillämplig lag, fastställa den ort där ett uteblivet fysiskt överlämnande av varorna skulle ha ägt rum, där köparen skulle ha fått faktisk rådighet över varorna och där den slutliga bestämmelseorten för försäljningstransaktionen skulle ha befunnit sig.

En antydan till svar på den sistnämnda frågan finns i EU-domstolens endast ett par veckor efter det ovannämnda *Car Trim*-avgörandet meddelade dom i saken *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH* v. *Silva Trade SA*,[25] som dock inte handlade om försäljning av varor utan om utförande av tjänster, dvs. om tolkning av formuleringen "där... tjänsterna har eller skulle ha utförts". Efter *Car Trim*-domen kunde man vara ganska säker på att även detta anknytningsmoment skulle få en autonom definition, men hur denna skulle se ut återstod att se. I *Wood Floor* väckte en i Österrike hemmahörande handelsagent inför österrikisk domstol talan mot sin i Luxemburg hemmahörande huvudman med krav på ersättning med anledning av hävning av ett handelsagenturavtal som kåranden fullgjort i flera medlemsstater. Efter att ha slagit fast att artikel 7(1)(b) är tillämplig även när tjänster utförs i flera medlemsstater och att det i dessa fall är den huvudsakliga utförandeorten som är avgörande, ställdes EU-domstolen inför frågan hur man skall fastställa uppfyllelseorten för en handelsagents avtalsförpliktelser, eftersom det i ett handelsagenturavtal är handelsagenten som tillhandahåller den prestation som kännetecknar avtalet och utför en tjänst i den mening som åsyftas i artikel 7(1)(b). Enligt domstolen måste som uppfyllelseort anses den ort där handelsagenten utför huvuddelen av sina tjänster för huvudmannens räkning i form av bl.a. förberedelse, förhandling och slutförande av affärsuppgörelser. Denna ort skall i möjligaste mån fastställas med ledning av bestämmelserna i själva avtalet. Ger avtalet ingen ledning men handelsagenten redan faktiskt utfört tjänsterna, skall man i andra hand beakta den ort där detta faktiskt har skett, förutsatt

25. Mål C-19/09, ECLI:EU:C:2010:137. Domen meddelades den 11 mars 2010.

att utförandet på denna ort inte stred mot avtalet. I detta syfte kan man enligt domstolen beakta olika faktiska omständigheter, i synnerhet den tid som agenten lagt ner på dessa orter och omfattningen av den verksamhet som där bedrivits. Visar det sig omöjligt att fastställa fullgörelseort på grundval av själva avtalet och dess faktiska utförande, måste denna ort med iakttagande av krav på förutsebarhet och närhet bestämmas som varande den ort där handelsagenten har sitt hemvist, eftersom hemvistet är med säkerhet identifierbart och därmed förutsebart och handelsagenten med all sannolikhet kommer att utföra en inte obetydlig del av sina tjänster där. Den relevanta delen av EU-domstolens domslut blev därför följande:

> Artikel 5(1)(b) andra strecksatsen i förordning nr 44/2001 ska tolkas så, att i de fall där tjänster utförs i flera olika medlemsstater ska behörig domstol för alla yrkanden som grundar sig på avtalet vara den domstol vars domsaga omfattar den ort där huvuddelen av tjänsterna har utförts. När det gäller handelsagenturavtal är denna ort den ort där handelsagenten har utfört huvuddelen av sina tjänster, såsom denna framgår av avtalsbestämmelserna samt, om sådana bestämmelser saknas, den ort där avtalet faktiskt har fullgjorts. Kan orten inte fastställas på dessa grunder ska den anses vara belägen där handelsagenten har sitt hemvist.

Det är citatets sista mening som är mest intressant. EU-domstolens dom bekräftar att uppfyllelseorten även vid tjänster skall definieras autonomt utan att söka vägledning i nationella rättsbegrepp och därmed sammanhängande internationellt privaträttsliga överväganden. Att man i första hand skall titta på avtalets eventuella föreskrifter om uppfyllelseort, och i brist på sådana föreskrifter beakta var tjänsterna utan att bryta mot avtalet faktiskt har fullgjorts, torde inte vara kontroversiellt. Valet av tjänsteleverantörens hemvist som sista utväg är nog inte lika självklart. I motsats till avtal om varuförsäljning, där den relevanta prestationen praktiskt taget alltid går ut på att leverera varor, kan tjänsteutförarnas prestationer vara av många mycket varierande slag och det är knappast möjligt att av domens resonemang om handelsagenter utan vidare dra den slutsatsen att utförandeorten även vid andra tjänsteavtal än handelsagenturavtal i sista hand skall anses ligga i tjänsteutförarens hemvistort (eventuellt där hans fasta driftställe, som skall utföra tjänsten, är beläget).[26] Om, och i så fall hur, EU-domstolens resonemang kan överföras till andra tjänsteavtal återstår således att se. Vid vissa typer av tjänster torde dylikt överförande framstå som naturligt, vid andra inte. Antag exempelvis att en professionell

26. En sådan allmän regel förespråkas i Rauscher (red.), 2011, s. 240–241.

översättare åtar sig att översätta ett manuskript och via e-mail eller på diskett leverera översättningen till beställaren. Avtalet anger inte var översättningsuppdraget skall utföras och för beställaren spelar det för övrigt knappast någon roll huruvida arbetet huvudsakligen utförs i översättarens svenska hemvistort, i hans sommarhus i Finland eller i hans fästmös vinterbostad i Spanien. Det förefaller vara långtifrån självklart att i detta läge välja översättarens hemvist som avtalets uppfyllelseort, men beställarens hemvist, som kan tyckas ligga närmare till hands om man analogiskt tillämpar *Car Trim*- och *Electrosteel*-resonemangen om leveransort, synes inte heller vara ett idealiskt alternativ.

Det är viktigt att understryka att den civilrättsligt gällande uppfyllelseorten (exempelvis den köprättsliga leveransorten) är helt opåverkad av Bryssel I-förordningens artikel 7(1)(b), som endast avser domsrättsfrågan och inte inverkar på avtalsparternas materiella rättigheter och skyldigheter på grund av avtalet. EU-domstolen har således valt att vid försäljning av varor och utförande av tjänster (men inte vid andra avtalstyper) separera den för domsrätten relevanta uppfyllelseorten från dess civilrättsliga motsvarighet. I brist på parternas överenskommelse bestäms den förra autonomt och den senare av avtalsstatutets dispositiva regler. I flertalet fall kommer de två uppfyllelseorterna förmodligen att sammanfalla, men när så inte är fallet så är det tydligen meningen att uppfyllelseorten för domsrättsändamål enligt artikel 7(1(b) skall bestämmas autonomt, utan beaktande av var den av avtalsstatutet utpekade och civilrättsligt gällande uppfyllelseorten befinner sig.

Föreställningen att formuleringarna i artikel 7(1)(b) om den ort "dit varorna enligt avtalet har eller skulle ha levererats" och den ort "där tjänsterna enligt avtalet har eller skulle ha utförts", i motsats till rättsbegreppet "uppfyllelseort" i artikel 7(1)(a), bygger på "rent faktiska förhållanden" och följaktligen alltid kan fastställas utan hjälp av rättsregler, återspeglar närmast ett önsketänkande. Resultatet av allt tal om "rent faktiska förhållanden" blir i stället förmodligen att det blir nödvändigt att i rättspraxis rörande domsrätt enligt artikel 7(1)(b) utveckla autonoma EU-rättsliga materiella regler om fingerad uppfyllelseort för olika avtalstyper, ungefär som EU-domstolen i *Wood Floor*-domen gjort för handelsagenturavtal. Dessa domarskapta regler, vilka skall följas när man i händelse av utebliven varuleverans eller icke utförd tjänst behöver fastställa var varorna skulle ha levererats eller tjänsterna skulle ha utförts, har inget med avtalstolkning att göra, eftersom de bara kommer att användas i de fall där någon (direkt eller indirekt, uttryckligen eller konkludent) överenskommen uppfyllelseort inte

kan urskiljas. Med hänsyn till de stora variationerna medan olika tänkbara typer av tjänster kan det i fråga om tjänsteavtal inte röra sig om en enda onyanserad regel av typen "tjänsteutförarens hemvist", utan det behövs ett större antal mera nyanserade regler (det kan noteras att EU-domstolen i *Wood Floor*-domen var klok nog att begränsa domslutets sista mening till handelsagenturavtal). Det kommer förmodligen att ta avsevärd till innan EU-domstolen får tillfälle att ta ställning till olika situationer, vilket gör att vi tills vidare får leva med betydande rättsosäkerhet.

Frågan är om man i sådana fall, där uppfyllelseorten inte överenskommits av parterna och någon faktiskt uppfyllelse inte har ägt rum, trots allt hellre inte borde söka vägledning i avtalsstatutet. Detta vore inte oförenligt med ordalydelsen av artikel 7(1)(b). Argumentet att artikel 7(1)(b) inte medger beaktande av avtalsstatutet eftersom den endast hänvisar till varornas leveransort respektive tjänsternas utförandeort "enligt avtalet" saknar bärighet, eftersom det i så fall vore lika uteslutet att använda sig av EU-domstolens "autonoma" sätt att fastställa uppfyllelseorten. Även det sättet bygger ju på annat än avtalet som sådant.

Jag känner i och för sig stor sympati för förenklingar som eliminerar eller minskar behovet av att fastställa avtalsstatutet för att kunna avgöra domsrätten enligt artikel 7(1)(b). Jag välkomnar också EU-domstolens definitioner av uppfyllelseorten vid avtal om försäljning av varor respektive utförande av tjänster som den ort där varornas fysiska överlämnande till köparen äger rum (eller skulle ha ägt rum) respektive där tjänsteutföraren faktiskt har (eller skulle ha) utfört huvuddelen av sina tjänster. Dessa autonoma tolkningar av uppfyllelseort i artikel 5(1)(b) utgör tveklöst ett framsteg i den meningen att de har ersatt de olika nationella rättssystemens begrepp med en EU-rättslig (låt vara i fråga om utförande av tjänster inte alltid enhetlig och förutsebar) definition av vad som menas med uppfyllelseort. Tack vare de ovan beskrivna EU-domarna vet vi exempelvis att det vid försäljning av varor är orten för varans fysiska överlämnande till köparens maktsfär, och inte t.ex. orten för farans övergång eller den ort där ansvaret för transportkostnaden övergår till köparen, som är avgörande. Det är dock viktigt att skilja mellan å ena sidan frågan om huruvida det är det faktiska överlämnandet av varan till köparen som grundar leveransort enligt artikel 7(1)(b) och, å andra sidan, frågan om var ett överlämnande skall eller skulle äga rum. I vilken ort ett inte genomfört fysiskt överlämnande i ett konkret fall skall äga rum eller skulle ha ägt rum borde inte vara föremål för autonom EU-rättslig tolkning, utan bör rimligtvis avgöras med utgångspunkt i parternas överenskommelse eller, i brist på sådan, i enlighet med det aktuella avtalets avtalsstatut.[27] Att parterna har underlåtit att i avtalet specificera orten för varans fysiska överlämnande till köparen kan ju ofta bero på att de förlitat sig på den för dem kända – och måhända t.o.m. av dem överenskomna – tillämpliga lagens dispositiva bestämmelser och det framstår som märkligt att vid tillämpning av domsrättsregeln i artikel 7(1)(b) tillmäta samma civilrättsligt gällande uppfyllelseort varierande betydelse beroende på om den bestämts genom parternas överenskommelse eller, i brist på sådan överenskommelse, av avtalsstatutets dispositiva regler.

27. Jag bortser här från det teoretiskt möjliga alternativet att i dessa fall förklara att artikel 7(1)(b) överhuvudtaget inte kan tillämpas, eftersom dylik domsrättsbegränsning klart skulle strida mot syftet bakom artikel 7.

Marie Linton

DEN SVENSKA INSTÄLLNINGEN TILL UTLÄNDSKA DOMAR. ÄR DET DAGS FÖR SVERIGE ATT TA SITT FÖRNUFT TILL FÅNGA?[1]

1. MAARIT JÄNTERÄ-JAREBORG OCH UTLÄNDSKA DOMARS VERKAN I SVERIGE

Sitt brinnande intresse för internationell privat- och processrätt förmedlade Maarit Jänterä-Jareborg till mig på fördjupningskursen Internationell privaträtt som gavs vid Juridiska institutionen i Uppsala i början av 1990-talet. Under doktorandåren var hon min handledare. Som doktorand fick jag möta en mentor, förebild och vän. Jag känner djup respekt för hennes kunnande, rörliga intellekt, klokhet och höga ambition, allt i förening med ett varmt hjärta. Hon är sinnebilden för förnuft och känsla.

Detta bidrag till Maarit Jänterä-Jareborg ska ägnas åt den svenska rättens principiellt negativa ståndpunkt i fråga om erkännande och verkställighet av utländska domar[2]. Eftersom det är en fråga som jubilaren har behandlat i olika sammanhang, och som vi ofta har diskuterat, finner jag det lämpligt att i denna vänbok närmare belysa frågan.[3]

Ett mål som vi har avhandlat flitigt, och som fått mycket massmedial uppmärksamhet, är det s.k. Lans-fallet.[4] Den svenska uppfinnaren Håkan Lans hade väckt talan vid amerikansk domstol mot ett där etablerat datorföretag för påstådda intrång i ett av hans i USA beviljade patent.[5] Han förlorade emellertid tvisten och förpliktigades i olika beslut att betala rättegångskostnader jämte ränta. Besluten fastställdes av en amerikansk appellationsdomstol och vann laga kraft. När rättegångskostnaderna inte betalades ansökte företaget vid svensk domstol om att de amerikanska besluten skulle läggas till grund för en motsvarande svensk dom utan prövning av det bakomliggande rättsförhållandet (rättegång 1).

I enlighet med 3 kap. 2 § utsökningsbalken (1981:774) (UB) får verkställighet på grund av en utländsk dom bara äga rum här med stöd av lag eller annan författning. Eftersom sådant lagstöd saknades förklarade Svea hovrätt att de amerikanska besluten inte kunde tillerkännas en sådan verkan att de skulle läggas till grund för en svensk dom utan prövning av det bakomliggande rättsförhållandet.[6] HD fann inte skäl att meddela prövningstillstånd.[7]

[1] Ett varmt tack till hovrättsrådet Vibeke Sylten som kommit med värdefulla synpunkter på manus.

[2] Med uttrycket dom avses här varje utländskt förmögenhetsrättsligt avgörande oavsett beteckning.

[3] Se t.ex. Maarit Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt. En internationellt privat- och processrättslig studie. Iustus förlag. Uppsala 1997 s. 32–34 och Foreign law in national courts. A comparative perspective, Recueil des Cours 2003 Vol. 304 s. 204 och 205.

[4] Se Svea hovrätts dom den 5 november 2010, mål nr T 6639-09.

[5] De bakomliggande omständigheterna är mer komplicerade. Den intresserade läsaren hänvisas till Nacka tingsrätts mellandom den 10 juli 2009, mål nr T 3839-07, Dagens nyheters intervju med Håkan Lans den 27 oktober 2013, Dagens nyheters artikel ”Lans kan slippa mångmiljonsmäll”: http://www.dn.se/ekonomi/lans-kan-slippa-mangmiljon-small_1.1203234 (den 22 november 2010), United States District Court for the District of Columbia, Håkan Lans and UNIBOARD Aktiebolag v. Adduci Mastriani & Schaumberg L.L.P., et al., Civil Action No. 02-2165 (RBW) och Tillman, Zoe, Judge Rules Swedish Law Firm Can Be Named in D.C. Malpractice Suit: http://www.law.com/jsp/nlj/PubArticlePrinterFriendlyNLJ.jsp?id=1202495232147&s (den 3 mars 2014).

[6] En allmän föreställning är att utländska domar får ett varmare välkomnande i USA än amerikanska domar i utlandet, se David P. Stewart, Recognition and enforcement of foreign judgments in the United States, Yearbook of Private International Law 2010 Vol. XII. Sellier European Law Publishers 2011 s. 179.

[7] Se Högsta domstolens beslut den 13 januari 2012, mål nr T 5604-10.

2. ÄMNET

Lans-fallet aktualiserar flera principiellt viktiga frågor som det finns anledning att återkomma till i detta bidrag. *Vilka konsekvenser kan den rådande svenska erkännande- och verkställighetsmodellen få? Vilka förklaringar finns till den svenska rättens principiellt negativa inställning till utländska domar? Är de bärkraftiga eller finns anledning till omprövning?* Ämnet för detta bidrag kan sammanfattas i en principfråga: *Är en utveckling i riktning mot vidgat erkännande och ökad verkställighet av utländska domar önskvärd?*

Jag finner tidpunkten för en diskussion kring frågorna passande av flera skäl. Mitt intryck är att svensk och utländsk rättspraxis antyder en ökning i antalet ansökningar om att utländska domar ska gälla i den egna staten.[8] Ökningen kan vara ett resultat av fler gränsöverskridande tvister till följd av att människor, varor, tjänster och kapital rör sig över landgränserna i en utsträckning som vi aldrig tidigare skådat.

Intresset för en omprövning av den svenska ”misstron” mot utländska domar kan även anses ha vunnit i styrka genom Sveriges EU-medlemskap. Erkännande- och verkställighetsfrågan har på senare år fått en mycket central betydelse inom EU.[9] Av art. 67.4 och 81 i Fördraget om EU:s funktionssätt framgår att principen om ömsesidigt erkännande av bl.a. civilrättsliga domar utgör en viktig hörnsten i skapandet av ett område med frihet, säkerhet och rättvisa samt i det civilrättsliga samarbetet. Inom EU går lagstiftningen i riktning mot ökad och förenklad gränsöverskridande verkställighet. I flera EU-instrument har den mellankommande nationella kontrollen i den verkställande staten (det s.k. exekvaturförfarandet) avskaffats och ersatts av en mer direkt form av verkställighet.[10] EU:s erkännande- och verkställighetsregler omfattar dock bara domar som har meddelats i EU-medlemsstater och inte domar som har meddelats i tredjeland, dvs. i stater utanför EU-området.[11] Vilken verkan en tredjelands dom har i en EU-medlemsstat avgörs alltså fortfarande av nationell rätt i varje medlemsstat. I ett rättsjämförande perspektiv intar Sverige en synnerligen negativ hållning till sådana domar. Många andra stater, inte minst inom EU, har en mer liberal syn på utländska domar som har meddelats i tredjeland.

En annan betydelsefull omständighet är att det globala samarbetet visar en utvecklingstendens mot ökat gränsöverskridande erkännande av domar. Inom ramen för Haagkonferensen för internationell privaträtt pågår för närvarande förhandlingar om en internationell konvention om domstols behörighet, erkännande och verkställighet av utländska domar på privaträttens område.[12] Den tilltänkta konventionen syftar bl.a. till att domar ska kunna erkännas och verkställas internationellt. År 2005 antogs dessutom konventionen om avtal om val av domstol inom Haagkonferensen.[13] Konventionen innehåller enhetliga regler om behörighet för domstol i en konventionsstat som parterna utpekat genom avtal. Den bestämmer även villkoren för erkännande och verkställighet i andra konventionsstater av domar

[8] Från svensk rättspraxis kan t.ex. nämnas Högsta domstolens beslut den 30 december 2010, mål nr Ö 5591-09, Svea hovrätts beslut den 18 maj 2010, mål nr Ö 2327-11, Svea hovrätts beslut den 15 december 2010, mål nr Ö 5624-10, Högsta domstolens beslut den 3 januari 2006, mål nr Ö 1620-03, Högsta domstolens beslut den 15 december 2006, mål nr Ö 151-04, Svea hovrätts beslut den 17 juni 2004, mål nr Ö 498-04, Svea hovrätts beslut den 12 augusti 2004, mål nr Ö 3955-04, Hovrätten över Skåne och Blekinges beslut den 20 oktober 2005, ärende nr ÖÄ 2052-05, Hovrätten för Västra Sveriges protokoll den 6 september 2006, mål nr ÖÄ 3586-06 och Svea hovrätts beslut den 11 september 2006, mål nr Ö 1063-06. Beträffande utländsk rättspraxis se Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States av Burhard Hess, Thomas Pfeiffer och Peter Schlosser, Study JLS/C4/2005/03 (den s.k. Heidelberg-rapporten).

[9] Se t.ex. utkast till åtgärdsprogram för genomförande av principen om ömsesidigt erkännande av domar på privaträttens område, EGT C 12/1, 15.1.2001, The Hague Programme: Strengthening freedom, security and justice in the European Union, OJ C 53/1, 3.3.2005 och The Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting citizens, OJ C 115/1, 4.5.2010.

[10] Se t.ex. Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 805/2004 av den 21 april 2004 om införande av en europeisk exekutionstitel för obestridda fordringar, EGT L 143/15, 30.4.2004, och Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 861/2007 av den 11 juli 2007 om inrättande av ett europeiskt småmålsförfarande, EUT L 199/1, 31.7.2007.

[11] Se vidare Alegría Borrás, Application of the Brussels I Regulation to external situations: From studies carried out by the European group for private international law (EGPIL/GEDIP) to the proposal for the revision of the regulation, Yearbook of Private International Law 2010 Vol. XII, Sellier European Law Publishers 2011 s. 333–350 och Marc Fallon och Thalia Kruger, The Spatial Scope of the EU's Rules on Jurisdiction and Enforcement of Judgments: From Bilateral Modus to Unilateral Universality?, Yearbook of Private International Law 2012/2013 Vol. XIV. Sellier European Law Publishers 2013 s. 22–24.

[12] Se rekommendation till rådets beslut om inledande av förhandlingar om en internationell konvention om domstols behörighet, erkännande och verkställighet av utländska domar på privaträttens område inom ramen för Haagkonferensen, JUSTCIV 77, 9048/1/01, Bryssel den 21 februari 2014.

[13] Se http://www.hcch.net/upload/conventions/txt37en.pdf (den 7 januari 2014) och KOM(2008) 538 slutlig – förslag till rådets beslut om Europeiska gemenskapens undertecknande av konventionen om avtal om val av domstol.

som har meddelats av en partsvald domstol i en konventionsstat. För närvarande har 2005 års konvention undertecknats av EU och USA samt tillträtts av Mexiko.[14] Dessa instrument är exempel som speglar trenden mot en större gränsöverskridande rörlighet av domar.

Mot denna bakgrund är det angeläget att reflektera över det svenska kravet på lagstöd för att en utländsk dom ska gälla i Sverige. Kravet kan nämligen uppfattas som godtyckligt.[15] Detta bidrag kommer i hög utsträckning att utgå ifrån Lans-fallet som på ett träffande sätt illustrerar flera av de problem som kan uppstå inom ramen för gällande rätt. Granskningen inleds i avsnitt 3 med en redogörelse för den svenska erkännande- och verkställighetsmodellen. I centrum står förmögenhetsrättsliga domar som har meddelats i stater *utanför* EU-området.[16] Det går en tydlig skiljelinje i den svenska rätten mellan domar som har meddelats i EU-medlemsstater och domar som har meddelats i tredjeland. I det förra fallet går det inte längre att tala om en negativ inställning till utländska domar, eftersom utgångspunkten är att sådana domar ska erkännas automatiskt och vara verkställbara. I det senare fallet föreligger emellertid en grundläggande svensk ”misstro” mot utländska domar. I avsnitt 4 diskuteras möjliga konsekvenser och oklarheter som kan följa av gällande rätt. Någon djupgående analys är det inte fråga om, utan snarare reflektioner över de dilemman som följer i bakvattnet av den svenska ordningen. Olika förklaringsmodeller övervägs i avsnitt 5. Bidraget avslutas i avsnitt 6 med en betraktelse över frågan om det är dags för den svenska lagstiftaren att inta en mer liberal inställning till utländska domar och överväga ny lagstiftning.

[14] Se KOM(2014) 46 slutlig – förslag till rådets beslut om godkännande på Europeiska Unionens vägnar av Haagkonventionen av den 30 juni 2005 om avtal om val av domstol.
[15] Se Maarit Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt. En internationellt privat- och processrättslig studie. Iustus förlag. Uppsala 1997 s. 22 och 33 och Lennart Pålsson, EG:s domskonvention: SvJT 1980 s. 528–529.
[16] Här bortses ifrån den reglering som gäller i förhållandet till de kvarvarande EFTA-staterna. Se i stället prop. 2008/09:205 – En ny Luganokonvention.

3. DEN SVENSKA ERKÄNNANDE- OCH VERKSTÄLLIGHETSMODELLEN

3.1 Huvudregeln

Huvudregeln i svensk rätt återfinns sålunda i 3 kap. 2 § UB. Bestämmelsen anger att verkställighet av utländsk dom endast kan ske om det finns stöd i lag. Av rättspraxis och lagförarbeten framgår att samma inställning gäller beträffande erkännande av utländsk dom.[17]

Begreppen erkännande och verkställighet är sammankopplade, men har skilda betydelser. Att en utländsk dom erkänns innebär, för det första, att den vid prövning i sak av en talan vid svensk domstol anses avgörande för rättsläget och att domen får betydelse som rättegångshinder här (= positiv och negativ rättskraft) samt, för det andra, att den kan verkställas.[18]

3.1.1 Lagstöd finns

Finns lagstöd kan den utländska domen i vissa fall verkställas direkt eller förklaras verkställbar i Sverige i ett exekvaturförfarande.[19] I ett sådant nationellt förfarande kan en verkställbarhetsförklaring meddelas som anger att en viss utländsk dom gäller här och är verkställbar. Svarandens tillgångar blir då åtkomliga för exekution, och med förklaringen kan kärande vända sig till exekutiv myndighet för att få hjälp med själva verkställigheten.

Stöd för att verkställa utländska domar på privaträttens område finns numera i av EU beslutade rättsakter. Regleringen gäller dock bara domar som har meddelats i andra EU-medlemsstater. Det centrala instrumentet på området är rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (Bryssel I-förordningen).[20] Enligt förordningen erkänns domar som har med-

[17] Se NJA 1973 s. 628 och prop. 1980/81:8 s. 290 och 291.
[18] SOU 1968:40 s. 11. Det finns dock exekutionstitlar som på ansökan av part bara ska verkställas här utan att för den skull erhålla positiv eller negativ rättskraft. Så är fallet enligt lagen (1986:1042) om verkställighet av vissa utländska beslut om rättegångskostnader.
[19] I de fall lagstöd finns ställs ansökan om verkställighet som huvudregel till Svea hovrätt som för närvarande fattar ett särskilt beslut om en utländsk doms verkställbarhet i Sverige. Från och med den 10 januari 2015 kommer denna prövning i stället att göras i tingsrätt. Se vidare prop. 2013/14:219 – Nya regler för erkännande och verkställighet av utländska domar på civilrättens område.
[20] EGT L 12/1, 16.1.2001.

delats i andra EU-medlemsstater automatiskt, och domar ska i princip vara verkställbara efter ett exekvaturförfarande i den verkställande medlemsstaten. Från och med januari 2015 ersätts Bryssel I-förordningen av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (den nya Bryssels I-förordningen).[21] I den nya förordningen har exekvaturförfarandet avskaffats och ersatts av en mer omedelbar form av gränsöverskridande verkställighet.[22] I grunden bygger dessa instrument på principen om ömsesidigt förtroende EU-medlemsstaterna emellan.[23]

Därutöver innehåller svensk rätt regler om erkännande och verkställighet med ursprung i internationella konventioner som Sverige ingått med främmande stater. Denna konventionsbaserade lagstiftning är inte allmänt tillämplig, utan den innehåller punktvis förekommande erkännande- och verkställighetsregler på särskilda specialområden.[24] Problemet med denna reglering är att den är svåröverskådlig samt lider av brister i likformighet och förutsebarhet. Vilken

[21] EUT, L 351/1, 20.12.2012. Se också COM(2013) 554 final – Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No. 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

[22] Se vidare Marie Linton, The Brussels I *bis* Regulation – *Status Quo* or A New Order for Enforcement?, Essays in Honour of Michael Bogdan, Juristförlaget i Lund 2013 s. 275–291.

[23] För en mer ingående diskussion se Rafael Arenas García, Abolition of Exequatur: Problems and Solutions. Mutual Recognition, Mutual Trust and Recognition of Foreign Judgments: Too Many Words in the Sea, Yearbook of Private International Law 2010 Vol. XII. Sellier European Law Publishers 2011 s. 360–364.

[24] Sådana bestämmelser finns t.ex. i art. 30 i lagen (1929:404) om giltighet här i riket av svensk-norska vattenrättskonventionen av den 11 maj 1929, 1 och 7 §§ lagen (1969:12) med anledning av Sveriges tillträde till konventionen d. 19 maj 1956 om fraktavtalet vid internationell godsbefordran på väg, 10 § i lagen (1974:752) om nordisk vittnesplikt m.m., 6 § lagen (1978:152) om svensk domstols behörighet i vissa mål på patenträttens område m.m., 11 och 12 §§ lagen (1983:1015) med anledning av Sveriges tillträde till konventionen den 6 april 1974 om en uppförandekod för linjekonferenser, 4–6 §§ lagen (1985:193) om internationell järnvägstrafik, 21 kap. 6 och 7 §§ sjölagen (1994:1009), 5–11 §§ lagen (1994:2087) med anledning av Sveriges tillträde till den reviderade internationella Eurocontrolkonventionen, lagen (1996:519) om verkställighet av domar och beslut som har meddelats enligt Förenta nationernas havsrättskonvention av den 10 december 1982, 5 och 6 §§ lagen (2005:253) om ersättning från de internationella oljeskadefonderna samt 60–63 §§ lag (2010:950) om ansvar och ersättning vid radiologiska olyckor. Se Michael Bogdan, Svensk internationell privat och processrätt, Norstedts Juridik. 8 uppl. Stockholm 2014 s. 290 not 34.

verkan en utländsk dom har i Sverige får därför ofta avgöras ifrån fall till fall.

3.1.2 Lagstöd saknas

Utan stöd i lag kan svensk exekutiv myndighet inte verkställa annan dom än sådan som har meddelats av svensk domstol – en utländsk dom är som regel inte en exekutionstitel och har ingen rättskraft i Sverige.[25] Det kan konstateras att det icke lagreglerade område är tämligen vidsträckt och gäller i förhållande till domar som har meddelats i stater som tillhör några av Sveriges viktiga handelspartners, bl.a. Kina och USA.[26]

Saknas lagstöd måste den som har vunnit bifall vid utländsk domstol anställa ny svensk rättegång vid tingsrätt och i det sammanhanget framlägga sin bevisning och rättsliga argumentation, dvs. en ny svensk prövning av det bakomliggande rättsförhållandet måste ske. I det inledningsvis refererade Lans-fallet inledde också det amerikanska företaget en ny svensk process (rättegång 2) mot Lans för att uppnå en i Sverige gångbar dom. Företagets ursprungliga talan (rättegång 1) om att de amerikanska besluten direkt skulle läggas till grund för en motsvarande svensk dom hade ju ogillats.[27]

Generellt kan sägas att prövningen av det bakomliggande rättsförhållandet i svensk domstol styrs av parternas yrkanden och det processmaterial som den utländska domstolen haft tillgängligt. I Lansfallet hade tingsrätten att ta ställning till om de amerikanska domstolarnas handläggning eller beslut om rättegångskostnadsansvar var felaktiga.[28]

En utländsk dom kan i denna prövning tilläggas en mer eller mindre stark bevisverkan.[29] Den utländska domens bevisverkan innebär att bevisbördan omkastas och det ankommer på motparten att visa att den utländska domen är oriktig.[30] Kunde Lans visa att de amerikan-

[25] Se 3 kap. 1 § UB.

[26] Se http://www.ekonomifakta.se/sv/Fakta/Ekonomi/Utrikeshandel/Sveriges-handelspartners/ (den 7 januari 2014).

[27] Nacka tingsrätt dom den 25 september 2013, mål nr T 3839-07.

[28] Enligt parternas överenskommelse i processen skulle det bedömas i enlighet med amerikansk rätt.

[29] Jämför även NJA 1894 s. 96, NJA 1910 s. 594 och NJA 1913 s. 326. För en kommentar, se Östen Undén: SvJT 1933 s. 107–108.

[30] C-E Sundström, Om verkan av utländsk av utländsk civildom: SvJT 1958 s. 357.

ska besluten var felaktiga? Inledningsvis konstaterade tingsrätten att besluten hade bevisverkan för att det amerikanska företaget hade den fordran som gjordes gällande i målet. Vidare presumerade tingsrätten att de amerikanska besluten om rättegångskostnader var riktiga, inte minst eftersom de amerikanska domstolarna hade tillämpat sin egen rättsordning. Presumtionen skulle enligt tingsrätten gälla såvida det inte fanns ”några grundade anmärkningar i fråga om förfarandet”. Med denna ståndpunkt fick de amerikanska besluten om rättegångskostnader en stark bevisverkan som måste anses ligga nära ett erkännande.

Tingsrättens prövning av det bakomliggande rättsförhållandet gav vid handen att de amerikanska domstolarnas handläggning och beslut inte kunde anses innefatta några fel. Eftersom Lans inte förmått visa att de amerikanska besluten var felaktiga ålades han i en ny och formellt sett helt självständig svensk dom att, utöver de amerikanska rättegångskostnaderna, även ersätta rättegångskostnaderna i det svenska förfarandet.[31] Tingsrättens dom överklagades till Svea hovrätt som i princip fastställde tingsrättens domslut.[32]

Skillnaden mellan en prövning av det bakomliggande rättsförhållandet och ett exekvaturförfarande kan förefalla hårfin. På en glidande skala är förfarandena av samma beskaffenhet. Syftet är att kontrollera att det inte finns grundade anmärkningar i det ursprungliga domstolsförfarandet eller i den utländska domen. Vid en prövning av det bakomliggande rättsförhållandet blir kontrollen dock av nödvändighet mer ingående än vid ett exekvaturförfarande.[33] I exekvaturförfarandet kontrollerar en domstol summariskt vissa på förhand angivna formella förutsättningar och rättssäkerhetsgarantier. Den mest väsentliga skillnaden består i att vid en prövning av det bakomliggande rättsförhållandet tillmäts den utländska domen inte någon rättskraft, och bevisning rörande frågor som avgjorts kan inte utan vidare av-

[31] Tingsrätten angav i sin dom att räntan på de amerikanska rättegångskostnaderna skulle beräknas enligt den svenska räntelagen (1975:635). Detta slut är svårsmält mot bakgrund av att amerikansk rätt var avtalsstatut. Om tillämplig rättsordning på ränteförpliktelse m.m., se vidare Konstantinos Kereameus, Enforcement in the International Context, Recueil des Cours 1997 Vol. 264 s. 201–202.

[32] Se Svea hovrätts dom den 26 juni 2014 mål nr T 9674-13. Hovrätten gjorde dock vissa ändringar beträffande beräkning av räntan. Se även ovan not 31.

[33] Hur långtgående denna prövning sträcker sig är dock oklart. Se Östen Undén, Om utländska domars rättskraft i Sverige: SvJT 1933 s. 105–106.

visas. Vad en prövning av det bakomliggande rättsförhållandet ska innefatta är dock inte helt klart och någon enighet finns inte i doktrinen. Ett klarläggande från HD vore därför önskvärt.

Till detta kan fogas reflektionen att när det gäller utländska beslut om rättegångskostnader verkar det långsökt att tro att en svensk domstol skulle resa invändningar mot hur den utländska domstolen har tillämpat sin egen rättsordning för att fastställa fördelningen av kostnaderna.

3.2 Undantag

Huvudregeln om lagstöd för erkännande och verkställighet har inte gått att upprätthålla i alla fall. I rättspraxis har därför ett undantag utbildats där en utländsk dom under vissa förutsättningar kan erkännas och verkställas utan lagstöd. Det gäller domar som har meddelats av en domstol som grundat sin domsrätt på parternas avtal om behörig domstol (s.k. prorogationsavtal).

I fallet NJA 1973 s. 628 tvistade ett grekiskt rederi och en svensk befraktare vid grekisk domstol. Domstolen hade grundat sin behörighet på ett exklusivt prorogationsavtal mellan parterna. I två grekiska domar förpliktades den svenska befraktaren att till rederiet betala vissa belopp jämte rättegångskostnader.[34]

Eftersom de grekiska domarna vid tidpunkten inte utan vidare kunde verkställas i Sverige uppkom behovet av en svensk dom som kunde användas för verkställighet. Rederiet väckte då talan vid svensk domstol och yrkade att befraktaren skulle förpliktigas att betala det i de grekiska domarna utdömda beloppen. Frågan var om domarna kunde läggas till grund för en motsvarande svensk dom utan en prövning av det bakomliggande rättsförhållandet.[35]

HD biföll käromålet och anförde att domarna hade meddelats med stöd av ett giltigt exklusivt prorogationsavtal. Vidare hade domarna vunnit laga kraft och svaranden hade i god tid mottagit kallelse till huvudförhandlingen och även fått del av domarna för att i tid kunna iaktta tidsfrister för att överklaga dem. Varken domarnas innehåll eller

[34] Den andra domen, meddelad av samma domstol, var en rättelsedom där de ursprungligen uttömda beloppen sattes ned med hänsyn till ett räknefel i den första domen.

[35] Enbart de grekiska domarna åberopades som grund för käromålet, inte det bakomliggande rättsförhållandet.

något annat förhållande medförde enligt HD att ett erkännande kunde anses uppenbart oförenligt med grunderna för den svenska rättsordningen (s.k. *ordre public*).[36]

Om de grekiska domarna inte hade erkänts här, skulle käranden hamna utanför rättsskydd (s.k. *déni de justice*). Parternas exklusiva prorogationsavtal utgjorde nämligen hinder för en svensk domstol att handlägga saken, och då lagstöd saknades kunde domarna heller inte verkställas här. För att förhindra att den grekiska käranden hamnade i en sådan rättslös situation beviljades undantag.

Av 1973 års avgörande följer att utländska tvistemålsdomar som har meddelats av en domstol som parterna genom avtal utpekat kan läggas till grund för en motsvarande svensk dom utan en prövning av det bakomliggande rättsförhållandet. Det sker dock först efter en summarisk kontroll av att den utländska domen vunnit laga kraft, delgivning skett i god tid samt att erkännandet av den utländska domen inte strider mot grunderna för den svenska rättsordningen, – alltså efter en ”exekvatur” av sitt eget slag.

4. NÅGRA DILEMMAN

Mot den nu angivna bakgrunden kan det finnas anledning att diskutera några dilemman som den svenska erkännande- och verkställighetsmodellen kan orsaka.

4.1 Exempel 1: Utländsk domstols exklusiva behörighet

I tvister som rör äganderätt, nyttjanderätt eller annan särskild rätt till fast egendom är domstol i fastighetslandet exklusivt behörig, dvs. i dylika tvister saknar andra stater domsrätt. Antag att en utländsk domstol har meddelat en dom där käranden förklaras vara den rättmätige ägaren till en fastighet belägen i domstolslandet. En sådan dom erkänns inte i Sverige.[37] Inte heller kan saken (som gäller sakrätt till fast egendom belägen utomlands) prövas på nytt vid svensk domstol, eftersom den utländska domstolens exklusiva behörighet utgör rättegångshinder. Denna ordning kan få följder som inte är acceptabla. Om käranden av någon anledning har ett legitimt intresse av att få frågan prövad med verkan i Sverige, kan detta inte uppnås eftersom svensk domsrätt saknas och den utländska domen inte gäller här.[38] Det föreligger således en risk för att käranden blir utan rättsligt skydd och hamnar i ett ”juridiskt tomrum”.[39] Samma dilemma tycks kunna uppstå beträffande domar som har meddelats av en exklusivt behörig utländsk domstol i patentmål, såsom i Lans-fallet. Situationen är dock oklar och osäkerhet råder.

Det är för övrigt svårt att förstå varför en svensk domstol skulle var obunden av en utländsk dom som har meddelats av en exklusivt behörig utländsk domstol, men skyldig att respektera en utländsk dom avgjord av en domstol som fått sin behörighet på grund av parternas avtal om saken.[40]

4.2 Exempel 2: Tyst prorogation

I internationella konventioner, nationell lagstiftning och inom EU-rätten förekommer att svarandes förbehållslösa ingående i svaromål vid domstol utan att bestrida behörigheten (s.k. tyst prorogation) erkänns i samma utsträckning som uttrycklig prorogation i och för erkännandefrågan. Saken uppkom i avgörandet NJA 1986 s. 119.[41]

Ett svenskt bolag deltog i en bilutställning i Tyskland. En av det svenska bolagets medarbetare förstörde av misstag en monter som tillhörde ett tyskt bolag. Det tyska bolaget väckte då talan mot medarbetaren vid tysk domstol och yrkade att denne skulle förpliktigas att ersätta skadan. Medarbetaren gick i svaromål vid den tyska domstolen utan att bestrida domstolens behörighet. Själva skadeståndsanspråket bestreds inte heller, bara dess omfattning.

[36] Avgörandet har ansetts omfatta även prorogationsavtal som inte är exklusiva, t.ex. där käranden har en valrätt mellan flera behöriga domstolar. Se Lennart Pålsson, Svensk rättspraxis i internationell processrätt, Norstedts förlag. Stockholm 1989 s. 154.

[37] I äldre doktrin finns stöd för att s.k. konstitutiva domar ska erkännas i Sverige utan lagstöd. Se t.ex. C.E. Sundström, Om verkan av utländsk civildom: SvJT 1958 s. 354. Se även Östen Undén, Om utländska domars rättskraft i Sverige: SvJT 1933 s. 112.

[38] En annan sak är att den utländska domen kan ha s.k. prejudiciell betydelse i en senare svensk rättegång om t.ex. rätten till betalning av hyra. En svensk domstol kan då tvingas ta ställning till invändningar om att käranden inte äger fastigheten, trots att svensk domsrätt saknas i själva äganderättsfrågan.

[39] Jämför dock NJA 1985 s. 832.

[40] Se ovan avsnitt 3.2.

[41] För en kommentar till fallet, se Lennart Pålsson, Svensk rättspraxis i internationell processrätt, Norstedts Juridik, Stockholm 1989 s. 156–157.

Den tyska domstolen meddelade en dom där medarbetaren förpliktades att betala vissa relativt blygsamma belopp till det tyska bolaget. Sedan den tyska domen vunnit laga kraft, yrkade bolaget vid svensk domstol att en svensk dom skulle meddelas med motsvarande innehåll.

HD erinrade om att huvudregeln i svensk rätt förutsätter lagstöd (något som saknades vid tidpunkten) samt att undantag gjorts från denna regel i fallet NJA 1973 s. 628. Enligt HD gjorde sig emellertid helt andra överväganden gällande i det nu aktuella fallet än i de situationer där det fanns ett föregående prorogationsavtal. Eftersom medarbetaren inte uttryckligen hade förklarat sig godta den tyska domstolens behörighet och då det inte heller fanns något förhållande som kunde jämställas med en sådan förklaring erkändes inte den tyska domen i Sverige.

Flera omständigheter talar för att HD borde ha övergivit den ”främlingsfientliga” inställningen och tillerkänt den tyska domen verkan i Sverige.

– Domen hade meddelats i staten där den skadelidande hade hemvist och där den skadegörande handlingen företagits. Ur ett svenskt perspektiv kan det knappast anses diskutabelt.[42]

– Vid tillfället fanns inte något utrymme för de inblandade parterna att i förväg avtala om behörig domstol.

– Svaranden hade inte bestridit skadeståndsansvaret i sig, utan bara omfattningen av detsamma.

– En rimlig avvägning mellan den skadelidandes intressen av en internationellt gångbar dom och medarbetarens ansvar måste anses innebära att förutsättningarna för att erkänna den tyska domen vägde tyngre än att inte göra det.

4.3 Exempel 3: Svensk kärande förlorar mål vid utländsk domstol

En anslutande fråga som också aktualiserades i Lans-fallet hänför sig till bedömningen av de situationer där en svensk kärande själv valt att inleda en process vid svarandes utländska domstol men förlorat målet.

[42] Se även C.E. Sundström, Om verkan av utländsk civildom: SvJT 1958 s. 354.

Kan ett sådant agerande anses som ett godtagande av den utländska domstolens behörighet och jämställas med ett prorogationsavtal i och för erkännandefrågan?

I Lans-fallet (rättegång 1) ställde sig tingsrätten denna fråga.[43] Enligt tingsrätten kunde de amerikanska besluten läggas till grund för en ny svensk dom utan en extra svensk prövning av det bakomliggande rättsförhållandet, under förutsättning att det inte var uppenbart oförenligt med grunderna för den svenska rättsordningen. Skälen till det var att Lans själv uppträtt som kärandepart och det hade stått honom fritt att inleda processerna. Dessutom hade han företrätts av juridiskt ombud och måste därför enligt tingsrätten anses ha varit medveten om riskerna förenade med en amerikansk rättegång. Tingsrätten utvidgade alltså undantaget från krav på lagstöd till att också omfatta situationer där käranden inlett process vid den utländska domstolen men förlorat målet. Förebild för en sådan lösning kan man hitta i internationella konventioner.[44]

Svea hovrätt gjorde en annan bedömning. Enligt hovrätten kunde Lans talan inte anses som ett godtagande av amerikansk domstols behörighet. Hovrätten ansåg i stället att han varit hänvisad till att väcka talan vid amerikansk domstol som troligen var exklusivt behörig att pröva de påstådda intrången i patentet. Vidare konstaterade hovrätten att en utvidgning av rättspraxis som medger undantag från kravet på lagstöd bör göras med försiktighet, och då lämpligast av lagstiftaren. HD beviljade inte prövningstillstånd.

Kanske är ett försiktigt förhållningssätt förnuftigt. Rättstillämpning som verktyg för att korrigera ett rättsområde har sina begränsningar. Eftersom en dom ges inom ramen för prövningen av ett konkret fall kan det vara svårt att överblicka konsekvenserna av en sådan utvidgning utöver det enskilda fallet.[45]

Dilemmat består emellertid i att under tiden som HD konsekvent skjutit sin rättsbildande roll ifrån sig tycks lagstiftaren ha abdikerat

[43] Nacka tingsrätts mellandom den 10 juli 2009, mål nr T 3839-07.

[44] Se t.ex. art. 10.7 i 1971 års Haagkonvention om erkännande och verkställighet av utländska domar på privaträttens område (Convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters). Haagkonventionen finns tillgänglig på Haagkonferensens för internationell privaträtts websida www.hcch.net (den 10 mars 2014).

[45] Se SOU 1968:40 s. 25 och Fredrik Wersäll, En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning: SvJT 2014 s. 1–8.

från sitt ansvar. Följden blir att rättsutvecklingen på området är fastlåst. Priset för dödläget betalar parterna genom rättsförluster eller oket av att behöva föra samma talan vid olika länders domstolar.

I detta sammanhang kan det vara intressant att notera att redan för 46 år sedan uttrycktes önskemål om att gå emot utvidgat erkännande av utländska domar i betänkandet Verkställighet av utländska domar i förmögenhetsrättsliga mål (SOU 1968:40). Tanken var i princip att en enhetlig reglering i en lag skulle bidra till likformighet i behandlingen av utländska domar samt i en överskådlighet. Under vissa givna förutsättningar skulle utländska domar gälla i Sverige generellt. Förslaget ledde emellertid inte till några lagstiftningsåtgärder. Bortsett från EU-lagstiftarens åtgärder på området har inga avgörande svenska landvinningar gjorts på förmögenhetsrättens område på alla dessa år. ”Den som väntar på initiativ från den svenske lagstiftarens sida i detta ämne tycks ha behov av ett exceptionellt tålamod”, skrev Lennart Pålsson redan år 1989.[46]

4.4 Exempel 4: Kan den svenska erkännande- och verkställighetsmodellen ”missbrukas”?

Tingsrättens domskäl i Lans-fallet (rättegång 1) aktualiserar även en annan viktig fråga. Kan den svenska återhållsamheten till utländska domar öppna för ett ”missbruk” av den svenska erkännande- och verkställighetsmodellen som otillbörligt gynnar kärandeparter med hemvist och tillgångar i Sverige?

Tingsrätten ansåg inte att det skulle vara ”rimligt” om Lans, efter att ha inlett rättegångar vid amerikansk domstol, förlorat målen och förpliktigats att ersätta rättegångskostnader, kunde undandra sig konsekvenserna av sitt agerande med hänvisning till att amerikanska domar inte är verkställbara i Sverige.

Dåvarande justitiekanslern Göran Lambertz uppmanade Lans att låta bli att betala rättegångskostnaderna och ”utan minsta samvetskval … utnyttja det faktum att domen inte kan verkställas i Sverige”![47]

En svensk kärande som inlett en rättsprocess vid utländsk domstol och sedan förlorat målet skulle alltså kunna undandra sig konsekvenserna av en utländsk dom med hänvisning till att domen inte gäller i Sverige på grund av att det saknas lagstöd i enlighet med 3 kap. 2 § UB. Oavsett utgången i den utländska processen är partens tillgångar i Sverige skyddade från exekution.[48] En ny svensk rättegång där de bakomliggande omständigheterna ånyo prövas är nödvändig för att erhålla en dom som är gångbar i Sverige. En sådan omgång är förenad med avsevärda kostnader och tidsfördröjning för den part som söker verkställighet av en utländsk dom i Sverige. Dessa praktiska konsekvenser kan anses gynna svenska kärande som är missnöjda med en utländsk dom på bekostnad av utländska svarande som tvingas till rättsliga förfaranden i två stater. Ska en sådan ”diskriminerande” ordning få utgöra riktmärke?

[46] Lennart Pålsson, Svensk rättspraxis i internationell processrätt. Norstedts Juridik, Stockholm 1989 s. 157.

[47] Se www.affarsvarlden.se/affarsjuridik/article759376.ece (den 13 april 2010).

5. OLIKA FÖRKLARINGSMODELLER

5.1 Historisk bakgrund

Olika länders internationella privat- och processrätt har olika inställning till utländska domar. Enligt den s.k. territorialitetsprincipen begränsar sig verkan av en utländsk dom till territoriet i den staten där den har meddelats. Varje stat bestämmer själv om, och i så fall under vilka förutsättningar, det är riktigt och lämpligt att en utländsk dom ges verkan på dess territorium. Det finns inte någon folkrättslig förpliktelse att erkänna eller verkställa en utländsk dom.

Genom årens lopp har olika teorier lanserats för att förklara eller rättfärdiga varför utländska domar ska ges verkan i den egna staten. I detta sammanhang kan nämnas två förklaringsmodeller med olika inriktning.

1. Under 1600-talet utvecklades i Nederländerna teorin om internationell hänsyn (*comitas gentium*). Den framhåller staters intressen vid bedömningen av gränsöverskridande rättsfrågor. För att undvika att staters intressen kommer i konflikt med varandra krävs

[48] I många staters rättsordningar finns dock regler om utländska kärandes skyldighet att i civila mål och ärenden ställa säkerhet för motpartens rättegångskostnader eller andra kostnader i samband med rättegången för det fall käranden skulle förlora målet. För svensk rätts del se lag (1980:307) om skyldighet för utländsk kärande att ställa säkerhet för rättegångskostnader och lag (1986:1042) om verkställighet av vissa utländska beslut om rättegångskostnader. Om dessa regleringar se vidare Marie Linton, Konsumentens skydd i handeln över landgränserna. Iustus förlag 2013 s. 255–256.

”internationell hövlighet”. Erkännande och verkställighet av utländsk dom bör då ske av respekt för den utländska staten där domen har meddelats. Teorin är förenad med en förväntan om reciprocitet, dvs. om domar från staten A ges verkan i staten B, kan staten B förvänta sig respekt för sina domar i staten A. Reciprocitet kan även visas genom en internationell överenskommelse mellan två stater.[49]

2. En annan förklaringsmodell anger att erkännande och verkställighet av utländska domar bör ske i syfte att uppnå rättvisa för och mellan parterna. Av teorin följer att om den utländska domstolen är behörig, och domstolsförfarandet rättvist, så skapar domen en rättighet mellan parterna på samma sätt som ett avtal som en domstol i en annan stat är skyldig att respektera.[50]

Teorin om internationell hänsyn lägger tyngdpunkten på staters förmodade motstridiga intressen. Men vilka statsintressen avses? Att exekutionen av en dom utgör ett uttryck för en stats offentliga maktutövning som inte angår den internationella privat- och processrätten? Att exekutiva myndigheter inte med skattebetalarnas medel ska vara andra staters ”förlängda arm” när det gäller att verkställa utländska domar på sitt territorium? Det hela är oklart.

Den andra teorin är tvärtom inriktad på de inblandade parternas intressen. Den synes bejaka en av de grundläggande målsättningarna inom den internationella privat- och processrätten, nämligen att de rättigheter och skyldigheter som återspeglas i en utländsk dom faktiskt ska kunna göras gällande över gränserna och i en annan stat.

5.2 Kravet på svenskt lagstöd vilar på en princip om reciprocitet

Teoretiskt sett skulle en stat kunna välja att erkänna och verkställa alla utländska domar eller inga. Ingen av dessa ytterligheter framstår emellertid som särskilt tillfredsställande. Relevant är istället under vilka förutsättningar erkännande och verkställighet av utländsk dom bör ske.

Lagstöd är den förutsättning som uppställs i svensk rätt. Uppfattningen får således anses klar. Även om enigheten om den svenska uppfattningen till utländska domar förefaller avgjord är det svårt att finna en allmänt accepterad förklaringsmodell till *varför* den ska råda.

Även om svensk rätt inte uppställer något uttryckligt krav på reciprocitet, så måste effekterna av kravet på lagstöd i förening med rättspraxis anses innebära att erkännande och verkställighet av utländska domar faktiskt vilar på en reciprocitetsprincip.[51] Såväl lagstiftning med grund i EU-rätten som konventionsbaserad lagstiftning bygger på ömsesidighet. – Bara om ni erkänner våra domar, erkänner vi era!

Ett möjligt rättfärdigande för denna ”gör mot andra vad ni vill att de ska göra för er”-filosofi kan vara att den har en positiv effekt på andra staters inställning till erkännande av svenska domar. Det är dock ett mycket osäkert antagande, kanske rentav oriktigt.[52]

Sett i ett internationellt perspektiv har kravet på reciprocitet tvingats retirera, av flera skäl. Ett reciprocitetskrav är ingen garanti för kvaliteten i den utländska handläggningen eller i den resulterande domen. Någon hänsyn tas inte till materiellt ”bra” eller ”dåliga” domar. Reciprocitet har i själva verket inget att göra med kvaliteten i det förfarande i vilket domen meddelats.[53] De farhågor som ibland framförts i doktrinen om att det kan finnas en risk att vissa utländska domstolar i sin verksamhet ensidigt fullföljer statspolitiska intressen eller annars är nationalistiskt inställda, att domstolsväsendet i den främmande staten är bristfälligt organiserat, korrupt eller att rättskipningen på annat sätt är undermålig osv. är inget som reciprocitet och ett krav på lagstöd kan avhjälpa.[54] Snarare handlar det väl om dilemman som finns inom hela den internationella privat- och processrätten.

En annan invändning som kan riktas mot reciprocitetsprincipen och det därpå vilande kravet om lagstöd är att de partsintressen som

[49] Se Maarit Jänterä-Jareborg, Foreign law in national courts. A comparative perspective, Recueil des Cours 2003 Vol. 304 s. 203–206.
[50] Den s.k. doctrine of obligation. Teorin synes ha sin starkaste förankring i common law-länderna. Se vidare Trevor C. Hartley, General Course on Private International Law, Recueil des Cours 1997 Vol. 319 s. 279–281 och C.M.V. Clarkson och Jonathan Hill, The Conflict of Laws, 4 uppl. Oxford University Press 2011 s. 163–164.

[51] Lennart Pålsson, Rules, Problems and Trends in Family Conflict of Laws, Recueil des Cours 1986 Vol. IV s. 375.
[52] Se vidare A.T. von Mehren, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, Recueil des Cours 1980 Vol. 167 s. 49–50.
[53] Se Lennart Pålsson, Rules, Problems and Trends in Family Conflict of Laws, Recueil des Cours 1986 Vol. IV s. 376.
[54] Se även Hjalmar Karlgren, Kortfattad lärobok i internationell privat- och processrätt, 5:e uppl. Lund 1979 s. 185.

aktualiseras i det konkreta fallet helt kommer i skymundan. Reciprocitet mellan stater har inte något att göra med de partsintressen som står på spel i en förmögenhetsrättslig tvist när det gäller att avgöra om en dom ska erkännas. I tvistemål är domstolarnas roll att skipa rättvisa mellan parter och inte att fullfölja eller skada en stats intressen. Om en utländsk dom inte erkänns på grund av att det saknas lagstöd är det parterna som bär vinst och förlust och inte en stat. Det är en sak att vägra erkännande på grund av att den utländska domstolen var fel forum, men en helt annan att vägra verkställighet på grund av att det saknas en ömsesidig internationell överenskommelse.[55]

Måste man inte tvärtom komma till resultatet att ett nekat erkännande skulle kunna orsaka skada hos en part vars intressen Sverige borde skydda? Antag att en part med hemvist i Sverige framgångsrikt processat vid utländsk domstol i en stat med vilken Sverige inte har ingått någon ömsesidig överenskommelse om erkännande och verkställighet. Det svenska kravet på lagstöd innebär då att partens möjlighet att göra gällande den utländska domen här är utesluten.[56]

6. ÄR DET DAGS FÖR SVERIGE ATT TA SITT FÖRNUFT TILL FÅNGA?

> "There is something fundamentally suspect about a system of rules which refuses to enforce a judgment given by a foreign court which obviously is the most appropriate forum for the trial of the action."[57]

Frågan i inledningen var denna: *Är en utveckling i riktning mot vidgat erkännande och ökad verkställighet av utländska domar önskvärd?* Svaret på frågan är ja! Att vissa villkor sedan måste uppställas under alla förhållanden är en sak för sig. Behovet av att överväga ny lagstiftning beror enligt min mening på flera faktorer.

Av central betydelse för frågan om erkännande och verkställighet av en utländsk dom är på vilka omständigheter den utländska domstolen har grundat sin behörighet. Som regel är frågan begränsad till

[55] Lennart Pålsson, Rules, Problems and Trends in Family Conflict of Laws, Recueil des Cours 1986 Vol. IV s. 376–377.
[56] Se SOU 1968:40 s. 36–37.
[57] C.M.V. Clarkson och Jonathan Hill, Jaffey on the Conflict of Laws, 2:a uppl. Butterworths 2002, s. 164–165.

den indirekta behörigheten, dvs. till behörighetsgrunden såsom villkor för erkännande och verkställighet av domen. I Lans-fallet framstod det som befogat att processa i USA. Rättsförhållandet saknade varje rimlig anknytning till Sverige men hade en högst påtaglig sådan till USA. Om det finns ett praktiskt behov eller ett rimligt intresse av att en internationell tvist handläggs av en utländsk domstol vars förfarande uppfyller nödvändiga rättssäkerhetsgarantier är det svårt att förstå varför en sådan dom inte äger giltighet i Sverige. I synnerhet är det väl så om den utländska domstolen också skulle vara behörig enligt svenskt synsätt (och dessutom kanske tillämpat den svenska rättsordningen), om domen kan anses vara av godtagbar beskaffenhet. Det handlar med andra ord om en rationell fördelning av internationell behörighet.

En reformering av den negativa svenska inställningen skulle även kunna innebära förenkling och effektivisering för den internationella samfärdseln och inblandade parter. En utveckling mot ett vidgat internationellt erkännande av domar skulle innebära att parterna slipper föra samma process vid domstolar i två olika stater, om det nu ens är möjligt. Följden kan bli avsevärda besparingar i kostnader och tid; även parternas förhandskalkyler underlättas. Vidare kan parternas berättigade förväntningar förverkligas. I stället för att behöva leva med ovissheten om den slutliga utgången talar praktiska lämplighetsskäl för en liberalare inställning till utländska domar.

En annan infallsvinkel är principen om res judicata. På det nationella planet innebär principen att saken inte kan göras till föremål för rättegång därför att den redan har prövats i dom som vunnit rättskraft. Såvida det inte finns några grundade anmärkningar mot förfarandet ska den vinnande parten inte behöva föra talan två gånger om samma sak. Överförd i det internationella rummet betyder principen att vinnande part ska kunna förlita sig på domen även i en annan stat. Om domen är till fördel för svaranden bör käranden inte kunna väcka talan mot denne igen. Om domen är till fördel för käranden bör denne kunna få den verkställd utomlands. I ingetdera av fallen bör saken kunna prövas igen, naturligtvis under förutsättning att det ursprungliga förfarandet uppfyllde rimliga krav på rättssäkerhet.[58]

[58] Likaså Trevor C. Hartley, General Course on Private International Law, Recueil des Cours 1997 Vol. 319 s. 34 och Arthur T. von Mehren, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, Recueil des Cours 1980 Vol. 167 s. 61.

Vilka betingelser för erkännande som i sådant fall bör uppställas är inte en fråga för detta bidrag. Här räcker det att konstatera att i stater som har en mer liberal inställning till utländska domar än Sverige som regel uppställer vissa förutsättningar som är gemensamma. Det handlar t.ex. om krav på att rättegången i vilken domen har meddelats erbjudit nödvändiga rättssäkerhetsgarantier för en tillfredsställande rättskipning, att domen har vunnit laga kraft, att den är verkställbar i ursprungsstaten, att den utländska domstolen varit behörig att uppta tvisten, att erkännandet av domen inte står i strid med grunderna för rättsordningen i den verkställande staten samt, beträffande tredskodomar, att den uteblivne på betryggande sätt beretts tillfälle att utföra sin talan.

Hittills har jag bara sysslat med de skäl som talar för en omvärdering. En sådan har också sina komplikationer. En ståndpunkt är att ensidig svensk lagstiftning möjligen bara i begränsad mån kan uppnå de mål som eftersträvas. Åtgärder borde därför istället vidtas inom ramen för internationellt samarbete. Här spelar Haagkonferensen för internationell privaträtt, och Maarit Jänterä-Jareborg som ledamot i konferensens kuratorium, en viktig roll. Såvitt angår erkännande och verkställighet är 2005 års Haagkonvention om avtal om behörig domstol och arbetet med en ny Haagkonvention om domstols behörighet, erkännande och verkställighet av utländska domar på privaträttens område viktiga. Vägen är dock osäker och framgången beror på hur bred anslutning en konvention får.

En annan aspekt är EU:s roll som aktör i det internationella rummet. Ensidiga svenska åtgärder skulle kunna komma i konflikt med den framtida utvecklingen på området inom EU. Att överlämna saken åt EU vore därför enklare i enhetlighetens namn. Bärkraften av synpunkten att Sveriges erkännande av utländska domar skulle kunna medföra risk för att EU-lagstiftaren sätts i förlägenhet i framtiden synes dock begränsad mot bakgrund av EU-rättens företräde framför nationell rätt.

Det går att peka på ytterligare skäl till varför en ensidig svensk lagstiftningsreform inte bör göras, men det behöver likväl inte betyda att den skulle vara omöjlig. Faktum kvarstår nämligen, det svenska kravet på lagstöd för att erkänna och verkställa utländska domar måste numera anses ålderdomligt, dyrt och tidskrävande, – eller med jubilarens egna ord som ”en föga tillfredsställande huvudregel”.[59]

[59] Maarit Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt. En internationellt privat- och processrättslig studie. Iustus förlag. Uppsala 1997 s. 32.

Avdelning II

Seminarier

sammanställda av

MAARIT JÄNTERÄ-JAREBORG, MARIE LINTON OCH MOSA SAYED

Innehållsförteckning

Seminarium 17: Kvalifikation och typfrämmande rättsinstitut, ordre public m.m s.109
Introduktion och uppgifter…….....…….s 109
RH 1993:116……..s 119
NJA 2017 s. 168…….s 121
NJA 2019 s. 504…….s130

Seminarium 18: Internationell familjeprocessrätt s.138
Introduktion och uppgifter……..……s 138
Mål C-111/17 PPU, O.L mot P.Q……..s 145
Mål C 68/07 Sundelind Lopez……...s 151
NJA 2019 s. 704…….s 155

Seminarium 19: Förmögenhetsrättsligt lagval s.162
Introduktion och uppgifter……..……...s 162
Förenade målen C-152/20 och C-218/20 Gruber Logistics SRL…….....s 173
NJA 1969 s. 163……s 183
Hovrätten över Skåne och Blekinge läns dom 2012-05-30 i mål nr T 1170-11...s 188

Seminarium 20: Internationell processrätt s.205
Introduktion och uppgifter……..……..s 205
Utdrag ur mål 14/76, de Bloos mot Boyer……..……s 214
Utdrag ur mål 12/76, Tessili mot Dunlop…….…….s 215
Utdrag ur mål C-381/08 CarTrim mot KeySafety Systems….. ……..s 218
Utdrag ur mål C-533/07, Falco Privatstiftung mot Weller-Lindhorst……..…..s 219
NJA 2016 s. 779……s 221
NJA 1986 s. 119……s 226

Seminarium 21: Äktenskaps- och arvsrätt & fri rörlighet s.234
Introduktion och uppgifter……..….s 234
Mål-C645/20……..….s 240
Se material i Avd I i IP-rättskompendiet

Seminarium 22: Globaliseringens och europeiseringens utmaningar s.244
Introduktion och uppgifter…….s 244
Utdrag ur Skellefteå Tingsrätts dom i Arica Victims, mål nr T1012-13……s 248
Hovrätten för övre Norrlands dom 2019-03-27 i mål nr T 294-18……s 250

Seminarium 30: Miljörätt/Internationell privat- och processrätt/Unionsrätt s.255
C-518/99, Gaillard……..……..….s 258
C-194/16, Bolagsupplysningen……...…s 264
C-519/19, Ryanair…….. ….s 268

Seminarium 17

Den internationella privat- och processrättens allmänna del

Seminariet behandlar två av den internationella privat- och processrättens (IPP-rätten) allmänna läror eller rättsgrundsatser: kvalifikation och ordre public.

1. Kvalifikation

1.1 Allmänt om kvalifikation

Det s.k. kvalifikationsproblemet inom IPP-rätten handlar om att avgöra vilken rättslig etikett den aktuella rättsfrågan ska få, för att därigenom fastställa vilket IPP-rättsligt verk som ska tillämpas.[1] Kvalifikation kan i huvudsak handla om två aspekter: dels att avgöra det så kallade referensledet som fastställer de olika lagvalsreglernas tillämpningsområde i sak (exempelvis vad som ska ses som ”underhåll”), dels att tolka anknytningsledet som anger den anknytning som för den aktuella rättsfrågan avgör lagvalet (såsom exempelvis ”hemvist”). Motsvarande ställningstaganden uppkommer också vid bestämmandet av tillämplig domsrättsreglering och vid bedömningen av huruvida ett utländskt avgörande omfattas av en i Sverige gällande regel till stöd för erkännande eller verkställighet.

Ett ställningstagande i sak till hur den aktuella rättsfrågan kvalificeras bestämmer vilket i Sverige gällande IPP-rättsligt regelverk som tillämpas.[2] Kvalifikationsproblematiken inom ramen för referensledet skiljer sig i princip inte från motsvarande problem i den materiella rätten. Exempelvis måste man vid ett köp veta om köpet avser fast eller lös egendom och därigenom antingen jordabalken eller köplagen blir tillämplig. Likadant är det inom IPP-rätten där exempelvis lag (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker (IKL) endast är tillämplig på just köp av *lösa* saker. Den IPP-rättsliga kvalifikationen kan dock komma att skilja sig från bedömningen enligt den svenska materiella rätten eller den svenska civilprocessrätten, exempelvis när en annan definition gäller enligt relevanta EU-förordningar eller när det framställda yrkandet saknar direkt motsvarighet i det svenska rättssystemet.

---

1 Det kan visa sig att det finns flera olika regelverk i svensk IPP-rätt som reglerar den aktuella sakfrågan. Exempelvis regleras frågor om skilsmässa i BR II-förordningen, IÄL och NÄF. Vilket regelverk som ni ska tillämpa i det enskilda fallet besvaras inte genom kvalifikationsprocessen utan av principer såsom EU-rättens företräde, övergångsregleringar, m.m.

2 Det kan då visa sig att det finns flera olika regelverk i svensk IP-rätt som reglerar den aktuella typen av sakfrågan, exempelvis frågan om äktenskaps upplösning genom äktenskapsskillnad, såsom Bryssel II-förordningarna av 2003 resp. 2019, IÄL och NÄF. Hur ”konkurrensen” mellan dessa olika regelverk löses faller dock utanför kvalifikationsproblematiken och styrs av principer såsom EU-rättens företräde, övergångsregleringar, m.m.

Det speciella och fortfarande mest uppseendeväckande i internationellt privaträttsliga tvister är att en rättsfrågas (ett rättsligt anspråks) *kvalifikation* bestämmer valet av tillämplig rättsordning och på detta vis avgör målets utgång på ett ofta betydligt mer dramatiskt sätt än i vanliga interna fall, där valet står mellan olika regler i en och samma rättsordning. En möjlighet eller till och med skyldighet att tillämpa utländsk rätt på tvisten upplevs fortfarande som betydligt mer sensationell än ett ställningstagande till domsrättsfrågan eller frågan om ett utländskt avgörandes rättsverkan i Sverige. Det förklarar kvalifikationsproblematikens fokus på bestämmandet av tillämplig lag.

Att frågan om kvalifikation är extra komplicerad i IPP-fall i lagvalssammanhang upptäcktes i slutet av 1800-talet av fransmannen Bartin i samband med ett mål rörande en änkas rätt till den avlidne makens kvarlåtenskap (det s.k. Malta-fallet). Utgången var enligt Bartin helt beroende av om änkans anspråk kvalificerades som äktenskapsförmögenhetsrättsligt eller som arvsrättsligt och inte nog med det: också enligt vilketdera landets rätt kvalifikationen skulle bedömas. Bartins påpekanden gav upphov till en livlig kvalifikationsdiskussion i Europa som nu pågått i över hundra år. (I Sverige särskilt efter publiceringen av Åke Malmströms studie Det s.k. kvalifikationsproblemet inom internationell privaträtt, 1938, fram till slutet av 1960-talet.) Exemplet visar att den internationella privaträttens allmänna del (stundom kallad för metodfrågor) är en gemensam angelägenhet för olika rättsordningar.

Det finns inom IPP-rätten (huvudsakligen) tre teorier om hur kvalifikation skall ske. Enligt den förhärskande teorin ska en rättsfråga kvalificeras enligt domstolslandets lag – *lex fori*. I en svensk domstol ska således frågor om vad som konstituerar fast och lös egendom, om preskription är en processrättslig eller civilrättslig fråga, om en viss förmögenhetsöverföring mellan makar ska ses som bodelning eller underhåll i form av ett engångsbelopp samt vad som utgör hemvist (dvs. inom ramen för ”anknytningsledet”), osv. bedömas enligt svensk rätt eller i vart fall med utgångspunkt i svensk rätt. Enligt en annan teori ska en rättsfråga kvalificeras enligt den lag som blir tillämplig på denna rättsfråga – *lex causae*. Logiskt sett innehåller denna lösning ett cirkelresonemang eftersom man för att kunna fastställa en tillämplig lags användningsområde måste veta vilken lag som är tillämplig! I realiteten famlar man inte i blindo på detta sätt utan valet står oftast mellan två rättsordningar som domstolen lätt kan identifiera. En sådan lösning kan därför vara befogad i vissa fall, särskilt då man har att göra med s.k. typfrämmande rättsinstitut, dvs. rättsinstitut som saknar motsvarighet i svensk rätt såsom exempelvis de islamiska rättsinstituten *mahr* (islamisk morgongåva) och *kafala* (föräldraskapsrelation). Det kan vara av intresse att veta vilken funktion ett visst rättsinstitut har i den rättsordning det härrör ifrån. Enligt en tredje teori ska man göra en s.k. autonom, självständig kvalifikation, grundad på exempelvis komparativa studier. En *autonom* kvalifikation aktualiseras i första hand när regleringen grundar sig på en internationell konvention eller återfinns i en EU-rättslig förordning, vilkas regler och begreppsbildning normalt sett bör tolkas lika oavsett i vilken konventions- eller medlemsstat tvist uppkommer. I och med att de internationellt privaträttsliga reglerna i allt större grad är ”europeiserade” eller härstammar från internationella konventioner (eller protokoll) har denna metod fått ökad betydelse i Sverige. Den autonoma tolkningen/kvalifikationen är idag mer eller mindre given vid tillämpningen av EU:s internationellt privaträttsliga förordningar och styrs av den

aktuella förordningens syfte, den kontext där frågan uppkommer samt EU-domstolens förhandsbesked.

Svensk IPP-rätt saknar lagfästa kvalifikationsregler, medan sådana förekommer i länder som har kodifierat hela sin internationella privaträtt. Ett ganska tydligt exempel på hur man i dag kan finna anledning att reglera kvalifikationsfrågan hittar ni i 2005 års heltäckande bulgariska IPP-lag (i engelsk översättning)[3] där frågan om kvalifikation regleras som följer:

Article 39 Qualification

(1) Where determination of the applicable law depends on the qualification[4] of the essential elements or of the relationships, the said qualification shall be performed according to Bulgarian law.

(2) Where a specific legal institution or legal concept is unknown to Bulgarian law and cannot be defined through interpretation pursuant to Bulgarian law, the foreign law which governs the institution or concept must be taken into consideration for the qualification thereof.

(3) Upon performance of qualification, account must be taken of the international element in the relationships which are being settled and of the specifics of private international law.

1.2 Några exempel på kvalifikationsproblemet i praktiken

Avgörande för en makes efterlevandeskydd brukar vara vad han eller hon får genom tillämpningen av regler angående makars förmögenhetsförhållanden (som bestämmer utgången vid en bodelning) och/eller regler angående makes rätt till arv. I ett land tillgodoses den efterlevande enbart genom regler angående makars förmögenhetsförhållanden, i ett annat land enbart genom regler om arv och i ett tredje land genom en kombination av båda typerna av regler.[5] Hur starkt efterlevandeskyddet är kan variera mycket mellan olika rättsordningar men någon skyddsform brukar alltid vara tillgänglig. De materiella reglerna är vidare i varje rättsordning samordnade med varandra.

I internationellt privaträttsliga fall, dvs. i situationer där det finns en utlandsanknytning som påkallar tillämpning av lagvalsreglerna, finns det en risk för antingen överkompensation (”widow’s feast”) eller underkompensation (”widow’s famine”) av den efterlevande maken jämfört med om bara en stats lag hade varit tillämplig. Orsaken är att frågekomplexet ”efterlevande makes rättsställning” enligt de tillämpliga lagvalsreglerna styckas upp under två olika lagvalsregler som kan hänvisa

3 Lagen kom till i anslutning till Bulgariens EU-medlemskap och ingick som ett led i målsättningen att modernisera landets rättssystem.

4 På engelska används oftare termen ”characterisation”.

5 Se Jänterä-Jareborg, M., Partsautonomi och efterlevande makes rättsställning. En internationellt-privaträttslig studie, 1989, s. 15-18.

till olika staters lagar. Därmed brukar också den materiellrättsliga samordningen mellan reglerna inom ett rättssystem gå förlorad.

Om frågan om en efterlevande makes rättsställning kommer upp till prövning i Sverige frågar man först vad den efterlevande maken får som äktenskaplig förmögenhetsrättighet enligt den rättsordning som lagvalsregeln anger som tillämplig på makarnas förmögenhetsförhållanden. Därefter prövar man den efterlevandes rätt till eventuella arvsrättsliga förmåner enligt den för successionen tillämpliga lagen. Ordningen får anses vara logisk eftersom storleken av den avlidnes kvarlåtenskap påverkas av vad som finns kvar efter en eventuell bodelning.

Antag att den för bodelningen tillämpliga lagen är lagen i en stat där den efterlevande skyddas enbart genom arvsrättsliga förmåner. Den efterlevande kan då inte ställa några äktenskapsförmögenhetsrättsliga anspråk på den avlidnes egendom. Om den på successionen tillämpliga lagen, i sin tur, är en rättsordning där den efterlevande uteslutande skyddas genom äktenskapsförmögenhetsrättsliga regler, blir utgången att den efterlevande inte kan ställa några anspråk på kvarlåtenskapen (s.k. negativ lagkonflikt eller ”widow’s famine”). Resultatet kan också bli det motsatta: den för bodelningen tillämpliga lagen ger starkt äktenskapsförmögenhetsrättsligt skydd (som ”kompensation” för att den efterlevande maken enligt den rättsordningen saknar arvsrätt) samtidigt som det tillämpliga arvsstatutet, som tillhör en annan rättsordning, ger den efterlevande maken avsevärda arvsrättsliga förmåner (s.k. positiv lagkonflikt eller ”widow’s feast”).

Det är huvudsakligen fall av angiven art som har givit upphov till en livlig kvalifikationsdiskussion och gjort efterlevande makes rättsställning till ett mycket uppmärksammat problem i internationell privaträtt.[6] Du kommer att möta detta problem i samband med ett fördjupande seminarium angående makars förmögenhetsförhållanden och arv senare under terminen.

En liknande situation kan uppkomma vid bodelning med anledning av äktenskapsskillnad. I en rättsordning kan den ekonomiskt svagare maken tillgodoses huvudsakligen vid bodelningen och i en annan genom underhåll. Saken kompliceras dessutom ytterligare av att bl.a. engelsk rätt i princip inte gör en uppdelning mellan makars förmögenhetsförhållanden och underhåll. Rätten gör en helhetsbedömning och om en make får viss eller betydande egendom ur boet eller ett löpande underhåll eller både och bestäms från fall till fall.[7] I en muslimsk rättslig kontext avser avtal om *mahr* ofta att säkerställa hustrun ett ekonomiskt oberoende, oavsett egendomsordningen i äktenskapet. Det är inte svårt att tänka sig scenarier av antingen hustruns ”överkompensation” eller hennes ”underkompensation” när ett avtal om *mahr* bedöms av domstolar utanför en muslimsk rättslig kontext, såsom en svensk domstol. Detta kan till och med hända såväl vid dödsfall som vid skilsmässa.

Ett relativt nytillkommet exempel på kvalifikationsproblem inom förmögenhetsrätten finner vi i Rom II-förordningen. Denna förordning innehåller en

---

6 Mycket uppmärksammade svenska diskussionsinlägg är Malmströms studie ”Det s. k. kvalifikationsproblemet inom internationell privaträtt. En principundersökning”, 1938, och Gihls presentation av problematiken i boken ”Den internationella privaträttens historia och allmänna principer”, 1951. Alla internationellt privaträttsliga verk brukar dock innehålla avsnitt angående kvalifikation. Se även Jänterä-Jareborgs uppsats ”Efterlevande make, intern skyddslagstiftning och IP”, Festskrift till Anders Agell, 1994, s. 285-302.

7 Jämför artikel 14 i 2007 års Haagprotokoll om tillämplig lag på underhållsförpliktelser.

mängd olika lagvalsregler för olika slags utomobligatoriska förpliktelser. Här uppstår problem på grund av att olika rättsordningar definierar vad som är en utomobligatorisk förpliktelse olika. Exempelvis anses rättsinstitutet *culpa in contrahendo* i tysk rätt höra till de inomobligatoriska förpliktelserna och det har dessutom givits en mycket vid betydelse. Ett annat problem består i att rättssystemen definierar de olika utomobligatoriska förpliktelserna olika och i viss mån överlappar de varandra, även inom ett och samma rättssystem. Exempelvis kan prisdumpning strida mot såväl regler om otillbörlig konkurrens som regler om konkurrensbegränsning, vilka regleras enligt delvis olika regler i förordningens artikel 6. Vidare kan det vara både ett immaterialrättsintrång (art. 8) och fråga om otillbörlig konkurrens (art. 6) att försöka efterlikna en konkurrents vara. Om en bilverkstad utför en dyr tilläggsreparation utan att informera kunden är det då en fråga om tjänster utan uppdrag, *negotiorum gestio*, vilket regleras i artikel 11 i Rom II-förordningen eller en konsumentavtalsfråga som regleras i artikel 6 i Rom I-förordningen?

1.3 Typfrämmande rättsinstitut

De autonoma (dvs. icke konventionsgrundade eller EU-rättsliga) svenska reglerna om domstols behörighet, tillämplig lag och erkännande och verkställighet av utländska avgöranden har normalt utformats med tanke på den svenska rättens systematik och våra egna rättsinstitut. När dom på äktenskapsskillnad genom 1973 års reform av giftermålsbalken (numera äktenskapsbalken) blev det enda i svensk rätt tillåtna sättet att upplösa ett äktenskap under båda makarnas livstid, genomfördes en motsvarande reform av reglerna om äktenskaps upplösning i lagen (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap (IÄL). Begreppet ”äktenskapsmål” enligt IÄL inskränker sig sålunda till mål om äktenskapsskillnad och mål om ”huruvida ett äktenskap består eller inte består”, dvs. om ett giltigt äktenskap överhuvudtaget har kommit till stånd. Utanför lagens tillämpningsområde faller frågor om hemskillnad och återgång av äktenskap[8] med följden att sådana yrkanden inte kan tas upp till prövning i Sverige. Liksom i den övriga svenska rätten ska begreppen ”äktenskap” och ”makar” i de autonoma svenska internationellt IPP-rättsliga reglerna tolkas könsneutralt.[9] Däremot är det omtvistat om konventionsbestämmelser och EU-regler får tolkas könsneutralt när det gäller samkönade par (frågan är kontroversiell i många länder).

I internationella relationer uppkommer situationer där en annan berörd rättsordning har sådana rättsinstitut som saknas i svensk rätt. Det kan exempelvis vara fråga om i Sverige bosatta utländska makar som har utverkat en dom på hemskillnad i sitt medborgarskapsland och fråga uppstår vilken verkan som domen på hemskillnad har i Sverige vid en bodelning mellan makarna. Eftersom de allra flesta rättsordningarna har kvar institutet hemskillnad (som också fanns i svensk rätt fram till 1973 års lagreform) måste det i vissa situationer – även utan konventionsbundenhet eller en tillämplig EU-förordning – kunna tillmätas verkan även i Sverige. Som exempel kan

8 Ett undantag är 3 kap. 8 § IÄL angående Svea hovrätts prövning av giltigheten i Sverige av i främmande stat meddelade beslut om upplösning av äktenskap. Uttrycket ”beslut om upplösning av äktenskap” får anses omfatta beslut om återgång av äktenskap.

9 Sedan maj 2009 kan även samkönade personer i Sverige ingå äktenskap med varandra.

hänvisas till 3 kap. 10 § IÄL och 8 § lagen (1990:272) om internationella frågor rörande makars och sambors förmögenhetsförhållanden. Internationella konventioner på området brukar också omfatta hemskillnad och/eller återgång av äktenskap.[10] Är Sverige part till en sådan konvention måste de övriga konventionsstaternas domar på äktenskaps återgång/hemskillnad erkännas här i landet. Numera förpliktar även Bryssel II-förordningen oss till att erkänna sådana domar från andra EU-stater.

Det finns emellertid ett stort antal utländska rättsinstitut som framstår som betydligt mer ”typfrämmande” för den svenska rättsordningen än exemplen ovan och som inte omfattas av internationella konventioner som Sverige ratificerat. Allt oftare är det fråga om olika förmögenhetsrättsliga arrangemang som saknar motsvarighet i svensk rätt och som man måste ta ställning till t.ex. vid arvskiftet (egendom som har placerats i ”*trust*” i utlandet, olika typer av ”*joint tenancy*” med en annan person, etc.). Västerländska domstolar konfronteras också med på religiösa rättsordningar grundade krav, såsom de muslimska rättsordningarnas sharia-lag i exempelvis frågor om *mahr*, *kafala* och *talaq*-skilsmässor.

2. Ordre public

De internationellt privaträttsliga reglerna, både lagfästa och praxisskapade, är normalt allmänt – universellt – tillämpliga, dvs. de gäller i förhållande till alla stater om inte annat anges. Som exempel i svensk lagstiftning kan anges lagen (1990:272) om internationella frågor rörande makars och sambors förmögenhetsförhållanden, som är autonom (= icke konventionsgrundade) svensk IPP-författning.[11] Detsamma gäller för lagen (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker, som grundar sig på en av Sverige ratificerad konvention på området. Bakom universella lagvalsregler ligger idén om rättsordningarnas ”utbytbarhet” i utlandsanknutna situationer.

När reglerna bygger på internationellt samarbete, som resulterat i en särskild konvention, är det emellertid inte ovanligt att de är avsedda att *användas endast i förhållande till de övriga konventionsanslutna staterna* (reciprocitet) Detta gäller särskilt när fråga är om erkännande eller verkställighet av utländska avgöranden. Som exempel på sådana regler i svensk rätt kan anges lagen (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn, vilka införlivar två av Sverige ratificerade konventioner med svensk rätt. Givetvis kan även sådana regler gälla i förhållande till ett stort antal stater i olika delar av världen förutsatt att den ifrågavarande konventionen vunnit bred anslutning. De EU-rättsliga lagvalsreglerna (Rom I- och II förordningarna, arvsförordningen,

[10] Se t.ex. 1970 års konvention om erkännande av vissa utländska äktenskapsskillnader och hemskillnader – som införlivats genom lag (1973:943) om erkännande av vissa utländska äktenskapskillnader och hemskillnader – och 1931 års nordiska konvention innehållande internationellt privaträttsliga bestämmelser om äktenskap, adoption och förmynderskap (NÄK), vilken införlivats genom förordning (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap.

[11] Förmögenhetsförhållandena i äktenskap ingångna från och med den 29 januari 2019 styrs i svensk rättstillämpning inte av 1990 års LIMF utan i stället av EU-förordningen 2016/1103 om genomförande av ett fördjupat samarbete på området för domstols behörighet, tillämplig lag samt erkännande och verkställighet av domar i mål om makars förmögenhetsförhållanden, s.k. EUMFF, art. 70.

underhållsprotokollet samt förordningarna om makars resp. registrerade partners förmögenhetsförhållanden – liksom lagvalsreglerna i 1996 års Haagkonvention som kompletterar Bryssel II-förordningarna) är dock universellt tillämpliga i de EU-medlemsstater där förordningarna gäller, samtidigt som EU-förordningarnas regler om erkännande och verkställighet endast avser i andra EU-stater meddelade avgöranden.

Eftersom de materiellrättsliga regleringarna skiljer sig stort från land till land, kan det uppstå fall där en tillämpning av en utländsk rättsregel eller erkännande eller verkställighet av ett utländskt avgörande upplevs som stötande med hänsyn till forumstatens värderingar. (Med forumstaten förstås den stat där tvisten slits eller där erkännande/verkställighet av ett utländskt avgörande begärs.) Av denna anledning har det IPP-rättsliga regelsystemet ansetts behöva kompletteras med ett *allmänt* gällande *ordre public-förbehåll*. Detta går ut på att en utländsk rättsregel inte får tillämpas och ett utländskt avgörande inte gäller i Sverige, om det skulle vara *uppenbart oförenligt* med grunderna för den svenska rättsordningen att tillämpa bestämmelsen eller erkänna avgörandet.

Både hos oss och i utlandet anses ett dylikt ordre public-förbehåll utgöra ett nödvändigt komplement till IPP-regler (både autonoma och konventionsgrundande), ty dessa kan inte vara "skräddarsydda" med tanke på innehållet i varje utländsk rättsregel eller utländskt avgörande som kan komma att åberopas. Ordre public-förbehållet är ett *sista hands korrektiv* ("escape device") som gör det möjligt att slå vakt om grundläggande värderingar i den egna rättsordningen. Enligt i svensk rätt rådande uppfattning skall dock bedömningen alltid ta sikte på resultatet i ett konkret fall. Ju starkare anknytning det finns till Sverige, desto större anledning, kanske, att slå vakt om grunderna i den svenska rättsordningen. I vissa fall kan det röra sig om ett otillåtet *kringgående av svensk lag* s.k. *fraude a la loi*), i syfte att i utlandet (med stöd av där gällande lag) uppnå något som är förbjudet enligt svensk rätt. Svenska domstolar och Skatteverket (i samband med folkbokföring) har konfronterats med sistnämnda typer av situation när i Sverige boende personer fått barn genom s.k. surrogatarrangemang i utlandet.

Härutöver, när det gäller erkännande och/eller verkställighet av utländska avgöranden, finns det tillgång till en sorts *processuellt ordre public-förbehåll* som ger rätt att vägra erkännande/verkställighet av en utländsk dom på grund av allvarliga brister i det förfarande som ledde till domen. Som exempel kan anges situationen där svaranden inte på rätt sätt har delgivits stämningsansökan eller motsvarande handling i tillräcklig tid för att kunna förbereda sitt svaromål.

Uppgifter

Kvalifikation (referensled och anknytningsled) och typfrämmande rättsinstitut

Läs rättsfallen RH 1993:116 och NJA 2017 s. 168 och var beredd att redogöra för hur kvalifikationsfrågan angående själva sakfrågan (”referensledet”) och anknytningsmomentet hemvist (”anknytningsled”) hanterades i dessa fall.

Diskutera följande:

- vilka hänsynstaganden tycks ha påverkat kvalifikationen i de aktuella fallen?
- hur kvalifikationsfrågan påverkar domsrätts- och lagvalsfrågan,
- hur rättsinstitutets typfrämmande art kan påverka hur kvalifikationen i slutändan genomförs samt
- domarnas förenlighet med varandra.

Läs Sayeds uppsats avseende islamisk morgongåva (mahr), i jämförelsen mellan svensk och islamisk familjerätt och Jänterä-Jareborgs artikel *Rätt och religion i ett mångkulturellt samhälle* (båda bidragen ingår Kompendiet i internationell privaträtt). Diskutera förutsättningslöst (och med beaktande av konsekvenserna) frågan om huruvida några gränser bör eller måste ställas beträffande möjligheter att vid svenska domstolar handlägga för svensk rätt typfrämmande rättsinstitut.

Ordre public

En eventuell tillämpning av det svenska ordre public-förbehållet aktualiserades i de ovan angivna fallen. Vilka hänsynstaganden blev styrande för domstolarnas ställningstaganden i denna fråga?

Diskutera målet **NJA 2019 s. 504** om erkännande av utländsk dom om fastställande av moderskap efter surrogatarrangemang, med beaktande av Jänterä-Jareborgs uppsats ”Surrogatmoderskap och genus – särskilt ur tilltänkt mors perspektiv” (2021) . Väv in i er argumentation både faktorer som av hävd ansetts vara relevanta vid en ordre public-

bedömning och skyddet för grundläggande mänskliga rättigheter i Sverige. Beakta särskilt:

- Vilka faktorer kan påverka en ordre public-bedömning?
- Vari består det sensationella i HD:s avgörande?
- Vems rättigheter är det som skyddas? Kan ett sådant skydd betraktas som tillfredsställande, också de lege ferenda?

Ta, utifrån överväganden om ordre public-förbehållet, ställning till nedan redovisade fiktiva arvstvist.

Paul-Luc Rem, medborgare i staten X, anlände sommaren 2005 som politisk flykting till Sverige från sitt svårt krigshärjade land. Med Paul Luc följde hans äldsta son, den då 19-årige Jacques-Roi. Två år senare träffade Paul-Luc i Uppsala, där han bosatt sig, den svenska medborgaren Carmela Karlsson och flyttade ihop med henne. I förhållandet föddes sonen Pierre år 2007 och dottern Lucy år 2009, vilka Paul-Luc i enlighet med svensk lag bekräftade sig vara far till. Paul-Luc förolyckades den 1 maj 2022 i Stockholm. I Sverige efterlämnande han sambon Carmela, barnen Pierre och Lucy samt Jacques-Roi, och i staten X sin där lagligen vigda fru Glorie och två minderåriga söner födda i äktenskapet mellan Paul-Luc och Glorie. Paul-Luc har efterlämnat ett enligt arvsförordningen[12] giltigt lagvalsförordnande som anger att hans kvarlåtenskap ska delas enligt reglerna i staten X.

Som en mycket företagsam affärsman hade Paul-Luc lyckats förvärva en betydande förmögenhet under sina år i Sverige. Vid bouppteckningen i Uppsala i augusti 2022 hävdar Jacques-Roi att i enlighet med svensk IPP-rätt och staten X:s lag har hela kvarlåtenskapen tillfallit honom och hans bröder i staten X. Pierre och Lucy saknar arvsrätt enligt den på arvsfrågorna valda lagen, eftersom barn till ogifta föräldrar där betraktas som arvslösa. Därtill kommer att flickebarn rent allmänt saknar arvsrätt enligt lagen i staten X. Jacques-Roi gör vidare gällande att han som äldsta son till sin far har en av staten X erkänd sedvanerätt till samliv med faderns konkubinat Carmela Karlsson, vilken rätt han vill göra gällande i Sverige.

> **Notera:** I FN:s konvention om avskaffande av slaveri och slavhandel (1957), art. 1 åtar de fördragsslutande staterna sig att vidta lagstiftnings- och andra åtgärder för att avskaffa bl.a. alla institut och praxis varmed:
>
> i) A woman, without the right to refuse, is promised or given in marriage on payment of a consideration in money or in kind to her parents, guardian, family or any other person or group; or
> ii) The husband of a woman, his family, or his clan, has the right to transfer her to another person for value received or otherwise; or
> iii) A woman on the death of her husband is liable to be inherited by another person.

[12] Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 650/2012 av den 4 juli 2012 om behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet av domar samt godkännande och verkställighet av officiella handlingar i samband med arv och om inrättande av ett europeiskt arvsintyg.

(Litteraturtips: Förutom de i uppgifterna och noterna angivna skrifterna hänvisas den av mångkulturfrågorna intresserade läsaren till **Maarit Jänterä-Jareborgs** uppsatser ”Transnationella familjer ur ett internationellt privaträttsligt perspektiv – särskilt avseende äktenskap”, utgiven i: Familj – Religion – Rätt, En antologi om kulturella spänningar i familjen – med Sverige och Turkiet som exempel (Red. A. Singer, M. Jänterä-Jareborg, A. Schlytter), Iustus Förlag 2010, s. 205-241; ”Om polygami i dagens samhälle – särskilt ur ett svenskt perspektiv”, utgiven i Rätten och rättsfamiljer i ett föränderligt samhälle – rättshistoriskt och komparativt, Vänbok till Rolf Nygren, De lege 2011, s. 389-411; **Mosa Sayeds** uppsatser ”Är den islamiska rätten en evig religiös lag? En analys av förändringstendenser i den islamiska familjerätten”, utgiven i De lege 2011 (se ovan), s. 413-434; ”Mahr – syfte, funktion och ställning i svensk rätt”, Ungdomsstyrelsens rapport ”Äkta makar”, 2012:1 s. 17-35; ”The Accomodation of Minority Customs in Sweden. The Islamic Law of Inheritance as an Example”, European Journal of Law Reform, 2010 (12) No 3-4, s. 319-339. Se även **Jan Hjärpe**, ”Det rättsligt religiösa perspektivet belyst genom aktuell shariaproblematik”, De lege 2011 (se ovan) s. 375-387.)

Hovrätten över Skåne och Blekinge RH 1993:116

Målnummer: T137-92 **Avdelning:**

Avgörandedatum: 1993-03-04

Rubrik: Internationella rättsförhållanden. Mål om underhållsbidrag till make har prövats enligt lagen i det land där den underhållsberättigade har hemvist. Ett yrkande om betalning av mohar (morgongåva) enligt islamisk rätt har prövats utan hinder av att detta utgjort ett s.k. typfrämmande rättsinstitut och bifallits utan hinder av reglerna om ordre public.

Lagrum:

Rättsfall: NJA 1986 s. 615

REFERAT

F.S. var redan före äktenskapets ingående bosatt i Sverige. Han återvände därför hit relativt kort tid efter äktenskapets ingående. N.S., som behövde uppehållstillstånd, kom till Sverige först den 29 mars 1989. Parterna bodde tillsammans i Sverige i omkring fem månader. Därefter återvände N.S. till sin hemby i Israel.

F.S. väckte den 26 oktober 1988 talan mot N.S. och yrkade att tingsrätten skulle döma till äktenskapsskillnad mellan parterna. N.S. bestred yrkandet och invände samtidigt att svensk domstol inte var behörig att handlägga äktenskapsmålet. Invändningen lämnades utan bifall av såväl tingsrätt som hovrätt.

Sedan betänketid löpt framställde F.S. på nytt yrkande om att tingsrätten skulle döma till äktenskapsskillnad. N.S. medgav yrkandet och yrkade för egen del att tingsrätten skulle förplikta F.S. att betala underhållsbidrag till henne med 350 NIS, eller motsvarande belopp i svensk valuta, i månaden för tiden fr.o.m. den 2 oktober 1988 till tre månader efter det att domen på äktenskapsskillnaden vunnit laga kraft. Hon yrkade vidare att tingsrätten skulle förplikta F.S. att till henne betala 11250 NIS, eller motsvarande belopp i svensk valuta, utgörande kvarstående ej utbetald mohar. F.S. bestred yrkandena.

N.S. gjorde gällande att hennes yrkanden skulle bedömas enligt den för muslimer bosatta i Israel tillämpliga lagen. F.S. gjorde å sin sida gällande att målet i sin helhet skulle bedömas enligt svensk rätt. Han gjorde vidare gällande att yrkandet om mohar inte lagligen kunde bifallas eftersom det är ett för svensk rätt främmande rättsinstitut samt att det under alla förhållanden skulle strida mot svensk ordre public att bifalla yrkandet.

Malmö tingsrätt (1992-02-10, hovrättsfiskalen Stefan Reimer) dömde till äktenskapsskillnad mellan parterna samt förpliktade F.S. att till N.S. betala mohar (morgongåva) med 11250 NIS, eller på betalningsdagen motsvarande svensk valuta. Däremot ogillades N.S. yrkande om underhållsbidrag.

Tingsrätten konstaterade inledningsvis att F.S. varit bosatt i Sverige i mer än ett år och att svensk domsrätt därför förelåg samt att yrkandet om äktenskapsskillnad enligt 3 kap. 4 § första stycket lagen (1904:26) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap (IÄL) skulle prövas enligt svensk lag. Eftersom betänketid löpt hade parterna rätt till äktenskapsskillnad. Tingsrätten övergick därefter till att pröva yrkandet om underhållsbidrag och anförde bl.a. följande.

Till en början kan fastställas att det inte föreligger något hinder mot att i äktenskapsmålet pröva frågor som rör makarnas ömsesidiga rättsförhållanden.

Detta följer visserligen inte direkt av IÄL, men i förarbetena till de ändringar som företogs i 3 kap. 6 § IÄL 1973 uttalades bl. a. följande.

"Utan särskilt stadgande torde det vara klart att domstol i äktenskapsmål även skall kunna ta upp frågor beträffande äktenskapets rättsverkningar, t. ex. om makarnas inbördes underhållsskyldighet och bodelning. Frågan vilken lag som domstolen därvid skall tillämpa får avgöras enligt de regler som i allmänhet gäller på området." (se Prop. 1973:158 s. 109)

Frågor om underhåll mellan makar anses vara en av äktenskapets rättsverkningar i personligt hänseende. Tidigare gällde här att makarnas lex patriae skulle vara bestämmande för vilket lands lag som skulle tillämpas. Emellertid fann Högsta domstolen i rättsfallet NJA 1986 s. 615 att domicilprincipen bör vara bestämmande för lagvalet. I det aktuella fallet tillämpades italiensk rätt. Parterna hade såväl skilda medborgarskap som hemvist i olika länder. HD fann att då det rörde sig om den inte ovanliga situationen att den ene av de förutvarande makarna, i regel mannen, brutit upp och fått hemvist i ett nytt land, och skilt sig där, medan den andre bor kvar i det gamla hemlandet, talade det förhållandet att makarna under äktenskapet haft hemvist i ett land där en av dem alltjämt bor för att det landets lag skulle tillämpas i underhållsfrågan. Denna lösning skulle enligt HD oftast leda till att underhållsfrågan bedömdes enligt lagen i det land där den som begär underhåll, vanligen hustrun, har sin hemvist, vilket befanns önskvärt eftersom det skulle öka förutsättningarna för att underhållsfrågan skulle kunna bedömas med hänsyn tagen till värderingar, levnadsförhållanden och sociala förmåner i det landet (se NJA 1986 s. 615, s. 619 y-n).

I det förevarande målet är båda parter israeliska medborgare men har hemvist i skilda stater. De levde tillsammans endast någon månad i Israel efter äktenskapets ingående, varefter F.S. återvände till Sverige var han redan tidigare hade sitt hemvist. N.S. följde efter så snart hennes uppehållstillstånd var beviljat. Parterna levde dock tillsammans i Sverige endast under en kortare tidsperiod om omkring fem månader. N.S. återvände därefter till sin hemby i Israel var hon alltjämt bor.

I denna situation, som skiljer sig från den i NJA 1986 s. 615, talar enligt tingsrätten övervägande skäl för att tillämpa lagen i det land där den som begär underhåll har sin hemvist, särskilt som de svenska sociala förhållandena måste te sig helt främmande för N.S. F.S. är å andra sidan fortfarande israelisk medborgare och har, vilket framgått av utredningen, alltjämt släktingar kvar i Israel; däribland sin fader. Äktenskapet ingicks i Israel enligt muslimsk rättstradition. Vid en samlad bedömning föreligger därför i förevarande mål starkare anknytning till Israel än till Sverige.

En bestämmelse av den innebörden att den underhållsberättigades hemvist skulle vara bestämmande för lagvalsfrågan har även föreslagits av familjelagssakkunniga i deras slutbetänkande. Betänkandets förslag i dessa delar har emellertid ännu inte lett till någon lagstiftning (jfr. SOU 1987:18 s. 102-104 och 233).

För muslimer bosatta i Israel har de religiösa Sharia-domstolarna exklusiv jurisdiktion vad gäller frågor rörande personalstatutet (se art. 52 Palestine Order in Council (1922-1947) jfr. med Law of Procedure of the Moslem Religious Courts (25 oktober, 1917). Den gällande muslimska rätten som tillämpas av Sharia-domstolarna inom detta rättsområde utgörs av 1917 års osmanska familjerättslag (1333 enligt osmansk tideräkning). Shariá, den muslimska i sig oföränderliga rätten, har sitt ursprung i Koranen. Den osmanska familjerättslagen kan sägas vara en kodifiering av delar av den i Koranen förekommande familjerätten baserat på ett selektivt urval av de tolkningar av denna som olika lagskolor kommit fram till genom århundradena (Johnson, Bo; Islamisk rätt, Stockholm 1975 s. 64 ö och Bergmann/Ferid; Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 1972 "Das Islamische Eherecht" s. 3 x-m. Se även allmänt om den muslimska rättens utveckling, Nordberg, Michael; Profetens folk, Kristianstad 1988, s. 87-111).

Tingsrätten fann att det av bestämmelserna i familjerättslagen följde att ömsesidiga rättigheter och förpliktelser på grund av äktenskapet upphörde vid äktenskapsskillnad, med verkan även för förfluten tid. Yrkandet om underhållsbidrag skulle därför ogillas.

Ifråga om N.S:s yrkande om mohar (morgongåva) gjorde tingsrätten följande överväganden.

Morgongåvan, vars storlek oftast fastställs i äktenskapskontraktet, fungerar för kvinnan som säkerhet för äktenskapets bestånd, eftersom mannen vid äktenskapsskillnad omedelbart måste uppfylla sin betalningsförpliktelse (se 83 § familjerättslagen jfr. Koranen 2:229, 242). Vid en eventuell äktenskapsskillnad kommer morgongåvan istället att fungera som hustruns underhåll och hennes finansiella skydd, eftersom något underhållsbidrag i enlighet med vad som ovan anförts inte kan utdömas (Johnson aa s. 51 y och Bergmann/Ferid aa s. 11 f).

Den första fråga som måste avgöras är om en svensk domstol överhuvudtaget kan pröva ett yrkande om utfående av morgongåva.

Vad gäller behandlingen av s. k. typfrämmande rättsinstitut finns det olika meningar inom doktrinen. Enligt den numera förhärskande meningen finns det inget som hindrar att svensk domstol vid sin tillämpning av utländsk materiell rätt använder sig av sådana; dock under förutsättning att det inte strider mot svensk ordre public (jfr. Bogdan, Michael; Svensk Internationell privat- och processrätt, 2 uppl. 1984 s. 82).

Ett utdömande av morgongåva kan i det förevarande fallet inte anses uppenbart strida mot grunderna för den svenska rättsordningen. Något hinder med hänsyn till ordre public kan därför inte anses föreligga (jfr. Bogdan aa s. 66 x och prop. 1973:158 s. 123 y, varav framgår att det är den utländska regelns tillämpning i det enskilda fallet som skall tas i beaktande).

Det förtjänar även att nämnas att morgongåva som institut har förekommit i svensk rätt, dock att det här sedermera ersattes av reglerna om giftorätt och därför hade en delvis annan funktion.

För att det skall komma i fråga att pröva yrkandet om utfående av morgongåva materiellt krävs emellertid därtill att den muslimska rätten utgör lex causae (den för saken tillämpliga lagen). Vilken svensk internationellt privaträttslig kollisionsregel som skall tillämpas på lagvalsfrågan är osäkert.

Enligt tingsrättens mening talar dock det förhållandet att morgongåva enligt muslimsk rätt, åtminstone i praktiken, ses som en av de personliga rättsverkningarna på grund av äktenskapet för att samma lagvalsregel som beträffande underhållsfrågan skall analogt tillämpas.

På grund av det anförda skall muslimsk rätt tillämpas även i denna fråga. Tingsrätten fann därefter att yrkandet skulle bifallas.

Båda parter överklagade tingsrättens dom. N.S. yrkade, efter en mindre justering, att hovrätten skulle bifalla hennes yrkande om underhållsbidrag. F.S. yrkade att hovrätten skulle ogilla N.S:s yrkande om betalning av kvarstående mohar (morgongåva). Parterna bestred varandras yrkanden.

Hovrätten över Skåne och Blekinge (1993-03-04, hovrättslagmannen Lars-Göran Engström, hovrättsrådet Lars Elmqvist samt t.f. hovrättsassessorn Nils Petter Ekdahl, referent) fastställde tingsrättens domslut och anförde:

Som tingsrätten funnit, är svensk domstol behörig att ta upp frågor om underhåll och om utgivande av mohar i samband med talan om äktenskapsskillnad.

Högsta domstolen fann i rättsfallet NJA 1986 s. 615, med frångående av den tidigare förhärskande nationalitetsprincipen, att svensk domstol vid prövning av fråga om makars inbördes underhållsskyldighet skall tillämpa lagen i den stat där makarna senast haft gemensamt hemvist. Högsta domstolen anförde som skäl för sitt ställningstagande bl.a. följande: "Denna lösning lär oftast leda till att underhållsfrågan prövas enligt lagen i det land där den som begär underhållsbidrag, vanligen hustrun, har sitt hemvist. Därmed ökar också förutsättningarna för att frågan skall kunna bedömas med hänsyn tagen till värderingar, levnadsförhållanden och sociala förmåner i det landet, något som i och för sig är önskvärt."

Eftersom makarna S. senast haft gemensamt hemvist i Sverige skulle en tillämpning av den av Högsta domstolen fastslagna principen innebära att yrkandet om underhållsbidrag skall prövas enligt svensk lag. Hovrätten anser emellertid att det finns övervägande skäl att i fråga om underhållsbidrag till make i stället tillämpa lagen i det land där den underhållsberättigade maken har hemvist. En sådan regel har den fördelen att underhållsfrågan i princip alltid bedöms med hänsyn tagen till värderingar, levnadsförhållanden och sociala förmåner i det landet. Regeln är också lättillämpad och den kan utan olägenhet användas även i det fallet då inte någon av makarna längre bor kvar i det land där de senast haft gemensamt hemvist (se även SOU 1987:18 och Pålsson i SvJT 1992 s. 487).

Av hovrättens ställningstagande följer att israelisk lag skall tillämpas på underhållsfrågan. Med hänsyn till vad som framkommit om institutet mohar bör samma lagval göras i denna fråga.

Den omständigheten att mohar är ett s.k. typfrämmande rättsinstitut bör inte hindra svensk domstol att tillämpa institutet.

Den för muslimer bosatta i Israel tillämpliga lagen är 1917 års Ottoman Family Law. På de av tingsrätten angivna skälen finner hovrätten att N.S:s yrkande om underhållsbidrag inte kan vinna bifall. Lika med tingsrätten finner hovrätten vidare att F.S. enligt den angivna lagen är skyldig att utge yrkad mohar till N.S. samt att det inte kan anses strida mot svensk ordre public att bifalla yrkandet härom.

Till följd av det nu anförda skall tingsrättens domslut fastställas.

Målnummer T 137/92

Sökord: Ordre Public

Litteratur: Prop. 1973:158, s. 109, 123
SOU 1987:18
SvJT 1992, s. 487
Bogdan, Svensk internationell privat- och processrätt, 4 uppl. 1992, s. 94f och 177f
Bo Johnsson, Islamisk rätt 1975
Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsgerecht, del I och IV

Målnummer: T2415-15 **Avdelning:** 2

Domsnummer:

Avgörandedatum: 2017-03-29

Rubrik: Ett avtal om mahr träffades i anslutning till att ett äktenskap ingicks i Iran. Enligt avtalet skulle mannen vid anfordran utge ett större penningbelopp till den blivande hustrun. Den ene maken hade sedan tidigare hemvist i Sverige och makarna avsåg att gemensamt ta hemvist här. Svensk rätt blev därmed tillämplig på deras förmögenhetsförhållanden. Avtalet har bedömts närmast vara att likna vid ett avtal om en partiell framtida bodelning och ansågs därmed inte giltigt enligt svensk rätt.

Lagrum:
- 1 §, 2 §, 3 §, 4 §, 5 § och 19 § lagen (1990:272) om internationella frågor rörande makars och sambors förmögenhetsförhållanden
- Rådets förordning (EG) nr 4/2009 av den 18 december 2008 om domstols behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet av domar samt samarbete i fråga om underhållsskyldighet

Rättsfall:
- NJA 1978 s. 590
- NJA 1987 s. 815
- NJA 1991 s. 43
- NJA 2015 s. 798
- NJA 2016 s. 779
- EU-domstolens avgöranden De Cavel
- C-143/78, EU:C:1979:83 och Van den Boogaard mot Laumen
- C-220/95
- EU:C:1997:91
- Europadomstolens avgöranden Chapman mot Storbritannien, nr 27238/95, dom den 18 januari 2001, Refah Partisi (Välfärdspartiet) m.fl. mot Turkiet, nr 41340/98, 41342/98, 41343/98 och 41344/98, dom den 13 februari 2003 och Harroudj mot Frankrike, nr 43631/09, dom den 4 oktober 2012
- NJA 1977 s. 92

REFERAT

Solna tingsrätt

S.H. förde vid Solna tingsrätt den talan mot A.E. som framgår av tingsrättens dom.

Tingsrätten (chefsrådmannen Ragnar Palmkvist, tf. rådmannen Carl Eric Lawass, referent, och tingsnotarien Emanuel Hollstrand) anförde i dom den 12 juni 2014 följande.

Bakgrund

A.E. och S.H. är båda ursprungligen iranska medborgare. A.E. kom till Sverige 1989-1990 och fick småningom permanent uppehållstillstånd här. Under en semesterresa till Iran ingick han den 24 april 1996 äktenskap enligt iransk rätt och sedvänja med S.H. I det äktenskapskontrakt som därvid upprättades åtog sig A.E. till S.H. bland annat att efter krav från henne utbetala 690 guldmynt av typen Bahar Azadi. Det var härvid fråga om ett islamiskt rättsinstitut med beteckningen mahr.

Parternas avsikt när äktenskapskontraktet ingicks var att S.H. skulle söka uppehållstillstånd i Sverige och här förena sig med A.E. Så blev det också. Hon kom till Sverige 1997 och har sedan dess bott här tillsammans med honom. Parterna har efter giftermålet förvärvat också svenska medborgarskap. De har fått två barn tillsammans.

På talan av A.E. meddelades dom på äktenskapsskillnad den 5 augusti 2013. Bodelningsförrättare förordnades, vilken förrättade bodelning den 21 november 2013. Mahren beaktades därvid inte. I bodelningshandlingen antecknades att en av parterna till hälften vardera ägd fastighet hade försålts, varvid nettoförsäljningslikviden hade fördelats lika mellan parterna. Bodelningsförrättaren förordnade att A.E. skulle betala en bodelningslikvid om 42 098 kr till S.H. A.E. har klandrat bodelningen med flera ändringsyrkanden, bland annat att i bodelningen ska upptas S.H:s tillgång i form av mahr och A.E:s motsvarande skuld.

Målet gäller nu om A.E. ska åläggas att betala den angivna mahren till S.H.

- - -

Yrkanden

S.H. har yrkat att A.E. ska förpliktas att till henne utge 690 guldmynt av slaget Bahar Azadi av första graden "New Design" eller värdet av mynten enligt guldkursen på betalningsdagen.

A.E. har bestritt S.H:s talan.

Grunder m.m.

S.H.

A.E. har i äktenskapskontraktet åtagit sig att till S.H. utge 690 guldmynt Bahar Azadi i mahr efter anfordran från henne och denna utfästelse är giltig.

A.E.

Mahrutfästelsen kan inte göras gällande enligt svensk rätt, som är tillämplig på samtliga tvistefrågor. Det finns inte några i Sverige tillämpliga regler på mahrinstitutet, som ter sig ålderdomligt och som härrör från en svunnen tid. Utfästelsen kan inte kvalificeras till en viss regelgrupp, såsom till reglerna om underhåll eller utjämning av makarnas förmögenhetsförhållanden. Den kan inte heller betraktas som en gåva, eftersom mahren är ett obligatorium och alltså inte lämnas frivilligt. Om den skulle vara att betrakta som ett förmögenhetsrättsligt avtal skulle den utgöra en gåvoutfästelse. En sådan skulle dock vara ogiltig enligt 8 kap. 2 § ÄktB.

Skulle rätten finna att gåvoutfästelsen inte omfattas av 8 kap. 2 § ÄktB har S.H:s anspråk på att utfå sin mahr preskriberats. Det finns ingen regel om preskription av gåvoutfästelser i gåvolagen, varför gåvoutfästelser omfattas av de vanliga reglerna i preskriptionslagen (1981:130). Preskription sker därför enligt 2 § första stycket preskriptionslagen tio år efter gåvoutfästelsen. Preskription kan endast avbrytas genom något sådant preskriptionsavbrott som anges i 5 § preskriptionslagen, vilket inte har skett i detta fall. Den avgörande frågan blir därför att avgöra när gåvoutfästelsen ska anses ha skett. Enligt iransk lag blir mahr kvinnans egendom omedelbart efter genomförd äktenskapsceremoni. Enligt svensk rätt har dock inte gåvan fullbordats (traderats), varför det endast är en gåvoutfästelse som har skett. Bestämmelsen i iransk rätt tjänar dock som en fingervisning om från vilken tidpunkt preskriptionstiden ska börja löpa. Med beaktande av att det är tidpunkten för äktenskapet som styr kvinnans anspråk på mahr är det också rimligt att anse att det är då preskriptionstiden börjar löpa. Äktenskapet mellan S.H. och A.E. ingicks den 24 april 1996, varför S.H:s anspråk på att utfå mahr preskriberades tio år senare, det vill säga den 24 april 2006.

För det fall tingsrätten skulle finna att avtalet om mahr är att betrakta som ett förmögenhetsrättsligt avtal där svenska avtalsrättsliga regler är tillämpliga, görs gällande att avtalets innehåll är oskäligt och bör jämkas till noll enligt 36 §

avtalslagen (1915:218). Även på familjerättslig grund kan jämkning komma i fråga. Som skäl för jämkning åberopas följande. Konsekvenserna av mahrinstitutets tillämpning skulle vara oskäliga, då de iranska och svenska regelsystemen är så olika och då mahren ska ses i samband med vad som gäller för det muslimska äktenskapet. Syftet med utfästelsen tillgodoses genom den svenska bodelningen. Det skulle vara oskäligt om A.E. både skulle betala enligt bodelningen och utge mahr. Utfästelsen var inte frivillig utan var ett tvingande inslag i äktenskapet. S.H. lovade innan äktenskapskontraktet att hon inte skulle framställa krav på mahr. Inte ens enligt iransk rätt kan man numera åläggas att betala så stora värden som det nu är fråga om. I en lag från den 19 februari 2013, artikel 22, stadgas en begränsning, vilken innebär att mahr inte behöver betalas ut med mer än värdet av 110 guldmynt av slaget Bahar Azadi.

S.H.

S.H:s uppfattning är att svensk rätt ska tillämpas i allmänhet på tvistefrågorna i målet, men att det ska beaktas att mahrutfästelsen lämnades i Iran, där hon var bosatt, och var giltig där samt att utfästelsen inte preskriberas enligt iransk rätt. Hon gör gällande att utfästelsen kan göras gällande även enligt svensk rätt, oavsett hur den ska kvalificeras här. Den senaste rättsutvecklingen pekar på att utfästelsen ska bedömas enligt allmänna förmögenhetsrättsliga principer. Det är inte fråga om en benefik rättshandling. Om detta skulle anses vara fallet är utfästelsen giltig enligt lagen (1936:83) angående vissa utfästelser om gåva. Eftersom utfästelsen är gjord före äktenskapet är 8 kap. 2 § ÄktB inte tillämplig.

S.H. bestrider att hennes anspråk på att få ut mahr har preskriberats. Även om mahrinstitutet bör kvalificeras som ett avtal inom förmögenhetsrättens område på vilket svensk lag ska tillämpas är det på grund av dess karaktär inte lämpligt att samtliga förmögenhetsrättsliga regler i svensk rätt tillämpas på tvistens avgörande. Avtalet bör istället bedömas i sin egna kontext och iranska regler tillämpas i fråga om preskriptionstid. I Iran är det brukligt att bruden antingen när som helst under äktenskapets gång eller i samband med skilsmässa påkallar att mahren utbetalas och hennes rätt till utbetalning kan inte preskriberas. Utgångspunkten är att ett äktenskap varar livet ut, vilket i de allra flesta fall torde vara mer än tio år. Skulle de svenska reglerna om preskription tillämpas på mahrinstitutet skulle det ställa orimliga krav på att bruden under äktenskapets gång skulle behöva vidta åtgärder för preskriptionsavbrott enbart för att inte riskera att hennes anspråk på att få ut sin mahr preskriberas. Detta skulle vara helt oförenligt med mahrens natur, dvs. att bruden när som helst har rätt att begära att få sin mahr utbetald.

För det fall att rätten skulle finna att reglerna om preskription i svensk rätt är tillämpliga är anspråket inte heller här föremål för preskription. Under alla förhållanden har preskriptionsavbrott ägt rum. Enligt 5 § preskriptionslagen avbryts preskription genom att gäldenären på annat sätt än genom utfästelse om betalning eller erläggande av ränta eller amortering erkänner fordringen gentemot borgenären. Det finns inga formkrav för erkännandet. Även muntligt erkännande eller ett visst agerande i vilket sammanhang som helst har preskriptionsavbrytande verkan. Mahravtalet är ett obligatoriskt villkor för äktenskapet. Genom att skriva under äktenskapskontraktet och ingå äktenskap med S.H. ska A.E. anses ha erkänt mahren och därmed erkänt fordringen. Erkännande ska anses pågå hela äktenskapet. Parterna har vidare under sitt 17 år långa äktenskap diskuterat mahren och dess existens med varandra otaliga gånger vilket bör anses som ett erkännande av fordringen från A.E:s sida. Preskriptionsavbrott i enlighet med 5 § preskriptionslagen har således ägt rum och S.H:s anspråk har därför inte preskriberats.

Påståendet om att frågan om mahr inte kan tillämpas parallellt med de svenska bodelningsreglerna saknar grund. Makar och blivande makar har i stort sett full avtalsfrihet gentemot varandra och kan ha vilka avtalsrättsliga relationer som helst sinsemellan, alldeles oavsett reglerna om bodelning. Detta gäller även avtal om mahr.

Vad A.E. anfört utgör inte grund för att det skulle vara oskäligt att tillämpa avtalet mot honom. Det bestrids att S.H. lovade att hon inte skulle framställa krav på mahr. Den iranska lagen från 2013 ska ses mot bakgrund av den hyperinflation som rått i Iran, vilken lett till att guldpriset gått upp. Detta har lett till att många män inte kunnat betala de utfästa beloppen och därmed riskerat att fängslas. Dessa förhållanden kan inte åberopas i Sverige.

Utredning

Parterna har hörts under sanningsförsäkran. På S.H:s begäran har vittnesförhör hållits per telefon med hennes mor Z.K. På A.E:s begäran har vittnesförhör hållits med hans bror M.E. Skriftlig bevisning och ett rättsutlåtande av professorn Michael Hellner har genomgåtts.

Domskäl

Allmänt om mahr

Följande har framkommit genom Michael Hellners rättsutlåtande och den juridiska litteraturen, bland annat Margareta Brattströms och Mosa Sayeds artikel Behandlingen av mahr i samband med bodelning enligt svensk rätt (Juridisk Publikation 2013 s. 207f.), vartill hänvisas i utlåtandet.

Mahr förekommer i den muslimska världen och anses påbjuden i Koranen. Det finns en religiös och juridisk skyldighet för mannen att i samband med äktenskapets ingående lämna eller utfästa mahr. Denna kan vara specificerad eller ospecificerad. Vissa avtal om specificerad mahr innebär att angiven egendom överförs till hustrun i anslutning till äktenskapets ingående. I andra är mahren uppskjuten, så att egendom ska överföras senare, t.ex. vid äktenskapsskillnad. I Iran är det vanligt att, såsom i detta mål, en uppskjuten mahr (mahr muakhar) ska realiseras efter anmodan av hustrun.

Även om det föreligger en religiös och juridisk förpliktelse att lämna eller utfästa mahr varierar omfattningen mycket. Ibland kan det röra sig om symboliska värden, men det kan också handla om stora belopp, varvid mahren kan få betydande ekonomiska konsekvenser för parterna. De 690 guldmynt Bahar Azadi som A.E. utfäst sig att betala till S.H. har enligt uppgift i dag ett guldvärde om omkring 1,5 miljoner kr.

Mål om mahr har blivit relativt vanliga i svenska domstolar. Två avgöranden har refererats. I RH 1993:116 kvalificerades en utfästelse att lämna mahr som en skyldighet att betala underhållsbidrag. Hustrun hade hemvist i Israel och israelisk rätt ansågs tillämplig. Den omständigheten att mahr var ett s.k. typfrämmande rättsinstitut ansågs inte hindra svensk domstol från att tillämpa institutet. Det yrkade beloppet utdömdes. I RH 2005:66 bedömdes att en mahrutfästelse skulle anses vara utjämning av makarnas förmögenhetsförhållanden, som föll under bestämmelserna i lagen (1990:272) om internationella frågor rörande makars och sambors förmögenhetsförhållanden (LIMF). Med tillämpning av den lagen ansågs iransk rätt tillämplig och mannen ålades att betala det yrkade beloppet.

De nämnda avgörandena rörde alltså tillämpning av främmande lands lag. I andra orefererade avgöranden har svensk lag tillämpats. I de flesta av dessa domar har utfästelserna om mahr beaktats, men det har också förekommit att anspråk ogillats på grund av preskription eller med tillämpning av 36 § avtalslagen. Olika synsätt har anlagts på hur man ska kvalificera mahr i svensk rätt.

Svensk eller iransk lag?

Tingsrätten har först att ta ställning till om svensk eller iransk lag ska tillämpas i detta mål. Parterna är eniga om att svensk lag ska tillämpas medan S.H. hävdat att hänsyn ska tas till iransk lag i vissa hänseenden.

Om mahravtalet anses gälla parternas förmögenhetsförhållanden ska LIMF tillämpas. 4 § första stycket LIMF innehåller bland annat att, om annat inte bestämts genom avtal, gäller lagen i den stat där makarna tog hemvist när de gifte sig. Om båda makarna senare har tagit hemvist i en annan stat och varit bosatta där i minst två år, tillämpas enligt 4 § andra stycket i stället den statens

lag. I 5 § stadgas att en rättshandling mellan makar avseende deras förmögenhetsförhållanden är giltig, om den stämmer överens med den lag som är tillämplig på makarnas förmögenhetsförhållanden när den företas. Företas rättshandlingen före äktenskapet är den giltig, om den stämmer överens med den lag som blir tillämplig när makarna ingår äktenskap. Rättshandlingen ska vidare anses giltig till formen om den uppfyller formkraven i den stat där den företas eller där makarna då har hemvist.

Parterna har inte avtalat om tillämplig lag. De har efter äktenskapets ingående tagit hemvist i Sverige och varit bosatta här i minst två år. Svensk lag är redan enligt 4 § andra stycket därmed i allmänhet tillämplig på deras förmögenhetsförhållanden. Mahravtalets giltighet ska emellertid prövas enligt 5 §. Frågan är då vilken lag som var tillämplig på parternas förmögenhetsförhållanden när rättshandlingen företogs.

Parterna hade visserligen inte bosatt sig i Sverige när de gifte sig. Vid tillämpningen av 4 § första stycket bör man emellertid inte begränsa sig till att beakta förhållandena vid dagen för vigseln (prop. 1989/90:87 s. 44). Eftersom parterna ostridigt hade för avsikt att då bo tillsammans i Sverige och sedan också gjorde det relativt kort tid därefter får lagrummet anses tillämpligt. Svensk lag blev därför tillämplig redan när rättshandlingen företogs.

De angivna omständigheterna talar för att svensk lag ska tillämpas på frågan om avtalets giltighet, även om man kan tänka sig att iransk lag ändå ska beaktas, då man enligt förarbetena (a. prop. s. 46) bör vara återhållsam med att underkänna rättshandlingar som parterna med fog har utgått från ska gälla. Vid den fortsatta prövningen utgår tingsrätten emellertid inledningsvis från svensk lag.

Det har inte gjorts gällande att mahravtalet inte skulle uppfylla de formkrav som kan förekomma i iransk lag.

Om mahravtalet skulle betraktas som ett avtal om underhållsbidrag ska svensk lag tillämpas eftersom S.H. är underhållsberättigad och har hemvist i Sverige.

Förhållandet mellan mahr och svensk rättsuppfattning

Enligt islamisk rätt ska äktenskapsskillnad så långt möjligt undvikas. Men om detta inte kan ske har mannen i princip villkorslös rätt till äktenskapsskillnad medan hustrun i allmänhet har sådan rätt endast under vissa angivna förutsättningar. Kommer äktenskapsskillnad till stånd har hustrun ingen rätt att ta del av mannens egendom. Hennes rätt till underhåll från mannen är begränsad.

Enligt svensk rätt däremot har båda parterna en villkorslös rätt till äktenskapsskillnad, även om denna i vissa fall kan föregås av betänketid. Om giftorättsgemenskap råder ska bodelning ske, varvid en hälftendelning av makarnas behållna egendom ska äga rum. Det finns också viss rätt till underhållsbidrag efter äktenskapsskillnad.

En mahrutfästelse på ett högt belopp innebär i den islamiska världen att kvinnans ställning i äktenskapet stärks. Om mannen vill utnyttja sin rätt till äktenskapsskillnad men inte hustrun kan hon förklara att hon i sådant fall vill ha ut sin mahr. Och skulle kvinnan vilja skilja sig men inte mannen kan hon använda mahrutfästelsen som ett förhandlingsinstrument. Kommer en äktenskapsskillnad till stånd kan det värde som ska utges till henne innebära en ekonomisk trygghet, som hon inte skulle ha haft enligt islamisk rätt.

En i Sverige genomförd äktenskapsskillnad respekteras inte alltid i det land varifrån makarna kommer. Detta synes vara fallet i Iran såvitt avser parternas här genomförda äktenskapsskillnad.

Mahr och svenska rättsregler

När svensk rätt ska tillämpas har man att ta ställning till hur man ska kvalificera begreppet mahr. Olika alternativ har därvid diskuterats och förekommit i domstolsavgöranden. Man har betraktat mahrutfästelsen som ett rent förmögenhetsrättsligt betalningsåtagande (t.ex. i hovrättens för Västra Sverige dom den 21 februari 2013 i mål T 5151-11), som en utfästelse av gåva mellan blivande makar, som ett avtal om fördelning av makarnas egendom eller som ett avtal om engångsunderhåll.

Makar och blivande makar har frihet att som andra parter träffa avtal sinsemellan. Mahren har emellertid en mycket stark anknytning till äktenskapets ingående. Det bör enligt tingsrättens mening inte komma i fråga att bedöma mahren som ett rent förmögenhetsrättsligt betalningsåtagande.

Mahrutfästelsen innebär i viss mening en utfästelse av gåva. Mannen lovar att senare på anfordran av hustrun överlämna egendom till henne utan motprestation. Detta åtagande ingår som en del i äktenskapskontraktet, och även om åtagandet är påbjudet får det anses vara del av en frivillig överenskommelse. Åtagandet har dokumenterats på ett sätt som uppfyller kraven i 1 § lagen (1936:83) angående vissa utfästelser om gåva. 6 § i den lagen hänvisar emellertid till 8 kap. 2 § ÄktB, där det stadgas att en utfästelse av den ena maken att under äktenskapet ge den andra maken en gåva är utan verkan. Detta förbud motiveras av att sådana gåvolöften kan sätta borgenärernas intressen i fara och vara förhastade. Ordalagen talar bara om en utfästelse av "den ena maken" och omfattar formellt alltså inte den som avser att ingå äktenskap. Michael Hellner har i sitt rättsutlåtande gjort gällande att regeln även är tillämplig i en sådan situation. Han har pekat på bestämmelsens tillkomsthistoria och på att samma skyddsändamål gör sig gällande för dessa fall som för personer som redan är makar. Ståndpunkten är inte oomtvistad. Mahrutfästelsen ingår emellertid i äktenskapskontraktet och står i omedelbart samband med äktenskapets ingående. Den bör därför enligt tingsrättens mening betraktas som en utfästelse av "den ena maken" i den mening som avses i 8 kap. 2 § ÄktB.

Man har också diskuterat om mahrutfästelsen ska betraktas som ett förtida avtal om fördelning av makarnas egendom. Det skulle då i Sverige jämställas med ett avtal om blivande bodelning (trots att enligt islamisk rätt bodelning inte är aktuell). Ett sådant avtal kan emellertid enligt 9 kap. 13 § ÄktB endast träffas inför en omedelbart förestående äktenskapsskillnad. Avtal som makar i annat fall har ingått om en blivande bodelning är utan verkan, om det inte utgör äktenskapsförord. I äktenskapsförordets form kan emellertid numera inte träffas avtal om överföring av egendom mellan makarna.

Man skulle också kunna diskutera om mahrutfästelsen ska ses som ett löfte att i framtiden betala ett engångsunderhåll. Utfästelsen är emellertid formellt inte anknuten till en äktenskapsskillnad eller separation och den saknar anknytning till hustruns behov eller mannens förmåga. Inte heller detta synsätt kan godtas.

Den nu gjorda genomgången leder till att mahrutfästelsen inte kan göras gällande enligt svensk rätt.

Ska iransk rätt beaktas?

Mahrutfästelsen torde vara giltig enligt iransk rätt. A.E. har påstått att S.H. sagt att hon inte skulle komma att åberopa utfästelsen, men detta påstående är inte styrkt mot hennes bestridande. Som tidigare anförts bör man vara försiktig med att underkänna rättshandlingar som parterna med fog har utgått från ska gälla. Detta synsätt stämmer överens med den övergripande principen om att avtal ska hållas.

Mahrutfästelsen har gjorts enligt iransk rätt och tradition. Inget har framkommit som tyder på att parterna varit medvetna om innehållet i svensk rätt. I Sverige har makarnas egendom emellertid utgjort giftorättsgods och de har bott här sedan 1997. Mellan parterna pågår ett förfarande för att enligt svensk rätt reglera deras ekonomiska förhållanden efter äktenskapsskillnaden. Att i detta fall därutöver tillämpa mahrinstitutet bör enligt tingsrättens mening inte komma i fråga. Mot denna bakgrund kan tillräckliga skäl inte anses föreligga att tillämpa iransk rätt.

Sammanfattning

Tingsrätten har kommit till slutsatsen att svensk rätt är tillämplig, att mahrutfästelsen inte kan göras gällande enligt svensk rätt och att det inte finns tillräckliga skäl att göra annan bedömning med hänsyn till innehållet i iransk rätt.

S.H:s talan ska därför lämnas utan bifall.

Domslut

Tingsrätten lämnar S.H:s talan utan bifall.

Svea hovrätt

S.H. överklagade i Svea hovrätt och yrkade att hovrätten skulle bifalla käromålet.

A.E. bestred ändring.

Hovrätten (hovrättsråden Monica Kämpe och Torbjörn Widemar, referent, samt tf. hovrättsassessorerna Maria Östling och Claes Lewenhaupt) anförde i dom den 10 april 2015 följande.

Hovrättens domskäl

Parternas talan

Parterna har åberopat samma grunder, omständigheter och bevisning som vid tingsrätten.

S.H. har därutöver tillagt att trots att svensk rätt i allmänhet är tillämplig på makarnas förmögenhetsförhållanden ska frågan om mahravtalets giltighet bedömas enligt iransk rätt, som var tillämplig när äktenskapskontraktet skrevs under. Eftersom avtalet är giltigt enligt iransk rätt får det till följd att det även är giltigt i Sverige. S.H. har vidare gjort gällande att det skulle stå i strid med såväl artikel 8 som artikel 9 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) att frånkänna mahravtalet verkan.

Hovrättens bedömning

Enligt hovrättens bedömning är det aktuella avtalet om mahr att anse som en sådan utjämning av makars förmögenhetsförhållanden som faller under lagen om internationella frågor rörande makars och sambors förmögenhetsförhållanden (LIMF). Detta innebär, av de skäl som tingsrätten anfört, att svensk lag i allmänhet är tillämplig på parternas förmögenhetsförhållanden. Oavsett om mahravtalet ska anses ha träffats före eller i samband med äktenskapets ingående är det, enligt 5 § första stycket LIMF, giltigt om det stämmer överens med den lag som blev tillämplig när makarna ingick äktenskap. Hovrätten instämmer i fråga om tillämplig lag i den bedömning som tingsrätten gjort, vilken också överensstämmer med slutsatsen i Michael Hellners rättsutlåtande. Detta innebär att svensk lag ska tillämpas vid prövningen av om mahravtalet är giltigt.

Hovrätten delar även tingsrättens uppfattning att ett avtal om mahr inte inryms i de svenska rättsregler som reglerar näraliggande frågor såsom avtal om framtida underhållsbidrag, utfästelse om gåva eller föravtal rörande bodelning samtidigt som utfästelsen har sådan stark anknytning till äktenskapets ingående att det inte kan betraktas som ett rent förmögenhetsrättsligt betalningsåtagande (se Margareta Brattström och Mosa Sayed, JP 2013 s. 207). Mahravtalet kan därför inte göras gällande med tillämpning av svenska rättsregler.

Detta utesluter emellertid inte att avtalet ändå skulle kunna anses vara giltigt. Enligt uttalanden i förarbetena till 5 § LIMF ska paragrafen nämligen inte tolkas på det sättet att en rättshandling måste anses ogiltig, om den inte står i överensstämmelse med reglerna i den för rättshandlingen tillämpliga lagen. Huvudregeln bör visserligen vara att makarna ska hålla sig till de regler som den tillämpliga lagen innehåller. Det finns emellertid fall då detta betraktelsesätt leder allt för långt och man bör i vart fall vara återhållsam med att underkänna rättshandlingar som makarna med visst fog har utgått från ska gälla (prop. 1989/90:87 s. 46). Prövningen av vad makarna med fog har utgått från bör göras med utgångspunkt i de förhållanden som förelåg när avtalet ingicks inklusive vad parterna då hade för framtidsplaner.

Det förhållandet att parterna, som var iranska medborgare, ingick äktenskap i Iran enligt iranska lagar och traditioner och att avtal om mahr är en del av denna tradition talar för att parterna utgått från att mahravtalet skulle gälla. A.E. har dock gjort gällande att parterna var överens om att inte ha någon mahr, att han ändå gick med på att underteckna mahravtalet eftersom S.H:s far krävde det och då det var ett formellt krav för att ingå äktenskap. Han har vidare påstått att S.H. innan de gifte sig lovade honom att hon aldrig skulle framställa några krav på mahr.

I likhet med tingsrätten anser hovrätten att A.E. inte bevisat sitt påstående om att S.H. lovat att inte framställa krav på mahr. Hovrätten anser att det ändå kan finnas skäl att överväga om parternas avsikt när de undertecknade avtalet var att A.E. skulle vara skyldig att vid anfordran utge 690 guldmynt, som idag angetts ha ett värde om ca 1,5 miljoner kr, till S.H.

Det kan finnas flera olika syften med att ingå avtal om mahr. Det kan vara fråga om såväl religiösa som ekonomiska skäl. Rätten till mahr kan även användas som ett förhandlingsinstrument i fall kvinnan inte längre vill leva i det aktuella äktenskapet (se Margareta Brattström och Mosa Sayed, a.a. s. 207). Utredningen i målet ger inte något klart svar på frågan om vilka överväganden som legat bakom det aktuella mahravtalet. Av såväl A.E:s som S.H:s uppgifter har dock framgått att frågan om A.E:s ekonomiska situation kom på tal innan äktenskapet ingicks. Enligt A.E. berättade han för S.H. att han hade spenderat alla sina besparingar för att kunna resa till Iran och att han därför inte hade några pengar. S.H. har uppgett att A.E. hade mycket skulder, vilket var skälet till att man förhandlade ner mahrbeloppet. Storleken av den mahr som utfästes av A.E. bestämdes slutligen efter förslag av anhöriga och byggde såvitt framkommit inte på några ekonomiska kalkyler utifrån parternas faktiska ekonomiska situation. Dessa förhållanden kan tala för att syftet med den utfästelse om mahr som A.E. gjorde har varit av annan än ekonomisk art och att parterna vid avtalets ingående därför inte utgått från att A.E. skulle vara skyldig att vid anfordran utge 690 guldmynt till S.H.

Vid bedömningen av om mahravtalet ska anses giltigt bör också beaktas att parterna bott i Sverige sedan 1997, att det svenska rättssystemet innehåller könsneutrala bodelnings- och arvsrättsliga regler som normalt ger ett gott ekonomiskt skydd åt makar och att en bodelning enligt svenska regler nu pågår. Enligt den i målet åberopade bodelningshandlingen uppgår boets överskott efter gäldstäckning till ca 100 000 kr. Vidare framgår att all egendom som tagits upp i bodelningen enligt bodelningsförrättaren bedömts utgöra giftorättsgods. Parterna har upplyst om att bodelningen är klandrad till tingsrätt, men det har inte framkommit att någon av parterna i det målet gör gällande att det som varit föremål för bodelningen skulle utgöra enskild egendom. Tvistigt i det målet är bl.a. huruvida den fordran på mahr som S.H. hävdar, om den är gällande, ska utgöra giftorättsgods eller ej.

Som ovan angetts är mahravtalet inte giltigt enligt svenska rättsregler. Vid en sammantagen bedömning anser hovrätten att omständigheterna inte heller är sådana att det ändå finns skäl att vid sidan av det nu pågående bodelningsförfarandet tillämpa mahrinstitutet mellan parterna. Även om mahrinstitutet har en viss religiös anknytning, kan hovrättens ställningstagande att frånkänna mahravtalet verkan inte anses stå i strid med rätten till skydd för privat- och familjeliv eller rätten till religionsfrihet enligt artikel 8 och 9 i EKMR. S.H:s talan ska därför ogillas och tingsrättens dom fastställas.

Hovrättens domslut

Hovrätten fastställer tingsrättens dom.

Högsta domstolen

S.H. överklagade och yrkade att HD skulle ändra hovrättens dom och förplikta A.E. att till henne utge 690 guldmynt av slaget Bahar Azadi av första graden "New Design", eller värdet av mynten enligt guldkursen på betalningsdagen.

A.E. motsatte sig att hovrättens dom ändrades.

Målet avgjordes efter föredragning.

Föredraganden, justitiesekreteraren Annika Rygart Kjellander, föreslog i betänkande att HD skulle meddela följande dom.

Domskäl

Bakgrund och frågorna i målet

Punkterna 1-3 motsvarar i huvudsak punkterna 1 och 2 i HD:s dom.

Rättsinstitutet mahr

Punkterna 4-9 motsvarar i huvudsak punkterna 3-8 i HD:s dom.

Allmänt om domsrätt och tillämplig lag

Punkterna 10-13 motsvarar i huvudsak punkterna 9-11 i HD:s dom.

Närmare om kvalifikation av mahr

Punkterna 14-22 motsvarar i huvudsak punkterna 13-20 i HD:s dom.

S.H:s rätt till mahr enligt det mellan parterna träffade avtalet

är en fråga om makars förmögenhetsförhållanden

23. Mahr ska enligt parternas avtal utges vid S.H:s anfordran. Det har inte framkommit något som talar för att storleken på mahr i detta fall har beräknats utifrån parternas behov och förmåga eller att avsikten har varit att trygga S.H:s försörjning. Mot bakgrund av den ovan redovisade vida innebörden av begreppet makars förmögenhetsförhållanden, är mahr i detta fall en sådan fråga om makarnas förmögenhetsförhållanden som omfattas av tillämpningsområdet för LIMF.

24. Frågorna om svensk domsrätt och tillämplig lag ska alltså i detta fall bedömas enligt LIMF.

Domsrätt och tillämplig lag enligt LIMF

25. I 2 § i lagen anges när svensk domsrätt föreligger och i 3-5 §§ finns bestämmelser om tillämplig lag.

Punkterna 26-31 motsvarar i huvudsak punkterna 21-27 i HD:s dom.

Svensk domstol är behörig att pröva tvisten och svensk lag ska tillämpas

i målet på parternas avtal om mahr

Punkterna 32-36 motsvarar i huvudsak punkterna 39-41 i HD:s dom.

Något om svensk rätt rörande bodelning och familjerättsliga avtal

37. I de fall svensk rätt ska tillämpas på ett internationellt rättsförhållande är det liksom avseende svenska rättsförhållanden interna civilrättsliga regler som gäller (Michael Bogdan, Svensk internationell privat- och processrätt, 8 uppl. 2014, s. 19). Vilken betydelse ett avtal om mahr kan ha mellan makar enligt svensk rätt får med hänsyn till sitt samband med äktenskapet bedömas enligt reglerna i äktenskapsbalken och blir beroende av omständigheterna i varje enskilt fall.

38. När ett äktenskap upplöses ska enligt 9 kap. 1 § ÄktB makarnas egendom fördelas mellan dem genom bodelning. Enligt 11 kap. 3 § ÄktB ska vid bodelning makarnas giftorättsgods, sedan avdrag har gjorts för att skulderna ska täckas, delas lika mellan makarna. Egendom är giftorättsgods i den mån den inte är enskild egendom. Se 7 kap. 1 och 3 §§ ÄktB.

39. Bodelningsreglerna i äktenskapsbalken är dispositiva på så sätt att parterna, om de är överens, i samband med äktenskapsskillnad kan fördela egendomen mellan sig oberoende av vilket resultat en tillämpning av bodelningsreglerna skulle ge (dock med viss begränsning i relation till borgenärerna enligt 13 kap. 1 § ÄktB). Det innebär att ett avtal om mahr kan ha den verkan som parterna i samband med äktenskapsskillnaden är överens om. (Margareta Brattström och Mosa Sayed, Behandlingen av mahr i samband med bodelning enligt svensk rätt, i JP 2013 s. 215.)

40. Som utgångspunkt råder enligt svensk rätt avtalsfrihet mellan makar och blivande makar. I äktenskapsbalken finns särskilda regler för vissa avtal mellan makar som begränsar avtalsfriheten. Ett avtal som makar ingått om egendomsförhållanden kommer därför inte att erkännas verkan om det inte uppfyller föreskrifterna i äktenskapsbalken.

41. Enligt 9 kap. 13 § första stycket ÄktB får makar inför en omedelbart förestående äktenskapsskillnad avtala om den kommande bodelningen eller annat som har samband med denna (föravtal). Över avtalet ska upprättas en skriftlig handling som undertecknas av makarna. Föravtal som ingås långt i förväg eller utan samband med en äktenskapsskillnad är alltså utan verkan (prop. 1986/87:1 s. 70 och 154 f.). Enligt 9 kap. 13 § andra stycket är avtal som makar i annat fall än som framgår av första stycket har ingått om kommande bodelning utan verkan, om det inte utgör äktenskapsförord.

42. I äktenskapsförordets form kan makar eller blivande makar bestämma att egendom som tillhör eller tillfaller någon av dem ska vara hans eller hennes enskilda egendom. Äktenskapsförord ska upprättas skriftligen och undertecknas av makarna eller de blivande makarna. Äktenskapsförord ska registreras hos Skatteverket. Ett äktenskapsförord som har slutits mellan blivande makar gäller från äktenskapets ingående, om det ges in till Skatteverket inom en månad från det att äktenskapet ingicks. I annat fall gäller äktenskapsförord först från och med den dag då det ges in till Skatteverket. Se 7 kap. 3 § ÄktB. Ett äktenskapsförord kan inte innebära förmögenhetsöverföring mellan makarna utan har endast till syfte att reglera om egendom ska vara enskild eller utgöra giftorättsgods. Att i äktenskapsförordets form träffa avtal om gåva mellan makar är alltså inte möjligt. (Jfr prop. 1986/87:1 s. 67 och 129.)

43. Enligt 8 kap. 1 § första stycket ÄktB gäller en gåva mellan makar om makarna följt vad som gäller för fullbordande av gåva i allmänhet eller om gåvan har registrerats enligt bestämmelserna i 16 kap. Enligt 8 kap. 2 § ÄktB är en utfästelse av den ena maken att under äktenskapet ge den andra maken en gåva utan verkan. Bestämmelsens syfte är dels att skydda en make mot oöverlagda åtaganden, dels att skydda borgenärerna mot illojala dispositioner mellan makar. (Se prop. 1986/87:1 s. 296 ff. och 387, och Anders Agell och Margareta Brattström, Äktenskap, Samboende, Partnerskap, 5 uppl. 2011, s. 141 f.)

Parternas avtal om mahr saknar rättslig verkan vid en tillämpning av svensk rätt

44. Parternas avtal om mahr uppfyller inte kraven för ett giltigt föravtal enligt reglerna i 9 kap. 13 § första stycket ÄktB eller för ett giltigt äktenskapsförord enligt 7 kap. 3 § ÄktB. Avtalet uppfyller inte heller kraven som uppställs i 8 kap. 1 § ÄktB för att en gåva mellan makar ska vara giltig eftersom gåvan varken har registrerats eller tradition har skett. En utfästelse om gåva mellan makar är inte heller giltig enligt 8 kap. 2 §. (Jfr p. 41-43.)

45. S.H. har gjort gällande att avtalet om mahr träffades före äktenskapets ingående och att det därför inte omfattas av bestämmelsen i 8 kap. 2 §. Av förhören framgår visserligen att frågan om mahr diskuterades och storleken på mahr förhandlades fram före äktenskapets ingående. Ett avtalsvillkor om mahr utgör dock en del av ett islamiskt äktenskapskontrakt och av förhören med parterna framgår att samtliga avtalsvillkor i äktenskapskontraktet skrevs under i samband med vigseln. Vad S.H. anfört innebär inte att avtalet om mahr kan göras gällande.

46. Det sagda innebär att avtalet om mahr inte stämmer överens med svensk lag som enligt 4 § första stycket LIMF var tillämplig på makarnas förmögenhetsförhållanden när rättshandlingen företogs. En tillämpning av bestämmelsen i 5 § första stycket LIMF föranleder i detta fall inte att avtalet om mahr är giltigt i Sverige.

47. Mot bakgrund av det anförda och då parterna inte är överens om vilken verkan avtalsvillkoret om mahr i parternas äktenskapskontrakt har, saknar det rättslig verkan.

48. S.H. har gjort gällande att det skulle stå i strid med Europakonventionen att frånkänna avtalet om mahr rättslig verkan. Europadomstolen har visserligen betonat vikten av att hänsyn tas till de särskilda behov som minoritetsgrupper har av att deras kultur och sedvänjor får ett rättsligt skydd (se t.ex. Chapman mot Storbritannien, nr 27238/95, dom den 18 januari 2001). Samtidigt ska Europakonventionen inte tolkas så att den innebär en skyldighet för konventionsstaterna att, med hänvisning till samhällets mångfald, tillämpa olika normer för olika grupper baserat på exempelvis religionstillhörighet (se Refah Partisi (Välfärdspartiet) m.fl. mot Turkiet, nr 41340/98, 41342/98, 41343/98 och 41344/98, dom den 13 februari 2003). Vidare omfattas S.H. av det skydd som svenska regler om äktenskapet och dess upplösning innebär, såsom ovillkorlig rätt till äktenskapsskillnad, full giftorättsgemenskap mellan makar, könsneutrala arvsrättsliga regler och rätt till underhåll mellan förutvarande makar utifrån behov och förmåga. Därtill kommer det skydd som det svenska socialförsäkringssystemet ger. Dessa rättigheter tillgodser samma intressen som rättigheterna enligt avtalet om mahr. S.H:s intressen såvitt nu är i fråga tillgodoses alltså tillräckligt (jfr Harroudj mot Frankrike, nr 43631/09, dom den 4 oktober 2012). Att avtalet om mahr inte kan göras gällande enligt svensk lag strider därmed inte mot Europakonventionen.

49. Hovrättens domslut bör därför fastställas.

Sammanfattning

50. S.H:s rätt till mahr är en fråga om makarnas förmögenhetsförhållanden. Svensk lag är tillämplig i målet. Avtalsvillkoret i parternas äktenskapskontrakt om mahr saknar enligt svensk lag rättslig verkan. S.H:s talan kan därför inte vinna bifall.

Domslut

HD fastställer hovrättens domslut.

HD (justitieråden Gudmund Toijer, Ella Nyström, Kerstin Calissendorff, referent, Anders Eka och Stefan Johansson) meddelade den 29 mars 2017 följande dom.

Domskäl

Tvisten och frågorna i HD

1. S.H. och A.E. gifte sig i Iran år 1996. Båda var då iranska medborgare och S.H. var också bosatt där. Tvisten mellan dem rör S.H:s yrkande om utfående av 690 guldmynt Bahar Azadi, eller motsvarande värde i svenska kronor (i storleksordningen 1,5 miljoner kr). Yrkandet grundar sig på ett åtagande i ett avtal om s.k. mahr som de träffade i Iran som en del i sitt äktenskapskontrakt. Enligt avtalet skulle A.E. dels i anslutning till äktenskapets ingående till S.H. utge bl.a. ett exemplar av Koranen, en spegel, blommor och ett par ljusstakar, dels efter S.H:s begäran betala 690 guldmynt. Parterna är numera skilda enligt svensk rätt.

2. Frågorna i HD är om iransk eller svensk rätt ska tillämpas vid prövningen och huruvida avtalet om mahr kan göras gällande.

Rättsinstitutet mahr

3. Mahr är ett rättsinstitut (dvs. en uppsättning av regler rörande rättsliga förhållanden eller företeelser) i islamisk rätt som i den juridiska litteraturen har översatts till islamisk morgongåva, brudgåva eller brudpenning. Det kan översiktligt beskrivas på följande sätt.

4. Inom islam betraktas äktenskapet rättsligt sett som ett kontrakt mellan makarna. Avtal om mahr utgör i allmänhet en del av äktenskapskontraktet och innebär att mannen i anledning av äktenskapets ingående överför eller förpliktar sig att överföra egendom till kvinnan. Storleken på mahr omfattas i princip av makarnas avtalsfrihet och kan bestämmas vid en förhandling, bl.a. utifrån kvinnans sociala ställning före äktenskapet och hennes familjs rang. Någon direkt koppling till kvinnans behov av försörjning och förhållandet mellan makarnas förmögenhet finns i regel inte. Utöver förpliktelsen att utge mahr är mannen enligt exempelvis iransk rätt skyldig att ekonomiskt underhålla kvinnan under äktenskapet.

5. Mahr har sitt ursprung i Koranen. De närmare föreskrifterna om mahr har utvecklats av rättslärda inom ramen för olika islamiska rättsskolor. Rättsskolornas tolkningar är genomförda i lagstiftning i många islamiska rättsordningar. Mahr är då en del av det familjerättsliga systemet. De flesta familjerättsordningar som grundar sin lagstiftning på den islamiska rättstraditionen har således bestämmelser om mahr, men innehållet i dessa kan skilja sig åt.

6. Avtal om mahr kan utformas på olika sätt. Mannen kan i anslutning till äktenskapets ingående vara skyldig att överföra egendom till kvinnan, men avtalet kan också innebära att egendom ska utges vid ett senare tillfälle (uppskjuten mahr), såsom vid äktenskapsskillnad, makens död eller vid kvinnans anfordran.

7. Mahr kan ha enbart religiösa eller kulturella syften och i sådana fall avse egendom av endast symboliskt värde, men kan också ha betydande ekonomiska funktioner. När hustrun har begränsade möjligheter att förvärva egendom genom arbete eller arv, kan mahr bidra till en förmögenhetsutjämning mellan makarna. Mahr kan också fungera som hustruns ekonomiska säkerhet vid äktenskapsskillnad och vid makens död. I den islamiska rätten föreligger inte giftorättsgemenskap mellan makar och underhållsplikten för förutvarande make är ofta begränsad till en kort övergångsperiod. Rätten till mahr kan också utgöra en ekonomisk trygghet för hustrun när det saknas ett socialförsäkringsskydd.

8. Mahr kan kompensera för den skillnad som råder i t.ex. Iran mellan kvinnor och män avseende rätten till äktenskapsskillnad. Mannen har en ensidig och villkorslös rätt till äktenskapsskillnad medan hustruns rätt är mycket begränsad. Hög mahr kan emellertid användas som ett instrument för kvinnan att åstadkomma äktenskapsskillnad; kvinnan kräver att mannen medverkar till äktenskapsskillnad medan hon avstår sin mahr. Om hög mahr ska betalas vid kvinnans anfordran, kan hon vidare, trots mannens ensidiga rätt till äktenskapsskillnad, få äktenskapet att bestå med den ekonomiska och sociala trygghet som det kan föra med sig.

Allmänt om domsrätt och tillämplig lag

9. Svensk domsrätt anses normalt finnas när tvisten eller någon av parterna har viss anknytning till Sverige. Det kan också uttryckas som att det ska finnas ett svenskt rättskipningsintresse för att det ska föreligga svensk domsrätt (se t.ex. NJA 2015 s. 798 och NJA 2016 s. 779). Att en tvist rör ett rättsinstitut som

saknar direkt motsvarighet i svensk rätt utgör inte i sig ett hinder för svensk domstol att ta upp tvisten till prövning.

10. Om svensk domstol är behörig att pröva en civilrättslig tvist med internationell anknytning, uppkommer frågan vilket lands lag som ska tillämpas. Den bedömningen sker enligt svenska internationellt privaträttsliga regler och principer. Tvistefrågan behöver då rättsligt kvalificeras och hänföras till ett visst rättsområde. Kvalifikationen sker som huvudprincip enligt svensk lag. Bedömningen kan avse rättsliga problem och rättsinstitut som saknar direkt motsvarighet i svensk rätt och som därmed kan sägas vara typfrämmande. Det får då göras en jämförelse med rättsinstitut som finns i svensk rätt. Det blir alltså fråga om att avgöra i vilken del av den svenska rättsordningen som saken närmast hör hemma. (Jfr Michael Bogdan, Svensk internationell privat- och processrätt, 8 uppl. 2014, s. 55 ff. och 88 ff.)

11. En domstol bör i en tvist med internationell anknytning i allmänhet självmant uppmärksamma frågan om vilken lag som är tillämplig. Enligt flera svenska internationellt privaträttsliga regler ska avtalsparters lagval för frågor rörande avtalet respekteras. Därtill kommer möjligheten för parter i ett dispositivt tvistemål att vid tiden för domstolsprövningen av tvisten komma överens om tillämplig lag för denna. En samstämmig förklaring om att svensk rätt ska tillämpas i ett mål rörande ett rättsförhållande där förlikning enligt svensk intern rätt är tillåten bör godtas av domstolen, förutsatt att det finns en anknytning till Sverige. Ett sådant medgivande får inte utan vidare återkallas i högre rätt. (Se NJA 1977 s. 92, NJA 1978 s. 590, NJA 1987 s. 815 och NJA 1991 s. 43.)

Närmare om kvalifikationen av tvistefrågor som rör mahr

12. Det har ibland anförts att mahr är ett för svensk rätt så typfrämmande rättsinstitut att någon närmare kvalifikation inte kan göras och att lagen i det land där avtalet har ingåtts därför bör bli tillämplig. Ett sådant synsätt innebär visserligen att det läggs vikt vid den kulturella, religiösa och rättsliga miljö som avtalet har ingåtts i, men det skiljer sig från den internationellt privaträttsliga metod som annars brukar tillämpas. Det är inte heller givet att se mahr som ett enhetligt rättsinstitut. Ett svårbedömt rättsläge skulle därigenom många gånger uppkomma; dessutom skulle ett sådant synsätt på kvalifikationsfrågan också kunna anläggas beträffande flera andra rättsinstitut förekommande i andra länder. Det finns mot denna bakgrund inte skäl att särbehandla avtal om mahr utan de bör kvalificeras på sedvanligt sätt.

13. Vad nu sagts leder till att frågorna om svensk domsrätt föreligger och om svensk eller iransk lag ska tillämpas i målet (om inte parterna avtalat om detta) blir beroende av i vilken del av den svenska rättsordningen som tvistefrågor om mahr närmast hör hemma.

14. Eftersom avtal om mahr har olika utformning och ändamål, bör kvalifikationen av tvistefrågan ske med utgångspunkt i avtalets ordalydelse och dess ändamål när det ingicks. Avtalet bör också ses i ett helhetsperspektiv och sättas i sitt sammanhang.

15. Enligt svensk rätt kan makar träffa avtal med varandra på den allmänna förmögenhetsrättens område utan koppling till de familjerättsliga reglerna. Ett avtal om mahr utgör emellertid en nödvändig del av ett islamiskt äktenskapskontrakt och får sin fulla effekt först när äktenskapet fullbordas. Det har således ett direkt samband med äktenskapet och skulle inte ha träffats äktenskapet förutan. En tvist om en betalningsförpliktelse som grundas på ett avtal om mahr kan därmed, oavsett avtalets närmare formulering, sällan kvalificeras som en fråga på det rent förmögenhetsrättsliga området.

16. När det gäller makars inbördes relation finns i svensk internationell privaträtt en skiljelinje mellan äktenskapets rättsverkningar i fråga om makarnas förmögenhetsförhållanden och äktenskapets rättsverkningar i personligt hänseende (i huvudsak frågor om underhåll under och efter äktenskapet). När det gäller frågorna om domsrätt och om tillämplig lag på makars förmögenhetsförhållanden gäller de regler som framgår av lagen (1990:272) om internationella frågor rörande makars och sambors förmögenhetsförhållanden (LIMF). Om en tvist rörande mahr i stället kvalificeras som en fråga om underhåll tillämpas EU:s underhållsförordning och 2007 års Haagprotokoll.

17. Till makars förmögenhetsförhållanden hör enligt svensk rätt typiskt sett indelningen av makars egendom i olika kategorier för vilka det under äktenskapet gäller särskilda bestämmelser om rådighet, förvaltning och skuldansvar samt regler som är bestämmande för det materiella utfallet vid en bodelning eller en motsvarande uppgörelse enligt utländsk lag (se prop. 1989/90:87 s. 34).

18. EU-domstolen har när det gäller tillämpningen av underhållsförordningen slagit fast att begreppet makars förmögenhetsförhållanden omfattar alla egendomsförhållanden som är en direkt följd av äktenskapet eller av dess upplösning (se t.ex. De Cavel, p. 7, C-143/78, EU:C:1979:83). Enligt domstolen ska vid gränsdragningen mellan makars förmögenhetsförhållanden och underhåll beaktas det särskilda ändamålet med betalningsförpliktelsen. Om den är avsedd att möjliggöra för en make att klara sig själv eller om makarnas behov och medel har beaktats vid beräkningen, avser förpliktelsen underhållsskyldighet. Då den endast är avsedd att fördela tillgångarna mellan makarna rör den däremot makarnas förmögenhetsförhållanden. (Se Van den Boogaard mot Laumen, p. 22, C-220/95, EU:C:1997:91.)

19. Vid prövningen av om ett visst åtagande att i framtiden utge mahr ska kvalificeras som ett engångsunderhåll eller en fördelning av makarnas förmögenhet, kan sättet för hur det omtvistade beloppet bestämdes alltså få betydelse. Om hänsyn då togs till kvinnans förväntade behov och mannens förväntade förmåga, så utgör det omständigheter som tyder på att syftet var att mahr skulle utgöra ett engångsunderhåll. När det gäller avtalets föreskrift om vad som utlöser betalningsskyldigheten har det i rättslitteraturen anförts att ett åtagande om att betala ut ett belopp endast i händelse av äktenskapsskillnad bör kunna ses som ett engångsunderhåll, om det kan antas att avsikten var att beloppet skulle fungera som ett bidrag till kvinnans försörjning.

20. Vid bedömningen av avtalsföremålet i en tvist om mahr bör emellertid även den kulturella, sociala och rättsliga miljö i vilken avtalet har ingåtts beaktas (se p. 7 och 8). En sammantagen bedömning leder då till att ett avtal om mahr av det slag som är aktuellt i detta mål i allmänhet får anses vara avsett att ge en möjlighet att balansera makarnas rättigheter och skyldigheter genom ekonomiska medel och att avtalet därför närmast bör ses som en reglering av vissa förmögenhetsrättsliga rättsverkningar av äktenskapet. Frågorna om domsrätt och tillämplig lag vid prövningen av tvisten ska då bestämmas med ledning av reglerna i LIMF (2-5 §§).

Tillämplig lag enligt LIMF

21. Om makar eller blivande makar skriftligen har avtalat att en viss stats lag ska tillämpas på deras förmögenhetsförhållanden blir avtalet som huvudregel gällande enligt 3 § första stycket LIMF om det avser lagen i en stat där någon av dem då hade hemvist eller var medborgare.

22. Huruvida en handling ska anses innefatta ett avtal om tillämplig lag på makarnas förmögenhetsförhållanden får avgöras efter en tolkning av ordalydelsen. Denna kan direkt uttrycka att ett visst lands lag ska tillämpas på makarnas förmögenhetsförhållanden. I förarbetena anges emellertid att det även mer indirekt kan framgå att makarna har varit överens om ett visst lagval och att den enda rimliga tolkningen då kan vara att makarna har avtalat att ett visst lands lag ska tillämpas (se a. prop. s. 41). Kravet på skriftlighet sätter dock en gräns för en tolkning som inte har stöd i ordalydelsen. Skriftlighetskravet speglar att lagvalet är att anse som en betydelsefull fråga, något som särskilt gäller om makar eller blivande makar avsåg att ta hemvist i annat land än det där avtalet ingicks. Vid tolkningen av den skriftliga handlingen måste det vidare beaktas att det avtalade lagvalet ska avse

makarnas egendom i dess helhet, inte bara vad som omfattas av den aktuella rättshandlingen.

23. Har tillämplig lag på makarnas förmögenhetsförhållanden inte bestämts genom avtal, gäller enligt 4 § första stycket lagen i den stat där makarna tog hemvist när de gifte sig. Har båda makarna senare tagit hemvist i en annan stat och varit bosatta där i minst två år tillämpas enligt andra stycket i stället den statens lag.

24. Enligt 1 9 § ska den som är bosatt i en viss stat anses ha hemvist där, om bosättningen med hänsyn till vistelsens varaktighet och omständigheterna i övrigt får anses stadigvarande. En person som flyttar från ett land till ett annat förvärvar således nytt hemvist om personen bosätter sig i det nya landet och har en avsikt att stanna kvar i detta land, om inte för alltid så i varje fall för en längre, obestämd tid framöver (se a. prop. s. 17 och 59).

25. För nyblivna makar bosatta i olika stater är det på grund av regler om uppehållstillstånd många gånger praktiskt omöjligt att i omedelbart samband med äktenskapets ingående bosätta sig i samma stat. I förarbetena till 4 § första stycket uttalas också att man vid bedömningen av hemvistet inte kan begränsa sig till att beakta förhållandena vid dagen för vigseln. Makarnas avsikt att etablera sig i ett visst land kanske inte realiseras förrän någon tid därefter och det blir då lagen i det landet som ska tillämpas. (Se a. prop. s. 44.)

26. LIMF bygger alltså på tanken att hemvistprincipen bör gälla samt att endast en stats lag bör vara tillämplig på makars förmögenhetsförhållanden. Hemvistprincipen anses möjliggöra en tillämpning av familjerättsliga regler som står i samklang med sociala värderingar och annan lagstiftning i den miljö där personen lever. I förarbetena anförs bl.a. följande. En människas personliga förhållanden har ofta en starkare anknytning till det land i vilket han eller hon lever än till medborgarskapslandet. Familjelagstiftningen i ett visst land är en spegling av de sociala mönster och värderingar som råder i landet. Den anknyter på skilda punkter till den i landet gällande sociala lagstiftningen och till annan näraliggande lagstiftning. (Se a. prop. s. 16 f.)

Betydelsen av de nyblivna makarnas hemvist

27. Ett avtal om mahr av det slag som är aktuellt i detta mål är alltså en rättshandling avseende makarnas förmögenhetsförhållanden. Av 5 § första stycket LIMF följer att avtalet ska betraktas som giltigt om det stämmer överens med den lag som blev tillämplig när äktenskapet ingicks. Det innebär att om en av makarna hade hemvist i Sverige och avsikten var att de efter äktenskapets ingående skulle ta hemvist här och också gör det, ska frågan om avtalets giltighet prövas med tillämpning av svensk materiell rätt. Om däremot båda makarna hade hemvist i t.ex. Iran när avtalet ingicks, så är det iransk rätt som ska tillämpas på frågan om avtalets giltighet även om makarna senare tog hemvist i Sverige. Det gäller fastän - om de har varit bosatta här i minst två år - svensk lag blir tillämplig på makarnas förmögenhetsförhållanden i övrigt, såsom t.ex. vid en bodelning (4 § andra stycket).

Giltigheten av avtal om mahr enligt svenska familjerättsliga regler

28. I de fall LIMF pekar ut svensk lag som tillämplig både på makarnas förmögenhetsförhållanden och på frågan om ett mahravtal är giltigt ska frågan bedömas enligt äktenskapsbalken. Där anges under vilka förutsättningar avtal som avser förmögenhetsförhållanden mellan makar eller blivande makar kan träffas med bindande verkan.

29. Ett avtal om mahr av det slag som nu är föremål för prövning kan inte anses utgöra ett äktenskapsförord eftersom ett sådant avser regleringen av om den egendom som tillhör eller tillfaller någon av makarna ska vara hans eller hennes enskilda egendom eller giftorättsgods. Det kan inte avse en konkret betalningsförpliktelse. Att i äktenskapsförordets form t.ex. träffa avtal om gåva mellan makar är alltså inte möjligt. (Jfr prop. 1986/87:1 s. 67 och 129.)

30. Avtal om att i framtiden utge mahr är att betrakta som en benefik rättshandling och förutsatt att det förelåg en gåvoavsikt vid avtalstillfället kan avtalet vara att likna vid en utfästelse om gåva. Enligt 8 kap. 2 § ÄktB är en utfästelse av den ena maken att under äktenskapet ge den andra maken en gåva utan verkan. Bestämmelsens syfte är dels att skydda en make mot oöverlagda åtaganden, dels att skydda borgenärerna mot illojala dispositioner mellan makar. Det står klart att åtaganden i ett avtal om mahr är föranlett av äktenskapet. De skäl som bär upp regleringen i 8 kap. 2 § gör sig därmed gällande och det även om mahravtalet har träffats inför äktenskapets ingående.

31. Ett avtal om att vid anfordran utge mahr har vissa likheter med ett avtal om en partiell framtida bodelning under eller efter äktenskapet. Enligt 9 kap. 13 § första stycket ÄktB får makar avtala om kommande bodelning eller om annat som har samband med denna (föravtal). Det kan emellertid göras endast inför en äktenskapsskillnad som är omedelbart förestående. Föravtal som ingås långt i förväg eller utan samband med en äktenskapsskillnad är alltså utan verkan (se a. prop. s. 70 och 154 f.). Enligt 9 kap. 13 § andra stycket är avtal om kommande bodelning som inte utgör ett giltigt föravtal utan verkan, om det inte är ett äktenskapsförord.

32. Ett avtal om mahr av nu aktuellt slag fyller sålunda inte funktionen av ett äktenskapsförord och motsvarar i allmänhet inte heller kraven för att utgöra ett giltigt föravtal om bodelning eller en giltig utfästelse om gåva. Det leder till frågan om det därmed står klart att avtalet, när svensk rätt har tillämpats på frågan om giltigheten, inte kan göras gällande vid en tvist i en svensk domstol.

Bör ett avtal om mahr underkännas om det inte är giltigt enligt svenska familjerättsliga regler?

33. Utgångspunkten enligt LIMF är alltså att om makarna har hållit sig till reglerna i den lag som är tillämplig på deras förmögenhetsförhållanden när rättshandlingen företogs, så är den giltig. LIMF ska emellertid inte läsas motsatsvis på den punkten. Att rättshandlingen inte är giltig enligt svensk materiell rätt innebär sålunda inte utan vidare att den är ogiltig. En sådan konsekvens har ansetts leda alltför långt, och det uttalas i förarbetena att man i vart fall bör vara återhållsam med att underkänna rättshandlingar som makarna med visst fog har utgått från ska gälla (se prop. 1989/90:87 s. 46). Den närmare bedömningen ankommer på rättstillämpningen.

34. I allmänhet måste de blivande makarna antas ha förutsatt att avtalet om mahr skulle bli giltigt. Annat har inte framkommit än att ett sådant avtal som ingås enligt islamisk lag har rättsliga verkningar i exempelvis Iran och sålunda inte enbart utgör en symbolhandling eller en ren formalitet. Typiskt sett måste det antas att makarna är införstådda med detta, när de träffar avtal om mahr och ingår äktenskap där den islamiska rätten tillämpas.

35. Om avtalet underkänns, kan det också få stora och oförutsedda återverkningar för makarna, särskilt när värdet av mahr är högt. Att avtalet har rättsliga verkningar i länder som tillämpar islamisk rätt men inte i Sverige kan också leda till en oklar och praktiskt svårhanterlig situation för makarna i det enskilda fallet.

36. Samtidigt måste det konstateras att en tillämpning av ett avtal om mahr av det nu aktuella slaget skulle föra med sig avsevärda avsteg från den svenska familjerättsliga regleringen och de principer som bär upp den. Svensk rätt präglas av en restriktiv syn på makars eller blivande makars avtal om framtida förmögenhetsöverföringar. Som har anförts i det föregående bygger hemvistprincipen på tanken att personer har sin starkaste anknytning till landet där de lever och att familjelagstiftningen har samband med den sociala lagstiftning som finns (p. 26). Det skydd som kan följa av mahr uppnås enligt svensk rätt inte genom avtal utan i stället genom lagstiftning. Det är därför svensk materiell rätt som avgör avtalets giltighet, om svensk lag utpekats för prövningen.

37. Slutsatsen är att då lagvalet har utpekat svensk materiell rätt som tillämplig ska också avtalets giltighet fullt ut prövas enligt kraven i svensk rätt.

HD:s bedömning i detta fall

38. Mahr ska enligt parternas avtal utges vid S.H:s anfordran. A.E:s betalningsåtagande ska ses som en sådan fråga om makars förmögenhetsförhållanden som omfattas av tillämpningsområdet för LIMF (jfr p. 20).

39. Båda parter har hemvist i Sverige. Det står alltså klart att svensk domsrätt föreligger enligt 2 § LIMF.

40. Enligt A.E. var parterna i tingsrätten överens om att svensk rätt skulle tillämpas i målet. Med hänsyn till att S.H. i tingsrätten anförde att svensk rätt i och för sig var tillämplig på makarnas förmögenhetsförhållanden, men att iransk rätt var tillämplig i vissa avseenden, har parterna inte lämnat en sådan samstämmig förklaring som innebär att svensk lag ska tillämpas på frågan om avtalet om mahr kan göras gällande (jfr p. 11). Frågan är då var A.E. och S.H. ska anses ha tagit hemvist när de gifte sig.

41. När A.E. och S.H. ingick äktenskap i Iran i april 1996 hade A.E. sedan många år hemvist i Sverige, medan S.H. bodde i Iran. Av utredningen i målet framgår att avsikten vid äktenskapets ingående var att de skulle bosätta sig tillsammans i Sverige. S.H. flyttade till Sverige år 1997 sedan hon hade beviljats uppehållstillstånd. Makarna får därmed anses ha tagit hemvist i Sverige när de gifte sig (jfr p. 25). Det innebär att svensk lag ska tillämpas i tvisten rörande parternas avtal om mahr (jfr p. 27).

42. Parternas avtal om mahr och det omtvistade betalningsåtagandet är närmast att anse som ett föravtal om en framtida partiell bodelning. Det är därmed inte giltigt (jfr p. 31).

43. Det kan tilläggas att S.H. har anfört att det skulle stå i strid med Europakonventionen att frånkänna avtalet om mahr rättslig verkan. Europadomstolen har visserligen betonat vikten av att hänsyn tas till de särskilda behov som minoritetsgrupper har av att deras kultur och sedvänjor får ett rättsligt skydd (se t.ex. Chapman mot Storbritannien, nr 27238/95, dom den 18 januari 2001). I en domstolstvist mellan enskilda där, som i detta fall, det råder olika uppfattning huruvida avtalet över huvud taget var avsett att kunna göras gällande är det emellertid tveksamt om ett sådant behov låter sig förenas med kravet på likabehandling och opartiskhet. Europakonventionen bör inte heller tolkas så att den innebär en skyldighet för konventionsstaterna att, med hänvisning till samhällets mångfald, tillämpa olika normer för olika grupper baserat på exempelvis religionstillhörighet (se Refah Partisi, Välfärdspartiet, m.fl. mot Turkiet, nr 41340/98, 41342/98, 41343/98 och 41344/98, dom den 13 februari 2003). Vidare omfattas S.H. av det skydd som svenska regler om äktenskapet och dess upplösning innebär och det skydd som det svenska socialförsäkringssystemet ger. Dessa rättigheter tillgodser samma intressen som avtalet om mahr (jfr Harroudj mot Frankrike, nr 43631/09, dom den 4 oktober 2012). Att avtalet om mahr inte kan göras gällande enligt svensk lag strider därmed inte mot Europakonventionen.

44. Hovrättens domslut bör således fastställas.

Domslut

HD fastställer hovrättens domslut.

HD:s dom meddelad: den 29 mars 2017.

Mål nr: T 2415-15.

Lagrum: 1-5 och 19 §§ lagen (1990:272) om internationella frågor rörande makars och sambors förmögenhetsförhållanden; Rådets förordning (EG) nr 4/2009 av den 18 december 2008 om domstols behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet av domar samt samarbete i fråga om underhållsskyldighet.

Rättsfall: NJA 1977 s. 92, NJA 1978 s. 590, NJA 1987 s. 815, NJA 1991 s. 43, NJA 2015 s. 798, NJA 2016 s. 779; EU-domstolens avgöranden De Cavel, C-143/78, EU:C:1979:83 och Van den Boogaard mot Laumen, C-220/95, EU:C:1997:91; Europadomstolens avgöranden Chapman mot Storbritannien, nr 27238/95, dom den 18 januari 2001, Refah Partisi (Välfärdspartiet) m.fl. mot Turkiet, nr 41340/98, 41342/98, 41343/98 och 41344/98, dom den 13 februari 2003 och Harroudj mot Frankrike, nr 43631/09, dom den 4 oktober 2012.

Sökord: Internationell privaträtt; Tillämplig lag; Domsrätt; Makars förmögenhetsförhållanden; Underhåll; Mahr

---

Målnummer: Ö 3462-18 **Avdelning:** 2

Domsnummer:

Avgörandedatum: 2019-06-13

Rubrik: Erkännande av utländsk dom om fastställande av moderskap efter surrogatarrangemang.

Lagrum:
- 1 kap. 2 § Regeringsformen (1974:152)
- 1 kap. 3 § Föräldrabalken (1949:381)
- 3 a § och 7 § lagen (1985:367) om internationella faderskapsfrågor
- Artikel 8 i Europakonventionen
- Artikel 3 i FN:s konvention om barnets rättigheter, Barnkonventionen.

Rättsfall:
- Mennesson mot Frankrike (nr 65192/11, ECHR 2014)
- Labassee v. France, no. 65941/11, 26 June 2014
- Paradiso and Campanelli v. Italy, [GC], no. 25358/12, 24 January 2017
- Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, [GC], no. P16-2018-001, French Court of Cassation, 10 April 2019

REFERAT

Nacka tingsrätt

E.L. ansökte vid Nacka tingsrätt om att en dom som meddelats den 24 juni 2015 av Superior Court of the State of California skulle erkännas i Sverige.

Tingsrätten (rådmannen Magnus Wulkan) anförde i beslut den 12 januari 2018 följande.

bakgrund

A.L. föddes den 31 augusti 2015 i USA genom surrogatmoderskap. Ett embryo av spermier från J.O. och ägg från en donator planterades efter provrörsbefruktning i C.B:s livmoder. Genom en dom meddelad den 24 juni 2015 av Superior Court of California, County of Riverside, har E.L. förklarats vara mor till det barn som skulle komma att födas efter den ovan beskrivna provrörsbefruktningen, dvs. A.L.

Attunda tingsrätt avslog den 29 november 2017 en ansökan från E.L. om att få tillstånd att adoptera A.L. Beslutet har inte vunnit laga kraft.

Yrkande och grunder

E.L. har yrkat att tingsrätten ska förklara att den ovan nämnda domen gäller i Sverige och har till stöd för sitt yrkande fört fram följande omständigheter. A.L., som är amerikansk medborgare, har sedan födseln bott hos och tagits hand om av E.L. E.L. och J.O. separerade under sommaren 2016. A.L. är placerad hos E.L. enligt beslut från Socialnämnden i Danderyds kommun. J.O. är fastställd som barnets far, men eftersom E.L. och J.O. har separerat är det inte möjligt att genomföra en s.k. närståendeadoption, vilket vanligtvis sker efter surrogatarrangemang. Enligt svensk lag är C.B. mor till A.L. A.L. kommer dock aldrig att kunna påkalla några rättigheter mot henne, eftersom hon enligt amerikansk lag inte anses vara mor till honom. På grund av den kollision som föreligger mellan amerikansk och svensk rätt kommer A.L. i realiteten inte att ha någon mor om inte den amerikanska domen förklaras gälla i Sverige. Detta skulle strida mot A.L:s rätt till skydd för privat- och familjeliv som framgår av artikel 8 i Europakonventionen. Det bästa för A.L. är att ha två föräldrar. Oavsett den slutliga utgången av adoptionsfrågan kommer den ena föräldern att fullständigt förlora sin rättsliga ställning som förälder. Om den amerikanska domen om moderskap i stället förklaras gälla i Sverige kan båda föräldrarna få del i vårdnaden. Det bör vara möjligt att genom analog tillämpning av 7 § lagen (1985:367) om internationella faderskapsfrågor förklara att den amerikanska domen gäller i Sverige. Det bör också vara möjligt att erkänna utländska statusdomar utan direkt stöd i lag. Att erkänna den amerikanska domen skulle vara förenligt med A.L:s bästa.

Skäl för beslutet

Inledning

Tingsrätten konstaterar inledningsvis att den fråga som kommer att prövas genom detta avgörande är om det finns möjligheter att förklara att den amerikanska domen, genom vilken E.L. förklaras vara mor till A.L., gäller i Sverige. Huruvida det är möjligt att på annat sätt förklara E.L. vara mor till A.L., exempelvis efter en fastställelsetalan enligt bestämmelserna i 13 kap. 2 § RB (jfr rättsfallet NJA 2007 s. 684), kan alltså inte prövas inom ramen för detta ärende.

Rättsliga utgångspunkter

I svensk rätt saknas regler beträffande ett sådant surrogatarrangemang som är aktuellt i ärendet. Detta beror på att sådana arrangemang är otillåtna inom svensk hälso- och sjukvård. Avsaknaden av sådana regler i Sverige kan leda till problem eftersom det i barnets födelseland kan finnas bestämmelser som inte överensstämmer med de bestämmelser som finns i Sverige. Olika länder kan alltså ha olika syn på vilka som är barnets rättsliga föräldrar (s.k. haltande föräldraskap). Frågan om det i Sverige bör införas några regler för att komma till rätta med detta problem har relativt nyligen varit föremål för utredning. Enligt utredningens uppfattning bör moderskapet även framöver vara förbehållet den kvinna som bär och föder ett barn. Vidare föreslås att denna regel bör betraktas som en internationellt tvingande regel och att det vid ett surrogatarrangemang i utlandet därför inte bör finnas någon annan kvinna än surrogatmodern som kan anses som barnets rättsliga mor. En utländsk fastställelse av moderskap bör därför, enligt utredningen, inte godtas om den grundar sig på något annat än att den fastställda modern har burit och fött barnet. (Se SOU 2016:11, s. 467, 521 f. och 524 f.)

Det saknas således lagstöd för att förklara att en utländsk dom om moderskap gäller i Sverige. En huvudregel inom den internationella privat- och processrätten är att ett erkännande av utländska avgöranden förutsätter stöd i lag (se t.ex. rättsfallen NJA 1974 s. 324, NJA 1974 s. 629 och NJA 2013 N 17 samt SOU 2016:11 s. 525). En annan sak är att utländska avgöranden kan tillerkännas viss verkan i prejudiciella sammanhang (se Michael Bogdan, Svensk internationell privat- och processrätt, 8 uppl. 2014, s. 295).

Frågan är dock om ett upprätthållande av denna huvudregel i ett fall som detta är förenligt med principen om barnets bästa och med bestämmelserna i artikel 8.1 i Europakonventionen om var och ens rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv.

Europadomstolen har i målet Mennesson mot Frankrike, nr 65192/11, 26 juni 2014, prövat om en stat, med hänvisning till dessa bestämmelser, är skyldig att godkänna en amerikansk dom om faderskap och moderskap efter ett surrogatmoderskap i USA. Domstolen konstaterade att det inte finns någon enighet i Europa om lagligheten av surrogatavtal eller det rättsliga erkännandet av relationen mellan avsedda föräldrar och barn som tillkommit på detta sätt utomlands och att denna avsaknad av enighet återspeglar det faktum att användning av surrogatavtal väcker känsliga etiska frågor. Avsaknaden av enighet bekräftar enligt domstolen även att staterna i princip måste ges ett stort utrymme för egen bedömning, avseende såväl beslutet om denna metod för assisterad befruktning ska godkännas, som om en juridisk förälder-

barnrelation mellan barn som lagligt tillkommit som resultat av ett surrogatavtal utomlands och de tilltänkta föräldrarna ska erkännas (p. 78-79). Europadomstolen ansåg vidare att man måste göra skillnad på föräldrarnas och barnens rätt till respekt för deras familjeliv och barnens rätt till respekt för deras privatliv (p. 86) och ansåg inte att rätten till respekt för familjelivet hade kränkts genom avsaknaden av erkännande enligt fransk lag av den juridiska förälder-barnrelationen (p. 94).

Beträffande barnens rätt till respekt för sitt privatliv accepterade domstolen att Frankrike kunde vilja hindra sina medborgare från att resa utomlands för att utnyttja metoder för assisterad befruktning som är förbjudna på dess eget territorium. Domstolen anförde vidare att effekterna av att fransk lag inte erkände den juridiska förälder-barnrelationen mellan barn som tillkommit på detta sätt och de tilltänkta föräldrarna, dvs. att barnens identitet hade undergrävts inom det franska samhället, att det kunde påverka barnens möjlighet att få franskt medborgarskap, och att det kunde få konsekvenser för deras arvsrätt, inte var begränsade till enbart föräldrarna, som hade valt en viss metod för assisterad befruktning, vilken var förbjuden av de franska myndigheterna. Effekterna påverkade även barnen själva, vilkas rätt till respekt för privatlivet - som innebär att var och en måste kunna styrka identitet, inklusive den juridiska förälder-barnrelationen - påverkades avsevärt. Därmed uppstod enligt domstolen en allvarlig fråga avseende denna situations förenlighet med barnets bästa, som måste respekteras i varje beslut som rör dem. Domstolen ansåg slutligen att denna analys fick en särskild dimension när en av de tilltänkta föräldrarna även var barnets biologiska förälder, vilket var fallet i målet. Med avseende på betydelsen av biologiskt föräldraskap som en del av identiteten, kunde det inte sägas vara i barnets intresse att beröva honom eller henne en juridisk relation av denna art om denna relations biologiska realitet hade fastställts, och om det barn och den förälder som berördes krävde fullt erkännande därav. Genom att hindra både erkännande och upprättande enligt nationell lagstiftning av barnens juridiska relation till deras biologiska far hade Frankrike, enligt domstolen, överträtt de tillåtna begränsningarna för den franska statens utrymme för egen bedömning. Barnens rätt till respekt för privatlivet hade därför åsidosatts. (Se p. 96-101.)

I målet Paradiso och Companelli mot Italien [GC], 25358/12, 24 januari 2017, hade ett olikkönat gift par från Italien fått barn genom ett surrogatarrangemang i Ryssland. Det saknades genetisk koppling mellan paret och barnet. Det italienska paret fastställdes som barnets rättsliga föräldrar genom att parets namn antecknades i det ryska födelseregistret. När paret åkte hem till Italien med barnet, kom italienska myndigheter fram till att paret hade överträtt det nationella förbudet mot surrogatarrangemang och kringgått reglerna om internationell adoption. En italiensk domstol beslutade att barnet omedelbart skulle omhändertas och domstolens beslut verkställdes cirka sex månader efter barnets födelse. Sedan Europadomstolen kommit fram till att det skett ett brott mot de tilltänkta föräldrarnas rätt till respekt för deras familjeliv hänsköts målet, på begäran av den italienska staten, till Europadomstolen i stor sammansättning (Grand Chamber). Europadomstolen i denna sammansättning, som betonade att det inte fanns någon genetisk koppling mellan paret och barnet, kom fram till att det inte hade skett någon kränkning av parets rätt till respekt för deras familjeliv eller privatliv.

Från Europadomstolens praxis kan nämnas även målet Labassee mot Frankrike, 65941/11, som avgjordes samma dag och med samma utgång som det ovan nämnda avgörandet Mennesson mot Frankrike.

Tingsrättens bedömning

A.L. riskerar, utan att själv ha haft möjlighet att påverka det, att hamna i ett läge där den kvinna som han ser som sin mor, i det land där han har sitt hemvist, inte erkänns som hans mor. Detta är självfallet djupt otillfredsställande.

Det står emellertid klart att det saknas lagstöd för att bifalla E.L:s ansökan om att den amerikanska domen om moderskap ska förklaras gälla i Sverige. Inte heller ger nuvarande praxis något stöd för att i ett fall som detta, dvs. i ett ärende om verkställbarhetsförklaring, frångå huvudregeln om att erkännande av utländsk dom kräver lagstöd. Slutligen menar tingsrätten att Europadomstolens praxis inte ger något stöd för slutsatsen att det skulle strida mot E.L:s eller A.L:s rätt till respekt för deras familje- eller privatliv att inte bifalla E.L:s ansökan om att det amerikanska avgörandet ska förklaras gälla här i Sverige.

Huruvida det kan finnas möjlighet att på annat sätt förklara E.L. vara mor till A.L. även i Sverige kan, som nämnts inledningsvis, inte prövas inom ramen för detta ärende.

E.L:s ansökan ska därför avslås.

tingsrättens beslut

Tingsrätten avslår E.L:s ansökan.

Svea hovrätt

E.L. överklagade i Svea hovrätt och yrkade att hovrätten skulle förklara att den amerikanska domen är gällande i Sverige.

E.L. yrkade också att hovrätten skulle inhämta yttrande från C.B.

Hovrätten (hovrättslagmannen Staffan Lind, f.d. hovrättslagmannen Magnus Göransson och hovrättsrådet Hans Cappelen-Smith, referent) anförde i beslut den 20 juni 2018 följande.

skälen för beslutet

Hovrätten instämmer i tingsrättens bedömning att det saknas stöd i lag eller rättspraxis för att erkänna en utländsk dom om moderskap som gällande i Sverige. Liksom i tingsrätten är frågan i hovrätten därmed om det är förenligt med E.L:s och A.L:s rättigheter enligt artikel 8 i Europakonventionen att inte erkänna den amerikanska domen enligt vilken E.L. förklarats vara mor till A.L.

I sammanhanget kan det noteras att Svea hovrätt genom beslut den 2 maj 2018 avslog ett överklagande från E.L. avseende ett beslut av Attunda tingsrätt att inte bifalla en ansökan av henne om att få adoptera A.L. Beslutet har inte vunnit laga kraft.

Enligt artikel 8 i Europakonventionen har var och en rätt till respekt för bl.a. sitt privat- och familjeliv. En inskränkning i dessa rättigheter får bara ske under de förutsättningar som ställs upp i artikeln, nämligen i de fall inskränkningen har stöd i lag och ett legitimt syfte samt är nödvändig i ett demokratiskt samhälle för att säkerställa det aktuella syftet. Prövningen av om en inskränkning är tillåten måste göras i varje enskilt fall utifrån de aktuella omständigheterna.

I Sverige gäller sedan länge den s.k. mater est-principen, som innebär att den kvinna som bär och föder ett barn är barnets rättsliga mor. Principen har sedermera lagfästs i 1 kap. 7 § FB för att tydliggöra lagstiftarens inställning till rättsligt moderskap vid surrogatarrangemang (prop. 2001/02:89 s. 55). Frågan om surrogatarrangemang bör tillåtas och i vilken utsträckning utländska avgöranden angående moderskap bör erkännas i Sverige har, som tingsrätten redovisat, nyligen varit föremål för en statlig utredning (Olika vägar till föräldraskap, SOU 2016:11). Utredningens förslag i dessa delar innebar inga förändringar av vad som för närvarande anses gälla enligt svensk rätt.

I och med detta konstaterar hovrätten inledningsvis att regleringen i Sverige präglas av den förutsebarhet som medför att kravet på lagstöd i artikel 8 är uppfyllt (se Mennesson mot Frankrike, dom den 26 juni 2014, nr 65192/11, p. 57 och 58). Den svenska regleringen får vidare anses ha ett legitimt syfte, nämligen att säkerställa skydd för hälsa och för andra individers fri- och rättigheter.

Nästa fråga är då om det kan anses nödvändigt i ett demokratiskt samhälle att vägra att erkänna domen. Med "nödvändig" avses inte "oundgänglig", utan det

som krävs är att åtgärden svarar mot ett angeläget samhälleligt behov och att den är proportionerlig jämfört med det eftersträvade legitima syftet (Mennesson mot Frankrike p. 50 och Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, 5 uppl., s. 370). Hovrätten ska alltså pröva om en vägran att erkänna den aktuella domen, i enlighet med svensk rätt, i praktiken hindrar E.L. och A.L. att åtnjuta sin rätt till respekt för familjelivet och privatlivet på ett sätt som är oproportionerligt i förhållande till det skydd för hälsa och andras fri- och rättigheter som lagstiftaren velat åstadkomma (Mennesson mot Frankrike p. 84). Vid denna prövning har hovrätten att beakta de avgöranden från Europadomstolen som tingsrätten redovisat.

Hovrätten gör följande bedömning.

Det kan konstateras att A.L. har varit bosatt hos E.L. sedan födseln och att det inte finns något som tyder på att de skulle komma att separeras av myndigheterna på grund av sin situation. Även om E.L. inte är A.L:s rättsliga mor föreligger alltså en familjerelation mellan dem som motsvarar andra familjers. Det bör därtill finnas visst utrymme för E.L. att under dessa omständigheter bli rättslig vårdnadshavare för A.L. med stöd av familjelagstiftningen, t.ex. på talan av socialnämnden enligt 6 kap. 8 § FB, vilket skulle innebära att den familjerelation som redan föreligger säkerställdes rättsligt. Mot bakgrund av de begränsade praktiska konsekvenser som ett icke-erkännande av domen de facto innebär för A.L:s och E.L:s familjeliv - tillsammans med den bedömningsmarginal staten har vid avvägningen mellan olika intressen i den frågan - bedömer hovrätten att det inte står i strid med rätten till respekt för familjelivet enligt artikel 8 att inte erkänna den amerikanska domen.

I målen Mennesson och Labassee lade Europadomstolen avgörande vikt vid att Frankrikes vägran att registrera de par som fått barn genom surrogatmödraskap som föräldrar ledde till att barnens biologiska fäder inte rättsligt erkändes som sådana, vilket medförde att barnen missgynnades i olika avseenden. I förevarande fall är förhållandena annorlunda. Den svenske man som är biologisk far till A.L. har fastställts vara far till honom enligt svensk rätt med de konsekvenser för A.L. i fråga om bl.a. förvärv av svenskt medborgarskap och rätt att ta arv efter fadern som följer av svensk lag. Att inte erkänna den amerikanska domen påverkar överhuvudtaget inte A.L:s rättsliga relation till sin far. I fråga om förhållandet till E.L. medför ett icke-erkännande visserligen att han inte får någon legal rätt till arv efter henne, men det är möjligt för henne att ändå tillgodose honom genom att upprätta testamente till hans förmån. Under dessa förhållanden anser hovrätten att en vägran att erkänna den amerikanska domen inte medför sådana olägenheter för A.L. att de kan anses innebära en oproportionerlig inskränkning av den rätt till privatliv han åtnjuter enligt artikel 8 i Europakonventionen. Hovrätten kommer till den slutsatsen även med beaktande av att principen om barnets bästa ska ges ett stort genomslag.

Hovrätten anser slutligen att det inte finns skäl att inhämta yttrande från C.B.

Sammanfattningsvis bedömer hovrätten alltså att det saknas lagstöd för att erkänna den aktuella domen i Sverige och att det, vid en jämförelse med Europadomstolens praxis, utifrån omständigheterna i detta fall är förenligt med artikel 8 i Europakonventionen att vägra att erkänna domen. Överklagandet ska därmed avslås.

beslut

Hovrätten avslår överklagandet.

Högsta domstolen

E.L. överklagade och yrkade att HD skulle erkänna domen från Superior Court of the State of California och därmed förklara att hon är rättslig mor till A.L.

Målet avgjordes efter föredragning.

Föredraganden, justitiesekreteraren Karin Ahlstrand Oxhamre, föreslog i betänkande att HD skulle meddela följande beslut.

skäl

Bakgrund

Punkterna 1-14 motsvarar i huvudsak punkterna 1-10 i HD:s beslut.

Erkännande av utländsk dom

Punkterna 15-17 motsvarar i huvudsak punkterna 11-13 i HD:s beslut.

Barnets rättighetsskydd

Punkterna 18 och 19 motsvarar i huvudsak punkterna 24 och 25 i HD:s beslut.

20. Barnets rätt till familjeliv bygger på de relationer som barnet byggt upp med personer i dess närhet. En skyddsvärd familjerelation kan uppstå även om det saknas biologiska band och oaktat att relationen inte erkänns rättsligt. Det krävs dock en viss varaktighet. Frågan om en skyddsvärd familjerelation har uppstått måste bedömas från fall till fall. Det är själva utövandet av rättigheten som skyddas, dvs. rätten att leva som en familj, och inte det rättsliga erkännandet som sådant. (Se Mennesson v. France, p. 87 f. och Paradiso and Campanelli v. Italy [GC], no 25358/12, 24 January 2017, p. 140 f.)

21. Barnets rätt till privatliv är nära förbunden med barnets rätt till sin identitet. Barnet har rätt att få relationen till sina föräldrar och syskon rättsligt erkänd. Detta tillgodoser barnets grundläggande behov av att tillhöra en familj och få vara någons barn. Barnets rätt att få sin identitet rättsligt erkänd kan uppstå även om det inte finns några biologiska band mellan barnet och den övriga familjen. (Se Mennesson v. France, p. 96, Paradiso and Campanelli v. Italy, p. 161 och Advisory opinion, p. 36, 40, 46 och 47.)

22. Barnets rätt till privatliv innefattar även en rätt att få kännedom om sitt ursprung då ursprunget är en viktig del av barnets identitet. (Se t.ex. Godelli v. Italy, no. 333783/09, 25 September 2012. Jfr även Rapport från Europarådets parlamentariska kommitté för sociala rättigheter, Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children, provisional version 21 January 2019.)

Föräldraskap och assisterad befruktning i svensk rätt

Punkterna 23-25 motsvarar i huvudsak punkterna 17 och 18 i HD:s beslut.

26. De bakomliggande skälen till rätten till assisterad befruktning har varierat över tid. Vid införandet av den första lagstiftningen på 1980-talet var den bärande tanken att hjälpa ofrivilligt barnlösa heterosexuella par att skaffa barn. Barnets rätt till två föräldrar, en mor och en far, var en viktig utgångspunkt. Spermierna kunde vara donerade. Äggdonation var emellertid inte tillåtet. Det ansågs utgöra "en allvarlig avvikelse från den naturliga processen". (Se prop. 1984/85:2 s. 7 f. och prop. 1987/88:160 s. 55 f.)

27. I samband med den första lagstiftningen på området infördes en ny faderskapspresumtion, som innebar att den man som gett sitt samtycke till inseminationen (dvs. kvinnans make eller sambo), och inte donatorn, skulle anses vara barnets far. Föräldraskapet knöts därmed till viljan att bli förälder istället för det genetiska bandet. (Se 1 kap. 8 § FB.)

28. I början av 2000-talet utvidgades möjligheten till assisterad befruktning då det tilläts att antingen ägget eller spermierna var donerade (se prop. 2001/02:89). Det krävdes dock alltjämt att en av föräldrarna hade en genetisk koppling till barnet. Barnperspektivet blev tydligare i lagstiftningen och barnets rätt till sitt ursprung slogs fast som en grundläggande rättighet (se a. prop. s. 45 f.). Det ansågs nu nödvändigt att lagfästa mater est-principen (se 1 kap. 7 § FB och a. prop. s. 57).

29. År 2005 lyftes homosexuellas rättigheter in i lagstiftningen. Det ansågs inte längre motiverat att behandla heterosexuella och homosexuella par olika. Det blev möjligt för kvinnor som levde tillsammans med en annan kvinna att genomgå behandling med donerade spermier. (Se prop. 2004/05:137 s. 37 f.) I samma lagstiftningsärende infördes 1 kap. 9 § FB om fastställande av föräldraskap. Enligt regleringen ska den kvinna som samtyckt till inseminationen av en partner anses vara barnets förälder. (Se a. prop. s. 41 f.)

30. Genom ytterligare lagändringar 2016 blev det möjligt för ensamstående kvinnor att insemineras. Detta motiverades med att det inte längre fanns skäl att behandla kvinnor som lever i en relation på annat sätt än kvinnor som önskar att skaffa barn själva. (Se prop. 2014/15:127 s. 10 f.) Samtidigt infördes förändringar i 1 kap. 3 § FB med innebörden att något faderskap inte ska fastställas när insemination skett av en ensamstående kvinna (se a. prop. s. 17 f.).

31. Sedan den 1 januari 2019 tillåts assisterad befruktning med enbart donerade könsceller. Ingen av de tilltänkta föräldrarna behöver därmed ha någon genetisk koppling till barnet. (Se prop. 2017/18:155 s. 24 f.) Vissa förändringar infördes då även i 1 kap 8 och 9 §§ FB i syfte att ytterligare förstärka barnets rätt till sitt ursprung (se a. prop. s. 36 f.).

32. I samband med 2019 års lagstiftning infördes en ny bestämmelse i 3 a § lagen om internationella faderskapsfrågor. Syftet med regleringen var att underlätta för barn som tillkommit genom surrogatarrangemang utomlands att få faderskapet fastställt i Sverige. En svensk socialnämnd ska medverka till att ett faderskap fastställts om det rör en man med hemvist i Sverige som påstår att hans spermier använts vid barnets tillkomst, och barnet inte har några rättsliga föräldrar i födelselandet.

33. Den lagstiftning som reglerar insemination och befruktning utanför kroppen finns i 6 och 7 kap. lagen (2006:351) om genetisk integritet. Före lagen infördes fanns liknande regleringar i lagen (1984:1140) om insemination och lagen (1988:711) om befruktning utanför kroppen.

34. Även om rätten till assisterad befruktning i svensk rätt och dess bevekelsegrunder har varierat över tid så finns det ett par principer som kan sägas ha varit vägledande för lagstiftningen.

35. För det första principen om barnets bästa. I enlighet härmed ska en lämplighetsbedömning ske vid insemination eller befruktning utanför kroppen. Den ansvariga läkaren ska pröva om det med hänsyn till makarnas, sambornas eller den ensamstående kvinnans medicinska, psykologiska och sociala förhållanden är lämpligt att behandlingen äger rum. Behandlingen får utföras endast om det kan antas att det blivande barnet kommer att växa upp under goda förhållanden. (Se 6 kap. 3 § och 7 kap. 5 § lagen om genetisk integritet och prop. 1984/85:2 s. 23.)

36. För det andra barnets rätt till sitt ursprung. För att garantera barnet denna rättighet ska uppgiften om vem som är donator antecknas i en särskild journal som ska bevaras i minst 70 år (se 6 kap 4 § och 7 kap. 6 § lagen om genetisk integritet). Den som har tillkommit med hjälp av en ägg- eller spermiedonation, och som har uppnått tillräcklig mognad, har rätt att ta del av uppgifterna om vem som har varit donator, men även vilka andra barn som tillkommit från samma donator (se 6 kap. 5 och 5 a §§ och 7 kap. 7 och 7 a §§). Den som har anledning att anta att han eller hon tillkommit med hjälp av en donation har rätt till hjälp av socialnämnden för att ta reda på om det finns några uppgifter om donator antecknade i en särskild journal (se 6 kap. 5 b § och 7 kap. 7 b §). (Se även prop. 1984/85:2 s. 13 och 15 f., prop. 2001/02:89 s. 45 f., prop. 2017/18:155 s. 36 f.)

37. För det tredje principen om donatorns roll i processen. Enligt lagen om genetisk integritet är det den ansvariga läkaren som väljer lämplig spermie- eller äggdonator (se 6 kap. 4 § och 7 kap. 6 §). Läkaren ska normalt välja en donator som inte har någon anknytning till paret eller den ensamstående kvinnan. Den som ska inseminera och dennes partner ska alltså som regel inte ha någon kännedom om givarens identitet. Det finns dock inget förbud mot att läkaren väljer någon som de tilltänkta föräldrarna har pekat ut och som är villig att medverka. I det fallet måste dock läkaren undersöka de inblandade personernas motiv och deras förmåga att klara ut deras framtida relationer i förhållandet till barnet (se prop. 2014/15:127 s. 16 med hänvisningar till tidigare förarbeten).

38. För det fjärde förbudet mot handel med organ och könsceller. Detta kommer till uttryck i de ansvarsbestämmelser som finns i 8 kap. 4 och 5 §§ lagen om genetisk integritet. Där anges att den som vanemässigt eller i vinstsyfte utför insemination i strid med föreskrifterna i 6 kap. eller i vinstsyfte eller vanemässigt bryter mot vissa bestämmelser i 7 kap. döms till böter eller fängelse. (Jfr även prop. 2017/18:155 s. 40.)

Surrogatmoderskap i svensk rätt

Punkterna 39-42 motsvarar i huvudsak punkterna 19-23 i HD:s beslut.

Bedömning i detta fall

Punkterna 43-50 motsvarar i huvudsak punkterna 37-41 i HD:s beslut.

51. Slutsatsen blir att det i ett fall som A.L:s för närvarande inte finns något annat sätt att tillgodose hans rätt till privatliv än att erkänna den amerikanska domen i Sverige. Nästa fråga är om A.L:s rätt till privatliv bör inskränkas med hänvisning till skyddet för andra intressen, och då framför allt de argument som framförts mot att tillåta surrogatmoderskap.

52. A.L:s rätt till sin identitet och att vara E.L:s barn är en stark rättighet. För att andra intressen ska väga tyngre krävs det mycket starka skäl. Den negativa inställningen till surrogatmoderskap i Sverige bygger på det viktiga förbudet mot handel med kvinnor och barn. I lagstiftningen har dock i vissa fall intresset av att barn tillerkänns rättsliga föräldrar här getts företräde framför denna princip (se punkt 4 ovan). Så bör även ske i detta fall.

53. Den amerikanska domen ska därmed erkännas i Sverige utan lagstöd såvitt avser frågan om moderskap. Ett erkännande kan inte anses strida mot grunderna för den svenska rättsordningen, trots att surrogatmoderskap inte får utövas inom svensk hälso- och sjukvård, på grund av den utveckling som skett de senaste åren inom lagstiftningen kring assisterad befruktning och strävan från lagstiftarens sida att underlätta för barn som tillkommit genom denna metod att få sin familjerättsliga status erkänd här.

54. Det står dock klart att erkännandet i detta fall innebär att grundläggande principer i svensk lagstiftning på området för assisterad befruktning måste ge vika. Det finns, såvitt känt, inga uppgifter bevarade om den kvinna som har agerat donator. A.L:s rätt till kunskap om sitt ursprung kommer därmed inte att kunna garanteras. Det har inte heller skett någon prövning av föräldrarnas lämplighet, som ska ske vid assisterad befruktning inom svensk hälso- och sjukvård. Inte heller har J.O:s roll i processen dokumenterats på sätt som vore önskvärt för A.L:s bästa. Dessa skäl är dock inte sådana att de i detta fall gör att den amerikanska domen inte ska erkännas här.

55. För att garantera A.L:s rätt till respekt för privatlivet ska den del av den amerikanska domen som förklarar att A.L. är E.L:s barn erkännas i Sverige.

HD:s avgörande

Se HD:s beslut.

HD (justitieråden Ann-Christine Lindeblad, Johnny Herre, referent, Svante O. Johansson, Sten Andersson och Malin Bonthron) meddelade den 13 juni 2019 följande beslut.

Skäl

Bakgrund

Inledning

1. A.L. föddes den 31 augusti 2015 i Kalifornien, USA. Den amerikanska medborgaren C.B. agerade som A.L:s surrogatmoder. Vid tiden för A.L:s födelse var E.L. sammanboende med J.O. A.L. kom till genom att ett donerat ägg från en anonym donator befruktades utanför kroppen med användning av spermier från J.O. och därefter fördes in i C.B:s livmoder.

2. Efter ansökan av E.L. förklarade en amerikansk domstol, Superior Court of the State of California, i juni 2015 att E.L. - i enlighet med det avtal som E.L. hade ingått med C.B. - skulle vara rättslig förälder ("legal parent") till det barn som skulle födas av C.B. Den amerikanska domen fastställde att C.B. inte skulle anses som barnets mor ("declared not to be the mother of the child"). Det angavs också att surrogatmodern gav upp eller avstod från alla föräldrarättigheter till barnet, inklusive rätten till vårdnad om barnet. Enligt domen skulle E.L. få vårdnaden om barnet ("legal and physical custody").

3. I Kalifornien är surrogatmoderskap tillåtet och regleras i delstatens Family Code. Enligt kalifornisk rätt är E.L. A.L:s enda förälder och vårdnadshavare.

4. E.L. och J.O. återvände till Sverige tillsammans med A.L. och levde till en början som en familj. I samband med inresan till Sverige i september 2015 folkbokfördes A.L. som inflyttad amerikansk medborgare.

5. Under våren 2016 separerade E.L. och J.O. Socialförvaltningen i Danderyds kommun beslutade efter utredning enligt socialtjänstlagen att A.L. skulle placeras tillfälligt hos E.L.

6. Tingsrätten fastställde den 17 oktober 2017 att J.O. är far till A.L.

7. E.L. ansökte om att få adoptera A.L. Tingsrätten avslog ansökan. Hovrätten har fastställt tingsrättens beslut. Enligt hovrätten skulle ett bifall till ansökan innebära att några rättsliga band mellan A.L. och hans biologiska far inte längre skulle finnas. Detta skulle enligt hovrätten inte vara förenligt med A.L:s bästa. HD meddelade prövningstillstånd i målet den 12 december 2018 (mål Ö 2680-18).

8. J.O. har numera ett omfattande umgänge med A.L. och har ansökt om att anförtros vårdnaden om honom. Vårdnadsmålet har vilandeförklarats av tingsrätten i avvaktan på avgörandet i detta mål.

Domstolarnas beslut

9. E.L. ansökte i december 2017 om att den amerikanska domen i vilken hon förklaras vara mor till A.L. skulle erkännas i Sverige. Tingsrätten avslog ansökan. Hovrätten har fastställt tingsrättens beslut.

Frågan i målet

10. A.L. är snart fyra år gammal. Han har i huvudsak växt upp med E.L. Frågan i målet är om den amerikanska domen som fastslår att A.L. är E.L:s barn ska erkännas här.

Erkännande av utländska domar

11. Utgångspunkten i svensk rätt är att en utländsk dom varken tillerkänns rättskraft eller kan verkställas i Sverige utan uttryckligt stöd i lag. Sådant lagstöd finns t.ex. i lagen (1985:367) om internationella faderskapsfrågor.

12. Principen om krav på lagstöd för erkännande kan ge upphov till problem i gränsöverskridande situationer; en dom som reglerar ett visst rättsförhållande kan då komma att gälla i ett land, men inte i ett annat. Problemet blir särskilt framträdande för domar som fastslår en familjerättslig relation (s.k. statusdomar). Om en sådan dom inte ges gränsöverskridande verkan, kan en person som flyttar från en stat till en annan mista sin familjerättsliga status. Det finns därför ofta skäl att erkänna utländska statusdomar. (Jfr Michael Bogdan, Svensk internationell privat- och processrätt, 8 uppl. 2014, s. 292 ff.)

Det får mot den bakgrunden anses finnas ett visst begränsat utrymme att erkänna utländska domar av detta slag också när lagstöd för detta saknas.

13. Även om de allmänna förutsättningarna är uppfyllda för att en utländsk dom i och för sig ska ges verkan i Sverige, kan sådan verkan hindras om det skulle strida mot grunderna för den svenska rättsordningen (ordre public). Vad som utgör ordre public är inte statiskt. Begreppets innehåll förändras över tid och i takt med att de etiska värderingar och normer som ligger till grund för den svenska rättsordningen förändras.

14. I 7 § lagen om internationella faderskapsfrågor regleras giltigheten av utländska faderskapsavgöranden. Ett lagakraftvunnet avgörande av en utländsk domstol som innebär att ett faderskap har fastställts eller hävts gäller i Sverige, om det med hänsyn till en parts hemvist eller medborgarskap eller annan anknytning fanns skälig anledning att talan prövades i den främmande staten.

15. Från nyssnämnda huvudregel görs vissa undantag i 7 § andra stycket. Något undantag görs inte för fall där barnet har tillkommit genom en assisterad befruktning. Ett sådant undantag föreslogs i SOU 2016:11 för fall där barnet har tillkommit genom en insemination eller befruktning utanför kroppen, behandlingen utförts på en annan person än den fastställda faderns maka eller sambo och behandlingen utförts med en annan mans spermier (se s. 523 ff.). Enligt regeringen var det dock inte möjligt att överblicka konsekvenserna av en sådan ändring. Härtill kom att flera remissinstanser framhållit att förslaget kunde leda till resultat som stod i strid med barnets bästa. Vägransgrunden infördes därför inte. (Se prop. 2017/18:155 s. 42 f.)

16. Någon reglering om erkännande av utländska avgöranden om moderskap finns inte i svensk lagstiftning (se härom t.ex. SOU 2016:11 s. 524 f. och prop. 2017/18:155 s. 42).

Moder- och faderskap

17. Grunden i svensk rätt är att det är den kvinna som föder barnet som är barnets mor (mater est-principen). Principen bygger på antagandet att det typiskt sett inte råder något tvivel om vem som är barnets mor. Av denna anledning ansågs det länge obehövligt att i svensk rätt reglera den frågan. Faderskap är inte lika lätt konstaterbart. Föräldrabalken innehåller därför regler om vem som ska anses vara far till ett barn och hur ett faderskap ska fastställas (se 1 kap. 1-5 §§).

18. I takt med att nya möjligheter har öppnats för ofrivilligt barnlösa att bli föräldrar med hjälp av assisterad befruktning har moder- och faderskapsbegreppen utmanats. Synen på vad som bör krävas för att insemination eller assisterad befruktning ska få äga rum här i landet har också förändrats i betydande utsträckning. Efter lagändringar 2016 är det möjligt för ensamstående kvinnor att insemineras och då bli barnets enda förälder (se 1 kap. 3 § andra stycket FB, se härom prop. 2014/15:127 s. 10 f. och 17 f.). Sedan den 1 januari 2019 tillåts också assisterad befruktning med enbart donerade könsceller. Ingen av de tilltänkta föräldrarna behöver därmed ha någon genetisk koppling till barnet. (Se prop. 2017/18:155 s. 24 f.)

Surrogatmoderskap i svensk rätt

19. Tillåtligheten av surrogatmoderskap har diskuterats alltsedan assisterad befruktning lagreglerades (se prop. 1987/88:160 s. 14). Frågan har därefter regelbundet behandlats i den lagstiftning som följt och som på olika sätt har underlättat för heterosexuella, homosexuella och ensamstående att skaffa barn genom assisterad befruktning. Det har i dessa sammanhang bedömts att surrogatmoderskap inte är etiskt försvarbart. En kriminalisering har också övervägts (se t.ex. prop. 2001/02:89 s. 55).

20. Surrogatarrangemang behandlades på nytt i SOU 2016:11 (se s. 359 ff.). Utredningens förslag var att surrogatmoderskap inte skulle tillåtas som ett förfarande inom hälso- och sjukvården (se särskilt s. 385 och 450 f.). Beträffande surrogatarrangemang i utlandet valde utredningen att inte föreslå

något införande av regler om registrering eller erkännande av fader- eller moderskap enligt utländska avgöranden. Inte heller föreslogs ändringar i de materiella reglerna i föräldrabalken om moderskap, faderskap och föräldraskap. (Se s. 33 ff. och 453 ff.)

21. I den efterföljande propositionen diskuterades utförligt frågan om föräldraskap vid surrogatarrangemang i utlandet (se prop. 2017/18:155 s. 39 ff.). Det konstaterades där att alltfler ofrivilligt barnlösa i Sverige väljer att åka utomlands för att skaffa barn med hjälp av en surrogatmoder samt att metoden inte är uttryckligen förbjuden i Sverige men inte erbjuds inom ramen för svensk hälso- och sjukvård (se a. prop. s. 40).

22. Det uttalades vidare att surrogatmoderskap aktualiserar flera komplicerade etiska och juridiska frågeställningar och intresseavvägningar, bl.a. i förhållande till den födande kvinnan (surrogatmodern) och det blivande barnet. Ett kommersiellt surrogatarrangemang kunde liknas vid handel med organ och könsceller. Ett tillstånd till sådana arrangemang skulle enligt regeringen vara svårförenligt med gällande förbud mot sådan handel med kvinnor och barn. (Se a. prop. s. 40.)

23. I lagstiftningsärendet poängterades dock att alla barn i Sverige har rätt till en rättslig företrädare. En sådan rätt ska alltså gälla för barn som tillkommit genom surrogatmoderskap i utlandet. För att tillgodose barnets behov av rättsliga företrädare, men samtidigt inte underlätta för surrogatarrangemang i utlandet, genomfördes vissa lagändringar. Bland annat infördes 3 a § lagen om internationella faderskapsfrågor som underlättar för män att få fastställt sitt faderskap efter ett surrogatarrangemang utomlands. (Se a. prop. s. 41 och 44 f.)

Barnets rättighetsskydd

Tillämpliga regler och principer

24. Vid beslut som rör barn ska barnets bästa sättas i första rummet. Barnet ska också behandlas med respekt och jämlikt i förhållande till vuxna och andra barn i en jämförbar situation. Barnets rättighetsskydd är individuellt. Det påverkas inte av beslut som har fattats av vuxna i dess närhet, och som kan ha gett upphov till barnets behov av skydd. (Jfr 1 kap. 2 § femte stycket RF; jfr även artikel 3.1 i FN:s konvention om barnets rättigheter, Barnkonventionen, som anger att vid alla åtgärder som rör barn ska i första hand beaktas vad som bedöms vara barnets bästa.)

25. Var och en har rätt till respekt för bl.a. sitt privat- och familjeliv (se artikel 8.1 i Europakonventionen). Rättigheterna får inte inskränkas annat än med stöd i lag och endast om det är proportionerligt och nödvändigt för att skydda andra viktiga samhällsintressen, som t.ex. hälsa och moral samt andra personers fri- och rättigheter (se artikel 8.2). Artikel 8 garanterar inte någons rätt att bilda familj eller att adoptera ett barn. Rätten till familjeliv skyddar inte en önskan om att få bilda en familj utan förutsätter att en sådan familj eller en potentiell sådan finns. Rätten till privatliv enligt artikeln är ett brett begrepp som omfattar en mängd företeelser. (Se t.ex. Paradiso and Campanelli v. Italy, [GC], no. 25358/12, 24 January 2017, §§ 141 och 159.)

Barnets rättighetsskydd enligt artikel 8 vid surrogatarrangemang

26. Europadomstolen har i ett antal avgöranden berört frågan om skydd för barnet vid surrogatarrangemang.

27. I Paradiso and Campanelli v. Italy hade ett par italienska makar genomfört ett surrogatarrangemang i Ryssland med donerat ägg och donerade spermier. De ansökte därefter om att få barnets utländska födelseattest, i vilken makarna var angivna som barnets föräldrar, registrerad i Italien. Italienska myndigheter avslog ansökan, omhändertog barnet när det framkom att ingen av makarna hade en genetisk koppling till barnet och placerade barnet i en fosterfamilj. Europadomstolen slog fast att något familjeliv inte hade uppstått mellan makarna och barnet eftersom de saknade genetiska band och endast hade bott tillsammans under en kortare period (se §§ 157 och 158). Däremot aktualiserades enligt domstolen sökandenas rätt till privatliv. Omhändertagandet hade emellertid inte utgjort en otillåten inskränkning i makarnas rätt till respekt för privatliv eftersom de italienska myndigheterna hade gjort en rimlig avvägning mellan de olika skyddsintressen som situationen aktualiserade (se §§ 215 och 216).

28. I Mennesson mot Frankrike (nr 65192/11, ECHR 2014) hade ett par franska makar genomfört ett surrogatarrangemang i utlandet där ett donerat ägg och makens spermier användes vid befruktningen. Resultatet blev ett tvillingpar. Franska myndigheter vägrade att registrera makarna som barnens föräldrar i civilregistret med hänvisning till att surrogatarrangemang inte är tillåtna i Frankrike. Beslutet bedömdes inte utgöra en otillåten inskränkning i barnens eller makarnas rätt till familjeliv eftersom de trots beslutet ansågs kunna leva som en familj (se § 92 ff.). Europadomstolen fastslog dock att vägran att erkänna den rättsliga relationen mellan barnen och mannen (barnens genetiske far) utgjorde en otillåten inskränkning i barnens rätt till respekt för privatliv (se § 99 ff.).

29. Som en följd av Mennesson gjordes vissa ändringar i fransk lagstiftning. Registrering möjliggjordes av faderskap om det utländska certifikatet angav den avsedda fadern som barnets far och denne var genetisk far till barnet. Däremot var det fortsatt inte möjligt att registrera den tilltänkta modern som mor till barnet. I ett rådgivande yttrande från Europadomstolen, Advisory opinion, behandlas om en sådan ordning rörande moderskapet är förenlig med barnets rättigheter enligt artikel 8.1

30. Enligt Europadomstolens enhälliga uttalanden i det rådgivande yttrandet innebär ett icke-erkännande av relationen mellan ett barn och den tilltänkta modern ett antal nackdelar för barnet som inverkar negativt på barnets rätt till privatliv (se § 40). Domstolen uttalar att konventionsstaterna har ett visst bedömningsutrymme i frågor av det aktuella slaget. Men när det, som i detta fall, rör sig om själva kärnan i rätten till privatliv för barnet, är bedömningsutrymmet mycket begränsat (se §§ 44 och 45). Domstolens slutsats är att det, med hänsyn till barnets rätt till privatliv, krävs att barnet får relationen även till modern erkänd i landet som är tänkt som hemvistland (§ 46). Däremot finns ett visst bedömningsutrymme för staterna att avgöra vilken juridisk konstruktion som ska användas för att erkänna eller slå fast föräldrarelationen till modern (se § 51 ff.).

31. Europadomstolens rätt att avge rådgivande yttranden (advisory opinions) regleras av protokoll 16 till konventionen. Möjligheten att begära yttranden står endast till förfogande för de högsta domstolarna i de stater som tillträtt protokollet (se artikel 1.1). Om en begäran tas upp av domstolen ska yttrandet alltid avges av domstolen i stor sammansättning (Grand Chamber, se artikel 2.2). Protokollet gäller endast i förhållande till de stater som tillträtt det (artikel 6). Sverige har inte tillträtt protokollet. Detta oaktat har nyssnämnda yttrande från 2019 ett betydande rättskällevärde vid en tolkning av Europakonventionen i nu aktuellt hänseende.

32. Av Europadomstolens avgöranden framgår alltså att barnets rätt till privatliv är nära förbunden med barnets rätt till sin identitet. Barnet har rätt att få relationen till sina föräldrar och syskon rättsligt erkänd. Ett sådant erkännande tillgodoser barnets grundläggande behov av att tillhöra en familj och få vara någons barn. Rätten att få sin identitet rättsligt erkänd kan finnas även om det inte finns några biologiska band mellan barnet och den övriga familjen. (Se Mennesson mot Frankrike, § 96, Paradiso and Campanelli v. Italy, § 161 och Advisory opinion, §§ 36, 40, 46 och 47.)

33. Vid surrogatarrangemang finns det särskild anledning att beakta att en brist på erkännande av relationen mellan modern och barnet är till betydande nackdel för barnet; bristen undergräver och skapar en osäkerhet om barnets juridiska identitet (se Mennesson mot Frankrike, § 96 och även Labassee v. France, no. 65941/11, 26 June 2014, § 75).

34. Som påpekas i Europadomstolens rådgivande yttrande medför en sådan brist på erkännande nackdelar för barnet i ett antal hänseenden. Det finns en risk att barnet inte tillerkänns den tilltänkta moderns nationalitet. Det kan vidare vara svårare för barnet att få stanna kvar i hennes hemvistland. Rätten till arv från den avsedda modern kan också påverkas negativt. Barnets och den tilltänkta moderns relation kan härutöver riskeras om föräldrarna separerar eller om fadern avlider. Till sist kan barnet också riskera att stå utan skydd om den avsedda modern vägrar eller upphör att vårda barnet. (Se Advisory opinion, § 40.)

35. Nackdelarna för barnet med att inte erkänna relationen mellan modern och barnet är sådana att andra motstående hänsyn kan tillerkännas endast begränsad vikt i det enskilda fallet. Om dessa nackdelar inte i möjligaste mån undviks kan regeltillämpningen vidare komma att vara oförenlig med principen om barnets bästa.

36. Det nu sagda får betydelse när det har etablerats en faktisk familjerelation mellan å ena sidan ett barn, fött i utlandet genom ett surrogatarrangemang, och å andra sidan en i en utländsk dom utpekad moder. Det kan då vara nödvändigt att erkänna den utländska domen, trots att den utpekade modern inte har fött barnet och trots att det saknas svenskt lagstöd för ett sådant erkännande. Ett erkännande av den utländska domen bör dock förutsätta att den rätt som barnet har att få sin identitet fastställd i den svenska rättsordningen inte kan tillgodoses på något annat sätt som är lämpligare och även förenligt med principen om barnets bästa.

Bedömning i detta fall

37. A.L. lever sedan knappt fyra år tillbaka i Sverige utan några rättsliga företrädare. Han har därmed sin hemvist i Sverige. Det har fastställts att J.O. är A.L:s far. A.L. har på så sätt tillerkänts familjerättslig status i Sverige i relationen till J.O.

38. A.L. har under sina fyra år i Sverige byggt upp ett familjeliv tillsammans med den tilltänkta modern E.L. Hans relation till henne har blivit en praktisk realitet. A.L. har inte fått denna familjerättsliga relation erkänd av svenska myndigheter. Detta påverkar hans identitet och hans rätt till privatliv på ett ingripande sätt. Nackdelarna för A.L. är sådana att han får anses ha rätt att få sin familjerättsliga relation till E.L. erkänd i Sverige (jfr p. 34 och 35). Ett sådant erkännande krävs också för att principen om barnets bästa ska kunna tillgodoses.

39. Om J.O. och E.L. hade fortsatt att vara sammanboende skulle E.L. sannolikt ha kunnat adoptera A.L. (se 4 kap. 6 § andra stycket FB). J.O. och E.L. hade genom en sådan adoption fått möjlighet att tillsammans utöva föräldraskapet och vårdnadsansvaret för A.L. Genom en adoption hade A.L. tillerkänts familjerättslig status i Sverige också i relationen till E.L.

40. J.O. och E.L. lever dock inte längre tillsammans. Ett tillstånd för E.L. att adoptera A.L. skulle därför innebära att J.O:s föräldraskap utsläcks (se 4 kap. 21 och 22 §§ FB). Ett sådant beslut skulle strida mot såväl A.L:s som J.O:s rätt till privat- och familjeliv. Det skulle också vara oförenligt med principen om barnets bästa.

41. Inte heller ger reglerna om särskilt förordnad vårdnadshavare någon möjlighet att tillgodose A.L:s behov av familjerättslig anknytning till E.L. (se 6 kap. 7-10 §§ FB). Det kan visserligen finnas en möjlighet att inom ramen för befintligt regelverk tillse att A.L. fortsatt får rätt till umgänge med E.L. (se t.ex. 6 kap. 15 a § FB). Det ger honom emellertid ingen rättslig relation till E.L.

42. Slutsatsen blir att i ett fall som A.L:s det för närvarande i svensk rätt inte finns något annat sätt att tillgodose hans rätt till privatliv och uppfylla principen om barnets bästa än att erkänna den amerikanska domen i Sverige. Den negativa inställningen till surrogatmoderskap i Sverige bygger bl.a. på det viktiga förbudet mot handel med kvinnor och barn och på tanken att lagstiftningen principiellt inte ska underlätta surrogatarrangemang i utlandet. Detta får dock i ett enskilt fall inte väga tyngre än principen om barnets bästa och barnets rätt till privatliv.

43. Den amerikanska domen ska därmed erkännas i Sverige såvitt avser frågan om moderskap. Ett sådant erkännande kan inte anses strida mot grunderna för den svenska rättsordningen. Det sammanhänger med den utveckling som har ägt rum under de senaste åren i lagstiftningen kring assisterad befruktning. Av betydelse i sammanhanget är också lagstiftarens strävan att underlätta för barn som tillkommit på detta sätt att få sin familjerättsliga status erkänd här, liksom den förändrade synen på surrogatmoderskap ur medicinsketisk synvinkel (jfr Smer rapport 2013:1, Assisterad befruktning - etiska aspekter). Det nu sagda gäller trots att surrogatmoderskap inte får utövas inom svensk hälso- och sjukvård.

44. För att garantera A.L:s rätt till respekt för privatlivet ska den del av den amerikanska domen som förklarar att han är E.L:s barn och att E.L. är rättslig förälder till honom erkännas i Sverige.

hd:s avgörande

HD förklarar att den lagakraftvunna dom som meddelats av Superior Court of the State of California den 24 juni 2015 i mål RID 1502548 mellan E.L. och C.B., gäller i Sverige såvitt avser frågan om fastställande av moderskap.

Närvarande justitieråd tillade:

Regeringen har i prop. 2017/18:155, Modernare regler om assisterad befruktning och föräldraskap, konstaterat att surrogatmoderskap aktualiserar flera komplicerade etiska och juridiska frågeställningar och intresseavvägningar, bl.a. i förhållande till den födande kvinnan och det blivande barnet. Lagstiftningen besvarar inte alla de viktiga frågor som uppkommer för de barn som tillkommit genom surrogatarrangemang utomlands. Detta kan man ha förståelse för; också lagstiftningen på utländsk och internationell nivå har haft betydande problem att hålla jämna steg med den medicinska vetenskapen och människors önskan att med alla till buds stående medel få det eller de barn som de själva av olika skäl inte kan eller vill bära fram.

HD:s beslut innebär att en utländsk dom om moderskap efter ett surrogat¬ arrangemang måste erkännas när detta krävs för att barnets rätt till privatliv och principen om barnets bästa ska iakttas. I det aktuella fallet har domstolen bedömt att den amerikanska domen om moderskap ska erkännas i Sverige.

Ett erkännande i ett sådant fall innebär att flera viktiga principer i svensk lagstiftning på området för assisterad befruktning får ge vika eller annars inte fullt ut kan upprätthållas.

En sådan effekt är att barnets rätt till kunskap om sitt ursprung därmed inte kan garanteras. En annan är att det med nuvarande reglering i övrigt inte kan ske någon egentlig bedömning av den tilltänkte förälderns lämplighet. En sådan bedömning ska göras när en eventuell adoption prövas (se 4 kap. 2 § FB, se härtill prop. 2017/18:121 s. 141 ff.). En prövning av om det blivande barnet kommer att växa upp under goda förhållanden ska också ske vid assisterad befruktning inom svensk hälso- och sjukvård (se lagen om genetisk integritet, 6 kap. 3 § om insemination och 7 kap. 5 § vid befruktning utanför kroppen).

HD:s ställningstagande baseras bl.a. på de principer som Europakonventionen ger uttryck för. Nu gällande lagstiftning på området medför att det i en situation som den förevarande inte finns några egentliga alternativ till ett erkännande. Ställningstagandet innebär att flera följdfrågor uppkommer som inte kan hanteras inom ramen för domstolens dömande. Domstolen har genom avgörandet inte tagit ställning till om ett reservationslösterkännande är det på sikt lämpligaste sättet att hantera liknande situationer. Europadomstolen har i sitt rådgivande yttrande angett att medlet för ett erkännande av relationen mellan ett barn och den tilltänkta modern inte nödvändigtvis behöver vara att det utländska avgörandet erkänns. Också andra sätt, inklusive adoption, är tänkbara.

Det finns anledning för lagstiftaren att utreda de frågor som nu aktualiseras.

Sökord: Erkännande av utländsk dom; Assisterad befruktning; Barnets bästa; Faderskap; Moderskap; Rätt till privatliv; Rätt till familjeliv; Surrogatmoderskap

---

Seminarium 18
Internationell familjeprocessrätt

Fokus i detta seminarium ligger på 2019 års Bryssel II-förordning, med tonvikt på dess behörighetsregler, inklusive tolkningen av hemvistbegreppet.

1. Närmare om familjeprocesser under Bryssel II-förordningen

När Brysselkonventionen togs fram på 1960-talet mellan EG:s dåvarande sex medlemsstater kom man fram till att medlemsstaternas rättsordningar var för olika på det familjerättsliga området för att familjerättsmål skulle kunna omfattas av de planerade gemensamma reglerna om domsrätt, erkännande och verkställighet. Inte heller när konventionen omvandlades till en förordning 2001 (2001 års Bryssel I-förordning) – eller vid den senaste revideringen år 2012 (2012 års Bryssel I-förordning) – var det aktuellt att utvidga tillämpningsområdet till att omfatta familjerättsfrågor. I stället, i en anda av en allt större öppenhet och ett ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna, har EU utarbetat ett antal särskilda förordningar, tillämpliga i medlemsstaterna inom familje- och arvsrättens områden.

En sådan förordning är Bryssel II-förordningen som utgör fokus för detta seminarium. Bryssel II-förordningen är ett dubbelt instrument som reglerar frågor om domsrätt samt erkännande och verkställighet av domar mellan EU:s medlemsstater i **tre olika sakområden**, nämligen i) äktenskaps upplösning (domsrätt, erkännande av domar om äktenskapsskillnad, hemskillnad och äktenskaps annullering), ii) föräldraansvar (domsrätt och erkännande och verkställighet i mål om vårdnad, umgänge, barnets boende, förmynderskap om barn, placeringar av barn i annan medlemsstat) samt iii) mål om olovligt bortförande av barn mellan medlemsstaterna. Förordningens tillämpningsområde i sak, ”civilrättsliga frågor”, ska tolkas EU-autonomt. Av det följer bl.a. att åtgärder som enligt svensk rättssystematik snarast hör till offentlig rätt, såsom LVU-placeringar av barn, eller förordnanden om viten avsedda att säkerställa att beslutat umgänge kommer till stånd, kan omfattas.[1]

[1] Se målet C-435/06 (LVU-placering av barn) och C-4/14 (vitesföreläggande till stöd för genomförande av beslutat umgänge).

Sedan den 1 augusti 2022 gäller 2019 års Bryssel II-förordning (2019/1111), som är en reviderad version av föregångaren 2003 års Bryssel II-förordning (2201/2003). Den omarbetade förordningen har en tydligare struktur än tidigare. Ändringarna i sak består huvudsakligen av det mer barncentrerade greppet på föräldraansvarsfrågor och i händelse av bortförande av barn (inte minst vad gäller barnets egen röst) och att kravet på verkställbarhetsförklaring (s.k. *exekvatur*) helt avskaffats. Artikelnumreringen har i viss mån ändrats och nya artiklar kommit till. Eftersom majoriteten av EU-domstolens förhandsbesked ännu avser 2003 års Bryssel II-förordning kan vi ändå inte helt bortse från lydelsen där. Målen från EU-domstolen som ska avhandlas under seminariet har dock valts med hänsyn till fortsatt relevans även för tolkningen av 2019 års lydelse (i enlighet med kontinuitetsprincipen).

Relevant vägledning finns att hämta i Ds 2020:18 i detta kompendium. Läsningen av förordningens preambel (ingress) rekommenderas varmt.

2. Olovligt bortförande av barn

Utan överdrift går det att hävda att vårdnadstvister hör till de allra svåraste en familj kan råka ut för, särskilt om föräldrarna efter en skilsmässa eller en separation bestämmer sig för att bo i skilda stater. Det kan kännas svårt att gå med på en gemensam rättslig vårdnad om man inte får den faktiska vården av barnet. Mellan föräldrar uppstår en kamp om ”bättre rätt” till barnet.

I internationella förhållanden kompliceras vårdnads- och umgängestvister inte sällan av ett överhängande eller påstått hot om att barnet kommer att olovligen bortföras till utlandet eller kvarhållas där om vårdnaden delas eller om den andra föräldern får omfattande umgängesrätt med barnet. Det gäller särskilt i händelse av hög konfliktnivå mellan föräldrarna när de eller den ena av dem har personliga eller professionella band till ett annat land. Domstolarna måste väga mot varandra barnets rätt till en nära relation med båda föräldrarna och de risker som gränsöverskridande vårdnads- och umgängesarrangemang kan föra med sig. Även i dessa sammanhang gäller att avgörandet alltid skall grundas på vad som är bäst för barnet.

År 1980 antogs vid både Europarådet och den mellanstatliga organisationen kallad Haagkonferensen för internationell privaträtt konventioner som syftar till att motverka olovliga bortföranden (inklusive kvarhållanden) av barn i internationella situationer. För Sveriges del trädde *Haagkonventionen om de civila aspekterna på internationella bort-föranden av barn* i kraft den 1 juni 1989 och *Europarådskonventionen om erkännande och verkställighet av avgöranden rörande vårdnad om barn samt om återställande av vård av barn* i kraft den 1 juli 1989. Båda konventionerna har införlivats med svensk rätt genom lag (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn.

Haagkonventionen och Europarådskonventionen har för Sveriges del fungerat bra under de drygt 30 år de varit i kraft hos oss, låt vara att en sådan här konvention kan användas endast när den berörda staten i likhet med Sverige har tillträtt konventionen i fråga. Särskilt Haagkonventionen har utgjort ett effektivt och flitigt utnyttjat instrument för att få tillbaka olovligen bortförda barn. Det har årligen rört sig om ca hundra barn som

påstås olovligen ha blivit bortförda från Sverige eller till Sverige; på senare tid påstås det dock handla om betydligt fler barn. Europarådskonventionen har däremot endast undantagsvis använts i sammanhanget. Konventionens betydelse ligger främst på ett annat plan, nämligen genom att den säkerställer att vårdnads- och umgängesavgöranden, som avkunnats i en konventionsansluten stat, också erkänns och kan verkställas i de övriga konventionsstaterna. Konventionen är visserligen även avsedd att kunna användas för överflyttning av olovligen bortförda barn, men eftersom förfarandet härvidlag är mer komplicerat och mer tidskrävande än enligt Haagkonventionen, grundas ansökan i regel på den sistnämnda när denna gäller mellan de berörda staterna. Europarådskonventionen saknar numera all praktisk betydelse i relationerna mellan EU:s medlemsstater på grund av företrädet för regleringen i EU:s s.k. Bryssel II-förordningar.[2] Den till tillämpningsområdet smalare och mer specifika 1980 år Haagkonvention är däremot fortsatt tillämplig i relationerna mellan EU:s medlemsstater – dvs. när ett barn med hemvist i en medlemsstat påstås ha blivit olovligen bortfört eller kvarhållet i en annan medlemsstat till EU.[3]

Bryssel II-förordningarna innebär samtidigt vissa avvikelser och tillägg till regleringen i 1980 års Haagkonvention avsedda att tillämpas när det olovliga bortförandet eller kvarhållandet sker (i ovan angiven bemärkelse) mellan EU:s medlemsstater. Bestämmelserna i 2019 års omarbetning av Bryssel II-förordningen är mer barncentrerade än i föregångaren.

År 1996 antogs vid Haagkonferensen för internationell privaträtt en ny konvention till skydd för barn i internationella situationer, *Konventionen om behörighet, tillämplig lag, erkännande, verkställighet samt samarbete i fråga om föräldraansvar och åtgärder till skydd för barn.* Konventionens tillämpningsområde sammanfaller i stort med regleringen av föräldraansvarsfrågorna i Bryssel II-förordningarna. Vad som avses med det vida – och för svensk rättssystematik nya – begreppet ”föräldraansvar” definieras i stort sett likadant. Konventionen gäller som direkt tillämplig lag i Sverige sedan år 2012, se lagen (2012:318) om 1996 års Haagkonvention (med anslutande konventionstext). Regleringen i Bryssel II-förordning går dock (med vissa förbehåll) före regleringen i 1996 års Haagkonvention i händelse av att barnet har hemvist inom en medlemsstats

[2] Se art. 60 punkten d) i 2003 års Bryssel II-förordning och art. 95 punkten d) i 2019 års Bryssel II-förordning.

[3] Se art. 60 i 2003 års Bryssel II-förordning, punkten e) som kan uppfattas som missvisande med hänsyn till att förordningens barnbortföranderegelring bygger på 1980 års Haagkonvention; se särskilt art. 11 i förordningen. Positivt nog är relationen till 1980 års Haagkonvention betydligt tydligare reglerad i 2019 års version av Bryssel II-förordningen, art. 96.

territorium.[4] Konventionens lagvalsregler är direkt tillämpliga i samtliga fall av föräldraansvar i medlemsstaterna, i och med att Bryssel II-förordningarna saknar tillämpliga lagvalsregler.

Ideologin och syftena bakom å ena sidan 1980 års Haagkonvention och å andra sidan 1996 års Haagkonvention har träffande beskrivits av den internationellt erkände skotske barnrättsspecialisten Eric Clive enligt följande. Den beskrivningen går att tillämpa också vad gäller den särskilda bortföranderegleringen i Bryssel II-förordningarna i relationen till förordningarnas regleringar om föräldraansvar i övrigt.

> In medical terms the role of the Child Abduction Convention is that of an ambulance crew. The objective is to get the patient as quickly and safely as possible to the right hospital where the most appropriate measures of treatment can be taken. The role of the new Hague Convention on Children is more that of the hospital administrator. The objective is to prevent problems and conflicts from arising, to ensure the efficient allocation and use of resources, and to maximise co-operation. Both functions are necessary and the two conventions should supplement each other very well.[5]

I dagsläget har cirka 100 stater tillträtt 1980 års Haagkonvention som är en global konvention, öppen för alla staters anslutning. Europarådskonventionen, däremot, är ett regionalt instrument, avsett för Europarådets medlemsstater och omfattar därför betydligt färre stater. På 1990-talet ingick Sverige bilaterala avtal med två stater – Tunisien och Egypten – som inte omfattas av Haag- eller Europarådssamarbetet (Tunisien har dock därefter tillträtt 1980 års Haagkonvention). Enligt dessa avtal ska en konsultativ kommission upprättas i var och en av staterna. Kommissionen ska bl.a. verka för att ett barn som är skilt från den ena eller båda föräldrarna, t.ex. på grund av ett olovligt bortförande, ska kunna upprätthålla ett personligt förhållande och direkt kontakt med båda föräldrarna. Kommissionen ska vidare underlätta umgängesrätten för den förälder som inte har vårdnaden om barnet. De bilaterala avtalen synes däremot inte möjliggöra överflyttning av barn.

Bryssel II-förordningarna gäller i samtliga av EU:s medlemsstater, dock med undantag av Danmark. För Storbritanniens del gäller 2003 års Bryssel II-förordning i händelse av att förfarandet inleddes före utgången av 2020.

---

[4] Se art. 61 i 2003 års Bryssel II-förordning och art. 97 i 2019 års Bryssel II-förordning.

[5] Clive, Eric: The role of the new protection of children convention. Utgiven i: Globalization of Child Law. The Role of the Hague Conventions. Ed. by S. Defrick & P. Vlaardingerbroek. The Hague 1999, s. 53.

3. Skyddsåtgärder för barn i internationella situationer

I vissa fall behöver samhället ingripa med tvångslagstiftning till skydd för barn när exempelvis vårdnadshavares föräldraansvar brister i allvarligt hänseende. Möjligheterna till sådana ingripanden kan vara känsligare och mer komplicerade när frågan är gränsöverskridande och aktualiserar flera olika länder som barnet har anknytning till. För att underlätta tvångsinsatser till skydd för barn i internationella situationer finns artikel 15 i 2019 års Bryssel II-förordningen. Bestämmelsen reglerar frågor om *intermistiska åtgärder* som innebär att myndigheter i det land där barnet befinner sig i brådskande fall kan vidta åtgärder trots att de enligt huvudregeln i förordningen saknar internationell behörighet i sak. För att tillmötesgå de krav som följde av Bryssel II-förordningen i dessa delar genomfördes ändringar i lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av inga (LVU). [6]

Uppgifter

Vi börjar med att ta en titt på domsrättsregleringen i Bryssel II-förordningen (2019/1111) vad gäller äktenskapsmål.

Var finns domsrätt enligt Bryssel II-förordningen i följande fall?[7]

1. När de svenska medborgarna Mats och Maja gifte sig flyttade de till Bryssel där de båda fått anställning vid EU-kommissionen. Efter något år flyttar Mats till Frankrike för gott, medan Maja stannar kvar i Bryssel. Efter ytterligare något år vill Maja, som fortfarande är bosatt i Bryssel, skiljas. Vilket lands domstol har behörighet att pröva Majas ansökan om äktenskapsskillnad?

2. Svenska medborgaren Klara är gift med japanska medborgaren Tadashi. Makarna har hemvist i Colorado, USA, fram till separationen då Tadashi flyttar till Paris medan Klara stannar kvar i Colorado. Kan Klara, när några år gått från Tadashis flytt, få sin talan om äktenskapsskillnad prövad vid svensk domstol?

---

[6] Prop. 2018/19:102 om omedelbart omhändertagande av barn i vissa i vissa internationella situationer.

[7] Exemplen är inspirerade av M. Jänterä-Jareborgs uppsats ”Jurisdiction and Applicable Law in Crossborder Divorce Cases in Europe”. Utgiven i: Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective, Tübingen 2008, s. 317-343.

3. Antag i stället att Tadashi vill väcka talan om äktenskapsskillnad, medan Klara är emot det. Omständigheter vad gäller makarnas anknytningar till olika länder är de samma som enligt 2) ovan. I vilket land kan Tadashis talan prövas?

4. Antag att Klara och Tadashi bott kvar i Colorado, när Klara – eller Tadashi – vill skiljas. I vilket land kan respektive makes talan prövas?

5. Svenska medborgaren Kerstin är gift med kubanske medborgaren Miquel. Makarnas gemensamma hemvist har varit i Frankrike där Kerstin fortfarande är bosatt. Miquel har flyttat till Kuba. Kerstin vill skiljas vid svensk domstol eftersom det svenska förfarandet är mycket smidigare och snabbare än det franska. Kan svensk domstol ta upp Kerstins talan?[8] Kerstin har ingen avsikt att flytta tillbaka till Sverige.

I uppgifterna ovan var frågan om makarnas hemvist inte vidare problematisk. Så är däremot sällan fallet vid påstådda bortförande eller kvarhållanden av barn. Bedömningen av barnets hemvist vid den kritiska tidpunkten – närmare bestämt vid bedömningen av var barnet hade hemvist när det påstådda bortförandet eller kvarhållandet ägde rum – är helt avgörande för behörighetsfrågan och begreppet har tolkats av EU-domstolen i ett antal förhandsavgöranden. Så var fallet exempelvis i det EU-interna målet **C-111/17 PPU**, O.L mot P.Q.[9] Redogör för EU-domstolens hemvistbedömning i det målet. Finns det något i den bedömningen som skulle kunna hävdas strida mot grundläggande idéer bakom EU-samarbetet? Vilken roll tillmäts barnets bästa, bl.a. i form av fortsatt nära kontakt med båda föräldrarna? Vad är ett PPU-förfarande i EU-domstolen?

En hemvistbedömning aktualiserades även i målet **NJA 2019 s. 704** där ett barn påstods ha blivit olovligen bortfört/kvarhållet i Sverige. Redogör för omständigheterna i målet. Hur kan man motivera skillnaden mellan HD:s och hovrättens bedömningar? Vilken roll tillmäts barnets bästa, bl.a. i form av fortsatt nära kontakt med båda föräldrarna? Kan HD:s bedömning av barnets hemvist utan vidare förenas med syftena bakom bl.a. Bryssel

[8] Se målet Sundelind Lopez v Lopez Lizazo C-68/07 där Högsta domstolen begärt förhandsbesked från EG-domstolen.

[9] Jämför också med mål C-393/18 PPU, U.D. mot X.B som handlar om domsrätt i ett mål om föräldraansvar i Storbritannien (dåvarande EU-stat). Enligt käranden hade hon tvingats föda parets barn i ett tredjeland mot sin vilja och av maken tvingats stanna där med barnet även efter barnets födelse, medan maken själv återvände till det gemensamma hemmet i Storbritannien.

II-förordningen och 1980 års Haagkonvention, liksom kriterier utvecklade av EU-domstolen?

Uppgifterna ovan aktualiserar föräldraansvarsfrågor i vid mening, såsom vårdnadsfrågor och internationella olovliga bortföranden av barn. Som ovan berörts kan samhället till skydd för barn som far illa till följd av exempelvis bristande föräldraomsorg ingripa med tvångsåtgärder som kan omfattas av Bryssel II-förordningens tillämpningsområde. Diskutera förutsättningslöst det fiktiva scenariot nedan och förklara om socialnämnden i Uppsala har agerat korrekt när den beslutade om att omhänderta Lucian.

Med anledning av en anonym orosanmälan får socialnämnden i Uppsala kännedom om en mycket ung pojke som tigger utanför en av stadens större matvarubutiker från tidig morgon till sen kväll, sju dagar i veckan. Enligt den anonyma anmälaren är pojken svårt medtagen och synes vara utsatt för regelbundet våld. Det visar sig handla om den 16-åriga Lucian som tillhör minoritetsgruppen romer och som befinner sig i Uppsala tillsammans med sin far Gaspo (som har vårdnaden om honom) och anhöriga från staden Roman i Rumänien där samtliga i familjen är medborgare. Socialnämnden kommer fram till att Lucians nuvarande livssituation utgör en påtaglig risk för hans hälsa och utveckling och bestämmer sig för att omedelbart omhänderta Lucian enligt lagen med särskilda bestämmelser om vård av unga. Lucian omhändertas en kväll av polisen, på socialnämndens begäran, på parkeringen där den bil som används som hans familjs svenska bostad står. Han placeras på ett slutet boende för tvångsvis omhändertagna barn.

Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 8 juni 2017*

[Text rättad genom beslut av den 12 juni 2017]

[Text rättad genom beslut av den 14 september 2017]

”Begäran om förhandsavgörande – Civilrättsligt samarbete – Domstols behörighet och erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar – Internationella bortföranden av barn – Haagkonventionen av den 25 oktober 1980 – Förordning (EG) nr 2201/2003 – Artikel 11 – Begäran om återlämnande – Begreppet ’hemvist’ för ett spädbarn – Barn som i enlighet med föräldrarnas vilja har fötts i annan medlemsstat än den där föräldrarna har hemvist – Barnet har under sina första levnadsmånader utan avbrott bott i födelsemedlemsstaten – Modern har beslutat att inte återvända till den medlemsstat där föräldrarna hade hemvist”

I mål C-111/17 PPU,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Monomeles Protodikeio Athinon (Atens förstainstansrätt med ensamdomare, Grekland) genom beslut av den 28 februari 2017, som inkom till domstolen den 7 mars 2017, i målet

OL

mot

PQ,

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden J.L. da Cruz Vilaça (referent) samt domarna M. Berger, A. Borg Barthet, E. Levits och F. Biltgen,

generaladvokat: N. Wahl,

justitiesekreterare: justitiesekreterare: förste handläggaren L. Hewlett,

med beaktande av den hänskjutande domstolens begäran av den 28 februari 2017, som inkom till domstolen den 7 mars 2017, att handlägga begäran om förhandsavgörande enligt förfarandet för brådskande mål enligt artikel 107 i domstolens rättegångsregler,

med beaktande av första avdelningens beslut av den 16 mars 2017 att bifalla ansökan,

* Rättegångsspråk: grekiska.

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 4 maj 2017,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– OL, genom C. Athanasopoulos och A. Alexopoulou, dikigoroi,

– PQ, genom S. Sfakianaki, dikigoros,

– Greklands regering, genom T. Papadopoulou, G. Papadaki och A. Magrippi, samtliga i egenskap av ombud,

– [i rättad lydelse enligt beslut av den 14 september 2017] Förenade kungarikets regering, genom M.S. Brandon, i egenskap av ombud, biträdd av M. E. Devereux, QC,

– Europeiska kommissionen, genom M. Konstantinidis, M. Wilderspin och A. Katsimerou, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 16 maj 2017 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 11.1 i rådets förordning (EG) nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar samt om upphävande av förordning (EG) nr 1347/2000 (EGT L 338, 2003, s. 1).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan OL och PQ angående en av OL framställd begäran om att parets barn, som befinner sig i Grekland där det föddes och bor med sin mor, ska återlämnas till Italien där paret hade hemvist innan barnet föddes.

Tillämpliga bestämmelser

Internationell rätt

3 Konventionen om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn ingicks i Haag den 25 oktober 1980 (nedan kallad 1980 års Haagkonvention). Som framgår av ingressen till konventionen har denna bland annat till syfte att skydda barn på internationell nivå mot de skadliga effekterna av ett olovligt bortförande eller kvarhållande av dem och att fastställa förfaranden i syfte att säkerställa ett snabbt återförande av dem till den stat i vilken de har sitt hemvist. Konventionen har ratificerats av samtliga medlemsstater i Europeiska unionen.

4 I artikel 1 i 1980 års Haagkonvention föreskrivs följande:

”Ändamålet med denna konvention är:

a) att säkerställa ett snabbt återförande av barn som olovligen har förts ut till eller kvarhållits i en fördragsslutande stat, och

b) att tillförsäkra att rätten i en fördragsslutande stat till vårdnad och umgänge verksamt respekteras i andra fördragsslutande stater.”

5 I artikel 3 i konventionen föreskrivs följande:

”Ett bortförande eller ett kvarhållande av ett barn är att anse som olovligt om

a) det strider mot en rätt till vårdnad som har anförtrotts en person, en institution eller något annat organ, antingen gemensamt eller för sig, enligt lagen i den stat där barnet hade sitt hemvist omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet, och

b) denna rätt verkligen utövades, antingen gemensamt eller för sig, vid den tidpunkt då barnet fördes bort eller hölls kvar eller skulle ha utövats om inte bortförandet eller kvarhållandet hade ägt rum.

Rätten till vårdnad enligt a kan i första hand uppkomma på grund av lag eller genom ett judiciellt eller administrativt avgörande men även genom en överenskommelse som har rättslig verkan enligt lagen i den ifrågavarande staten.”

6 I artikel 5 a i konventionen anges att begreppet ”vårdnad” i konventionens mening omfattar rättigheter som hänför sig till vården av barnets person och särskilt rätten att bestämma var barnet ska bo.

7 I artikel 8 i konventionen föreskrivs följande:

”Varje person, institution eller annat organ som påstår att ett barn har förts bort eller kvarhållits i strid mot en vårdnadsrätt kan antingen hos centralmyndigheten i den stat där barnet har sitt hemvist eller hos centralmyndigheten i någon annan fördragsslutande stat ansöka om biträde med att säkerställa att barnet återlämnas.

…”

8 I artikel 11 första stycket i 1980 års Haagkonvention föreskrivs att de judiciella eller administrativa myndigheterna i de fördragsslutande staterna ska iaktta en snabb handläggning för att få barnet återlämnat.

Unionsrätt

9 I skälen 12 och 17 i förordning nr 2201/2003 anges följande:

”(12) De behörighetsregler som fastställs i denna förordning i fråga om föräldraansvar är utformade med hänsyn till barnets bästa, särskilt kriteriet om närhet. Det innebär att behörigheten i första hand skall ligga hos domstolarna i den medlemsstat där barnet har hemvist, med undantag av vissa fall då barnets vistelseort ändras eller efter en överenskommelse mellan de personer som har föräldraansvar.

…

(17) Vid olovligt bortförande eller kvarhållande av ett barn bör barnet omedelbart återföras, och i det syftet bör [1980 års Haagkonvention] fortsätta att tillämpas, med de kompletteringar som följer av bestämmelserna i denna förordning, särskilt artikel 11. …”

10 Artikel 2 i förordningen innehåller följande definitioner:

”…

7. *föräldraansvar*: alla rättigheter och skyldigheter som en fysisk eller juridisk person har tillerkänts genom en dom, på grund av lag eller genom en överenskommelse med rättslig verkan, med avseende på ett barn eller dess egendom. Föräldraansvar omfattar bland annat vårdnad och umgänge.

8. *person med föräldraansvar*: varje person som har föräldraansvar för ett barn.

9. *vårdnad*: de rättigheter och skyldigheter som hänför sig till omvårdnaden om barnets person, särskilt rätten att bestämma var barnet skall bo.

…

11. *olovligt bortförande eller kvarhållande av barn*: ett bortförande eller ett kvarhållande av ett barn
   a) som strider mot den vårdnad som har anförtrotts en person genom dom, på grund av lag eller genom en överenskommelse med rättslig verkan enligt lagen i den medlemsstat där barnet hade hemvist omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet,

   och
   b) under förutsättning att denna vårdnad verkligen utövades, antingen gemensamt eller för sig, vid den tidpunkt då barnet fördes bort eller hölls kvar eller skulle ha utövats om inte bortförandet eller kvarhållandet hade ägt rum. Vårdnaden skall anses utövas gemensamt när en av personerna med föräldraansvar, enligt en dom eller på grund av lag, inte får besluta var barnet skall bo utan medgivande från en annan person med föräldraansvar.”

11 I artikel 8 i förordningen, med rubriken ”Allmän behörighet”, föreskrivs följande:

”1. Domstolarna i en medlemsstat skall vara behöriga i mål om föräldraansvar för ett barn som har hemvist i den medlemsstaten vid den tidpunkt då talan väcks.

2. Punkt 1 skall tillämpas med förbehåll för artiklarna 9, 10 och 12.”

12 I artikel 10 i förordning nr 2201/2003, med rubriken ”Domstols behörighet vid fall av bortförande av barn”, föreskrivs följande:

”Vid fall av olovligt bortförande eller kvarhållande av ett barn skall domstolarna i den medlemsstat där barnet hade hemvist omedelbart före det olovliga bortförandet eller kvarhållandet behålla sin behörighet tills barnet har fått hemvist i en annan medlemsstat, och

a) varje person, institution eller annat organ som har vårdnad om barnet har godtagit bortförandet eller kvarhållandet,

   eller

b) barnet har varit bosatt i denna andra medlemsstat i minst ett år efter det att den person, den institution eller det organ av annat slag som har vårdnad om barnet har fått eller borde ha fått kännedom om var barnet befinner sig och barnet har funnit sig till rätta i sin nya miljö och något av följande villkor uppfylls:
   i) Ingen begäran om återlämnande har lämnats in till de behöriga myndigheterna i den medlemsstat dit barnet har bortförts eller där barnet kvarhålls inom ett år efter det att den som har vårdnad om barnet har fått eller borde ha fått kännedom om var barnet befinner sig.
   ii) En begäran om återlämnande som lämnats in av den som har vårdnad om barnet har återkallats, och ingen ny begäran har lämnats in inom den tidsfrist som avses i led i.
   iii) Ett ärende vid domstolen i den medlemsstat där barnet hade hemvist omedelbart före det olovliga bortförandet eller kvarhållandet har avslutats i enlighet med artikel 11.7.

iv) En dom i vårdnadsfrågan som inte medför att barnet skall återlämnas har meddelats av domstol i den medlemsstat där barnet hade hemvist omedelbart före det olovliga bortförandet eller kvarhållandet.”

13 I artikel 11 i förordningen, med rubriken ”Återlämnande av barn”, föreskrivs följande:

”1. Om en person, en institution eller ett organ som har vårdnad om barnet ansöker hos de behöriga myndigheterna i en medlemsstat om att de skall meddela ett beslut på grundval av [1980 års Haagkonvention] i syfte att utverka återlämnande av ett barn som olovligt bortförts eller kvarhållits i en annan medlemsstat än den medlemsstat där barnet hade hemvist omedelbart före det olovliga bortförandet eller kvarhållandet, skall punkterna 2–8 tillämpas.

…

3. En domstol som erhållit en ansökan om återlämnande av ett barn enligt punkt 1 skall skyndsamt handlägga ansökningen enligt de snabbaste förfaranden som får tillämpas enligt den nationella lagstiftningen.

Utan att det påverkar tillämpningen av första stycket skall domstolen, såvida detta inte på grund av exceptionella omständigheter är omöjligt, meddela sitt beslut inom sex veckor efter det att den erhållit ansökningen.

…”

Grekisk rätt

14 Av de upplysningar som lämnats i beslutet om hänskjutande framgår att i Grekland ska en begäran om återlämnande, i den mening som avses i 1980 års Haagkonvention, framställas till Monomeles Protodikeio (förstainstansrätt med ensamdomare) i den ort där det berörda barnet befinner sig efter bortförandet eller i den ort där den som fört bort barnet har hemvist. En sådan begäran kan framställas antingen av justitieministeriet – som i Grekland utgör centralmyndighet med ansvar för framställningar av begäran om återlämnande – eller direkt av den person, den myndighet eller det organ som har vårdnadsrätt om barnet. En begäran om återlämnande handläggs genom ett interimistiskt förfarande, men den domstol som prövar begäran avgör målet om återlämnande av barnet slutligt genom sitt avgörande.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

15 Av beslutet om hänskjutande samt av de skriftliga och muntliga yttranden som avgetts i målet vid EU-domstolen framgår följande. OL, som är italiensk medborgare, och PQ, som är grekisk medborgare, gifte sig den 1 december 2013 i Italien, där paret därefter bosatte sig, närmare bestämt i kommunen Sassoferrato.

16 När PQ var gravid i åttonde månaden kom makarna överens om att PQ skulle föda barnet i Aten (Grekland), där hon skulle kunna få hjälp av sin fars familj, och att PQ sedan skulle återvända till makarnas gemensamma hem i Italien med barnet.

17 Makarna reste således till Aten, där PQ den 3 februari 2016 födde en dotter, som sedan dess bor där med sin mor. Efter barnets födelse återvände OL till Italien. Enligt OL samtyckte han till att PQ bodde i Grekland med parets barn fram till maj 2016 då han förväntade sig att hans hustru och barn skulle återvända till Italien. I juni 2016 bestämde sig PQ dock för att stanna i Grekland med barnet, vilket var ett ensidigt beslut från hennes sida.

18 Enligt PQ hade makarna inte fastställt något exakt datum för hennes återresa med barnet till Italien. PQ har särskilt uppgett att OL besökte henne och barnet i Grekland i maj 2016 och därefter i juni 2016. De hade dessutom kommit överens om att tillbringa hela sommarsemestern i Grekland.

19 Den 20 juli 2016 gav OL in en ansökan om äktenskapsskillnad till Tribunale ordinario di Ancona (Domstolen i Ancona, Italien) och ansökte samtidigt om ensam vårdnad om sin dotter. Han yrkade även att rätten skulle besluta om umgängesrätt för modern. Slutligen yrkade OL att rätten skulle besluta att barnet skulle återlämnas till Italien och att han skulle beviljas underhållsbidrag för barnet. Tribunale ordinario di Ancona (Domstolen i Ancona) slog i beslut av den 7 november 2016 fast att det saknades anledning att pröva ansökningar avseende föräldraansvar för barnet, eftersom barnet sedan födseln varit bosatt och fortfarande var bosatt i en annan medlemsstat än Italien. OL överklagade detta beslut till Corte di appello di Ancona (Appellationsdomstolen i Ancona), som fastställde det genom avgörande av den 20 januari 2017. Genom beslut av den 23 januari 2017 avvisade Tribunale ordinario di Ancona (Domstolen i Ancona) även yrkandet om underhållsbidrag av ovan angivna skäl, det vill säga att barnets hemvist inte var beläget i Italien. Den 23 februari 2017 meddelade denna domstol äktenskapsskillnad mellan OL och PQ, dock utan att pröva frågan om föräldraansvar för barnet.

20 Parallellt med förfarandet vid de italienska domstolarna vände sig OL den 20 oktober 2016, till den hänskjutande domstolen, Monomeles Protodikeio Athinon (Atens förstainstansrätt med ensamdomare, Grekland) med en begäran om återlämnande av barnet.

21 Den hänskjutande domstolen har i det avseendet anfört följande i begäran om förhandsavgörande. Även om det står klart att barnet inte har ”bortförts”, i den mening som avses i artikel 11.1 i förordning nr 2201/2003 eller i artikel 3 i 1980 års Haagkonvention, från en medlemsstat till en annan, har barnet emellertid olovligen kvarhållits av sin mor i Grekland, utan att fadern har samtyckt till att barnets hemvist fastställs till den staten, trots att föräldrarna har gemensamt föräldraansvar för barnet.

22 Situationer där ett barn föds på en plats som inte har någon anknytning till föräldrarnas hemvist – till exempel av oförutsedda skäl eller på grund av force majeure, såsom att barnet föds när föräldrarna är på resa i utlandet – och därefter olovligen bortförs eller kvarhålls av en av föräldrarna medför att föräldrarnas rättigheter kränks på ett uppenbart sätt och att barnet rent faktiskt avlägsnas från den plats där han eller hon normalt skulle ha haft hemvist. Sådana situationer bör därför, av nyss nämnda skäl, omfattas av förfarandet för återlämnande enligt 1980 års Haagkonvention och förordning nr 2201/2003.

23 Barnets fysiska närvaro på en viss plats bör således inte vara en nödvändig förutsättning för att fastställa barnets ”hemvist”, i den mening som avses i artikel 11 i förordning nr 2201/2003, till den platsen. Vad särskilt beträffar nyfödda barn och spädbarn förlorar nämligen de faktorer som normalt gör det möjligt att fastställa hemvist sin betydelse på grund av att så små barn är helt beroende av de personer som har vårdnaden om dem. EU-domstolen har dessutom själv funnit att villkoret om barnets fysiska närvaro är av mindre betydelse när det gäller spädbarn. I domen av den 22 december 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829), slog domstolen fast att det är tillräckligt – tillsammans med andra omständigheter – att ett spädbarn har vistats några dagar på en viss plats för att barnets hemvist ska kunna fastställas till den platsen.

24 Vid fastställandet av ett nyfött barns eller ett spädbarns hemvist bör man snarare i första hand beakta den gemensamma viljan hos dem som har föräldraansvaret. Denna vilja skulle kunna utläsas av de förberedelser som föräldrarna har gjort för att ta emot barnet, som till exempel att anmäla barnets födelse till folkbokföringsmyndigheten på den ort där de har hemvist, inköp av kläder eller möbler till barnet, att inreda ett rum till barnet eller att hyra ett större hus.

25 Mot denna bakgrund beslutade Monomeles Protodikeio Athinon (Atens förstainstansrätt med ensamdomare) att vilandeförklara målet och att ställa följande fråga till domstolen:

”Hur ska begreppet ’hemvist’ i artikel 11.1 i [förordning nr 2201/2003] tolkas i ett fall där ett spädbarn som, av oförutsebara skäl eller på grund av force majeure, har fötts på en annan plats än den som barnets föräldrar, vilka har gemensamt föräldraansvar för barnet, hade planerat skulle utgöra barnets hemvist, och som därefter olovligen har kvarhållits av en av föräldrarna i den stat där det föddes eller som har förts till en tredje stat? Närmare bestämt, är fysisk närvaro alltid en nödvändig och uppenbar förutsättning för att en persons och, särskilt, ett nyfött barns hemvist ska kunna fastställas?”

Ansökan om att begäran om förhandsavgörande ska handläggas enligt förfarandet för brådskande mål

26 Den hänskjutande domstolen ansökte om att begäran om förhandsavgörande skulle handläggas enligt det förfarande för brådskande mål om förhandsavgörande som föreskrivs i artikel 107 i domstolens rättegångsregler.

27 Den angav som skäl för sin ansökan att det nationella målet rör ett knappt ett år gammalt barn, som har varit borta från sin far i mer än nio månader utan att han har haft möjlighet att kommunicera med sitt barn. Enligt den hänskjutande domstolen kan detta leda till att barnets framtida relation med fadern allvarligt skadas om den nuvarande situationen fortsätter.

28 I det avseendet kan det för det första konstateras att begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av förordning nr 2201/2003, som antogs på grundval av bland annat artikel 61 c EG, nu artikel 67 FEUF, som ingår i avdelning V i tredje delen av EUF-fördraget om ett område med frihet, säkerhet och rättvisa. Det är följaktligen fråga om en begäran som kan bli föremål för handläggning enligt förfarandet om brådskande mål om förhandsavgörande.

29 För det andra framgår det av beslutet om hänskjutande att det berörda barnet skildes från sin far när det i utvecklingshänseende befann sig i en känslig ålder och att barnets framtida relation med fadern kan komma att skadas allvarligt om den nuvarande situationen fortsätter.

30 Mot denna bakgrund beslutade EU-domstolens femte avdelning, den 16 mars 2017, på förslag av referenten och efter att ha hört generaladvokaten, att bifalla den hänskjutande domstolens ansökan om att begäran om förhandsavgörande ska handläggas enligt förfarandet för brådskande mål.

Prövning av tolkningsfrågan

31 Domstolen konstaterar inledningsvis att de faktiska omständigheterna i det nationella målet delvis skiljer sig från dem som tolkningsfrågan bygger på.

32 Det framgår nämligen av beslutet om hänskjutande att OL:s och PQ:s barn inte föddes i Grekland ”av oförutsebara skäl eller på grund av force majeure”, utan i enlighet med föräldrarnas gemensamma vilja, för att PQ skulle kunna få hjälp av sin fars familj före förlossningen och under de första månaderna av barnets liv. Det står även klart att barnet därefter inte ”fördes till en tredje stat”. Härtill kommer att även om den hänskjutande domstolen i sin fråga talar både om ett ”nyfött barn” och om ett ”spädbarn”, gäller det nationella målet ett spädbarn. Omedelbart efter det påstådda kvarhållandet, det vill säga i juni 2016, var OL:s och PQ:s barn nämligen redan fem månader gammalt.

33 Enligt fast rättspraxis ankommer det inte på domstolen att lämna rådgivande yttranden i allmänna eller hypotetiska frågor (dom av den 16 juli 1992 Meilicke, C-83/91, EU:C:1992:332, punkt 25, och beslut av den 11 januari 2017, Boudjellal, C-508/16, ej publicerat, EU:C:2017:6, punkt 32).

34 Enligt det förfarande för samarbete mellan nationella domstolar och EU-domstolen som införts genom artikel 267 FEUF ankommer det likväl på EU-domstolen att ge den nationella domstolen ett användbart svar, som gör det möjligt för den domstolen att avgöra det mål som den ska pröva. I detta syfte kan EU-domstolen behöva omformulera de frågor som hänskjutits (se, bland annat, dom av den 13 oktober 2016, M. och S., C-303/15, EU:C:2016:771, punkt 16 och där angiven rättspraxis).

35 Tolkningsfrågan ska således förstås på så sätt att den hänskjutande domstolen vill få klarhet i hur begreppet ”hemvist”, i den mening som avses i artikel 11.1 i förordning nr 2201/2003, ska tolkas, för att den ska kunna avgöra huruvida det är fråga om ett ”olovligt kvarhållande” i en situation som den i det nationella målet, i vilken ett barn – i enlighet med föräldrarnas gemensamma vilja – har fötts och vistats utan avbrott med sin mor i flera månader i en annan medlemsstat än den där föräldrarna hade hemvist före barnets födelse. I det sammanhanget vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida det i en sådan situation ska anses förhålla sig så, att föräldrarnas ursprungliga avsikt att modern skulle återvända med barnet till den sistnämnda medlemsstaten är en avgörande faktor för att anse att barnet har ”hemvist” – i den mening som avses i förordning nr 2201/2003 – i den medlemsstaten, oberoende av om barnet aldrig har varit fysiskt närvarande där.

36 Domstolen gör i det avseendet följande bedömning. Enligt definitionen av begreppet ”olovligt bortförande eller kvarhållande av barn” i artikel 2.11 i förordningen, som är mycket lik formuleringen i artikel 3 i 1980 års Haagkonvention, avser detta begrepp ett bortförande eller ett kvarhållande av barn som har skett i strid med den vårdnad som har anförtrotts en person genom dom, på grund av lag eller genom en överenskommelse med rättslig verkan enligt lagen i ”den medlemsstat där barnet hade hemvist omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet”.

37 I artikel 11.1 i förordning nr 2201/2003 föreskrivs vidare att bestämmelserna i denna artikel är tillämpliga om den som har vårdnad om barnet ansöker hos de behöriga myndigheterna i en medlemsstat om att de ska meddela ett beslut på grundval av 1980 års Haagkonvention i syfte att utverka återlämnande av ett barn som olovligen bortförts eller kvarhållits i ”en annan medlemsstat än den medlemsstat där barnet hade hemvist omedelbart före det olovliga bortförandet eller kvarhållandet”.

38 Det framgår av dessa bestämmelser att begreppet ”hemvist” är av central betydelse vid bedömningen av huruvida det finns stöd för en ansökan om återlämnande. En sådan ansökan kan nämligen endast bifallas om barnet omedelbart före det påstådda olovliga bortförandet eller kvarhållandet hade hemvist i den medlemsstat till vilken återlämnade begärs.

39 När det gäller vad som avses med begreppet barnets ”hemvist”, erinrar domstolen om att förordning nr 2201/2003, i likhet med 1980 års Haagkonvention, inte innehåller någon definition av detta begrepp. De artiklar i förordningen i vilka begreppet nämns innehåller inte heller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för att definiera begreppets innebörd och räckvidd.

40 Domstolen har således vid upprepade tillfällen slagit fast att det är fråga om ett självständigt unionsrättsligt begrepp som ska tolkas mot bakgrund av det sammanhang i vilket de bestämmelser som hänvisar till begreppet förekommer och mot bakgrund av målen med förordning nr 2201/2003, bland annat det mål som framgår av skäl 12 i förordningen, där det anges att de behörighetsregler som fastställs i förordningen är utformade med hänsyn till barnets bästa och, i synnerhet, till närhetskriteriet (se dom av den 2 april 2009, A, C-523/07, EU:C:2009:225, punkterna 34 och 35, och dom av den 22 december 2010, Mercredi, C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punkterna 44–46).

41 Vidare följer det av domstolens praxis att begreppet ”hemvist” ska ha en enhetlig innebörd i förordning nr 2201/2003. Detta innebär att tolkningen av detta begrepp i samband med artiklarna 8 och 10 i förordningen, som avser domstols internationella behörighet i mål om föräldraansvar, kan överföras till artikel 11.1 i förordningen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 oktober 2014, C, C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, punkt 54).

42 Enligt domstolens praxis gäller även att begreppet hemvist motsvarar den plats som avspeglar att barnet i viss utsträckning är integrerat i socialt hänseende och familjehänseende. Denna plats ska fastställas av de nationella domstolarna mot bakgrund av samtliga faktiska omständigheter i det enskilda fallet (dom av den 2 april 2009, A, C-523/07, EU:C:2009:225, punkterna 42 och 44, och dom av den 22 december 2010, Mercredi, C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punkt 47).

43 Domstolen har funnit att det vid fastställandet av ett barns hemvist inte enbart ska tas hänsyn till barnets fysiska närvaro i en medlemsstat, utan även till andra omständigheter som kan visa att denna närvaro på intet sätt är tillfällig eller sporadisk och att barnets hemvist avspeglar att barnet i viss utsträckning är integrerat i socialt hänseende och familjehänseende (dom av den 2 april 2009, A, C-523/07, EU:C:2009:225, punkt 38).

44 Bland dessa omständigheter ingår vistelsens varaktighet och regelbundenhet, villkoren för och skälen till vistelsen i en medlemsstat samt barnets nationalitet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 april 2009, A, C-523/07, EU:C:2009:225, punkt 39). Vilka omständigheter som är relevanta varierar dessutom beroende på det berörda barnets ålder (dom av den 22 december 2010, Mercredi, C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punkt 53).

45 När det berörda barnet är ett spädbarn, har domstolen slagit fast att barnets miljö i allt väsentligt utgörs av familjemiljön, vilken bestäms av den person eller de personer som barnet bor tillsammans med och som rent faktiskt tar hand om barnet och sörjer för dess omvårdnad samt att barnet med nödvändighet delar den personens eller de personernas sociala miljö och familjemiljö. Detta innebär att när ett spädbarn – som i det nationella målet – rent faktiskt tas om hand av sin mor, i en annan medlemsstat än den där fadern har hemvist, ska det tas hänsyn till bland annat dels vistelsens varaktighet och regelbundenhet, villkoren för och skälen till vistelsen i den förstnämnda medlemsstaten, dels moderns geografiska ursprung och familjeursprung samt moderns och barnets familjerelationer och sociala relationer i den medlemsstaten (se dom av den 22 december 2010, Mercredi, C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punkterna 54–56).

46 Föräldrarnas avsikt att bosätta sig med barnet i en medlemsstat kan enligt domstolen också beaktas, om den har kommit till uttryck i vissa konkreta åtgärder, såsom att förvärva eller hyra en bostad i den mottagande medlemsstaten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 april 2009, A, C-523/07, EU:C:2009:225, punkt 40).

47 [I rättad lydelse enligt beslut av den 12 juni 2017] Enligt domstolens praxis kan således föräldrarnas avsikt i princip inte anses vara avgörande i sig vid fastställandet av ett barns hemvist, i den mening som avses i förordning nr 2201/2003, utan den utgör ett ”indicium” som är ägnat att komplettera en rad andra samstämmiga uppgifter.

48 Vilken betydelse som föräldrarnas avsikt ska tillmätas vid fastställandet av ett barns hemvist beror visserligen på de specifika omständigheterna i varje enskilt fall (se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 december 2010, Mercredi, C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punkterna 50 och 51).

49 Det ska dock erinras om att – såsom angetts i punkt 32 ovan – det i det nationella målet förhåller sig så, att barnet föddes i en viss medlemsstat i enlighet med föräldrarnas gemensamma vilja och att barnet omedelbart före det påstådda olovliga kvarhållandet hade bott i den medlemsstaten i fem månader i följd med sin mor, i morfaderns familj, utan att någonsin lämna nämnda medlemsstat.

50 Vid sådana förhållanden finner domstolen att ett tillvägagångssätt som innebär att föräldrarnas ursprungliga avsikt att modern skulle återvända med barnet till en andra medlemsstat – i vilken föräldrarna hade hemvist före barnets födelse – anses vara av avgörande betydelse och varigenom det i praktiken skapas en abstrakt huvudregel om att ett spädbarns hemvist automatiskt är lika med föräldrarnas hemvist, skulle överskrida gränserna för begreppet ”hemvist”, i den mening som avses i förordning nr 2201/2003, och strida mot systematiken och effektiviteten i samt syftet med förfarandet för återlämnande. Barnets bästa påkallar inte en sådan tolkning som den som föreslagits av den hänskjutande domstolen.

51 För det första ska det erinras om att begreppet ”hemvist”, i den mening som avses i förordning nr 2201/2003, i allt väsentligt återspeglar ett faktiskt förhållande. Det skulle därmed vara svårförenligt med detta begrepp att anse att föräldrarnas ursprungliga avsikt att barnet ska bo på en viss plats har företräde framför det förhållandet att barnet sedan födseln utan avbrott har bott i en annan stat.

52 För det andra kan det mot bakgrund av systematiken i 1980 års Haagkonvention och i artikel 11.1 i förordning nr 2201/2003 konstateras att argumentet att föräldrarna har gemensam vårdnad om barnet och att modern därmed inte hade rätt att ensam bestämma var barnet skulle bo inte kan anses vara avgörande för att fastställa barnets ”hemvist”, i den mening som avses i förordningen.

53 I enlighet med definitionen av ”olovligt bortförande eller kvarhållande av ett barn” i artikel 2.11 i förordning nr 2201/2003 och artikel 3 i 1980 års Haagkonvention (se punkt 36 ovan), ska frågan huruvida ett bortförande eller ett kvarhållande är lagenligt eller inte bedömas utifrån vilken vårdnadsrätt föräldrarna har enligt rättsordningen i den medlemsstat där barnet hade hemvist före bortförandet eller kvarhållandet. Vid bedömningen av en begäran om återlämnande ska således barnets hemvist fastställas innan det prövas huruvida någon av föräldrarnas vårdnadsrätt eventuellt har åsidosatts.

54 Härav följer att frågan huruvida den vårdnadshavande fadern lämnat sitt samtycke eller inte till att barnet bosätter sig på en plats inte kan anses vara av avgörande betydelse vid fastställandet av barnets ”hemvist”, i den mening som avses i förordning nr 2201/2003. Detta överensstämmer för övrigt med tanken att nämnda begrepp i allt väsentligt återspeglar ett faktiskt förhållande.

55 Denna tolkning finner dessutom stöd i artikel 10 i förordning nr 2201/2003, som avser just det fallet att barnet får ett nytt hemvist efter ett olovligt bortförande eller kvarhållande.

56 För det tredje skulle det i ett mål som det nu aktuella nationella målet strida mot effektiviteten i förfarandet för återlämnande och mot rättssäkerheten att anse att föräldrarnas ursprungliga avsikt är en avgörande faktor för att fastställa barnets hemvist.

57 I det avseendet erinrar domstolen om att ett förfarande för återlämnande är ett påskyndat förfarande. Som framgår av ingressen till 1980 års Haagkonvention och skäl 17 i förordning nr 2201/2003 syftar förfarandet nämligen till att säkerställa ett snabbt återlämnande av barnet. Unionslagstiftaren har för övrigt konkretiserat detta krav i artikel 11.3 i förordning nr 2201/2003, genom att föreskriva en skyldighet för domstolar som handlägger en begäran om återlämnande att meddela sitt avgörande senast sex veckor från det att begäran gavs in, såvida detta inte på grund av exceptionella omständigheter är omöjligt.

58 En begäran om återlämnande ska således grundas på uppgifter som snabbt kan kontrolleras och som så långt det är möjligt är entydiga. I ett mål som det nu aktuella nationella målet kan det dock vara svårt eller till och med omöjligt att bortom allt rimligt tvivel fastställa bland annat vid vilken tidpunkt som föräldrarna ursprungligen hade tänkt att modern skulle återvända till den medlemsstat där de hade hemvist, och huruvida moderns beslut att stanna kvar i den medlemsstat där barnet föddes är orsaken till eller tvärtom konsekvensen av den ansökan om äktenskapsskillnad som fadern gav in till en domstol i den förstnämnda medlemsstaten.

59 Att i ett sådant sammanhang tolka begreppet barnets ”hemvist”, i den mening som avses i förordning nr 2201/2003, på så sätt att föräldrarnas ursprungliga avsikt vad beträffar den plats som ”borde vara” barnets hemvist är den avgörande faktorn för att fastställa densamma, skulle således kunna medföra att de nationella domstolarna blev tvungna att antingen inhämta omfattande bevisning och vittnesmål

DOM AV DEN 8.6.2017 – MÅL C-111/17 PPU
O.L.

för att med säkerhet kunna fastställa nämnda avsikt, vilket skulle vara svårförenligt med ett påskyndat återlämnandeförfarande, eller att meddela avgörande utan att ha tillgång till alla relevanta uppgifter, vilket skulle leda till rättsosäkerhet.

60 För det fjärde skulle det i ett mål som det nu aktuella nationella målet strida mot syftet med förfarandet för återlämnande att tolka begreppet ”hemvist” på det sätt som den hänskjutande domstolen har föreslagit.

61 Det framgår nämligen av den förklarande rapporten till 1980 års Haagkonvention att ett av målen med konventionen och, i förlängningen, med artikel 11 i förordning nr 2201/2003 är att återställa *status quo ante*, det vill säga den situation som rådde före det olovliga bortförandet eller kvarhållandet av barnet. Återlämnandeförfarandet syftar således till att återföra barnet till den miljö som är mest bekant för barnet och därigenom återställa kontinuiteten i barnets levnads- och utvecklingsvillkor.

62 I en situation som den i det nationella målet gäller dock, i enlighet med nyss nämnda syfte, att det förhållandet att en av föräldrarna påstås ha agerat rättsstridigt inte i sig kan anses utgöra grund för att bifalla en ansökan om återlämnande och att barnet ska förflyttas från födelsemedlemsstaten, där barnet stadigvarande och utan avbrott har bott sedan födseln, till en för barnet obekant medlemsstat.

63 Förfarandet för återlämnande enligt 1980 års Haagkonvention och förordning nr 2201/2003 syftar visserligen även till att säkerställa att ingen av föräldrarna kan stärka sin position vad gäller vårdnaden om barnet genom att kringgå – genom otillbörligt agerande – den behörighet som tillkommer de domstolar som, i enlighet med de bestämmelser som anges bland annat i förordningen, i princip ska pröva frågor om föräldraansvar för barnet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 december 2009, Detiček, C-403/09 PPU, EU:C:2009: 810, punkt 49, och dom av den 9 oktober 2014, C, C-376/14 PPU, EU:C:2014: 2268, punkt 67).

64 I det avseendet ska det dock påpekas att det vad beträffar det nationella målet inte har framkommit några uppgifter som ger anledning att anta att modern har haft för avsikt att kringgå förordningens bestämmelser om domstols behörighet i mål om föräldraansvar.

65 Vidare bör det noteras att ett beslut om att barnet ska återlämnas eller ett beslut om att barnet inte ska återlämnas inte avgör frågan om vårdnaden om barnet. Vad beträffar det nationella målet saknar det förhållandet att fadern inte kan utverka ett förfarande om återlämnande inverkan på hans möjlighet att göra gällande sina rättigheter över barnet genom att väcka talan för att få frågan om föräldraansvaret avgjord av en domstol som enligt bestämmelserna i förordning nr 2201/2003 är behörig att pröva den frågan, varvid en grundlig genomgång av samtliga omständigheter, inbegripet föräldrarnas agerande, kan göras i det målet (se, analogt, dom av den 5 oktober 2010, McB, C-400/10 PPU, EU C:2010:582, punkt 58).

66 Såsom angetts i punkt 40 ovan ska begreppet ”hemvist”, i den mening som avses i förordning nr 2201/2003, tolkas i enlighet med barnets bästa. Detta gör det dock inte i det nu aktuella målet påkallat att göra en sådan tolkning som den som föreslagits av den hänskjutande domstolen. Barnets rätt att upprätthålla ett personligt förhållande och direkta kontakter med båda föräldrarna, som stadgas i artikel 24.3 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, medför i synnerhet inte ett krav på att barnet ska flytta till den medlemsstat där föräldrarna hade hemvist före barnets födelse. Denna grundläggande rätt kan skyddas i en domstolsprocess om vårdnaden i sak, under vilken det kan göras en ny bedömning av vårdnadsfrågan och i förekommande fall beslutas om eventuell umgängesrätt.

67 Det är för övrigt mer i linje med kriteriet om närhet – som främjas av unionslagstiftaren i förordning nr 2201/2003, just i syfte att säkerställa att barnets bästa beaktas – att eventuella avgöranden som rör barnet meddelas av domstolar i den medlemsstat där barnet utan avbrott har bott sedan födseln (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 december 2009, Detiček, C-403/09 PPU, EU:C:2009: 810, punkt 36, och dom av den 15 juli 2010, Purrucker, C-256/09, EU:C:2010:437, punkt 91).

68 I alla händelser förfogar domstolen inte över några uppgifter som tyder på att barnets bästa skulle påverkas, under de specifika omständigheter som är aktuella i det nationella målet.

69 I ett mål som det nu aktuella nationella målet kan artikel 11.1 i förordning nr 2201/2003 inte, av nyss angivna skäl, tolkas på så sätt att barnet omedelbart före det olovliga kvarhållande som gjorts gällande av fadern hade ”hemvist”, i den bestämmelsens mening, i den medlemsstat där föräldrarna hade hemvist före barnets födelse. Härav följer att moderns vägran att återvända med barnet till den staten inte kan anses utgöra ett ”olovligt bortförande eller kvarhållande” av barnet i den bestämmelsens mening.

70 Av det ovan anförda följer att tolkningsfrågan ska besvaras enligt följande. Artikel 11.1 i förordning nr 2201/2003 ska tolkas på så sätt att i en situation som den i det nationella målet, i vilken ett barn – i enlighet med föräldrarnas gemensamma vilja – har fötts och vistats utan avbrott med sin mor i flera månader i en annan medlemsstat än den där föräldrarna hade hemvist före barnets födelse, utgör inte föräldrarnas ursprungliga avsikt att modern skulle återvända med barnet till den sistnämnda medlemsstaten grund för att anse att barnet har ”hemvist”, i förordningens mening, i den staten.

I en sådan situation kan således moderns vägran att återvända med barnet till den staten inte anses utgöra ett ”olovligt bortförande eller kvarhållande” av barnet, i den mening som avses i artikel 11.1 i förordning nr 2201/2003.

Rättegångskostnader

71 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (femte avdelningen) följande:

Artikel 11.1 i rådets förordning (EG) nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar samt om upphävande av förordning (EG) nr 1347/2000 ska tolkas på så sätt att i en situation som den i det nationella målet, i vilken ett barn – i enlighet med föräldrarnas gemensamma vilja – har fötts och vistats utan avbrott med sin mor i flera månader i en annan medlemsstat än den där föräldrarna hade hemvist före barnets födelse, utgör inte föräldrarnas ursprungliga avsikt att modern skulle återvända med barnet till den sistnämnda medlemsstaten grund för att anse att barnet har ”hemvist”, i förordningens mening, i den staten.

I en sådan situation kan således moderns vägran att återvända med barnet till den staten inte anses utgöra ett ”olovligt bortförande eller kvarhållande” av barnet, i den mening som avses i artikel 11.1 i förordning nr 2201/2003.

Underskrifter

Sundelind Lopez

Mål C-68/07
Kerstin Sundelind Lopez mot Miguel Enrique Lopez Lizazo

(begäran om förhandsavgörande från Högsta domstolen)

Domskäl

1. Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 3, 6 och 7 i rådets förordning (EG) nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar samt om upphävande av förordning (EG) nr 1347/2000 (EUT L 338, s. 1), i dess lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 2116/2004 av den 2 december 2004 med avseende på fördrag med Heliga stolen (EUT L 367, s. 1) (nedan kallad förordning nr 2201/2003).

2. Begäran har framställts i ett mål om äktenskapsskillnad som Kerstin Sundelind Lopez har inlett mot Miquel Enrique Lopez Lizazo.

Tillämpliga bestämmelser

Den gemenskapsrättsliga lagstiftningen

3. I skälen 4, 8 och 12 i rådets förordning (EG) nr 1347/2000 av den 29 maj 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar för makars gemensamma barn (EGT L 160, s. 19), som har upphävts från och med den 1 mars 2005 genom förordning nr 2201/2003, anges följande:

> ”(4) Olikheterna mellan vissa nationella regler om domstols behörighet och verkställighet av domar försvårar den fria rörligheten för personer och skapar hinder för en väl fungerande inre marknad. Det finns följaktligen grund för att anta bestämmelser om att göra reglerna för behörighet i äktenskapsmål och i mål om föräldraansvar enhetliga och därmed förenkla förfarandena så att domar kan erkännas och verkställas snabbt och automatiskt.
>
> …
>
> (8) I denna förordning bör det fastställas enhetliga och konsekventa åtgärder, som medger en så omfattande rörlighet för personer som möjligt. Följaktligen är det nödvändigt att tillämpa den även på medborgare från tredje land med en tillräckligt stark anknytning till någon av medlemsstaternas territorium, i enlighet med de behörighetskriterier som anges i förordningen.
>
> …
>
> (12) De grunder för domstols behörighet som godtas enligt denna förordning bygger på principen att det måste finnas en verklig anknytning mellan den berörda parten och den medlemsstat som utövar behörigheten. Beslutet att ta med vissa grunder står i samklang med den omständigheten att de redan finns i olika nationella rättsordningar och godtas av övriga medlemsstater.”

4. I artikel 3.1, under rubriken ”Allmän behörighet”, i förordning nr 2201/2003 föreskrivs följande:

> ”1. Behörighet att ta upp frågor om äktenskapsskillnad, hemskillnad och annullering av äktenskap skall tillkomma domstolarna i den medlemsstat
>
> a) inom vars territorium
>
> – makarna har hemvist, eller
>
> – makarna senast hade hemvist om en av dem fortfarande är bosatt där, eller
>
> – svaranden har hemvist, eller
>
> – om ansökan är gemensam, någon av makarna har hemvist, eller
>
> – sökanden har hemvist om sökanden har varit bosatt där i minst ett år omedelbart innan ansökan gjordes, eller
>
> – sökanden har hemvist om sökanden har varit bosatt där i minst sex månader omedelbart innan ansökan gjordes och sökanden antingen är medborgare i den berörda medlemsstaten eller, när det gäller Förenade kungariket och Irland, har ’domicil’ där,
>
> b) i vilken båda makarna är medborgare eller, när det gäller Förenade kungariket och Irland, båda makarna har ’domicil’.”

5. I artiklarna 4 och 5 i nämnda förordning fastställs regler om behörighet vid genkäromål respektive vid omvandlande av hemskillnad till äktenskapsskillnad.

6. I artikel 6, under rubriken ”Exklusiv behörighet enligt artiklarna 3, 4 och 5”, i samma förordning föreskrivs följande:

”Talan mot en make som

a) har hemvist inom en medlemsstats territorium, eller

b) är medborgare i en medlemsstat, eller, när det gäller Förenade kungariket och Irland, har ’domicil’ inom en av de senare medlemsstaternas territorium,

får väckas vid en annan medlemsstats domstolar endast i enlighet med artiklarna 3, 4 och 5.”

7. I artikel 7, under rubriken ”Behörighet i övriga fall”, i förordning nr 2201/2003 föreskrivs följande:

”1. Om ingen medlemsstats domstol är behörig enligt artiklarna 3, 4 och 5 skall behörigheten i varje medlemsstat bestämmas enligt den statens lag.

2. Mot en svarande som inte har hemvist inom en medlemsstats territorium och som varken är medborgare i medlemsstaten, eller, när det gäller Förenade kungariket och Irland, har ’domicil’ inom någon av dessa medlemsstaters territorium, får varje medlemsstats medborgare som har hemvist inom en annan medlemsstats territorium, liksom medborgarna i den staten, åberopa de behörighetsregler som gäller där.”

8. I artikel 17, under rubriken ”Prövning av behörighetsfrågan”, i samma förordning föreskrivs följande:

”Om talan som väcks vid en domstol i en medlemsstat avser ett fall som domstolen inte är behörig att ta upp enligt denna förordning och en domstol i en annan medlemsstat är behörig enligt förordningen, skall den förstnämnda domstolen självmant förklara sig obehörig.”

Den nationella lagstiftningen

9. I 3 kap. 2 § 2 lagen (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap föreskrivs att äktenskapsmål får tas upp av svensk domstol, om käranden är svensk medborgare och har hemvist i Sverige eller tidigare haft hemvist här sedan han fyllt 18 år.

Tvisten i målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

10. Kerstin Sundelind Lopez, som är svensk medborgare, är gift med Miguel Lopez Lizazo, som är kubansk medborgare. När makarna levde ihop hade de sitt hemvist i Frankrike. Kerstin Sundelind Lopez bor fortfarande i Frankrike medan hennes make är bosatt på Kuba.

11. Kerstin Sundelind Lopez väckte med stöd av den svenska lagstiftningen talan om äktenskapsskillnad vid Stockholms tingsrätt. Genom beslut av den 2 december 2005 avvisade Stockholms tingsrätt hennes talan med motiveringen att endast fransk domstol var behörig enligt artikel 3 i förordning nr 2201/2003 och att svenska behörighetsregler enligt artikel 7 i samma förordning därför inte var tillämpliga.

12. Svea hovrätt avslog i beslut av den 7 mars 2006 överklagandet av detta beslut.

13. Kerstin Sundelind Lopez överklagade hovrättens beslut till Högsta domstolen och gjorde gällande att föreskriften i artikel 6 i förordning nr 2201/2003 om exklusiv behörighet för de domstolar i medlemsstaterna som är behöriga enligt artiklarna 3-5 i denna förordning, när svaranden har hemvist inom en medlemsstats territorium eller är medborgare i en medlemsstat, innebär att dessa domstolar saknar exklusiv behörighet när svaranden inte uppfyller något av dessa kriterier. Svensk domstol kunde därför enligt henne grunda sin behörighet på bestämmelser i nationell rätt.

14. Högsta domstolen har i beslutet om hänskjutande angett att svensk domstol – till skillnad mot fransk – i detta mål inte kan grunda sin behörighet på artikel 3 i förordning nr 2201/2003, utan enbart på nationella bestämmelser. Tolkningen av artikel 7 i denna förordning är således av direkt betydelse för det nationella målets avgörande. EG-domstolen har ännu inte tolkat bestämmelserna i denna artikel.

15. Högsta domstolen har därför beslutat att förklara målet vilande och ställa följande tolkningsfråga till EG-domstolen:

”Svaranden i ett mål om äktenskapsskillnad saknar hemvist inom någon medlemsstats territorium och är inte heller medborgare i en medlemsstat. Får talan upptas till prövning av domstol i en medlemsstat som saknar behörighet enligt artikel 3 [i förordning nr 2201/2003], även om domstol i en annan medlemsstat kan vara behörig med tillämpning av någon av de i [nämnda] artikel 3 angivna behörighetsreglerna?”

Prövning av tolkningsfrågan

16. Den nationella domstolen har ställt frågan för att få klarhet i om artiklarna 6 och 7 i förordning nr 2201/2003 skall tolkas så, att en domstol i en medlemsstat kan grunda sin behörighet att pröva ett mål om äktenskapsskillnad på nationella bestämmelser när svaranden saknar hemvist inom en medlemsstats territorium och inte heller är medborgare i en medlemsstat, trots att en annan medlemsstats domstol är behörig med stöd av artikel 3 i nämnda förordning.

17. Det har i målet vid den nationella domstolen inte ifrågasatts att fransk domstol är behörig enligt artikel 3.1 a i förordning nr 2201/2003 att pröva Kerstin Sundelind Lopez talan, antingen, med stöd av andra strecksatsen i denna bestämmelse, såsom domstol i den medlemsstat där makarna senast hade hemvist, om en av dem fortfarande är bosatt där, eller, med stöd av femte strecksatsen i samma bestämmelse, såsom domstol i den medlemsstat där sökanden har hemvist, om sökanden har varit bosatt där i minst ett år omedelbart innan ansökan gjordes.

18. Enligt den klara ordalydelsen i artikel 7.1 i förordning nr 2201/2003 är det endast om ingen medlemsstats domstol är behörig enligt artiklarna 3-5 i nämnda förordning som behörigheten i varje medlemsstat skall bestämmas enligt den statens lag.

19. Vidare anges i artikel 17 i förordning nr 2201/2003, vars ordalydelse inte heller ger upphov till några tvetydigheter, att om talan som väcks vid en domstol i en medlemsstat avser ett fall som domstolen inte är behörig att ta upp enligt denna förordning och en domstol i en annan medlemsstat är behörig enligt förordningen, skall den förstnämnda domstolen självmant förklara sig obehörig.

20. Eftersom fransk domstol är behörig att pröva talan i målet vid den nationella domstolen enligt de kriterier som anges i artikel 3.1 a i förordning nr 2201/2003, kan inte svensk domstol grunda sin behörighet att pröva denna talan på bestämmelser i sin nationella rättsordning med stöd av artikel 7.1 i nämnda förordning, utan skall enligt artikel 17 däri förklara sig obehörig till förmån för fransk domstol.

21. I motsats till vad den italienska regeringen har hävdat påverkas inte denna tolkning av artikel 6 i förordning nr 2001/2003.

22. I denna bestämmelse föreskrivs visserligen att, med hänsyn till att den behörighet som föreskrivs i artiklarna 3-5 i förordning nr 2201/2003 är exklusiv, talan mot en svarande som har hemvist inom en medlemsstats territorium eller som är medborgare i en medlemsstat får väckas vid en annan medlemsstats domstolar endast i enlighet med dessa bestämmelser, och således inte i enlighet med nationella behörighetsregler. Detta hindrar emellertid inte att talan mot en svarande som varken har hemvist eller är medborgare i en medlemsstat kan väckas vid en domstol i en medlemsstat med stöd av den statens behörighetsregler.

23. Så kan enligt artikel 7.1 i förordning nr 2201/2003 vara fallet om ingen medlemsstats domstol är behörig enligt artiklarna 3-5 i denna förordning. I artikel 7.2 i nämnda förordning föreskrivs i en sådan situation att en sökande som är medborgare i en medlemsstat och har hemvist i en annan får, liksom medborgarna i den staten, mot en sådan svarande åberopa de behörighetsregler som gäller där.

24. Detta innebär emellertid inte att artikel 6 i förordning nr 2201/2003 utgör en allmän bestämmelse, enligt vilken behörigheten för en medlemsstats domstolar att pröva en talan om äktenskapsskillnad mot en svarande som varken har hemvist eller är medborgare i en medlemsstat alltid skall avgöras med stöd av nationell lagstiftning, till och med när en medlemsstats domstol är behörig med stöd av artiklarna 3 −5 i nämnda förordning.

25. En sådan tolkning strider mot den klara ordalydelsen i artiklarna 7.1 och 17 i förordning nr 2201/2003, vars tillämplighet enligt punkterna 18−20 ovan inte är beroende av svarandens ställning, utan endast av huruvida en medlemsstats domstol är behörig med stöd av artiklarna 3-5 i förordning nr 2201/2003.

26. Tolkningen i fråga strider dessutom mot syftet med sistnämnda förordning. Det framgår nämligen av skälen 4 och 8 i förordning nr 1347/2000, vars bestämmelser om behörighet att pröva äktenskapsmål i väsentliga delar har intagits i förordning nr 2201/2003, att syftet är att införa enhetliga bestämmelser om behörighet att pröva äktenskapsmål för att säkerställa en så stor rörlighet för personer som möjligt. Förordning nr 2201/2003 är således även tillämplig på tredjelandsmedborgare som har tillräcklig anknytning till en medlemsstat enligt behörighetskriterierna i nämnda förordning, kriterier som, enligt skäl 12 i förordning nr 1347/2000, bygger på principen att det måste finnas en verklig anknytning mellan den berörda parten och den medlemsstat som utövar behörigheten.

27. I målet vid den nationella domstolen innebär en tillämpning av bestämmelserna i artikel 3.1 a i förordning nr 2201/2003 att en sådan anknytning finns till Frankrike men inte till Sverige.

28. Den ställda frågan skall således besvaras enligt följande. Artiklarna 6 och 7 i förordning nr 2201/2003 skall tolkas så, att när svaranden i ett mål om äktenskapsskillnad varken har hemvist eller är medborgare i en medlemsstat, får domstol i en medlemsstat inte grunda sin behörighet att pröva målet på nationella behörighetsregler, om domstol i en annan medlemsstat är behörig med stöd av artikel 3 i nämnda förordning.

Rättegångskostnaderna

29. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Domslut

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

Artiklarna 6 och 7 i rådets förordning (EG) nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar samt om upphävande av

förordning (EG) nr 1347/2000, i dess lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 2116/2004 av den 2 december 2004 med avseende på fördrag med Heliga stolen, skall tolkas så, att när svaranden i ett mål om äktenskapsskillnad varken har hemvist eller är medborgare i en medlemsstat, får domstol i en medlemsstat inte grunda sin behörighet att pröva målet på nationella behörighetsregler, om domstol i en annan medlemsstat är behörig med stöd av artikel 3 i nämnda förordning.

Målnummer: Ö2300-19 **Avdelning:** 1

Domsnummer:

Avgörandedatum: 2019-09-06

Rubrik: Lagen om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn. Fråga om var barnet hade hemvist omedelbart före tidpunkten för kvarhållandet.

Lagrum:
- Artikel 2.11 i Rådets förordning (EG) nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar samt om upphävande av förordning (EG) nr 1347/2000
- 11 § lagen (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn

Rättsfall:
- EU-domstolens avgörande OL, C-111/17 PPU, EU:C:2017:436 EU:C:2017:436
- EU-domstolens avgörande Mercredi, C-497/10 PPU, EU:C:2010:829
- EU-domstolens avgörande A, C-523/07, EU:C:2009:225
- RÅ 1996 ref. 52
- RÅ 1995 ref. 99
- NJA 2013 s. 1143

REFERAT

Stockholms tingsrätt

S.D. förde vid Stockholms tingsrätt den talan mot L.N.L. som framgår av tingsrättens beslut.

Tingsrätten (nämndemännen Göran Hyltander, Lisbeth Rieser och Sven Lindeberg) anförde följande i beslut den 19 mars 2019.

BAKGRUND

L.N.L. är född och uppvuxen i Portugal. Hon flyttade till Sverige i början av 90-talet. Skälet till det var att hennes mamma R.L. hade bildat ny familj med en svensk man, A.L. L.N.L. har utbildat sig i Sverige till mikrobiolog. Hon flyttade till Belgien år 2013 efter att ha fått erbjudande om arbete där. Hon träffade S.D. samma år. De har ett gemensamt barn, B., som är född i Belgien den 23 juni 2015. B. är medborgare i Belgien och i Sverige. Vid tidpunkten för B:s födelse var parterna sammanboende i lägenhet i Elsene, Bryssel. De flyttade året därpå till ett radhus som L.N.L. hyrde. S.D. har under perioden haft en fastighet i Antwerpen. Han har sedan ett tidigare förhållande två barn, idag 14 år och 10 år. Han har ett regelbundet umgänge med barnen, helger och lov.

L.N.L. har vistats i Sverige tillsammans med B. i stor omfattning sedan början av januari 2018. Hon har återvänt till Belgien tillsammans med B. vid flera tillfällen. Under perioden den 25 mars-den 7 april var de på semester tillsammans med S.D. i Portugal. De var tillsammans på en bilsemester i Europa den 24 juli-den 19 augusti. Sista besöket i Belgien var i slutet av september.

B. folkbokfördes i Sverige den 24 januari 2018. L.N.L. är registrerad som ensam vårdnadshavare. B. ställdes i kö för förskoleplats den 26 februari 2018 och fick plats på förskola i Hofors från och med den 21 augusti 2018. Hon avregistrerades från folkbokföringen i Belgien den 24 juli 2018.

Enligt lagen i Belgien har sammanboende föräldrar gemensam vårdnad om barn. Den gemensamma vårdnaden består även efter att sammanboendet upphört.

L.N.L. ingav en ansökan om stämning angående vårdnad till Gävle tingsrätt den 5 december 2018. Målet är vilandeförklarat. S.D. har inlett ett vårdnadsärende i Belgien. En tidigare planerad förhandling den 26 februari 2019 har flyttats fram till den 19 mars 2019.

Den 20 december 2018 kontaktade S.D. centralmyndigheten i Belgien för att inleda en process om återförande av barn. Ansökan mottogs av utrikesdepartementet i Sverige den 17 januari 2019. Nu aktuellt ärende inleddes den 13 februari 2019.

YRKANDEN

S.D. yrkar att tingsrätten förordnar att B., enligt 11 § lagen (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. ska överflyttas till honom och deras hemvist i Belgien. Verkställighet ska i första hand ske genom att barnet överlämnas av L.N.L. i Hofors till S.D. och förenas med ett vite på 50 000 kr och i andra hand genom polismyndighetens försorg. Beslutet om överlämnande ska gälla omedelbart.

L.N.L. har bestritt yrkandena.

GRUNDER

S.D.

B. kvarhålls olovligen av L.N.L. i Sverige. Barnet hade hemvist i Belgien vid den tidpunkt som det olovliga kvarhållandet tog sin början. Det olovliga kvarhållandet strider mot den rätt S.D. har att ta vård om barnet enligt belgisk rätt och som han skulle ha utövat om inte det olovliga kvarhållandet hade ägt rum. Det finns inte några hinder mot överflyttning. Det finns risk för att L.N.L. vid ett beslut om överflyttning inte kommer att medverka.

L.N.L.

Grund för överflyttning saknas. B. har etablerat ny hemvist i Sverige när påstått kvarhållande tog sin början. Parternas relation är inte så infekterad att ett eventuellt beslut om överflyttande måste förenas med vite eller polishämtning.

UTVECKLING AV TALAN

- - -

UTREDNINGEN

- - -

SKÄL

Enligt 11 § lag (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn ska barn som olovligen har förts hit till landet eller som olovligen hålls kvar här på ansökan överflyttas till den från vilken barnet undanhålls, om barnet omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet hade hemvist i en stat som har tillträtt Haagkonventionen. Ett bortförande eller kvarhållande är olovligt, om bortförandet eller kvarhållandet strider mot den rätt att ta vård om barnet som dess vårdnadshavare eller någon annan har i den stat där barnet hade sitt hemvist omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet och denna rätt också utövades vid den tidpunkt då barnet bortfördes eller kvarhölls eller skulle ha utövats vid denna tidpunkt om inte bortförandet eller kvarhållandet hade ägt rum. Av 11 § verkställighetslagen följer att ett kvarhållande inte är olovligt om barnet omedelbart före kvarhållandet hade hemvist i Sverige. Om ett barn med vårdnadshavarens medgivande vistas i ett annat land men senare inte lämnas

tillbaka när vårdnadshavaren begär det kan ett olovligt kvarhållande föreligga trots att vårdnadshavaren inte omedelbart före kvarhållandet haft hand om barnet.

Det är ostridigt att S.D. och L.N.L. enligt belgisk rätt har gemensam vårdnad och att S.D. har utövat sin rätt att ta vård om barnet.

S.D. har påstått att L.N.L. från december 2018 olovligt kvarhåller B. i Sverige. Det är S.D. som har bevisbördan för att kvarhållandet är olovligt.

Den fråga som parterna i detta fall är oense om är om B. omedelbart före det påstått olovliga kvarhållandet hade hemvist i Belgien eller inte. Övriga förutsättningar för att kvarhållandet ska anses olovligt i verkställighetslagens mening är uppfyllda.

När det gäller frågan om vad parterna kom överens om i samband med att L.N.L. och B. reste till Sverige i januari 2018 har de redovisat olika uppfattningar. Klart är emellertid att L.N.L. bestämt sig för att flytta till Sverige redan under sommaren/hösten 2017. Vidare är klarlagt att hon reste tillsammans med B. till Sverige i januari 2018 och de har båda sedan dess varit folkbokförda här. L.N.L. har på egen hand registrerat uppgifter i folkbokföringen i Sverige och i Belgien. Hon har inte haft något särskilt medgivande i sådana frågor från S.D. Hon har vidare på egen hand i februari 2018 ställt henne i kö till förskola i Sverige.

Genom utredningen i målet framgår att L.N.L. under 2018 avslutade alla sina engagemang i Belgien. Hon har sagt upp sitt hyreskontrakt och flyttat ut från bostaden den l maj 2018 samt transporterat allt sitt bohag till Sverige. S.D. har bekräftat att han kände till det. Det framstår därför som märkligt att han inte reagerade särskilt i vart fall vid den tidpunkten eller i samband med att de återvände till Sverige efter den gemensamma bilsemestern. Även om parterna inte uttryckligen kommit överens om att B. skulle bo tillsammans med sin mamma i Sverige talar S.D:s underlåtenhet att agera för att han i vart fall passivt samtyckt till det.

B. har sedan början av december 2018 vistats i Sverige tillsammans med sin mamma mot S.D:s vilja. Vid denna tidpunkt har vistelsens längd i Sverige varat omkring tio månader. B. har under hösten påbörjat förskola i Sverige och har funnit sig tillrätta i sin nya miljö. Tingsrätten finner mot denna bakgrund att B. vid tidpunkten för påstått olovligt kvarhållande har förvärvat hemvist i Sverige. Kvarhållandet är därför inte olovligt i den mening som anges i 11 § verkställighetslagen. Förutsättningar för överflyttning av B. till Belgien med stöd av verkställighetslagen föreligger därför inte. S.D:s talan ska därför avslås.

SLUTLIGT BESLUT

Tingsrätten avslog S.D:s ansökan om överflyttning av det gemensamma barnet B.

Rådmannen Maria Lindhe var skiljaktig och anförde:

Parterna har gett uttryck för olika uppfattningar om avsikten med L.N.L:s resa och vistelse i Sverige tillsammans med B. Det är dock klarlagt att det aldrig funnits en uttrycklig överenskommelse eller ens en diskussion mellan L.N.L. och S.D. om att L.N.L. skulle bosätta sig i Sverige tillsammans med B.

L.N.L. har folkbokfört B. i Sverige och avregistrerat henne från folkbokföringen i Belgien. Hon har vidare på egen hand ställt B. i kö för förskoleplats och skrivit in henne i förskola i Hofors i augusti 2018. Hon har agerat som ensam vårdnadshavare i detta avseende. Det framstår som anmärkningsvärt att hon, trots att hon ofta spenderat tid tillsammans med S.D. under samma period, inte diskuterat sådana åtgärder med honom väl medveten om att han var vårdnadshavare. Enligt min mening har S.D. visat att han inte samtyckt till att B. skulle flytta permanent till Sverige. Det förhållandet att S.D. uppenbarligen varit medveten om att L.N.L. sedan början av sommaren inte längre hade en egen bostad i Belgien förändrar inte den bedömningen.

Om ett barn mot en vårdnadshavares vilja flyttas från ett land till ett annat kan barnet inte utan vidare anses förvärva ett nytt hemvist där. Om barnet vistats i det nya landet under en längre tid och under sådana förhållanden att barnet där fått en stadigvarande anknytning kan emellertid ett nytt hemvist etableras (NJA 2008 s. 963). Utgångspunkten är följaktligen att ett olovligt kvarhållande inte omedelbart kan leda till ett hemvistbyte. B. var drygt 2µ år när hon tillsammans med sin mamma folkbokfördes i Sverige i januari 2018. Hon har fram till den tidpunkten bott i Belgien och hennes föräldrar sammanlevde i vart fall under hennes första levnadsår. Hon har större delen av 2017 varit inskriven i förskola i Belgien. Även efter att B. folkbokfördes i Sverige har hon vistats i Belgien och tillbringat tid tillsammans med båda sina föräldrar där och på andra ställen i Europa. Med hänsyn till dessa förhållanden får B. alltjämt anses ha hemvist i Belgien. Förutsättningar för överflyttning enligt 11 § verkställighetslagen föreligger därmed.

Svea hovrätt

S.D. överklagade i Svea hovrätt och yrkade att hovrätten skulle bifalla hans ansökan i tingsrätten om överflyttning av B. Han vidhöll sina yrkanden i tingsrätten.

L.N.L. motsatte sig att tingsrättens beslut ändrades och vidhöll sin i tingsrätten redovisade inställning till S.D:s ansökan.

Hovrätten (hovrättsråden Ulrika Beergrehn och Gun Lombach samt tf. hovrättsassessorn Clara Cederberg, referent) anförde följande i beslut den 18 april 2019.

HOVRÄTTENS SKÄL

Frågan om överflyttning

Målet gäller överflyttning av barn i enlighet med 1980 års Haagkonvention om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn (Haagkonventionen). Konventionen, som har tillträtts av Sverige och Belgien, har införlivats i svensk rätt genom lagen (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn (verkställighetslagen). Som tingsrätten har redovisat ska, enligt 11 § första stycket verkställighetslagen, ett barn, som olovligen har förts hit till landet eller som olovligen hålls kvar här, på ansökan överflyttas till den från vilken barnet undanhålls, om barnet omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet hade hemvist i en stat.som har tillträtt Haagkonventionen. Tingsrätten har vidare redovisat under vilka förutsättningar som ett bortförande eller kvarhållande är olovligt samt att ett kvarhållande inte är olovligt om barnet omedelbart före kvarhållandet hade hemvist i Sverige.

S.D. har gjort gällande att L.N.L. från december 2018 olovligt kvarhåller B. i Sverige. Frågan i målet är var B. hade hemvist vid tidpunkten för det påstått olovliga kvarhållandet. Det är ostridigt att hon före januari 2018 hade hemvist i Belgien. Parterna är oense om B. under tiden därefter har etablerat nytt hemvist i Sverige.

Med hemvist avses ett boende som är stadigvarande och som ska präglas av viss stabilitet och regelbundenhet. Som tingsrätten har redovisat i den skiljaktiga meningen kan ett barn som mot en vårdnadshavares vilja flyttas från ett land till ett annat inte utan vidare anses förvärva ett nytt hemvist där. Om barnet vistats i det nya landet under en längre tid och under sådana förhållanden att barnet där fått en stadigvarande anknytning kan emellertid ett nytt hemvist etableras (NJA 2008 s. 963). Vistelsens varaktighet utgör dock endast en indikation vid bedömningen av om det är fråga om ett stabilt hemvist. Som utgångspunkt bör ett barns hemvist fastställas mot bakgrund av de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet. (Se EU-domstolens dom den

22 december 2010 i mål C-497/10 PPU, Mercredi, ECLI:EU:C:2010:829, punkterna 47-49 och 51.)

Hovrätten delar bedömningen i den skiljaktiga meningen i tingsrätten avseende vad som har framkommit genom utredningen i målet. Det är alltså klarlagt, enligt hovrätten, att det inte funnits en uttrycklig överenskommelse eller förts en diskussion mellan parterna om att L.N.L. skulle bosätta sig i Sverige tillsammans med B. Det är vidare utrett att L.N.L. - utan att diskutera sina åtgärder med S.D. - har folkbokfört B. i Sverige, avregistrerat henne från folkbokföringen i Belgien, ställt B. i kö till förskola och skrivit in henne i förskola i Sverige. Hovrätten finner därför att det genom utredningen är klarlagt att S.D. inte uttryckligen har samtyckt till att B. skulle flytta permanent till Sverige. Därutöver ger utredningen inte heller stöd för att S.D. har lämnat ett konkludent samtycke genom att inte före december 2018 begära att B. återfördes till Belgien. I detta avseende fäster hovrätten vikt vid att S.D., såvitt framkommit i målet, inte har haft kännedom om att B. började förskola i Sverige eller att L.N.L. inte längre var tjänstledig från sitt arbete i Belgien. Med hänsyn till det nu anförda är det klarlagt att parterna inte har haft som gemensam avsikt att B. skulle få nytt hemvist i Sverige vid någon tidpunkt före december 2018.

Frågan är då om B. kommit att få nytt hemvist i Sverige senast i december 2018 trots att S.D:s samtycke saknades. Av betydelse för bedömningen är då bland annat vistelsens varaktighet och regelbundenhet, förhållandena för vistelsen, barnets nationalitet, platsen och förutsättningarna för skolgång, barnets språkkunskaper, familjeförhållanden och sociala band i den nya staten (jfr EU-domstolens dom den 2 april 2009 i mål C-523/07, A, ECLI:EU:C:2009:225, punkterna 37, 39 och 44). Det har framkommit att B. tillsammans med L.N.L. har återvänt till Belgien vid flera tillfällen sedan de reste till Sverige i januari 2018 och att parterna har rest på gemensamma sommarsemestrar utomlands. Även om B. sedan augusti 2018 har gått i förskola i Sverige, har sociala relationer här och enligt uppgift har svenska som sitt primära språk, väger dessa omständigheter inte tillräckligt tungt för att hon under sin förhållandevis korta och oregelbundna vistelse i landet kan anses ha fått en så stadigvarande anknytning till Sverige att hon etablerat nytt hemvist här.

Eftersom B. inte har etablerat hemvist i Sverige är det fråga om ett olovligt kvarhållande i Sverige. Det har inte framkommit att det finns några skäl att vägra verkställighet enligt 12 § verkställighetslagen. B. ska därmed överflyttas till S.D.

Tidpunkt och former för överlämning

Överlämningen bör ske så snart som möjligt, men viss skälig tid behövs för att ordna med nödvändiga, praktiska detaljer. För B:s skull är det angeläget att den sker så skonsamt som möjligt, dvs. lugnt och om möjligt på frivillig väg. L.N.L. bör därför få en kortare tid på sig för att självmant se till att överflyttningen kommer till stånd.

L.N.L. har uppgett att hon kommer att rätta sig efter det beslut som meddelas och hovrätten utgår från att så också kommer att ske. S.D. har yrkat att beslutet i första hand ska förenas med vite och i andra hand med beslut om hämtning genom polismyndighetens försorg. Det har dock inte framkommit att förhållandena är sådana att ett vitesföreläggande kan antas leda till att B. överlämnas utan onödigt dröjsmål (jfr prop. 1992/93:139 s. 19). För att säkerställa överflyttningen av B. finns det dock skäl att redan nu besluta om hämtning genom polismyndighetens försorg om överflyttning inte har skett senast den av hovrätten fastställda dagen.

HOVRÄTTENS AVGÖRANDE

Hovrätten ändrade tingsrättens beslut så att B. skulle överflyttas till S.D. Överflyttningen skulle ske senast den 3 maj 2019 i Hofors, såvida parterna inte kom överens om annan plats. Om inte överflyttningen av B. hade skett vid den angivna tidpunkten skulle överflyttning till S.D. ske genom polismyndighetens försorg.

Högsta domstolen

L.N.L. överklagade och yrkade att HD skulle avslå S.D:s begäran om att B. skulle överflyttas till honom.

S.D. motsatte sig L.N.L:s ändringsyrkanden.

Målet avgjordes efter föredragning.

Föredraganden, justitiesekreteraren Karin Ahlstrand Oxhamre, föreslog i betänkande att HD skulle meddela följande beslut.

SKÄL

Inledning

1. Det här målet handlar om B., som föddes i Belgien den 23 juni 2015. Vid tiden för hennes födelse bodde hon tillsammans med sin pappa S.D. och sin mamma L.N.L. i en lägenhet i Bryssel. Föräldrarna har gemensam vårdnad om B.

2. Efter en tid flyttade L.N.L. till en ny bostad i Bryssel tillsammans med B. S.D. bodde periodvis i Bryssel, men ägde även en fastighet i Antwerpen. B. gick under denna tid i förskola i Bryssel.

3. S.D. är fast rotad i Belgien där han bl.a. har två barn från ett tidigare förhållande. Han bor numera i Antwerpen.

4. L.N.L. flyttade till Belgien för att arbeta. Hon kommer från Portugal, men flyttade till Sverige med sin familj i tonåren.

5. I januari 2018 reste L.N.L. till Sverige med B. Under den tid som följde återvände L.N.L. och B. till Belgien med jämna mellanrum, bl.a. för att semestra tillsammans med S.D. och hans barn.

6. I samband med att L.N.L. reste till Sverige avvecklade hon sitt liv i Belgien. Hon sa upp sin bostad och flyttade bohaget till Sverige. Den 24 januari 2018 folkbokförde hon B. i Sverige. Efter en tid avregistrerade hon B. från den belgiska folkbokföringen. B. har gått i förskola i Hofors sedan augusti 2018.

7. I december 2018 ansökte L.N.L. i Gävle tingsrätt om ensam vårdnad om B. Den 19 december 2018 kontaktades S.D. av socialförvaltningen i Hofors med anledning av målet vid tingsrätten. S.D. ansökte kort därefter om att B. skulle överflyttas till Belgien.

8. Tingsrätten avslog S.D:s ansökan. Hovrätten har beslutat att B. ska överflyttas från Sverige till Belgien.

Vad målet gäller

9. Frågan i målet är hur barnets bästa ska beaktas inom ramen för ett mål om överflyttning av barn enligt Haagkonventionen, såsom den kompletterats genom Bryssel II-förordningen.

Målet i HD

L.N.L.

10. B. har vistats i Sverige sedan januari 2018, dvs. från det att hon var 2 år och 6 månader. B. har etablerat sig i Sverige och har numera hemvist här. Alltsedan B. föddes har S.D. varit medveten om och samtyckt till att hon och B. skulle flytta till Sverige. S.D. har i vart fall godkänt flytten genom att förhålla sig passiv när hon avvecklade sitt liv i Belgien. Det har aldrig varit tal om att hon och B. skulle bo tillsammans med S.D. i Antwerpen. S.D. har inte tagit

något större ansvar för B. under den tid de båda bodde i Belgien. En överflyttning av B. från Sverige till Belgien skulle innebära att B. förs till en stad och ett hus där hon aldrig har bott. B. talar inte flamländska. S.D. har drogproblem. Det finns en allvarlig risk för att B. vid en överflyttning utsätts för fysisk eller psykisk skada eller på annat sätt försätts i en situation som inte är godtagbar.

S.D.

11. B. har centrum för sina levnadsintressen i Belgien och hon har inte etablerat något nytt hemvist i Sverige. Han har inte godtagit att B. flyttades till Sverige och har inte godkänt ändringen i folkbokföringen. Han har trott att L.N.L. åkte till Sverige för att vårda sina sjuka föräldrar och att hon skulle återvända till Belgien med B. så att de kunde bo tillsammans som en familj i Antwerpen. Han och L.N.L. har delat på omvårdnaden om B. Det är inte riktigt att han har drogproblem eller att det skulle vara skadligt för B. att överflyttas till Belgien.

12. L.N.L. har som ny bevisning i HD åberopat ett läkarintyg av överläkaren S.J. vid Gävle sjukhus till styrkande av att det föreligger risk för att B:s psykiska hälsa skulle skadas vid en överflyttning från Sverige till Belgien.

Tillämpliga regelverk

13. Sverige och Belgien har tillträtt 1980 års Haagkonvention om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn. Konventionen syftar till att skydda barn mot de skadliga effekterna av ett olovligt bortförande till ett annat land eller ett olovligt kvarhållande där. Genom konventionen inrättas en ordning som ska säkerställa att barnet skyndsamt förs tillbaka till sin hemmiljö. Frågor om vårdnaden om barnet regleras inte i konventionen. Meningen är att sådana frågor ska avgöras i det land där barnet har sin hemmiljö. (Se Haagkonventionen artikel 1 och NJA 2013 s. 1152 p. 8 och 10.)

14. Haagkonventionen har genomförts i svensk rätt genom lag (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn (se prop. 1988/89:8). Verkställighetslagens syfte är att tillse att Sverige uppfyller sina förpliktelser enligt Haagkonventionen och ska därmed tolkas i enlighet med konventionens terminologi och syfte (se bl.a. R© 1996 ref. 52).

15. För EU:s medlemsstater gäller vid sidan av Haagkonventionen Rådets förordning (EG) nr 2201/2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar, Bryssel II-förordningen. I artikel 11 i Bryssel II-förordningen finns regler som kompletterar Haagkonventionen och verkställighetslagen i fall av återlämnande av barn mellan två medlemsstater (se artikel 60 och skäl 17 i förordningen samt 1 § fjärde stycket verkställighetslagen).

16. I händelse av konflikt mellan Haagkonventionen och Bryssel II-förordningen har förordningen företräde (se artikel 60). Bryssel II-förordningen har i egenskap av unionsrätt företräde framför verkställighetslagen (jfr prop. 2001/01:98 s. 64).

Barnets bästa

17. Haagkonventionen, Bryssel II-förordningen och verkställighetslagen bygger på principen om barnets bästa. Regelverken utgår från att ett olovligt bortförande eller kvarhållande är skadligt för barnet och att barnets bästa främst tillgodoses genom att barnet snabbt och effektivt återförs till sin hemmiljö. (Se preambeln till Haagkonventionen samt skäl 12 och 13 i Bryssel II-förordningen.)

18. Vid tillämpningen av Bryssel II-förordningen är Sverige förbundet att respektera de grundläggande rättigheter som gäller inom EU såsom de kommer till uttryck i fördragen och Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, EU-stadgan. Enligt artikel 24.2 i EU-stadgan ska barnets bästa komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn.

19. Samma rättighetsskydd kommer till uttryck i artikel 3 i Barnkonventionen där det sägs att barnets bästa ska beaktas vid alla åtgärder som rör barn (jfr 1 kap. 2 § femte stycket RF). Enligt artikel 11 i konventionen förbinder sig de kontraktsslutande parterna att bekämpa olovliga bortföranden av barn.

20. Enligt artikel 8 i Europakonventionen har alla rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv (jfr även artikel 7 i EU-stadgan). Rättighetsskyddet aktualiseras vid olovliga bortföranden av barn och kan innebära att barnet ska återföras till sin hemmiljö. Europakonventionen ska i detta hänseende tolkas i ljuset av Haagkonventionen (se bl.a. Marie v. Portugal, no. 48206/99 § 68 och 72, ECHR 2003-VII).

21. De olika tillämpliga rättighetskatalogerna kan sägas anta samma grundsyn som Haagkonventionen när det gäller olovliga bortföranden av barn, dvs. att ett snabbt återlämnande av barnet till dess hemmiljö som utgångspunkt är förenligt med barnets bästa (se t.ex. Maumosseau and Washington v. France, no. 39388/05, ECHR 2007-XIII § 68 och NJA 2013 s. 1143 p. 13).

Haagkonventionens tillämpningsområde

22. I 1 kap. Haagkonventionen anges konventionens tillämpningsområde (jfr artikel 11.1 Bryssel II-förordningen och 11 § verkställighetslagen). För att konventionen ska vara tillämplig krävs det, enligt artikel 3, att bortförandet strider mot rätten att ta vård om barnet, att denna rättighet utövades vid tiden för bortförandet, att bortförandet skedde olovligen och att barnet har förts bort från sitt hemvist.

23. Syftet med 1 kap. är att avgränsa konventionens tillämpningsområde till de fall som konventionen avser att skydda. Det är den som påstår att konventionen är tillämplig som ska visa att så är fallet. Det är dock inte fråga om någon ingående prövning. Som regel är det tillräckligt att det påstås att konventionen är tillämplig för att en prövning enligt konventionen ska kunna ske. (Jfr Explanatory Report by Elisa Pärez-Vera, bl.a. p. 11 och prop. 1988/89:8 s. 41.)

24. Med rätten att ta vård om barnet avses, enligt konventionen, de rättigheter som hänför sig till vården av barnets person och särskilt rätten att bestämma var barnet ska bo (se artikel 5). Det gemensamma vårdnadsansvarets kärna är att beslut om barnet ska fattas gemensamt och i samförstånd. (Jfr 6 kap. 2 § andra stycket och 11 § och 13 § första stycket FB.) Vid bedömningen ska den som har den rättsliga vårdnaden om barnet också presumeras utöva vårdnadsansvaret.

25. Hemvistbegreppet definieras varken i Haagkonventionen eller i Bryssel II-förordningen. Det är ett faktastyrt begrepp som ska få sitt innehåll utifrån en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. I den bedömningen kan olika anknytningsfaktorer beaktas såsom syftet med vistelsen, dess varaktighet och regelbundenhet, barnets nationalitet, språkkunskaper och skolgång, samt sociala och familjerättsliga bindningar. Begreppet ska tolkas mot bakgrund av konventionens syfte och principen om barnets bästa.

26. Enligt HD:s praxis är det fråga om att bedöma var barnet får sin omvårdnad vilket också är platsen där barnet har sin sociala och känslomässiga förankring, dvs. barnets hemmiljö (se NJA 2013 s. 1143 p. 15).

27. EU-domstolen har vid sin tolkning av Bryssel II-förordningen uttalat att det rör sig om ett inom unionsrätten enhetligt begrepp som ska tolkas likvärdigt i samtliga medlemsstater mot bakgrund av målet med förordningen, som bl.a. är att ta tillvara barnets intressen. Enligt domstolen är barnets hemvist den plats som avspeglar var barnet är integrerat i socialt hänseende och i familjehänseende. När det gäller spädbarn är det ofta så att anknytningen till den eller de personer som utövat den faktiska vårdnaden om barnet har stor betydelse när barnets hemvist ska bedömas. Enligt EU-domstolen kan

parternas avsikt med vistelsen eller att en förälder agerat rättsstridigt inte ha någon avgörande betydelse för bedömningen. (Se t.ex. Mercredi, C-497/10 PPU p. 41-57, EU:C:2010:829 och OL, C-111/17 PPU p. 35-70, EU:C:2017:436.)

©terlämnande av barn

28. Om Haagkonventionen är tillämplig och det förflutit mindre än ett år från den dag det olovliga bortförandet eller kvarhållandet ägde rum, ska myndigheterna i det land som barnet befinner sig i besluta om att barnet omedelbart ska återlämnas (se artikel 12 i Haagkonventionen, artikel 11.1 i Bryssel II-förordningen och 11 § första stycket och 12 § 1 verkställighetslagen.). Ett ärende om återlämnande av barn ska handläggas skyndsamt (artikel 11.3 i Bryssel II-förordningen och 11 § andra stycket verkställighetslagen). I denna del av handläggningen ska en överflyttning i enlighet med Haagkonventionens regelverk i normalfallet presumeras vara förenlig med barnets bästa.

Möjliga vägransgrunder

29. En uttömmande uppräkning av möjliga vägransgrunder finns i artikel 13 i Haagkonventionen (jfr artikel 11 Bryssel II-förordningen och 12 § verkställighetslagen). Det är fråga om undantagssituationer där förhållandena i det enskilda fallet gör att ett återlämnande inte bör ske. I enlighet härmed ska vägransgrunderna tolkas restriktivt och enbart prövas om det finns skäl till det. (Se bl.a. Explanatory Report by Elisa Pärez-Vera p. 113 ff. Jfr även NJA 2013 s. 1143 p. 12.)

30. Enligt Haagkonventionen och Bryssel II-förordningen kan ett återlämnande vägras om personen som motsätter sig återlämnandet visar att den som begär åtgärden faktiskt inte utövade vårdnadsrätten vid tiden för bortförandet eller det olovliga kvarhållandet eller hade samtyckt till eller i efterhand godtagit bortförandet (artikel 13 a). (Jfr Carlson v. Switzerland, no. 49492/06, 6 November 2008 § 77.)

31. Ett återlämnande får även, enligt artikel 13 b i Haagkonventionen (jfr 12 § 2 verkställighetslagen), vägras om det bevisas att det finns en allvarlig risk för att ett återlämnande skulle utsätta barnet för fysisk eller psykisk skada eller på annat sätt försätta det i en situation som inte är godtagbar. Uttrycket utgör en översättning av konventionens uttryck ,intolerable situation,. Som exempel på fall av detta slag kan nämnas att barnet flyttas till en krigszon eller till ett flyktingläger. (Se prop. 1988/89:8 s. 43.) Det står klart att det rör sig om helt andra situationer än de negativa effekter som per automatik uppstår för ett barn till följd av att det ska förflyttas från ett land till ett annat.

32. Möjligheterna att tillämpa artikel 13 b mellan länder inom EU be-gränsas av artikel 11.4 i Bryssel II-förordningen. Där föreskrivs att en domstol inte kan vägra ett återlämnande med stöd av bestämmelsen för det fall det styrks att lämpliga åtgärder har vidtagits för att garantera barnets skydd efter återlämnandet. Det är enbart i de fall där den som motsätter sig ett återlämnande har bevisat att det föreligger sådana omständigheter som kan utgöra skäl att vägra återlämnande enligt artikel 13 b i Haagkonventionen som domstolen behöver gå in och bedöma om tillräckliga garantier har lämnats.

33. Vägransgrunderna är uppställda till skydd för barnet och ska därför tolkas i enlighet med barnets rättighetsskydd såsom det kommer till uttryck i bl.a. Barnkonventionen (jfr Lagrådets yttrande i prop. 1988/89:8 s. 53 ff.). Det framgår av Europadomstolens praxis att den nationella domstolen, för det fall det läggs fram konkreta bevis om att en vägransgrund är för handen, måste göra en seriös och konkret bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Domstolen har en utredningsskyldighet även beaktat det skyndsamhetskrav som gäller. (Se Neulinger and Shuruk v. Switzerland [GC], no. 41615/07 § 139 och X v. Latvia [GC], no. 27853/09, 26 November 2013 § 101-108.)

34. I 12 § 4 verkställighetslagen finns dessutom angivet att en överflyttning får vägras om det inte är förenligt med grundläggande principer här i landet om skyddet för mänskliga fri- och rättigheter att besluta om överflyttning. Bestämmelsen motsvaras av artikel 20 i Haagkonventionen. Artikeln kan liknas vid ett ordrepublicförbehåll, men med starkt begränsad räckvidd. Den är sålunda avsedd att komma till användning i rena undantagsfall. (Se prop. 1988/89:8 s. 43 f. och Explanatory Report by Elisa Pärez-Vera p. 113 ff.)

Bedömningen i detta fall

35. B. är född i Belgien där hon bodde med båda sina föräldrar tillika vårdnadshavare tills hon var 2 år och 6 månader. I Belgien har hon sin pappa, som har utövat vårdnaden om henne, även om han periodvis inte bott tillsammans med henne. I Belgien har B. även annan familj som står henne nära.

36. B. har bott i Sverige sedan början av år 2018. Hon har etablerat sig väl i Sverige, talar språket och har en förskoleplats. I Sverige finns hennes mamma och även annan familj som står henne nära.

37. L.N.L:s resa till Sverige med B. skedde i samråd med S.D. Parterna har olika uppfattningar om vad resan till Sverige innebar. L.N.L. menar att det stod klart att hon flyttade till Sverige med B., medan S.D. påstår att det var fråga endast om en tillfällig vistelse. S.D. har, sedan han förstått att det rörde sig om en flytt, motsatt sig att B. kvarstannar i Sverige.

38. Det är L.N.L. som har tagit initiativet till flytten av den gemensamma dottern B. Det är då hon som måste visa att det fanns en överenskommelse om att B. i fortsättningen skulle bo i Sverige. Det har hon inte gjort.

39. Vid en sammantagen bedömning får B. anses ha en sådan anknytning till Belgien att hennes hemvist är kvar där. Hon kvarhålls i Sverige olovligen mot S.D:s vilja. Det har därmed konstaterats att Haagkonventionen är tillämplig. Det betyder att ett återlämnande ska ske om någon av vägransgrunderna inte är för handen. Det är L.N.L. som måste bevisa att det finns skäl att vägra ett återlämnande.

40. L.N.L. har inte bevisat att S.D:s inte tog del i vården av B. före det att hon togs till Sverige. L.N.L. har inte heller bevisat att S.D. samtyckt till flytten till Sverige eller att han senare har godtagit den.

41. Det finns därför inte skäl att vägra ett återlämnande med stöd av artikel 13 a i Haagkonventionen.

42. L.N.L. har även åberopat artikel 13 b Haagkonventionen.

43. Av det läkarintyg som getts in framgår sammanfattningsvis följande. B. är en gladlynt, välbegåvad och mycket empatisk och social person. Hon har anpassat sig bra till det svenska samhället och pratar både svenska och portugisiska. Hon har en fin anknytning till sin mor och mormor. Enligt läkarens bedömning är det angeläget att B. får förbli hos sin mor och mormor i Sverige. Konsekvenserna för B. av en påtvingad flytt från modern bedöms som allvarliga med risk för långvariga symptom upp i vuxen ålder.

44. Det ligger i sakens natur att en flytt för ett barn från en miljö till en annan är svår att hantera. De vuxna i barnets omgivning har ett ansvar för att en sådan flytt blir så skonsam för barnet som möjligt. Det finns ingenting i utredningen som talar för att L.N.L., i vart fall under en övergångsperiod, inte skulle ha möjlighet att följa med B. till Belgien. Läkarintyget, tillsammans med övrig utredning i ärendet, ger inte stöd för slutsatsen att det finns grund att vägra ett överlämnande med stöd av 13 b Haagkonventionen.

45. Vid denna bedömning finns det inte skäl att gå in på frågan om det är möjligt att vidta åtgärder för att skydda B. vid hemkomsten till Belgien (se artikel 11. 4 Bryssel II-förordningen). Ett återlämnande kan inte heller anses vara oförenligt med B:s rättigheter enligt Barnkonventionen eller L.N.L:s och B:s rättigheter enligt Europakonventionen.

46. B. ska därmed återlämnas till Belgien. HD gör ingen annan bedömning än den som hovrätten har gjort i fråga om hur ett sådant återlämnande bör ske.

HD:S AVGÖRANDE

HD avslår överklagandet.

HD (justitieråden Ann-Christine Lindeblad, Johnny Herre, Svante O. Johansson, Stefan Johansson, referent, och Malin Bonthron) meddelade den 6 september 2019 följande beslut.

SKÄL

Vad målet i HD gäller

1. Målet gäller om ett barn med stöd av lagen (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn (verkställighetslagen) ska överflyttas till sin pappa i Belgien.

2. Barnet fördes av sin mamma, med pappans medgivande, från Belgien till Sverige och hade vistats här i elva månader när pappan gjorde gällande att mamman från och med den tidpunkten olovligen håller kvar barnet i Sverige. Den avgörande frågan är var barnet hade hemvist omedelbart före den tidpunkt då pappan påstår att det olovliga kvarhållandet började.

Bakgrund

3. L.N.L. flyttade från Sverige till Belgien 2013 för att arbeta i Bryssel. Hon träffade samma år S.D., som är bosatt i Belgien. S.D. har sedan ett tidigare förhållande två barn i Belgien som han hade regelbundet umgänge med.

4. I juni 2015 fick L.N.L. och S.D. tillsammans dottern B., som de har gemensam vårdnad om. I samband med att B. skulle födas flyttade L.N.L. och S.D. tillsammans in i en lägenhet i Bryssel. De flyttade året därpå till ett radhus som L.N.L. hyrde. S.D. ägde dessutom en fastighet i Antwerpen som han höll på att renovera.

5. I januari 2018 åkte L.N.L. tillsammans med B. till Sverige för att vistas här. S.D. ansökte i februari 2019 om att B. ska överflyttas till honom i Belgien och gjorde gällande att L.N.L. sedan mitten av december 2018 olovligen håller kvar B. i Sverige.

6. Tingsrätten avslog S.D:s ansökan eftersom B. i december 2018 hade hemvist i Sverige. Hovrätten har däremot funnit att B. vid den tidpunkten hade kvar sitt hemvist i Belgien och har beslutat att hon ska överflyttas till S.D.

7. HD har den 2 maj 2019 bestämt att hovrättens beslut tills vidare inte får verkställas.

Den rättsliga regleringen

Olovligt bortförande eller kvarhållande

8. 1980 års Haagkonvention om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn syftar till att skydda barn mot de skadliga effekterna av att bli uppryckta från sin invanda miljö. Konventionen innehåller därför bestämmelser som ska göra det möjligt att snabbt återföra ett barn som olovligen har förts till eller hålls kvar i ett annat land.

9. Haagkonventionen är genomförd i svensk rätt genom verkställighetslagen. Mellan EU:s medlemsstater gäller dessutom Bryssel II-förordningen som kompletterar Haagkonventionen i fall av återlämnande av barn mellan två medlemsstater.

10. För att ett barn ska kunna återföras måste det vara fråga om ett olovligt bortförande eller kvarhållande. För att så ska vara fallet krävs att bortförandet eller kvarhållandet strider mot en rätt till vårdnad som har anförtrotts en person, en institution eller något annat organ, antingen gemensamt eller för sig, enligt lagen i den stat där barnet hade hemvist omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet. (Se 11 § verkställighetslagen, artikel 3 i Haagkonventionen och artikel 2.11 i Bryssel II-förordningen.)

11. Detta krav innebär att vid bedömningen av en begäran om återlämnande måste barnets hemvist fastställas innan det prövas om någon av föräldrarnas vårdnadsrätt har åsidosatts. En ansökan om överflyttande kan bifallas endast om barnet omedelbart före det påstådda olovliga bortförandet eller kvarhållandet hade hemvist i den stat till vilken återlämnande begärs. (Se EU-domstolens avgörande OL, C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, p. 38 och 53.)

Begreppet hemvist

12. Begreppet hemvist definieras inte i verkställighetslagen, Haagkonventionen eller Bryssel II-förordningen. Begreppet tar sikte på rent faktiska förhållanden som ska fastställas mot bakgrund av samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Inom EU är det fråga om ett självständigt unionsrättsligt begrepp som ska tolkas i enlighet med barnets bästa. Det ska motsvara den plats som avspeglar var barnet i viss utsträckning är integrerat i socialt hänseende och familjehänseende. (Se bl.a. den förklarande rapporten till Haagkonventionen p. 66 och EU-domstolens avgörande OL, C-111/17 PPU, p. 39-42 och 51.)

13. Att hemvistbegreppet tar sikte på faktiska förhållanden medför att det som föräldrarna kommit överens om när det gäller var barnets hemvist ,borde, vara kan tillmätas endast begränsad betydelse och är då beroende av om överenskommelsen har kommit till utryck i konkreta åtgärder. Den ursprungliga avsikten hos föräldrarna är alltså inte avgörande vid fastställande av ett barns hemvist. (Se OL, C-111/17 PPU, p. 46-52.)

14. I svensk rättspraxis avseende verkställighetslagen, i situationer där Bryssel II-förordningen inte har varit tillämplig, har kravet på hemvist uttryckts så att det ska fastställas var barnets effektiva levnadscentrum är beläget, eller var barnet har sin hemmiljö eller invanda miljö, där det får sin omvårdnad och där det har sin sociala och känslomässiga förankring (se R© 1995 ref. 99, R© 1996 ref. 52 och NJA 2013 s. 1143 p. 8, 13 och 15).

15. Det finns inte någon tidsgräns för hur länge ett barn ska ha vistats i en medlemsstat för att det ska anses ha fått hemvist där. EU-domstolen har förklarat att längden på vistelsen endast utgör en indikation vid bedömningen av om det är fråga om ett stabilt hemvist. Förutom barnets fysiska närvaro i en medlemsstat ska därför hänsyn tas till andra omständigheter som kan visa att närvaron inte är tillfällig eller sporadisk. (Se EU-domstolens avgöranden A, C-523/07, EU:C:2009:225, p. 38 och Mercredi, C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, p. 51.)

16. Omständigheter av betydelse, förutom vistelsens varaktighet, är vistelsens regelbundenhet, villkoren för och skälen till vistelsen, barnets nationalitet, platsen och förutsättningarna för skolgången, barnets språkkunskaper samt dess familjeförhållanden och sociala band i medlemsstaten. Vilka omständigheter som är relevanta varierar beroende på barnets ålder. De omständigheter som ska beaktas när det gäller ett barn i skolåldern skiljer sig från de som ska beaktas när det gäller en minderårig som har avslutat sina studier. När det gäller ett litet barn är det framför allt familjeförhållandena som är relevanta. Dessa förhållanden fastställs av den eller de personer som barnet bor tillsammans med och som rent faktiskt tar hand om barnet och sörjer för dess omvårdnad. (Se EU-domstolens avgöranden A, C-523/07, p. 38 och 39, Mercredi, C-497/10 PPU, p. 53 och 54 samt OL, C-111/17 PPU, p. 44 och 45.)

Bedömningen i detta fall

Frågan om hemvist är avgörande

17. Den avgörande frågan i målet är var B. hade hemvist i mitten av december 2018, dvs. omedelbart före den tidpunkt från vilken S.D. gör gällande att L.N.L. olovligen håller kvar B. i Sverige.

Utredningen i målet

18. L.N.L. och B. begav sig till Sverige i januari 2018 för att vistas här. S.D. och L.N.L. diskuterade inte hur länge vistelsen i Sverige skulle pågå eller de närmare förutsättningarna för den. S.D. godtog vistelsen och att det inte bestämdes någon tidsgräns för den.

19. L.N.L. folkbokförde B. i Sverige, angav sig själv som ensam vårdnadshavare, anmälde B. som utflyttad från Belgien samt ställde B. i kö till svensk förskola. Hon informerade inte S.D. om dessa åtgärder.

20. I februari 2018 sade L.N.L. upp hyreskontraktet avseende radhuset i Bryssel. Hon lämnade radhuset i slutet av april och flyttade då allt sitt bohag till Sverige. S.D. hade vetskap om dessa åtgärder.

21. L.N.L. åkte tillsammans med B. till Belgien ett antal helger under första kvartalet 2018, bl.a. för att träffa S.D. I april var L.N.L. och B. i Bryssel i cirka två veckor i samband med att L.N.L. lämnade radhuset och flyttade sitt bohag till Sverige.

22. S.D., L.N.L. och B. var under 2018 på semester tillsammans vid två tillfällen. I mars/april besökte de Portugal och i juli/augusti åkte de tillsammans med S.D:s två andra barn på bilsemester till Bulgarien.

23. B. går sedan augusti 2018 i förskola i Sverige. L.N.L. och B. var i Belgien senaste gången i slutet av september 2018. S.D. har inte besökt B. i Sverige under 2018. Kontakt under 2018 mellan S.D. och B. har även ägt rum via videosamtal.

24. I december 2018 ansökte L.N.L. om stämning vid tingsrätten och yrkade ensam vårdnad om B. Den 19 december 2018 kontaktade socialförvaltningen S.D. med anledning av målet vid tingsrätten.

25. S.D. har uppgett att han och L.N.L. alltjämt var ett par när hon i januari 2018 begav sig till Sverige tillsammans med B. Även om det inte var bestämt hur länge de skulle vistas i Sverige utgick han från att L.N.L. och B. därefter skulle komma tillbaka till honom i Belgien för att bo tillsammans som en familj. Vistelsens längd var som han uppfattade det beroende av hur länge L.N.L. behövde ta hand om sina föräldrar. Det var först i samband med att hon väckte talan om ensam vårdnad i december 2018 som han förstod att hon hade för avsikt att stanna i Sverige tillsammans med B.

26. L.N.L. har uppgett att hennes och S.D:s förhållande tog slut under 2017 och att hennes avsikt hela tiden var att stanna i Sverige.

B. hade hemvist i Sverige i december 2018

27. De åtgärder som L.N.L. vidtog i samband med att hon och B. begav sig till Sverige och den närmaste tiden därefter bekräftar att hennes avsikt var att stanna i Sverige. Det råder därför inte någon tvekan om att L.N.L. var bosatt i Sverige i december 2018.

28. B. var drygt två och ett halvt år då hon i januari 2018 kom till Sverige tillsammans med L.N.L. för att vistas här. I mitten av december 2018 hade B. vistats i Sverige i elva månader. Det är en förhållandevis lång tid för ett så litet barn och är i och för sig tillräcklig för att etablera ett nytt hemvist. Tiden för vistelsen är emellertid endast en av flera omständigheter som ska beaktas vid bedömningen av var barnet har hemvist. (Se p. 15.)

29. B. har under hela sitt liv bott tillsammans med L.N.L. och det är hon som rent faktiskt har haft ansvaret för B. och huvudsakligen sörjt för hennes omvårdnad. Detta har särskilt varit fallet under 2018.

30. Det förhållandet att B. i augusti 2018 började i svensk förskola och alltjämt gick där i december 2018 är en omständighet som stärker hennes anknytning till Sverige.

31. B. har under 2018 endast gjort kortare besök i Belgien. Det har vid varje tillfälle skett tillsammans med L.N.L. S.D. har inte vid något tillfälle under 2018 ensam haft ansvaret för B. i Belgien. Inte heller har han under denna tid besökt henne i Sverige.

32. S.D. har inte haft kännedom om att L.N.L. folkbokfört B. i Sverige, angett sig som ensam vårdnadshavare, anmält henne som utflyttad från Belgien samt placerat henne i kö till svensk förskola. Han har emellertid godtagit att vistelsen i Sverige inte var bestämd i tiden samt de faktiska förhållanden under vilka vistelsen ägde rum fram till mitten av december 2018. Han har inte vid något tillfälle under denna tid krävt att B. skulle spendera mer tid i Belgien tillsammans med honom eller återvända dit.

33. Vid en bedömning av samtliga omständigheter måste Sverige i mitten av december 2018 anses vara den plats som avspeglar var B. var integrerad i socialt hänseende och familjehänseende. Hon hade således vid den tidpunkten hemvist i Sverige. Det är alltså inte fråga om något olovligt kvarhållande.

34. Hovrättens beslut ska därmed ändras och S.D:s ansökan om överflyttning av B. avslås.

HD:S AVGÖRANDE

Med ändring av hovrättens beslut avslår HD S.D:s ansökan om att B. ska överflyttas till honom i Belgien.

Sökord: Hemvist; Haagkonventionen; Överflyttande av barn

Seminarium 19
Förmögenhetsrättsligt lagval

I centrum för detta seminarium står lagvalsfrågan när det gäller avtals- och utomobligatoriska tvister. Olika regleringar avseende lagval för dessa typer av gränsöverskridande tvister berörs, och Vi kommer bl.a. att bekanta oss med lagvalsregler som har sitt ursprung i olika rättskällor och deras inbördes förhållanden.

1. Bakgrund

Numera är det vanligt att ett rättsförhållande har internationell karaktär, dvs. har anknytning till flera länder och därmed till flera rättssystem. Ett exempel utgörs av ett köpeavtal varigenom ett svenskt företag med säte i Norrland förvärvar en hjullastare från en tysk säljare.[1] Ett annat exempel handlar om den olyckliga, men inte helt ovanliga, situationen att en bilist med hemvist i Sverige råkar ut för en bilolycka under en semesterresa någonstans i Europa. Dylika gränsöverskridande fall kan, på samma sätt som kontrakt eller olyckor som håller sig inom Sveriges gränser, ge upphov till olika rättsliga tvister. Rättsförhållandenas internationella karaktär medför att svenska domstolar, för det fall talan väcks inför dem, ställs inför två frågor som saknar motsvarighet i rent interna, svenska tvister.

Den svenska domstolen måste först pröva om svensk behörighet föreligger, i vart fall om en svarande uteblir eller gör en s.k. foruminvändning (en invändning om att den svenska domstolen inte är behörig). Behörighetsfrågan ska Vi behandla på seminarium 20.

Nästa fråga som den svenska domstolen måste ta ställning till, under förutsättning att svensk behörighet finns, är den avseende tillämplig rättsordning (lagvalsfrågan). Den tillämpliga lagen bestäms med hjälp av svenska internationellt privaträttsliga lagvalsregler (regler om lagval). Ett äldre uttryck för lagvalsregler är kollisionsregler efter tyskans *Kollisionsregeln*.

Svenska lagvalsregler kan ha ursprung i unionsrätt (numera vanligen i EU-förordningar), i internationella konventioner (t.ex. i Haagkonventioner som antas vid Haagkonferensen för internationell privaträtt[2]) eller vara resultatet av den svenska lagstiftarens egna åtgärder, alternativt ha skapats i rättspraxis av Högsta domstolen. Centralt i detta sammanhang är att svenska lagvalsregler, oavsett ursprung, som huvudregel är universellt

[1] Se Hovrätten för Övre Norrland mål nr T 318-13 – den tyska hjullastaren.
[2] Såväl Sverige som EU är medlemmar i Haagkonferensen.

tillämpliga.[3] Det betyder helt enkelt att en svensk domstol kommer att tillämpa en viss lagvalsregel och den nationella rättsordning som denna regel utpekar. Den utpekade rättsordningen kan vara svensk lag, lagen i en annan EU-medlemsstat eller i en konventionsstat respektive lagen i ett tredjeland[4].

2. Alla ombord på lagvalsexpressen: Vilket spår ska vi ta?

2.1 Avtalsrättsliga förpliktelser

Svenska lagvalsregler på avtalsrättens område regleras från och med den 17 december 2009 av EU:s förordning nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I-förordningen).[5] Enligt art. 28 omfattar denna förordning endast avtal som har ingåtts efter den 17 december 2009. Avtal som ingåtts före detta datum regleras av Rom I-förordningens föregångare – 1980 års Romkonvention.[6] Rom I-förordningen är alltså en reviderad version av konventionen.

Unionsrättsligt betraktas Rom I-förordningen och Romkonventionen som olika versioner av ett instrument som utvecklas. Mellan dem råder s.k. rättslig kontinuitet. Det betyder att EU-domstolens förhandsavgörande beträffande Romkonventionen fortfarande kan ha betydelse när det gäller tolkningen av bestämmelser i Rom I-förordningen, såvida inte ordalydelsen av en bestämmelse har ändrats. Förordningens förhållande till konventionen regleras för övrigt av art. 24.

Lagvalsreglerna i Rominstrumenten avser att bidra till förutsebarhet och flexibilitet i lösningen av lagvalsfrågan. Även hänsyn som återspeglas i materiell unionsrätt i medlemsstaterna, t.ex. skydd för svagare parter, ska garanteras i lagvalet. Det brukar kallas för lagvalsreglers materialisering. I egenskap av EU-förordning är Rom I-förordningen direkt tillämplig i svenska domstolar. Eftersom det handlar om en EU-förordning är det EU-domstolen som har sista ordet och tolkningsföreträde rörande dess tolkning.[7] EU-domstolen har för vana att tolka EU-förordningar EU-autonomt, dvs. oberoende av hur begrepp förstås i nationell rätt i de olika medlemsstaterna. Den EU-autonoma tolkningen avser att uppnå en enhetlig tolkning och tillämpning av unionsrätten i alla medlemsstater, oavsett i vilken medlemsstat en talan prövas.

Rättsläget kompliceras tyvärr av att det finns andra svenska lagvalsregler som kan göra anspråk på tillämplighet parallellt med Rom I-förordningen, nämligen lagvalsreglerna i lagen (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker (IKL).

---

[3] I vanliga fall brukar internationella instrument med regler om lagval innehålla en uttrycklig bestämmelse om detta om det är avsett, jfr. t.ex. art. 2 i Rom I-förordningen. I 1955 års Haagkonvention uttrycks detta emellertid i artikel 7 som att staterna ”äro ense om att införliva bestämmelserna […] med respektive länders nationella lagstiftning. Se prop. 1964:149 s. 9.

[4] Begreppet tredjeland används ofta i EU-rättsliga sammanhang för att indikera att det är en stat som inte ingår i EU- eller EFTA-samarbetet.

[5] EUT 2008 L 177 s. 6.

[6] Romkonventionen är egentligen en internationell konvention, men anses så nära förbunden med unionsrätten att den hör till unionsrätten.

[7] Art. 267 FEUF.

IKL bygger på en Haagkonvention från år 1955, men har ett snävare tillämpningsområde än Rom I-förordningen. En svensk domstol tillämpar lagvalsreglerna i IKL bara när tvisten avser ett internationellt köp av lösa saker och inte på andra typer av köpeavtal.

Om en tvist angår ett gränsöverskridande köpeavtal av lösa saker, och såväl Rom I-förordningen som IKL gör anspråk på tillämplighet, hur väljer man rätt rättskälla? Av art. 24 och 25 i Rom I-förordningen framgår att förordningen är subsidiär och lämnar företräde för lagvalsregler i internationella konventioner. Således går lagvalsreglerna i IKL före lagvalsreglerna i Rom I-förordningen, eftersom de har sitt ursprung i en internationell konvention, nämligen i 1955 års Haagkonvention om tillämplig lag på internationella köp av lösa saker. Även Romkonventionen viker för lagvalsregler i andra internationella konventioner enligt art. 21.

För att ytterligare komplicera situationen när det gäller tillämpliga regler på avtal om internationella köp av lösa saker finns även anledning att beakta lag (1987:822) om internationella köp (CISG). Lagen har sitt ursprung i FN-konventionen den 11 april 1980 angående avtal om internationella köp av varor (CISG) och har genom 1987 års lag införlivats med svensk rätt. Denna konvention, som för närvarande har tillträtts av över 80 stater däribland Sverige, innehåller huvudsakligen materiella regler för internationella köp av varor. CISG innehåller således inte lagvalsregler i egentlig bemärkelse. CISG är enligt art. 1.1 tillämplig på avtal om köp av varor mellan parter med affärsställen i olika stater när dessa är fördragsslutande stater eller när lagvalsregler leder till att lagen i en konventionsstat ska tillämpas.[8] Svårigheterna att veta vilket instruments bestämmelser som ska tillämpas har illustrerats av NJA 2020 s. 485.

När det gäller uppgiften att säkerställa en konventionskonform tolkning av lagvalsreglerna i IKL eller av CISG:s bestämmelser, så är det en fråga för konventionsstaternas nationella domstolar. Ett sätt för svenska domstolar att säkerställa en enhetlig tolkning av konventionsbestämmelser är att beakta rättspraxis från andra konventionsstater.[9] Någon övernationell uttolkare av bestämmelserna, såsom beträffande unionsrätten och EU-domstolen, finns inte.

2.2 Utomobligatoriska förpliktelser

Svenska lagvalsregler för utomobligatoriska förpliktelser finns numera i EU:s förordning nr 864/2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (Rom II-förordningen)[10]. Rom II-förordningen tillämpas av svensk domstol från och med den 11 januari 2009 på skadevållande händelser som inträffat efter den 20 augusti 2007, se art. 31 och 32. Utomobligatoriska förpliktelser som inträffat före det datumet regleras i svensk

[8] Se 2 § i lag (1987:822), den s.k. nabo-klausulen, enligt vilken CISG inte tillämpas om både säljaren och köparen har sina affärsställen i Danmark, Finland, Island, Norge eller Sverige.
[9] Se t.ex. https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg.
[10] EUT L 199/40, 31.7.2007.

rätt av några få, relativt gamla, prejudikat. Rom II-förordningen har således inneburit att ett i princip oreglerat område blivit reglerat.

Förordningen är tillämplig på alla förpliktelser som *inte* härrör ur avtal. Utomobligatoriska förpliktelser ska, liksom avtalsförpliktelser, ges en autonom (självständig) tolkning frikopplad från hur begreppsapparaten eller terminologin ser ut i enskilda medlemsstaters nationella rätt. Från Rom II-förordningens tillämpningsområde har vissa undantag gjorts, bl.a. i vad gäller kränkningar av privatliv och personlighetskränkningar, inklusive ärekränkning. Under förhandlingarna visade det sig omöjligt att nå enighet i dessa frågor, inte minst på grund av skilda åsikter beträffande yttrandefrihetens utformning. Det kan tyckas vara beklagligt, eftersom sådana kränkningar inte sällan har internationell spridning genom internet och digital media. På detta undantagna rättsområde saknar svensk rätt lagfästa lagvalsregler och osäkerhet råder om hur lagvalet ska lösas.

3. Partsautonomi – betydelsen av parternas subjektiva överenskommelser

3.1 Enligt Romkonventionen, Rom I-förordningen eller IKL

Huvudregeln i såväl Rominstrumenten som IKL är partsautonomi, dvs. parterna får komma överens om tillämplig lag, se art. 3 i Rominstrumenten och 3 § IKL.[11] Parterna kan i princip välja att underkasta avtalet vilket lands lag de vill. Denna lag behöver inte ha någon anknytning vare sig till parterna eller till avtalet. En fördel med denna frihet är att parterna kan välja en rättsordning som är neutral för båda parterna eller en lag som har särskilt väl utvecklade materiella regler på ett visst område (t.ex. engelska regler för finansiella tvister eller norska regler för sjö- eller petroleumsrättsliga tvister).

Under förhandlingarna om Rom I-förordningen diskuterades ingående om parterna skulle kunna avtala om tillämpning av s.k. internationella principer i stället för en nationell rättsordning. Det kan t.ex. handla om de s.k. UNIDROIT-principerna[12], Principles of European Contract Law[13] (PECL – även kända som Lando-principerna) eller av von Bar-gruppen framtagna principer för avtalsrättsliga förhållanden, s.k. Draft Common Frame of Reference (DCFR)[14]. Dessa uppsättningar av principer är framförhandlade huvudsakligen av akademiker och tänkta att kunna användas som oberoende regler i internationell handel där parterna kommer från olika länder. De kan också tjäna som inspiration för lagstiftare och domstolar. Frågan om dylika uppsättningar principer ska kunna tillämpas som lag genom att parterna kommer överens om deras tillämpning, kom

[11] Formkraven för att ingå ett giltigt lagvalsavtal skiljer sig åt en aning mellan de tre regelverken. Enligt 2 § IKL ska en lagvalsöverenskommelse gälla om den är ”uttrycklig” eller ”otvetydigt framgår av avtalet”. Enligt artikel 3 Romkonventionen gäller att överenskommelsen ska vara ”uttrycklig” eller ”med rimlig säkerhet framgå av avtalsvillkoren eller av övriga omständigheter”. I artikel 3 Rom I-förordningen uttrycks detta som att överenskommelsen ”ska vara uttryckligt eller klart framgå av avtalsvillkoren eller av övriga omständigheter”.

[12] UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, för texten och omfattande kringmaterial se http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm.

[13] Se http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/.

[14] Se Chr. von Bar/Eric Clive (eds.). Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full edition, Munich 2009.

i förhandlingarna om Rom I-förordningen att besvaras nekande.[15] Denna slutsats är rimlig om man beaktar att en uppsättning av internationella principer inte nödvändigtvis reglerar alla frågor som kan uppkomma med anledning av en avtalsrättslig tvist. Principer kan därför i slutändan behöva kompletteras av regler i ett avtalsstatut (den på avtalet tillämpliga lagen) för att finna svaret på en viss specifik fråga.

Trots det nu sagda – att parterna har total frihet att välja den tillämpliga lagen – innehåller Rominstrumenten en rad begränsningar eller inskränkningar i partsautonomin som parterna måste förhålla sig till. Den mest självklara inskränkningen i partsautonomin finns i art. 3.3. I en rent inhemsk situation kan parterna inte genom ett lagvalsavtal avtala bort indispositiva/tvingande regler i den annars tillämpliga lagen. Med andra ord, det ska inte gå att göra ett rent internt avtal internationellt genom att infoga en lagvalsklausul. Art. 3.3 syftar sålunda till att undvika s.k. *fraude à la loi*, dvs. ett kringgående av lag.

I artikel 3.4 Rom I-förordningen har lagts till en bestämmelse som saknar motsvarighet i Romkonventionen. Denna bestämmelse syftar till att skydda tvingande unionsrättsliga regler i gränsöverskridande situationer. Om alla andra omständigheter av betydelse vid tidpunkten för lagvalet föreligger i en eller flera medlemsstater, får inte parternas val av ett tredjelands lag hindra tillämpningen av sådana regler i unionsrätten.[16]

I Rom I-förordningens art. 6 och 8 finns särskilda artiklar för konsumentavtal och anställningsavtal. Även i dessa fall är utgångspunkten att parterna kan välja lag. Emellertid har partsautonomin kringskurits till skydd för den svagare parten. Förenklat kan man säga att ett lagval inte får innebära att den svagare parten berövas det skydd som skulle tillförsäkras denne genom tvingande regler i den lag som skulle vara tillämplig om inget lagval hade gjort (dvs. enligt den eljest objektivt tillämpliga lagen). Lösningen av lagvalsfrågan kan alltså bli en komplicerad exercis och innebär att en jämförelse måste göras mellan den valda lagen och den lag som skulle tillämpas om inget lagval hade gjorts för att utröna om den svagare parten berövats skydd. Notera att art. 6 i Rom I-förordningen har företräde framför IKL:s lagvalsregler även om konsumentavtalet i fråga avser ett köp av lösa saker, se 1 § andra stycket fjärde punkten IKL.[17]

3.2 Enligt Rom II-förordningen

En betydande nyhet för svenskt vidkommande är att parterna kan välja vilken lag som ska reglera en utomobligatorisk förpliktelse – dock med vissa begränsningar, se art. 14.1 Rom II-förordningen i förening med art. 6.4 och 8.3. Ett lagval får göras om det har ingåtts efter det att den skadevållande händelse inträffat eller om alla parter bedriver kommersiell

[15] Se skäl (13) i Rom I-förordningens ingress.

[16] Se mål C-381/98, Ingmar GB Ltd mot Eaton Leonard Technologies, ECR I-9305.

[17] Detta har sin bakgrund i att Haagkonferensen för internationell privaträtt vid sin 14:e session 1980 antog ett uttalande om att 1955 års Haagkonvention inte hindrade de stater som anslutit sig till den att tillämpa särskilda regler för konsumentavtal.

verksamhet, också genom ett avtal som de frivilligt har förhandlat fram innan den skadevållande händelsen inträffat.

I art. 14.2 och 14.3 finns bestämmelser som avspeglar art. 3.3 och 3.4 i Rom I-förordningen. Om alla omständigheter av betydelse för situationen vid den tidpunkt då den skadevållande händelsen inträffade har anknytning till ett annat land än det vars lag har valts, eller har anknytning till en eller flera medlemsstater, får parternas val inte hindra tillämpningen av tvingande nationella regler eller EU-regler.

Beträffande partsautonomi i utomobligatoriska situationer kan konstateras att parternas intressen såvitt gäller lagvalet sällan sammanfaller efter en incident. Därför kan det antas att partsautonomin inte kommer att spela samma viktiga roll i utomobligatoriska situationer som i avtalsrättsliga.

4. När en svensk domstol objektivt måste fastställa tillämplig lag

4.1 Enligt Romkonventionen, Rom I-förordningen eller IKL

Om parterna inte har utnyttjat möjligheten att välja tillämplig lag, måste en svensk domstol göra ett objektivt lagval. Inom den internationella privaträtten har det länge pågått en diskussion om för- respektive nackdelarna med enkla och klara lagvalsregler. Fördelen med sådana regler är naturligtvis förutsebarhet vid tillämpningen, medan nackdelen är att resultatet inte alltid blir rättvist i det enskilda fallet och att utrymme för flexibilitet i lagvalsfrågan saknas.[18] I detta avseende skiljer sig lagvalslösningarna åt mellan Romkonventionen, Rom I-förordningen och IKL.

I IKL, som är äldst, finns en enkel lagvalsregel (en s.k. *hard and fast rule*) i 4 § första stycket. Enligt denna bestämmelse ska lagen i det land där säljaren har sitt hemvist då han mottar beställningen eller, om beställningen mottas vid ett säljaren tillhörigt fast driftställe, lagen i det land där detta är beläget tillämpas. I andra och tredje styckena finns undantagsregler för fall där säljaren mottar beställningen vid köparens hemvist samt för köp på auktion eller börs (jämför motsvarande bestämmelser i art. 4.1 g och h i Rom I-förordningen). Inom tillämpningsområdet för IKL finns alltså inget utrymme för att justera lagvalet för det fall det inte speglar en verklig anknytning.

I Romkonvention har pendeln svängt i andra riktningen och flexibilitet är viktig inom ramen för det objektiva lagvalet som regleras i art. 4. Art. 4.1 förklarar programmatiskt att ett avtal ska vara underkastat lagen i det land som det har närmast anknytning till. För att identifiera en sådan anknytning presumeras avtalet enligt art. 4.2 ha sin närmast anknytning till det land där den part som ska utföra den prestation som är karaktäristisk för avtalet har sin vanliga vistelseort vid avtalsslutet. Vad som utgör den karaktäristiska prestationen definieras inte i Romkonventionen men anses allmänt fullgöras av den part som utför naturaprestationen i ett avtal, dvs. i normalfallet säljaren av en vara eller den

[18] Se Hay, P., Flexibility versus predictability and uniformity in choice of law: reflections on current European and United States conflicts law, Recueil des cours, Vol. 226 (1991-I), s. 282–412.

som utför en tjänst.[19] I art. 4.3 och 4.4 har, föga pedagogiskt, petats in särskilda presumtioner för avtal om fast egendom och vissa transportavtal.

I art. 4.5 finns en regel som öppnar för flexibilitet i lagvalet. För det första sägs i art. 4.5 att presumtionen i punkten 2 inte ska gälla när det inte går att fastställa någon karaktäristisk prestation. Det kan t.ex. vara fråga om mycket komplexa avtal med flera olika prestationer eller avtal om gemensam forskning och utveckling där ingendera parten kan sägas utföra en för avtalet karaktäristisk prestation. För dessa fall får man falla tillbaka på punkten 1 och försöka fastställa den närmaste anknytningen. Den närmaste anknytningen fastställs då genom en s.k. individualiserande metod. Denna metod (som egentligen är en lagvalsregel) innebär att rättsförhållandets olika anknytningar till olika länder viktas för att hitta en närmaste anknytning till en viss rättsordning. För det andra sägs att presumtionerna i punkterna 2–4 kan brytas om avtalet har närmare anknytning till ett annat land. Det har i litteratur och praxis utvecklats stor oenighet om hur mycket som krävs för att bryta någon av presumtionerna i artikel 4.[20]

I Rom I-förordningen har så pendeln svängt tillbaka till förmån för större förutsebarhet och mindre flexibilitet. Enligt huvudregeln i art. 4.1 finns i stället för presumtionsregler fasta lagvalsregler för olika slags avtal som är förhållandevis detaljerade i det att bestämmelsen räknar upp en rad specifika avtalstyper. Den karaktäristiska prestationen finns dock kvar i art. 4.2 avseende de avtal som inte passar in under någon av de olika avtalskategorierna i punkten 1 eller som faller in under flera av dem. Art. 4.2 är dock subsidiär till lagvalsreglerna i art. 4.1. I Romkonventionen var den däremot huvudregel.

I art. 4.4 slås fast att gällande de avtal som inte passar in under punkten 1 eller för vilka man inte kan hitta en karaktäristisk prestation, t.ex. forsknings- och utvecklingsavtal eller joint venture-avtal, ska avtalet vara underkastat lagen i det land till vilket det har närmast anknytning. Den närmast anknutna lagen fastställs med hjälp av den s.k. *individualiserande metoden*. Denna bestämmelse handlar alltså om ytterligare en lagvalsregel i tillägg till lagvalsreglerna i art. 4.1 och 4.2.

Flexibiliteten i lagvalet är tämligen liten i förordningen. För att frångå den objektivt utpekade lagen krävs enligt art. 4.3 att avtalet *uppenbart* har närmare anknytning till ett visst land. I denna s.k. skyddsregel har alltså ”ribban” lagts betydligt högre än i Romkonventionens art. 4.5. Tanken har varit att regeln, till skillnad från art. 4.5 i Romkonventionen, ska kunna förstås av affärsmän utan särskilda kunskaper i internationell privaträtt.

Sammanfattningsvis kan konstateras att Rom I-förordningen är ett mer komplext instrument än Romkonventionen. I tillägg till huvudregeln i art. 4 och de särskilda

[19] Se Vischer, F. ”The Concept of the Characteristic Performance Reviewed”, i: Borras, A. (ed.), E pluribus unum. Liber amicorum Georges A.L. Droz. On the Progressive Unification of Private International law/Sur l' unification progressive du droit international privé, Martinus Nijhoff, The Hague 1996, s. 499–519.

[20] Punkten för diskussionen kom genom EU-domstolens avgörande i mål C-133/08, Intercontainer Interfrigo SC (ICF) mot Balkenende Oosthuizen BV och MIC Operations BV, där EU-domstolen fann att tröskeln är hög för att bryta presumtionerna. Fallet har kommenterats av Linton, M., Romkonventionen och befraktningsavtal – ett första rättsfall, JT 2010-11 nr 1, s. 130–140.

lagvalsreglerna om konsumentavtal (art. 6) och individuella anställningsavtal (art. 8) har tillkommit lagvalsregler om transportavtal (art. 5) och försäkringsavtal (art. 7).[21]

4.2 Enligt Rom II-förordningen

Om en svensk domstol måste göra ett objektivt lagval för det fall parterna inte har utnyttjat partsautonomin enligt art. 14, anger art. 4.1 att då tillämpas lagen i det land där skadan uppkommer (*lex loci damni*), oavsett i vilket land den skadevållande händelsen inträffade (*lex loci commissi delicti*) och oavsett i vilket land eller vilka länder indirekta följder av händelsen uppkommer.

I skäl (16) i Rom II-förordningens ingress motiveras bestämmelsen i art. 4.1 av att den skapar en rimlig balans mellan skadevållarens och skadelidandes intressen. Valet anges också avspegla den moderna uppfattningen om civilrättsligt ansvar, dvs. ersättningssyftet väger tyngre än önskan att ”komma åt” skadevållarens uppsåtliga eller vårdslösa beteende.

I art. 4.2 anges ett viktigt undantag från art. 4.1. Har skadevållaren och skadelidande vanlig vistelseort i samma land ska den lagen tillämpas. I art. 4.3 finns en s.k. skyddsklausul som känns igen från art. 4.3 i Rom I-förordningen. Om en händelse har uppenbart närmare anknytning till ett annat land än det som utpekas i punkten 1 eller 2 ska i stället lagen i det landet tillämpas. Här handlar det om att göra en sammanvägning av samtliga relevanta anknytningar för att identifiera om det finns en uppenbart närmare anknytning till ett annat land.

Då art. 4 inte alltid tillgodoser behovet av en rimlig balans mellan berörda intressen innehåller förordningen en rad ytterligare specialregler. Rubriken ”Huvudregel” till art. 4 blir därför något missvisande, eftersom den i själva verket är subsidiär till lagvalsreglerna i art. 5–9. I art. 5 regleras produktansvar (t.ex. en produkts skadebringande egenskaper), i art. 6 otillbörlig konkurrens m.m., i art. 7 miljöskador (= negativ förändring hos naturresurs i fråga om kvalitet eller kvantitet), i art. 8 immaterialrättsintrång och i art. 9 stridsåtgärder.

---

[21] Lagvalsreglerna i art. 7 om försäkringsavtal är mycket komplicerade och förklaringen ligger i deras tillkomsthistoria. Romkonventionen omfattade enbart försäkringsavtal där risken var belägen utanför EU. För dessa avtal gällde de allmänna reglerna i konventionen. Alla andra försäkringsavtal utom återförsäkringsavtal låg utanför konventionens tillämpningsområde, men frågan om tillämplig lag var delvis reglerad i vissa direktiv. Detta system ansågs på goda grunder alltför invecklat. I kommissionens förslag till Rom I-förordning fanns inga regler om tillämplig lag för försäkringsavtal men det visade sig vid behandlingen av förslaget i rådet finnas starkt stöd för att förenkla systemet genom att samla alla regler om tillämplig lag i den nya Rom I-förordningen. Eftersom det inte fanns tid att göra en ordentlig reform av reglerna försökte man sig på att bara överföra de regler som fanns i försäkringsdirektiven – vilket inte var helt oproblematiskt eftersom det i direktiven fanns regler som t.ex. lämnade öppet för medlemsstaterna att själva bestämma huruvida parterna i ett försäkringsavtal fick avtala om tillämplig lag eller inte. Det var tveksamt om man kunde överföra en dylik ordning till en förordning. Kompromissen blev ett slags försök att flytta över lagvalsreglerna från försäkringsdirektiven till förordningen i medvetande om att det inte var fråga om en helt korrekt återspegling av gällande rätt.

Rom II-förordningen innehåller dessutom tre andra typer av lagvalsregler för utomobligatoriska förpliktelser. Det handlar om obehörig vinst (*condicitio indebiti*) i art. 10. Det kan t.ex. vara fråga om att en person har fått betalt för en skuld två gånger. Sådana omständigheter kan ha nära samband med ett redan existerande förhållande mellan parterna. Tjänst utan uppdrag (*negotiorum gestio*) regleras i art. 11. Det handlar exempelvis om en bilverkstad som utöver ett angivet uppdrag också utför dyra reparationer som inte har beställts av kunden. I art. 12 finns lagvalsregler för oaktsamhet vid ingående av avtal (*culpa in contrahendo*). Det kan vara fråga om åsidosättande av upplysningsplikt och avbrutna förhandlingar, dvs. utomobligatoriska förpliktelser som har direkt koppling till diskussioner som föregick avtalsingåendet.

De många olika lagvalsreglerna i Rom II-förordningen är grundade på vitt skilda målsättningar, såsom t.ex. förutsebarhet, flexibilitet, skyddet för skadelidande, marknads- och miljöhänsyn m.m. Detta faktum speglar svårigheterna med att få till stånd enhetliga unionsrättsliga lagvalsregler på området, förhandlingarna pågick nämligen i många år. Dessutom, om flera lagvalsregler i förordningen samtidigt gör anspråk på tillämplighet i en och samma situation ger inte förordningen någon lösning. Här kan oklarheter och problem förutses.

4.3 Ordre public och s.k. internationellt tvingande regler

Det finns i övrigt bestämmelser i Rom I- och Rom II-förordningarna som kan påverka lagvalet. I art. 21 och 26 i Rom I- och Rom II-förordningarna finns ett traditionellt *ordre public*-förbehåll: tillämpning av en bestämmelse i den utpekade lagen får vägras endast om en sådan tillämpning är uppenbart oförenlig med grunderna för domstolslandets rättsordning.

I avtalsrättslig rättspraxis har *ordre public*-förbehållet knappt spelat någon roll alls för att korrigera ett lagval. En förklaring till det kan vara att både Romkonventionens och Rom I-förordningens lagvalsregler redan innehåller inbyggda skyddsmekanismer (lagvalsreglers materialisering).

När det gäller utomobligatoriska förpliktelser har dock *ordre public*-förbehållet diskuterats för det fall den tillämpliga lagen föreskriver ett s.k. straffskadestånd (eng. *punitive damages*). Med detta förstås skadestånd som utdöms i avskräckande eller bestraffande syfte, och som inte nödvändigtvis ersätter skadelidande för en skada eller en faktisk förlust som han eller hon har lidit. Ett sådant utdömt skadestånd kan, men behöver inte, anses som oproportionerligt i förhållande till den ursprungliga skadan eller förlusten. Sådant skadestånd kan skilja sig från det kompensatoriska skadeståndet som avser att kompensera en part för en faktisk skada eller förlust som har inträffat och som avser att återställa *status quo*.[22]

Den positiva sidan av *ordre public*-förbehållet brukar anges vara de s.k. internationellt tvingande regler, dvs. materiella bestämmelser som är så viktiga i en rättsordning att de

[22] Hartley/Dogauchi-rapporten s. 48–49.

aldrig, eller i vissa angivna situationer, kan frångås genom tillämpning av en rättsordning som utpekats av en lagvalsregel. Sådan reglering finns i art. 9 i Rom I-förordningen och i art. 16 i Rom II-förordningen.

Uppgifter

Under seminariet ska vi diskutera såväl lagval i avtalsförhållanden som lagvalsfrågans lösning i utomobligatoriska fall.

Ett fiktivt scenario

Svenska Andelsbanken AB (SAB) väckte talan vid svensk domstol mot Future Ocular Solutions S.A. (FOS) med säte i Schweiz och yrkade att FOS skulle förpliktas att betala vissa angivna belopp till SAB. Som grund för talan åberopades att FOS den 20 januari 2020 hade tecknat en proprieborgen för FOS Scandinavia AB:s (Skandinavienbolaget) förpliktelser gentemot SAB och att dessa förpliktelser inte hade fullgjorts. Tvist uppkom om huruvida svensk eller schweizisk rätt skulle tillämpas på FOS:s borgensåtagande. SAB hävdade att svensk rätt skulle tillämpas på borgensåtagandet. Som grund för detta åberopades i första hand att parterna hade träffat ett konkludent avtal om att svensk rätt skulle tillämpas och i andra hand att borgensåtagandet visade starkast anknytning till Sverige. SAB grundade sin talan på att det underliggande låneavtalet varit underkastat svensk lag, att uppfyllelseorten för betalningsförpliktelsen varit Stockholm eftersom borgenären, SAB, haft sitt säte där och att institutet proprieborgen inte förekommer i schweizisk rätt. FOS hävdade att schweizisk rätt skulle tillämpas på borgensåtagandet. FOS bestred att ett avtal om tillämplig lag hade träffats. Vidare anfördes att borgensåtagandet inte hade starkast anknytning till vare sig Sverige eller Schweiz. Schweizisk rätt skulle därför tillämpas eftersom ensidiga rättshandlingar regleras av lagen i den förpliktades land.

Vilken rättsordning, svensk eller schweizisk rätt, ska den svenska domstolen tillämpa för att lösa tvisten i sak? Skulle lagvalsfrågan bedömas annorlunda om tvisten i stället gällde ett internationellt avtal om köp av lös egendom?

EU-domstolens dom i de förenade målen **C-152/20 och C-218/20**, Gruber Logistics SRL, aktualiserar kraven för och samspelet mellan partsautonomi och skyddet för svagare part på den internationellt privaträttsliga nivån. Läs målen och var beredda på att redogöra för omständigheterna. I de omtvistade avtalen hade parterna valt rumänsk lag. Hur resonerade EU-domstolen när det gäller lagvalsavtal i s.k. svagpartsavtal? Skulle den valda rumänska lagen gälla eller skulle inskränkningar ske i den valda lagen, i så fall hur? Vad anser Ni vara för- och nackdelar med den av EU-domstolen anvisade ordningen?

Nedan finner ni två svenska avgöranden avseende utomobligatoriska förpliktelser. Det första avgörandet är det klassiska Cronsioe-fallet, **NJA 1969 s. 163**. Hur fastställdes tillämplig lag i det fallet? Vilka invändningar, om några, kan riktas mot den lagvalsmetod som Högsta domstolen anvisade? Hur skulle utgången i NJA 1969 s. 163 ha blivit om Rom II-förordningen hade varit tillämplig?

Det andra avgörandet är mål nr **T 1170-11** (CASA-fallet) meddelat av Hovrätten över Skåne och Blekinge. Var kvalifikationen av det rättsliga anspråket självklar? Hur fastställdes tillämplig lag i det fallet? Ta en välmotiverad ställning till varför, eller varför inte, Ni delar domstolarnas bedömning. Hur skulle utfallet i lagvalsfrågan ha blivit i CASA-fallet om Rom II-förordningen hade tillämpats?

(**För den intresserade läsaren:** Mer om Rom I- och II-förordningen finns t.ex. i Michael Bogdan och Marta Pertegás Sender, Concise Introduction to EU Private International Law, Europa Law Publishing 4th Edition, 2019, kap. 7 och 8, Marie Linton, Konsumentens skydd i handeln över landgränserna. Iustus förlag 2013, kap. 4, Michael Hellner, Rom II-förordningen. Tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser. Norstedts Juridik 2014 samt Emamanuel Guinchard (ed.), Rome I and Rome II in Practice. Intersentia 2020. Michael Bogdan har även behandlat enstaka lagvalsregler i Rom II-förordningen i följande artiklar: Behandling av miljöskador i EG:s Rom II-förordning, JT 2007-08 NR 3, s. 575–584; Torts in Cyberspace: The Impact of the New Regulation ”Rome II”, Masaryk University Journal of Law and Technology, Vol. 2, 2008, s. 1–10 och Gränsöverskridande personlighetskränkningar och svensk internationell privaträtt i Festskrift till Gertrud Lennander, Jure Förlag 2010, s. 27–37.)

Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)

den 15 juli 2021 *

”Begäran om förhandsavgörande – Civilrättsligt samarbete – Tillämplig lag för avtalsförpliktelser – Förordning (EG) nr 593/2008 – Artiklarna 3 och 8 – Parternas lagval – Individuella anställningsavtal – Arbetstagare som utför sitt arbete i flera medlemsstater – Närmare anknytning till ett annat land än det från vilket arbetstagaren vanligtvis utför sitt arbete eller det där det företag som har anställt arbetstagaren är beläget – Begreppet ’bestämmelser som inte kan avtalas bort’ – Minimilön”

I de förenade målen C-152/20 och C-218/20,

angående två beslut att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, från Tribunalul Mureş (Mureș domstol, Rumänien), av den 1 oktober 2019 respektive den 10 december 2019, som inkom till domstolen den 30 mars 2020 respektive den 27 maj 2020, i målen

DG,

EH

mot

SC Gruber Logistics SRL (C-152/20),

och

Sindicatul Lucrătorilor din Transporturi, TD

mot

SC Samidani Trans SRL (C-218/20),

meddelar

DOMSTOLEN (första avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden J.-C. Bonichot samt domarna L. Bay Larsen, C. Toader, M. Safjan (referent) och N. Jääskinen,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

* Rättegångsspråk: rumänska.

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– Rumäniens regering, genom E. Gane och L. Lițu, båda i egenskap av ombud,

– Finlands regering, genom M. Pere, i egenskap av ombud,

– Europeiska kommissionen, inledningsvis genom M. Wilderspin och M. Carpus Carcea, och därefter genom den sistnämnde, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 22 april 2021 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 3 och 8 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I) (EUT L 177, 2008, s. 6) (nedan kallad Rom I-förordningen).

2 Respektive begäran har framställts i mål mellan rumänska lastbilschaufförer och deras arbetsgivare, vinstdrivande bolag etablerade i Rumänien, angående storleken på deras lön.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

3 I skälen 11, 23 och 35 i Rom I-förordningen anges följande:

”(11) Parternas frihet att välja tillämplig lag bör utgöra en av hörnstenarna för systemet av lagvalsregler för avtalsförpliktelser.

…

(23) När det gäller avtal som har ingåtts med parter som anses vara svagare, bör dessa parter skyddas med hjälp av lagvalsregler som är mer gynnsamma för dessa parters intressen än de allmänna reglerna.

…

(35) Arbetstagare bör inte förvägras det skydd som de erbjuds genom bestämmelser från vilka undantag inte får göras genom avtal, eller från vilka undantag får göras endast till deras fördel.”

4 I artikel 3 i denna förordning föreskrivs följande:

”1. På ett avtal tillämpas den lag som parterna har valt. Lagvalet ska vara uttryckligt eller klart framgå av avtalsvillkoren eller av övriga omständigheter. Genom sitt val kan parterna ange tillämplig lag för hela avtalet eller för endast en del av det.

2. Parterna kan när som helst komma överens om att en annan lag ska vara tillämplig på avtalet än den lag som det tidigare var underkastat, antingen till följd av ett tidigare val enligt denna artikel eller till följd av andra bestämmelser i denna förordning. En ändring i valet av tillämplig lag som görs av parterna efter avtalsslutet påverkar inte avtalets giltighet till formen enligt artikel 11 och försämrar inte heller tredje mans rättigheter.

3. Om alla andra omständigheter av betydelse vid tidpunkten för lagvalet föreligger i ett annat land än det vars lag har valts, får inte parternas val hindra tillämpningen av sådana lagregler i det andra landet som inte kan avtalas bort.

4. Om alla andra omständigheter av betydelse vid tidpunkten för lagvalet föreligger i en eller flera medlemsstater, får inte parternas val av annan tillämplig lag än en medlemsstats lag hindra tillämpningen av sådana regler i [union]srätten, i förekommande fall med den tillämpning som görs i domstolsmedlemsstaten, som inte kan avtalas bort.

5. Frågor om förekomsten och giltigheten av parternas samtycke till att en viss lag skall vara tillämplig avgörs enligt bestämmelserna i artiklarna 10, 11 och 13.”

5 Artikel 8 i nämnda förordning har följande lydelse:

”1. Ett individuellt anställningsavtal ska underkastas den lag som parterna valt i enlighet med artikel 3. Ett sådant lagval får dock inte medföra att den anställde berövas det skydd som tillförsäkras den anställde genom sådana bestämmelser som inte kan avtalas bort enligt den lag som, om inget lagval gjorts, skulle ha varit tillämplig enligt punkterna 2, 3 och 4 i denna artikel.

2. När parterna inte har valt en lag som ska vara tillämplig på det individuella anställningsavtalet, ska avtalet vara underkastat lagen i det land där eller, om detta saknas, från vilket den anställde vid fullgörande av avtalet vanligtvis utför sitt arbete. Det land där arbetet vanligen utförs ska inte anses ha ändrats när arbetstagaren tillfälligtvis utför sitt arbete i ett annat land.

3. Om den lag som ska tillämpas inte kan fastställas enligt punkt 2, ska avtalet vara underkastat lagen i det land där det företag som har anställt arbetstagaren är beläget.

4. Om det framgår av de samlade omständigheterna att avtalet har närmare anknytning till ett annat land än det som anges i punkterna 2 eller 3, ska lagen i detta andra land tillämpas.”

Rumänsk rätt

6 Artikel 2.1 i Ordinul ministrului muncii și solidarității sociale nr. 64 pentru aprobarea modelului-cadru al contractului individual de muncă (arbetsmarknadsministerns förordning nr 64 om godkännande av modellramavtal för individuella anställningsavtal) av den 28 februari 2003 (*Monitorul Oficial al României*, nr 139 av den 4 mars 2003) (nedan kallad förordning nr 64/2003) hade följande lydelse:

”Det individuella anställningsavtal som ingåtts mellan arbetsgivaren och arbetstagaren ska innehålla de uppgifter som anges i modellramavtalet.”

7 I avsnitt N i det modellramavtal som avses i artikel 2.1 i förordningen och som återges i bilagan till förordningen, föreskrevs följande:

”Bestämmelserna i detta individuella anställningsavtal kompletteras av bestämmelserna i [Legea nr. 53/2003 – Codul muncii (lag nr 53/2003 om anställningsförhållanden) av den 24 januari 2003 (*Monitorul Oficial al României* nr 72 av den 5 februari 2003)] och av bestämmelserna i det tillämpliga kollektivavtalet …”

Målen vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

Mål C-152/20

8 Målet vid den nationella domstolen i mål C-152/20 avser lönen för två rumänska lastbilschaufförer, DG och EH, som var anställda av bolaget SC Gruber Logistics SRL. Deras individuella anställningsavtal, som hade upprättats både på rumänska och italienska, föreskrev att villkoren i dessa avtal skulle utfyllas av bestämmelserna i lag nr 53/2003 om anställningsförhållanden. Avtalen föreskrev dessutom att tvister som var hänförliga till avtalen skulle avgöras av den domstol som var materiellt och lokalt behörig. Beträffande arbetsplatsen föreskrev avtalen att ”[a]rbetet [skulle utföras] på (underavdelningen/verkstaden/kontoret/avdelningen) för bolagets åkeri/på den plats där verksamheten bedrivs/på ett annat verksamhetsställe, i Oradea kommun [(Rumänien)], och på grundval av delegering/utstationering på kontoren eller verksamhetsställena tillhörande kunderna, eller nuvarande eller framtida leverantörer, på alla platser i landet och i förekommande fall utomlands, inklusive det fordon som arbetstagaren använd[e] för att utföra arbetsuppgifterna och på alla andra platser där arbetstagaren utför[de] transportuppdrag.”

9 DG och EH väckte talan mot SC Gruber Logistics vid Tribunalul Mureș (Mureș domstol, Rumänien) och yrkade att bolaget skulle förpliktas att betala mellanskillnaden mellan den lön som faktiskt uppburits och den minimilön som de ansåg sig ha rätt till enligt den italienska lagstiftningen om minimilön inom vägtransportsektorn. Denna lön hade fastställts i kollektivavtalet för transportsektorn i Italien.

10 DG och EH har gjort gällande att den italienska lagstiftningen om minimilön är tillämplig på deras individuella anställningsavtal enligt artikel 8 i Rom I-förordningen. Även om dessa avtal ingicks i Rumänien var det i Italien som de vanligtvis utförde sina arbetsuppgifter. De har hävdat att den ort varifrån de utförde sina uppdrag och mottog sina instruktioner och dit de återkom efter sina

uppdrag låg i Italien. Dessutom utförde de flesta av sina transportuppdrag i Italien. DG och EH har, mot bakgrund av domen av den 15 mars 2011, Koelzsch (C-29/10, EU:C:2011:151), hävdat att de har rätt till den minimilön som gäller i Italien.

11 Enligt SC Gruber Logistics körde DG och EH för bolagets räkning lastbilar registrerade i Rumänien och på grundval av transportlicenser utfärdade i enlighet med tillämplig rumänsk lagstiftning. Alla instruktioner lämnades av SC Gruber Logistics, och DG:s och EH:s arbete organiserades i Rumänien. Bolaget har därför gjort gällande att anställningsavtalen i fråga ska omfattas av rumänsk lagstiftning.

12 Mot denna bakgrund beslutade Tribunalul Mureș (Mureș domstol) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

”1) Ska artikel 8 i [Rom I-förordningen] tolkas så, att valet av tillämplig lag på det individuella anställningsavtalet utesluter tillämpning av lagen i det land där arbetstagaren vanligtvis har utfört sitt arbete eller så, att lagvalet utesluter tillämpning av artikel 8.1 andra meningen i förordningen?

2) Ska artikel 8 i [Rom I-förordningen] tolkas så, att den minimilön som är tillämplig i det land där arbetstagaren vanligtvis utfört sitt arbete utgör en rättighet som omfattas av de ’bestämmelser som inte kan avtalas bort enligt den lag som, om inget lagval gjorts, skulle ha varit tillämplig’ enligt artikel 8.1 andra meningen i förordningen?

3) Ska artikel 3 i [Rom I-förordningen] tolkas så, att den hindrar att en hänvisning i det individuella anställningsavtalet till den rumänska lagen om anställningsförhållanden anses liktydig med att välja rumänsk rätt som tillämplig lag, när det i Rumänien är allmänt känt att det finns en lagstadgad skyldighet att införa en sådan lagvalsklausul [som anger rumänsk rätt] i det individuella anställningsavtalet? Ska med andra ord artikel 3 i [Rom I-förordningen] tolkas så, att den utgör hinder för en nationell lagstiftning och praxis enligt vilka individuella anställningsavtal ska innehålla en lagvalsklausul där [ett visst lands nationella] rätt anges?”

Mål C-218/20

13 Målet vid den nationella domstolen i mål C-218/20 avser tillämplig lag på lönen till en rumänsk lastbilschaufför, DT, anställd av det rumänska bolaget SC Samidani Trans SRL. DT har uteslutande utfört sitt arbete i Tyskland.

14 DT:s individuella anställningsavtal innehöll en klausul om att avtalet skulle utfyllas av bestämmelserna i lag nr 53/2003. Det innehöll dessutom en klausul om att tvister avseende avtalet skulle avgöras av materiellt och lokalt behörig domstol.

15 I samma anställningsavtal nämndes inte uttryckligen den ort där arbetstagaren skulle arbeta. DT har hävdat att den ort varifrån han utförde sina arbetsuppgifter och fick sina instruktioner var i Tyskland. De lastbilar som han använde var dessutom uppställda i Tyskland och de transportuppdrag som han utförde ägde rum inom Tysklands gränser.

16 Sindicatul Lucrătorilor din Transporturi (fackföreningen för arbetstagare inom transportsektorn, Rumänien), en fackförening där DT är medlem, väckte talan och yrkade i DT:s namn och för hans räkning att SC Samidani Trans skulle förpliktas att till DT betala mellanskillnaden mellan den lön

som DT faktiskt erhållit och den minimilön som DT skulle ha haft rätt till enligt de tyska reglerna om minimilön. Fackförening hävdade vidare att DT har rätt till utbetalning av lön motsvarande den ”trettonde” och ”fjortonde” månadslön som föreskrivs i tysk rätt.

17 Fackföreningen anförde att de tyska reglerna om minimilön är tillämpliga på DT:s anställningsavtal enligt artikel 8 i Rom I-förordningen. Även om hans individuella anställningsavtal ingicks i Rumänien var det i Tyskland han vanligtvis utförde sina arbetsuppgifter. Med hänsyn till domen av den 15 mars 2011, Koelzsch (C-29/10, EU:C:2011:151), har TD således rätt till den minimilön som föreskrivs i den tyska lagstiftningen.

18 SC Samidani Trans bestred detta påstående och hävdade att parterna i anställningsavtalet specifikt fastställt att rumänsk arbetsrätt ska vara tillämplig på det individuella anställningsavtalet.

19 Mot denna bakgrund beslutade Tribunalul Mureș (Mureș domstol) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

”1) Tolkning av artikel 8 i [Rom I-förordningen]: Utesluter valet av tillämplig lag på det individuella anställningsavtalet tillämpning av lagen i det land där arbetstagaren vanligtvis har utfört sitt arbete eller utesluter lagvalet tillämpningen av artikel 8.1 andra meningen i förordningen?

2) Tolkning av [Rom I-förordningen]: Utgör den minimilön som är tillämplig i det land där arbetstagaren vanligtvis utfört sitt arbete en rättighet som omfattas av de ’bestämmelser som inte kan avtalas bort enligt den lag som, om inget lagval gjorts, skulle ha varit tillämplig’ enligt artikel 8.1 andra meningen i förordningen?

3) Tolkning av artikel 3 i [Rom I-förordningen]: Är en hänvisning i det individuella anställningsavtalet till den rumänska lagen om anställningsförhållanden liktydig med att välja rumänsk rätt som tillämplig lag, när det i Rumänien är allmänt känt att arbetsgivaren formulerar innehållet i det individuella anställningsavtalet på förhand?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första och den andra frågan i målen C-152/20 och C-218/20

20 Den hänskjutande domstolen har ställt den första och den andra frågan i målen C-152/20 och C-218/20, vilka ska prövas tillsammans, för att få klarhet i huruvida artikel 8 i Rom I-förordningen, i en situation där den lag som är tillämplig på det individuella anställningsavtalet har valts av parterna i detta avtal, och den skiljer sig från den lag som är tillämplig enligt artikel 8.2–8.4 i förordningen, ska tolkas så, att man ska avstå från att tillämpa sistnämnda lag, och, i så fall, i vilken utsträckning.

21 Domstolen konstaterar inledningsvis att det inte i något av de båda målen framgår av begäran om förhandsavgörande huruvida lastbilschaufförerna i det nationella målet är utstationerade arbetstagare i den mening som avses i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster (EGT L 18, 1997, s. 1) eller arbetstagare som, utan att ha ställning som utstationerade arbetstagare, vanligtvis utför sitt arbete i ett annat land än det där arbetsgivaren har sitt säte. Eftersom det

ankommer på den hänskjutande domstolen att fastställa de faktiska omständigheterna i de tvister som den har att pröva, kommer den hänskjutande domstolens frågor att prövas uteslutande mot bakgrund av Rom I-förordningen.

22 Artikel 8 i Rom I-förordningen innehåller särskilda lagvalsregler för individuella anställningsavtal som ska tillämpas när arbetet enligt avtalet utförs i minst en annan stat än den där den valda lagen är tillämplig.

23 Enligt artikel 8.1 i förordningen ska ett individuellt anställningsavtal vara underkastat den lag som parterna har valt i enlighet med artikel 3 i förordningen, ett val som dock inte får leda till att arbetstagaren berövas det skydd som tillförsäkras honom eller henne genom bestämmelser som inte kan avtalas bort enligt den lag som skulle ha varit tillämplig på avtalet om inget sådant lagval hade gjorts, enligt artikel 8.2–8.4 i förordningen.

24 Om de bestämmelserna ger den berörda arbetstagaren ett bättre skydd än bestämmelserna i den valda lagen har de företräde framför de sistnämnda medan, såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 43 i sitt förslag till avgörande, den valda lagen förblir tillämplig på resten av avtalsförhållandet.

25 Det ska i detta hänseende påpekas att artikel 8.2 i Rom I-förordningen hänvisar till lagen i det land där eller, om detta saknas, från vilket den anställde vid fullgörande av avtalet vanligtvis utför sitt arbete.

26 Syftet med artikel 8 i förordningen är att på detta sätt i möjligaste mån säkerställa att bestämmelserna om skydd för arbetstagare i lagstiftningen i det land där denne utövar sin yrkesverksamhet iakttas (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 oktober 2016, Nikiforidis, C-135/15, EU:C:2016:774, punkt 48 och där angiven rättspraxis).

27 Som generaladvokaten har påpekat i punkt 44 i sitt förslag till avgörande innebär en korrekt tillämpning av artikel 8 i Rom I-förordningen följaktligen att den nationella domstolen först fastställer vilken lag som skulle ha tillämpats om inget lagval gjorts och vilka regler i den lagen som inte får förhandlas bort och därefter jämför det skydd som dessa regler ger arbetstagaren med det skydd som den lag som parterna har valt erbjuder. Om den nivå som föreskrivs i dessa bestämmelser ger ett bättre skydd, ska de bestämmelserna tillämpas.

28 I förevarande fall tycks den hänskjutande domstolen anse att vissa bestämmelser i italiensk lag och i den tyska lagen om minimilön kan tillämpas, med stöd av artikel 8.1 i Rom I-förordningen, i stället för den rumänska lag som valts av parterna i de aktuella anställningsavtalen, med hänsyn till de orter där chaufförerna vanligtvis utförde sitt arbete.

29 Vad gäller frågan huruvida sådana regler utgör bestämmelser som inte kan avtalas bort i den mening som avses i denna bestämmelse, ska det påpekas att det framgår av själva lydelsen av bestämmelsen att denna fråga ska bedömas i enlighet med den lag som skulle ha varit tillämplig om inget lagval gjorts. Den hänskjutande domstolen ska således själv tolka den aktuella nationella bestämmelsen.

30 Det ska även preciseras att eftersom Rom I-förordningen inte innehåller några kriterier som gör det möjligt att avgöra om en nationell bestämmelse utgör en bestämmelse eller en lag i den mening som avses i artikel 8.1 i denna förordning, måste den nationella domstolen, när det följer

av en nationell rätt att regler i konventioner som inte nödvändigtvis omfattas av lagens tillämpningsområde är tvingande, respektera detta val, även om det skiljer sig från det val som görs i den domstolens nationella rätt.

31 Vad särskilt gäller reglerna om minimilön i det land där den anställde vanligtvis har utövat sin verksamhet kan dessa i princip anses utgöra ”bestämmelser som inte kan avtalas bort enligt den lag som, om inget lagval gjorts, skulle ha varit tillämplig”, i den mening som avses i artikel 8.1 i Rom I-förordningen, såsom generaladvokaten har påpekat i punkterna 72 och 107 i sitt förslag till avgörande.

32 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den första och den andra frågan i målen C-152/20 och C-218/20 besvaras på följande sätt. Artikel 8.1 i Rom I-förordningen ska, i en situation där den lag som reglerar det individuella anställningsavtalet har valts av parterna i detta avtal, och denna lag skiljer sig från den lag som är tillämplig enligt artikel 8.2–8.4 i denna förordning, tolkas så att man ska avstå från att tillämpa sistnämnda lag, med undantag för ”bestämmelser som inte kan avtalas bort” enligt den lagen, i den mening som avses i artikel 8.1, vilket i princip kan omfatta bestämmelser om minimilön.

Den tredje frågan i målen C-152/20 och C-218/20

33 Domstolen konstaterar inledningsvis att den är behörig att utifrån de uppgifter som den hänskjutande domstolen har lämnat, i synnerhet skälen i begäran om förhandsavgörande, identifiera de delar av unionsrätten som behöver tolkas med hänsyn till saken i målet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 april 2021, Profi Credit Slovakia, C-485/19, EU:C:2021:313, punkt 50 och där angiven rättspraxis). Den tredje frågan i de båda förevarande målen ska därför tolkas som att den avser artikel 8 i Rom I-förordningen.

34 Även om den hänskjutande domstolen i dessa frågor hänvisar till den allmänna huvudregeln i artikel 3 i förordningen, ska det påpekas att nämnda artikel 8, såsom det erinras om i punkt 22 ovan, innehåller särskilda lagvalsregler avseende anställningsavtal.

35 Följaktligen ska den tredje frågan i målen C-152/20 och C-218/20, såsom de ställts i något annorlunda ordalag i de båda målen, förstås så, att de avser huruvida artikel 8 i Rom I-förordningen ska tolkas så, att

– för det första, parterna i ett individuellt anställningsavtal ska anses ha möjlighet att fritt välja vilken lag som ska tillämpas på avtalet, även när en nationell bestämmelse föreskriver att avtalet ska innehålla en klausul om att avtalsvillkoren kompletteras av den nationella arbetsrätten, och

– för det andra, parterna i ett enskilt anställningsavtal ska anses ha haft möjlighet att fritt välja vilken lag som ska tillämpas på avtalet, även om det är arbetsgivaren som har formulerat lagvalsklausulen och arbetstagaren nöjt sig med att godta denna.

36 Domstolen erinrar inledningsvis om att artikel 3 i Rom I-förordningen, som artikel 8 i förordningen hänvisar till, slår fast principen om partsautonomi vid lagval (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 oktober 2016, Nikiforidis, C-135/15, EU:C:2016:774, punkt 42, och dom av den 17 oktober 2013, Unamar, C-184/12, EU:C:2013:663, punkt 49). Denna bestämmelse gör det möjligt för parterna i ett avtal att fritt välja den lag som gäller för deras avtal. Enligt

artikel 3.1 i förordningen ska lagvalet vara uttryckligt eller klart framgå av avtalsvillkoren eller av övriga omständigheter. Valet ska framgå på ett otvetydigt sätt av avtalsklausulerna eller av övriga omständigheter.

37 Vad därefter gäller kravet på att valet av tillämplig lag ska vara fritt, i den mening som avses i artikel 3 i Rom I-förordningen, har den hänskjutande domstolen uppgett att artikel 2.1 i förordning nr 64/2003 jämförd med modellramavtalet för individuella anställningsavtal i bilagan till förordningen tyder på att avtalsparterna i de nationella målen, i strid med detta krav, var skyldiga att välja rumänsk lag.

38 Den rumänska regeringen har emellertid i sitt skriftliga yttrande hävdat att nationell rätt inte föreskriver någon skyldighet att välja rumänsk lag som tillämplig lag på avtalet. Det är endast om parterna efter eget gottfinnande gör detta val som de måste rätta sig efter förordning nr 64/2003 och upprätta sina kontrakt i enlighet med modellramavtalet i bilagan till förordningen, vilket medför en utfyllande tillämpning av den rumänska lagen om anställningsförhållanden. Införandet av en sådan klausul som den som den hänskjutande domstolen har hänvisat till är således en följd av parternas val av tillämplig lag för avtalet.

39 Det ankommer uteslutande på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida den sistnämnda tolkningen av den nationella rätten är riktig och således att kontrollera att förekomsten av ett villkor i avtalet om tillämpning av den rumänska arbetslagen inte beror på att parterna varit skyldiga att välja rumänsk lag, utan bekräftar parternas underförstådda och fria val av denna lag, i enlighet med artikel 3 i Rom I-förordningen.

40 Vad slutligen gäller frågan huruvida det förhållandet att arbetsgivaren har infört en lagvalsklausul i ett på förhand utarbetat anställningsavtal betyder att det inte föreligger ett fritt val, vilket skulle strida mot artikel 3 i Rom I-förordningen, ska det påpekas att denna förordning inte förbjuder användning av standardvillkor som arbetsgivaren har utformat i förväg. Det fria valet, i den mening som avses i denna bestämmelse, kan utövas genom samtycke till ett sådant villkor. Enbart den omständigheten att detta val görs på grundval av en klausul som arbetsgivaren har utformat och infört i avtalet betyder inte att det inte föreligger ett fritt val.

41 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den tredje frågan i målen C-152/20 och C-218/20 besvaras på följande sätt. Artikel 8 i Rom I-förordningen ska tolkas så, att

– för det första, parterna i ett individuellt anställningsavtal ska anses ha möjlighet att fritt välja vilken lag som ska tillämpas på avtalet även när avtalsvillkoren med stöd av en nationell bestämmelse kompletteras av den nationella arbetsrätten, förutsatt att den nationella bestämmelsen i fråga inte tvingar parterna att välja nationell lag som tillämplig lag på avtalet, och

– för det andra, parterna i ett enskilt anställningsavtal ska anses i princip ha haft möjlighet att fritt välja vilken lag som ska tillämpas på avtalet, även om det är arbetsgivaren som har formulerat lagvalsklausulen och arbetstagaren nöjt sig med att godta denna.

Rättegångskostnader

42 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (första avdelningen) följande:

1) **Artikel 8.1 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I) ska, i en situation där den lag som reglerar det individuella anställningsavtalet har valts av parterna i detta avtal, och denna lag skiljer sig från den lag som är tillämplig enligt artikel 8.2–8.4 i denna förordning, tolkas så att man ska avstå från att tillämpa sistnämnda lag, med undantag för ”bestämmelser som inte kan avtalas bort” enligt den lagen, i den mening som avses i artikel 8.1, vilket i princip kan omfatta bestämmelser om minimilön.**

2) **Artikel 8 i förordning nr 593/2008 ska tolkas så, att**

   – **för det första, parterna i ett individuellt anställningsavtal ska anses ha möjlighet att fritt välja vilken lag som ska tillämpas på avtalet även när avtalsvillkoren med stöd av en nationell bestämmelse kompletteras av den nationella arbetsrätten, förutsatt att den nationella bestämmelsen i fråga inte tvingar parterna att välja nationell lag som tillämplig lag på avtalet, och**

   – **för det andra, parterna i ett enskilt anställningsavtal ska anses i princip ha haft möjlighet att fritt välja vilken lag som ska tillämpas på avtalet, även om det är arbetsgivaren som har formulerat lagvalsklausulen och arbetstagaren nöjt sig med att godta denna.**

Underskrifter

3.2 UTOMOBLIGATORISKT SKADESTÅND

NJA 1969 s 163

31

Fråga om tillämplig lag i mål om ersättning för skador, vilka vid en bilolycka i Nederländerna vållats av bilförare som var svensk medborgare med hemvist i Sverige och tillfogats passagerare som likaledes var svensk medborgare med hemvist i Sverige.

(Jfr 1932 s. 267, 1933 s. 364 och 1935 s. 585. Jfr även 1960 s. 430 och 1961 s. 596.)

Någon dag i slutet av maj 1960 anträdde Anna C[illegible]ta Cronsioe och hennes make direktören Håkan Cronsioe, som är svenska medborgare med hemvist i Stockholm, en utlandsresa med den Håkan Cronsioe tillhöriga i Forsikringsaktieselskabet National trafikförsäkrade personbilen AA 44[illegible]. Under ett uppehåll i Malmö träffades d. 27 maj 1960 mellan Håkan Cronsioe och bolaget ett avtal om motorfordonsförsäkring för utlandsfärd. Avtalet innehöll följande såsom försäkringsvillkor betecknade bestämmelser:

Vid färd i Sverige, Danmark, Finland och Norge gälla de i det ordinarie försäkringsbrevet angivna försäkringsvillkoren. — Vid färd utanför dessa länder gälla i tillämpliga delar de i det ordinarie försäkringsbrevet angivna försäkringsvillkoren och dessutom följande särskilda försäkringsvillkor: Den i utomlandsförsäkringen ingående ansvarighetsförsäkringen omfattar, med den begränsning i fråga om försäkringsgivarens ansvarighetsbelopp som an-

gives på omstående sida, ansvarigheten för det skadestånd i följd av trafik med det försäkrade motorfordonet, som på grund av i resp. länder gällande lagstiftning kan åläggas försäkringstagaren eller annan person, vilken med försäkringstagarens medgivande för fordonet. Ansvarighetsförsäkringen gäller dock icke för skada på fordonet eller på egendom, som befordras med detsamma, såvida icke i land med obligatorisk ansvarighetsförsäkring landets lagstiftning så kräver. — Om i land med obligatorisk ansvarighetsförsäkring landets lagstiftning föreskriver högre ansvarighetssummor än som angivits på omstående sida, gäller ansvarighetsförsäkringen alltid med dessa högre ansvarighetssummor.

Den 1 juni 1960 blev personbilen, som fördes av Håkan Cronsioe med Anna Greta Cronsioe såsom passagerare, invecklad i en trafikolycka på vägen mellan Haag och Oldenzaal i Nederländerna, varvid Anna Greta Cronsioe blev skadad. Olyckan tillgick så att Håkan Cronsioe under omkörning av en nederländsk lastbil kom att köra av vägen och mot ett träd.

Anna Greta Cronsioe anförde efter stämning å bolaget vid *Stockholms RR:* Hon gör gällande, att Håkan Cronsioe vållat olyckan och de henne därigenom åsamkade skadorna. Vägen på olycksplatsen var smal och lämnade ej utrymme för mer än en körfil i vardera riktningen. Den var på ömse sidor kantad av träd. Håkan Cronsioes vållande bestod i att han förde personbilen med för hög hastighet med hänsyn till vägförhållandena och till att en kritisk situation lätt uppkommer vid omkörning av ett annat fordon. Han brast vidare i uppmärksamhet och lade icke märke till en lastbil, som omkördes av lastbilen. Till följd av det vållande, som sålunda ligger Håkan Cronsioe till last, har han blivit skadeståndsskyldig gentemot Anna Greta Cronsioe i hennes egenskap av passagerare i personbilen, och bolaget har på grund av det mellan bolaget och Håkan Cronsioe d. 27 maj 1960 träffade försäkringsavtalet inträtt i Håkan Cronsioes ställe och svarar för den skadeståndsskyldighet som eljest skulle ha åvilat Håkan Cronsioe. Makarna Cronsioe startade på sin tid verksamhet för producering av s. k. beställningsfilm. Vid tiden för olyckan var hon anställd i rörelsen såsom "scriptgirl" med en lön av 1 200 kr. i mån. Anna Greta Cronsioe yrkade förpliktande för bolaget att till henne utgiva skadestånd med angivna belopp för sveda och värk, förlorad arbetsförtjänst, livränta samt för lyte och men.

Det upplystes i stämningen att det försäkringsbolag, i vilket den inblandade holländska lastbilen var försäkrad — försäkringsbolaget Zürich — gått med på att betala till 1/3 jämkat skadestånd för skadorna på Håkan Cronsioes bil. Det tillades, att efter denna beräkningsgrund Håkan Cronsioe skulle såsom förare av bilen själv mot sin hustru få svara för 2/3 av de henne åsamkade skadorna.

Bolaget anförde: Bolaget vitsordar, att Håkan Cronsioe genom vållande till olyckan medverkat till densamma och till de skador, som tillfogats Anna Greta Cronsioe, samt att han därför blivit skadeståndsskyldig gentemot henne. Vidare vitsordar bolaget, att bolaget på grund av det träffade försäkringsavtalet trätt i Håkan Cronsioes ställe och svarar för den skadeståndsskyldighet som eljest skulle ha åvilat Anna Greta Cronsioe synes utgå från att vid bedömningen av skadeståndets storlek svensk rätt skall tillämpas. Bolaget hävdar emellertid att nederländsk rätt skall tillämpas och åberopar därvid att enligt svensk rättspraxis lagen i det land, där en skadevållande handling skett, skall tillämpas på förhållandet mellan den skadevållande och skadelidande. Under alla omständigheter utvisar ordalydelsen av försäkringsavtalets särskilda villkor, att i förevarande fall nederländsk rätt skall vara tillämplig i förhållandet mellan de avtalsslutande parterna, dvs. Håkan Cronsioe och bolaget. Enligt nämnda rätt är en skada, som en man genom vållande åsamkat sin hustru, icke ersättningsgill såvida vållandet icke är att bedöma som grovt. Bolaget bestrider att sådant vållande ligger Håkan Cronsioe till last. Anna Greta Cronsioe har i förhållande till bolaget ej bättre rätt än Håkan Cronsioe. Emellertid medger bolaget med hänsyn till föreliggande omständigheter att till Anna Greta Cronsioe utgiva 10 000 nederländska gulden eller motsvarande belopp i svenskt mynt enligt den å betalningsdagen gällande kursen jämte ränta. Det sålunda medgivna beloppet täcker all den ersättning för Anna Greta Cronsioes skada, som enligt nederländsk rätt kunnat utgå.

Anna Greta Cronsioe genmälde: Hon bestrider, att nederländsk rätt är tillämplig och påstår att svensk rätt skall tillämpas. Vad till en början gäller frågan huruvida svensk eller nederländsk rätt skall vara tillämplig på det genom olyckshändelsen i skadeståndshänseende uppkomna förhållandet mellan makarna Cronsioe är följa att beakta. Makarna Cronsioe är båda svenska medborgare. De kom överens om att tillsammans företaga den ifrågakomna utlandsresan med Håkan Cronsioes i Stockholm registrerade bil. Resan skulle såväl påbörjas som avslutas i Stockholm. Det i målet åberopade försäkringsavtalet träffades i Malmö och båda makarna förutsatte vid dess tecknande, att tilläggsavtalet skulle lämna samma skydd för passagerare som det för bolagets och Håkan Cronsioes mellanhavande grundläggande försäkringsavtalet. Det måste te sig som en tillfällighet att olyckshändelsen inträffade i Nederländerna och ej i något annat land, som makarna passerade under färden. Rättslig åtgärd har i Nederländerna ej vidtagits mot Håkan Cronsioe eller den nederländske föraren av lastbilen. Då således en alldeles tillfällig anknytning för makarna föreligger till svensk rätt måste Anna Greta Cronsioes skadeståndstalan mot Håkan Cronsioe rimligen avgöras enligt svenska rättsförhållanden och enligt svenska rättsregler. Det må i detta sammanhang anmärkas, att åtal mot Håkan Cronsioe för hans ifrågakomna vårdslösa körning kan väckas här i landet och att för sådant fall påföljden för honom skall bedömas enligt svenska trafikbestämmelser. I ett sådant mål skulle Anna Greta Cronsioe kunna föra skadeståndstalan mot Håkan Cronsioe, och denna talan skulle då otvivelaktigt bedömas enligt svensk rätt. För det fall nederländsk domstol haft frågan till bedömande, skulle denna domstol enligt en i Nederländerna utbildad rättspraxis ha tillämpat svensk rätt på förhållandet mellan makarna. — Vad beträffar tolkningen av försäkringsavtalets bestämmelser gjorde Anna Greta Cronsioe till en början gällande, att Håkan Cronsioe vid avtalets ingående hade det bestämda önskemålet att

bereda sig och medföljande passagerare samma skydd under utlandsresan som skulle ha förelegat om den vanliga trafikförsäkringen gällt. Den av National åt försäkringsvillkoren givna tolkningen innebär i detta fall en begränsning av försäkringsskyddet, och Anna Greta Cronsioe bestrider, att en sådan tolkning kan tillerkännas vitsord. Tvärtom måste villkoren anses innebära, att National åtog sig att utgiva ersättning enligt utländsk rätt även om denna skulle för den skadelidande leda till ett förmånligare resultat än svensk rätt. I varje fall hade National enligt ordalydelsen i bestämmelserna måst underkasta sig nederländsk dom, som enligt vad nyss sagts, byggde på svensk rätt. Om bestämmelser i ett försäkringsavtal är otydligt formulerad l detta i allt fall gå ut över försäkringsgivaren och icke försäkringstagaren. Hur man än rimligen tolkar dem kan de ej givas annan innebörd t bolaget har samma ansvar som det som faktiskt kan komm as Håkan Cronsioe. Då det gäller tolkningen av villkoren i det avtalet skall alltså, på grund av vad nu sagts och tidigare andragits beträffande Håkan Cronsioes ansvar, svenska rättsregler tillämpas i fråga om Anna Greta Cronsioes i målet förda skadeståndstalan. Slutligen hävdar Anna Greta Cronsioe, att — med hänsyn till vad Håkan Cronsioe avsett vid avtalets träffande och till vad båda makarna förutsatt angående avtalets innehåll — det skulle strida mot svensk rättsuppfattning talet tolkades så restriktivt som från bolagets sida skett, eller så att enligt försäkringsvillkoren nederländsk rätt i detta fall skulle tillämpas om Håkan Cronsioes ansvarighet. — Om RR:n skulle finna nederländsk rätt vara tillämplig vid bestämmande av storleken av det skadestånd, vartill Anna Greta Cronsioe är berättigad, medger hon, att det av bolaget medgivna beloppet om 10 000 nederländska gulden får anses utgöra skälig ersättning för hennes skada, och under angivna förutsättning bestämmer hon sin talan till att avse det av bolaget medgivna beloppet jämte ränta.

Beträffande frågan om tillämplig lag framhöll bolaget ytterligare: Skadan har inträffat i Nederländerna. I följd därav skall, såsom bolaget hävdat, enligt i Sverige gällande rättspraxis nederländsk rätt tillämpas. Håkan Cronsioe skall sålunda utgiva skadestånd allenast i den mån skadeståndsskyldighet åvilar honom enligt nederländsk rätt. National svarar ej för mer än Håkan Cronsioe l at åläggas utgiva enligt nämnda rätt. Enligt försäkringsvillkoren i det mellan Håkan Cronsioe och bolaget träffade försäkringsavtalet svarar bolaget för skadestånd, so grund av i resp. länder gälland ing" kan komma att åläggas Håkan Cronsioe. De omständigheter, som Anna Greta Cronsioe åberopat och som med hänsyn till sin anknytning till makarna Cronsioes gemensamma lag skulle föranleda till att denna eller således svensk lag skulle tillämpas, saknar t bolagets mening betydelse. Försäkringsavtalet har, såsom träffat mellan Håkan Cronsioe och bolaget, icke någon inverkan i fråga om Håkan Cronsioes skyldighet att utgiva skadestånd till Anna Greta Cronsioe. Beträffande bolagets ersättningsskyldighet enligt avtalet är Anna Greta Cronsioe underkastad samma begränsningar som Håkan Cronsioe.

RR:n (hrr *Masreliez, Rosén* och *Gehlin*) anförde i dom d. 21 dec. 1966

under rubriken *domskäl*: Bolaget har vitsordat att bolaget såsom försäkringsgivare enligt det åberopade försäkringsavtalet av d. 27 maj 1960 är skyldigt utgiva ersättning till Anna Greta Cronsioe i den mån och i den utsträckning skadeståndsskyldighet gentemot henne kan åläggas Håkan Cronsioe, dock att bolaget hävdat, att Anna Greta Cronsioe i sina anspråk mot bolaget är underkastad samma begränsningar enligt försäkringsavtalet som Håkan Cronsioe.

Vad angår frågan om val av lag vid bedömning av det genom olyckshändelsen i skadeståndshänseende mellan makarna Cronsioe uppkomna förhållandet är först följande yttre omständigheter att beakta. Båda makarna är svenska medborgare och bosatta här i riket. Resan, som av makarna gemensamt företogs med svenskregistrerad bil, för vilken trafikförsäkringsplikt förelåg här i landet, påbörjades inom Sverige och var avsedd att likaledes avslutas här. För den del av färden, som företogs utom de nordiska länderna, tecknade Håkan Cronsioe såsom ägare av bilen särskild tilläggsförsäkring till den obligatoriska trafikförsäkringen.

Här upptagna förhållanden talar tillsammans starkt för att svensk rätt bör tillämpas beträffande ett mellan makarna under färden och i anledning av fordonets förande uppkommet rättsförhållande. Makarna har därtill båda förklarat — Håkan Cronsioe under med honom hållet vittnesförhör — att avsikten med tilläggsförsäkringen bl. a. varit att tillförsäkra dem samma skydd som det de inom landet hade genom den obligatoriska försäkringen, anledning saknas ifrågasätta riktigheten av d uppgifter. Med stöd av det anförda finner RR:n svensk rätt skola tillämpas på frågan om Håkan Cronsioes skadeståndsans entemot Anna Greta Cronsioe.

Beträffande bolagets skyldighet att inträda i Håkan Cronsioes ansvarighet må till en början anmärkas, att det helt allmänt får antagas, att ändamålet med en ansvarighetsförsäkring av nu ifrågavarande slag är att hålla försäkringstagaren skadeslös för det ansvar som lagligen kan komma att åläggas honom. Ett uttryck för en sådan uppfattning finner man också i det i målet ingivna försäkringsbrevets försäkringsvillkor, särskilt i den avfattning dessa fått på engelska språket. Begränsningar såvitt avser försäkringsgivarens skyldighet att övertaga försäkringstagarens ansvar bör därför förekomma endast om försäkringsbrevet innehåller tydliga inskränkningar i fråga om den förres förpliktelser. En sådan inskränkning förekommer till exempel här beträffande ansvarighetsförsäkringens giltighet vid färd i Tyska Demokratiska Republiken. Bolaget har emellertid gjort gällande, att även innehållet i de under "Försäkringsvillkor" upptagna bestämmelserna ger uttryck för en begränsning av bolagets skyldigheter i förevarande hänseende.

Angående tolkningen av de av bolaget sålunda åberopade bestämmelserna är följande att beakta. I andra stycket utsäges, att vid färd utanför de nordiska länderna utöver de i det ordinarie försäkringsbrevet angivna försäkringsvillkoren skall gälla "följande särskilda försäkringsvillkor". Därefter förekommer, att "utomlandsförsäkringen omfattar, med den begränsning i fråga om försäkringsgivarens ansvarighetsbelopp som angives på

omstående sida, ansvarigheten för det skadestånd i följd av trafik med det försäkrade motorfordonet, som på grund av i resp. länder gällande lagstiftning kan åläggas försäkringstagaren — — —". En jämförelse mellan dessa bestämmelser måste anses giva vid handen, att den senare bestämmelsen i förhållande till den förra icke behöver innebära en begränsning av det försäkringsskydd, som gäller enligt det ordinarie försäkringsbrevet. Snarare skulle den tolkningen kunna ges åt de båda bestämmelserna, sammanställda med varandra, att försäkringsskyddet skulle med iakttagande av bestämmelserna om ansvarighetsbeloppen bli mer omfattande än vad som förutsättes i det ordinarie försäkringsbrevet, därest vederbörande lands lagstiftning skulle i ersättningshänseende leda till ett förmånligare resultat för den skadelidande än vid tillämpning av de regler, som gäller i fråga om det ordinarie försäkringsbrevet. Ett ytterligare stöd för en sådan tolkning utgör innehållet i villkorens sista stycke, varav framgår, att om i ett land med obligatorisk ansvarighetsförsäkring landets lagstiftning föreskriver högre ansvarighetssummor än som angivits i det tecknade försäkringsavtalet, detta alltid gäller "med dessa högre ansvarighetssummor". Härutöver må anmärkas, att Håkan Cronsioe, såsom förut upptagits i denna del omvittnat, att han vid tecknandet av ifrågavarande avtal förutsatte, att detta skulle bereda honom och i hans bil medföljande passagerare åtminstone samma försäkringsskydd som skulle ha åtnjutits vid en tillämpning av det ordinarie försäkringsbrevets bestämmelser. Den tolkning han givit åt de särskilda försäkringsvillkoren står således icke i överensstämmelse med den tolkning, vilken bolaget i målet hävdat vara den riktiga. Med hänsyn till RR:ns ovan gjorda bedömanden kan emellertid Håkan Cronsioes tolkning icke anses ha varit utan fog och den otydlighet, som måste anses vidlåda försäkringsvillkorens avfattning, skall icke lända Håkan Cronsioe såsom försäkringstagare till men.

Med stöd av det anförda finner RR:n bolaget vara skyldigt att lämna samma skadeersättning som, såvitt nu är i fråga, kan åläggas Håkan Cronsioe. Såsom ovan upptagits skall svensk rätt tillämpas på förhållandet mellan makarna i vad gäller Håkan Cronsioes skadeståndsansvar gentemot Anna Greta Cronsioe. Svensk rätt skall därför också tillämpas i fråga om den av henne i målet yrkade ersättningen av bolaget.

Vid tillämpning av svensk rätt skall ersättning utgå till Anna Greta Cronsioe i alla de hänseenden som avses med hennes talan.

Sedan RR:n lämnat motivering för de olika skadeståndsposterna, anförde RR:n i sitt *domslut*: Bolaget förpliktas att till Anna Greta Cronsioe utgiva *dels* genast 71 200 kr., *dels* livränta för tiden d. 15 aug. 1963—d. 10 nov. 1968, beräknad efter månadsinkomst av 1 200 kr. och en invaliditetsgrad av 50 procent, att erläggas beträffande förfallna belopp genast och i övrigt med 600 kr. månadsvis i efterskott. Från utdömt kapitalbelopp skall avräknas vad Anna Greta Cronsioe för tiden d. 1 juni 1960—d. 14 aug. 1963 uppburit i sjukpenning från allmän försäkringskassa. Ränta skall erläggas efter 5 procent om året från d. 13 sept. 1965 å då förfallna belopp och å övriga å domens dag förfallna belopp efter hand som de förfallit till betalning, allt till skeende likvid.

Talan fullföljdes av båda parterna i *Svea HovR*. Anna Greta Cronsioe yrkade höjning av vissa skadeståndsbelopp. Såsom ytterligare grund för sin talan i målet åberopade Anna Greta Cronsioe att före utlandsresans anträdande mellan makarna Cronsioe träffats ett avtal om att Anna Greta Cronsioe, som medföljde å resan såsom "script-girl" åt maken, skulle genom dennes försorg beredas åtminstone samma försäkringsskydd som skulle ha gällt vid resa i Sverige. — Bolaget yrkade, med vidhållande att nederländsk rätt är tillämplig, att Anna Greta Cronsioe måtte tillerkännas allenast den av bolaget medgivna ersättningen, 10 000 nederländska gulden eller motsvarande belopp i svenskt mynt enligt den å betalningsdagen gällande kursen, jämte ränta.

Part bestred motparts ändringsyrkande. Bolaget bestred att vad Anna Greta Cronsioe först i HovR:n åberopat såsom grund för talan finge åberopas.

HovR:n (hrr *Graffman, Beckman,* referent, *Gyllenswärd* och *Danelius*) anförde i dom d. 2 febr. 1968 under rubriken *domskäl*. Vad Anna Greta Cronsioe i HovR:n åberopat som ytterligare grund för käromålet är, så som hennes talan i denna del utformats, att anse allenast såsom omständigheter i målet, vilkas åberopande icke innebär ändring av hennes vid RR:n förda talan. HovR:n lämnar därför bolagets invändning i detta hänseende utan avseende.

Anna Greta Cronsioes talan i målet avser ersättning för skador, som genom vållande av hennes make Håkan Cronsioe tillfogats henne vid en trafikolycka i Nederländerna, när hon färdades som passagerare i en av maken förd personbil.

Inom svensk internationell privaträtt har sedan gammalt ansetts gälla, att skadeståndsskyldighet i utomobligatoriska förhållanden bedömes efter lagen i det land, där den skadegörande handlingen företagits. Detta har i rättsfall bedömda av HD ansetts gälla även då svensk medborgare genom vårdslös bilkörning i utlandet tillfogat annan svensk medborgare skada; och detta även om den skadegörande gärningen straffrättsligt kunnat bedömas enligt svensk lag. HovR:n finner vad Anna Greta Cronsioe i målet anfört därom, att det i anledning av olyckan uppkomna rättsförhållandet mellan makarna skulle ha övervägande anknytning till Sverige, ej utgöra skäl att, med f[illegible]ende av hittills gällande rättspraxis, tillämp[illegible] rätt på frågan om Håkan Cronsioes skadeståndsansvar gentemot Anna Greta Cronsioe. Detta gäller även om nederländsk domstol, därest sådan domstol haft frågan till bedömande, skulle ha funnit sig böra tillämpa svensk rätt därå.

Till stöd för att svensk rätt bör äga företräde beträffande frågan om skadeståndets belopp har Anna Greta Cronsioe i HovR:n särskilt gjort gällande, att det skulle strida mot svensk ordre public att tillämpa nederländska skadeståndsbestämmelser. Hon har därvid hänvisat till att dessa skulle medge i förhållande till svensk rätt mycket begränsade möjligheter för en hustru att i ett fall som det förevarande av maken erhålla ersättning för skada som åsamkats henne genom att mannen fört bilen vårdslöst.

HovR:n finner icke, att användning av nederländsk rätt i förevarande

hänseende skulle innebära tillämpning av bestämmelser vilka är oförenliga med grundläggande principer i svensk lag eller rättsuppfattning.

På grund av det anförda finner HovR:n, att frågan om Håkan Cronsioes skadeståndsansvar gentemot Anna Greta Cronsioe skall bedömas enligt nederländsk rätt. I målet är ostridigt att vid sådan bedömning ersättning till Anna Greta Cronsioe skall utgå med det av bolaget medgivna beloppet jämte ränta.

I sitt *domslut* anförde HovR:n: Med ändring av RR:ns dom bestämmer HovR:n det belopp, som bolaget har att utgiva till Anna Greta Cronsioe såsom skadeersättning i anledning av trafikolyckan, till 10 000 nederländska gulden eller motsvarande belopp i svenskt mynt enligt den på betalningsdagen gällande kursen jämte 5 procent ränta därå från d. 13 sept. 1965 tills betalning sker.

Anna Greta Cronsioe sökte revision. Hon anförde bl. a.: HovR:ns hänvisning till äldre rättsfall innebär en hänvisning till icke jämförbara förhållanden. — Danmark och Norge har varit inne på att övergiva lex loci delictiprincipen till förmån för lex fori (Tidskrift for Retsvidenskap 1965 s. 587 och 1966 s. 226). I Förenta Staterna går man numera på läran om anknytningspunkterna (Lüer, The Lex Loci Delicti in Single Contact Cases — A Corporative Study of Continental and American Law — artikel i Netherland's International Law Review 1965 s. 124 ff). Åtskilliga kontinentala länder såsom Holland, Västtyskland, Schweiz m. fl. ävensom England har sedan ganska lång tid tillbaka gjort undantag från lex loci delictiprincipen, när det gäller landets egna medborgare. — Holländsk domstol skulle i förevarande fall ha tillämpat svensk rätt. — Ordre publicprincipen har under senare år vunnit terräng i svensk rätt (NJA 1955 s. 377, SvJT 1959 s. 201). Även tillkomsten av lagen d. 27 nov. 1964 om svensk domstols prövning av äktenskapsmål i vissa fall i internationella rättsförhållanden innebär ett steg i samma riktning. — Den nuvarande situationen på försäkringsmarknaden är att det i brist på vägledande rättsfall råder i det närmaste kaos i fråga om försäkringsvillkoren.

Prövningstillstånd meddelades.

Målet avgjordes efter huvudförhandling (ombud för Anna Greta Cronsioe advokaten E. Lundgren och för bolaget försäkringsjuristen S. Abelson) d. 25 mars i *HD*, vars flesta ledamöter (JustR:n *Romanus, Digman, Bomgren* och *Hesser*) förenade sig om följande dom: Anna Greta Cronsioes talan avser ersättning för skador, som genom vållande av hennes make Håkan Cronsioe tillfogats henne vid trafikolycka i Nederländerna, när hon färdades som passagerare i en av maken förd bil.

I målet kan ej [illegible] att på grund av överenskommelse mellan Håkan Cronsioe och bolaget Anna Greta Cronsioe skulle äga rätt till ersättning i åtminstone den utsträckning som skulle följa av att svensk rätt tillämpades. Vad Anna Greta Cronsioe i detta avseende åberopat kan därför icke läggas till grund vid bedömandet av bolagets ersättningsskyldighet, utan frågan om tillämplig lag får avgöras med hänsyn till allmänna internationellt privaträttsliga principer.

Enligt svensk internationell privaträtt får såsom allmän regel anses gälla, att skadeståndsskyldighet i utomobligatoriska förhållanden bedömes i överensstämmelse med den materiella lagen i det land, där den skadegörande handlingen företagits, oavsett om i straffrättsligt avseende svensk lag tillämpas eller icke. Väl föreligger i målet vissa omständigheter som anknyter det genom olyckan uppkomna rättsförhållandet till svensk lag, men dessa omständigheter är icke, vare sig tagna för sig eller tillsammans, av den beskaffenhet att de föranleder att den allmänna regeln skall frångås. Det må framhållas, att spörsmålet om tillämplig lag i fall av den typ som här är i fråga kommer i ett annat läge, därest — såsom icke synes uteslutet — internationell överenskommelse kan ernås om reglering av frågan om tillämplig lag vid skada i anledning av trafikolycksfall med anknytning till flera länder.

Det av Anna Greta Cronsioe uppgivna förhållandet, att enligt nederländsk internationell privaträtt svensk materiell lag skulle i förevarande fall tillämpas, är enligt svensk internationell privaträtt utan betydelse.

Det kan ej anses att tillämpning i detta fall av nederländsk materiell rätt är uppenbart oförenlig med grunderna för rättsordningen här i riket.

Vid angivna förhållanden skall frågan om Håkan Cronsioes [illegible]-ansvar gentemot Anna Greta Cronsioe bedömas enligt nederländsk rätt. I målet är ostridigt att vid sådan bedömning ersättning till Anna Greta Cronsioe skall utgå med det av bolaget medgivna beloppet.

På nu anförda skäl prövar KM rättvist fastställa H[illegible]omslut.

JustR *Höglund,* referent, var beträffande motiveringen av skiljaktig mening på sätt framgick av följande yttrande: Anna Greta Cronsioes talan avser etc. = majoriteten — — — svensk rätt tillämpades. Vad Anna Greta Cronsioe i detta avseende åberopat därför icke läggas till grund vid bedömandet av bolagets ersättningsskyldighet. Denna skall i stället bedömas efter samma grunder som den Håkan Cronsioe åvilande ersättningsskyldigheten.

För utomobligatorisk skadeståndsskyldighet i internationella förhållanden saknas uttryckliga bestämmelser i vår internationella privaträtt. I rättspraxis har i allmänhet antagits, att lagen i det land där den skadegörande handlingen företogs skall tillämpas, och detta även om i övrigt förelegat tydlig anknytning till annat land. Hithörande rättsfall på trafikskadeområdet är emellertid av äldre datum och med hänsyn till den utveckling som ägt rum bör det ej vara uteslutet att — såsom skett i utländsk rättspraxis, även norsk och, på senare tid, dansk — tillämpa annan lag, när stark anknytning därtill föreligger.

I förevarande mål är fråga om skadeståndsskyldighet för svensk medborgare med hemvist i Sverige mot annan svensk medborgare med hemvist i Sverige på grund av trafikolycka med en i Sverige registrerad bil, ägd och förd av den förstnämnde. Stark anknytning till svensk rätt föreligger sålunda. Av utredningen framgår emellertid, att även en nederländsk bil var inblandad i olyckan och att denna givit anledning till fråga om skadeståndsskyldighet även på den nederländska bilens sida. Vid sådant förhållande kan omständigheterna ej anses vara sådana att den förut angivna allmänna regeln bör frångås. Enligt denna regel skall nederländsk rätt tillämpas.

Det av Anna Greta Cronsioe uppgivna förhållandet = majoriteten — — — medgivna beloppet.

På nu anförda skäl prövar jag rättvist fastställa HovR:ns domslut.

KM:s dom meddelades d. 1 april 1969.

HOVRÄTTEN ÖVER
SKÅNE OCH BLEKINGE
Avdelning 3
Rotel 31

DOM
2012-05-30
Malmö

Mål nr
T 1170-11

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Malmö tingsrätts mellandom 2011-03-25 i mål T 9622-09, se bilaga A

KLAGANDE
1. J.J.E.

2. T.F.E.

3. L.E.

4. J.E.

5. M.E.

6. D.H.

7. Dödsboet efter J.H.

8. M.H.

9. C.H.

10. M.J.

11. T.J.

12. S.J.

13. K.L.

14. S.N.

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 846	Hovrättstorget 1	040-35 57 00	040-783 11	måndag – fredag
201 80 Malmö		**E-post**: hovratten.skaneblekinge@dom.se		08:00-16:00
		www.hovrattenskaneblekinge.domstol.se		

15. T.P.

16. S.S.

17. A.G.W.

18. D.W.

19. L.W.

Ombud för 1-19:
Advokaterna T.M. och U.O.

MOTPART
EADS Construcciones Aeronáuticas SA
Avenida de Aragon numero 404, 280 22 Madrid, Spanien

Ombud:
Advokaten L.B. och jur.kand. C.J.

HOVRÄTTENS DOMSLUT

1. Med ändring av tingsrättens domslut fastställer hovrätten att spansk materiell rätt ska tillämpas på klagandenas skadeståndstalan mot EADS Construcciones Aeronáuticas SA.

2. EADS Construcciones Aeronáuticas SA ska ersätta klagandena för rättegångskostnader i hovrätten med 125 000 kr, varav 100 000 kr avser ombudsarvode och 25 000 kr mervärdesskatt, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för hovrättens dom till dess att betalning sker.

YRKANDEN M.M. I HOVRÄTTEN

J.J.E. och övriga klagande (de anhöriga) har yrkat att hovrätten fastställer att spansk materiell rätt ska tillämpas på deras skadeståndstalan mot EADS Construcciones Aeronáuticas SA (CASA).

CASA har motsatt sig ändring.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader i hovrätten.

Målet har med stöd av 50 kap. 13 § andra stycket p. 2 rättegångsbalken avgjorts utan huvudförhandling.

PARTERNAS TALAN I HOVRÄTTEN

Parterna har åberopat samma grunder och utvecklat sin talan på samma sätt som vid tingsrätten. De har tillagt i huvudsak följande.

De anhöriga

De rättsliga grunderna för skadeståndstalan är dels strikt ansvar för produktskada, dels allmän skadeståndsskyldighet pga. vårdslöshet. Den i NJA 1969 s. 163 fastslagna principen – att lagen i det land där den skadegörande handlingen företagits som huvudregel ska väljas – gäller även i fråga om produktansvar. Rom II-förordningen bör inte tillämpas analogt. Även en analog tillämpning av förordningen leder emellertid till att spansk rätt ska tillämpas eftersom flygplanet saluförts och förvärvats i Spanien. För detta talar att flygplanet levererats med leveransklausulen *ex works*, vilket innebär att det avlämnats vid fabriken i Spanien. Några riktade marknadsföringsåtgärder i Sverige har inte ägt rum.

På fråga från CASA har de anhöriga anfört att upphandlingen och köpet har gått till på följande sätt. Tullverket och marinen tillsammans med Försvarets materielverk satte samman en kravspecifikation. Svenska staten anmälde därefter på den internationella marknaden beslutet att köpa flygplan för vissa ändamål. Efterhand utkristalliserades tre tillverkare, bl.a. CASA i Spanien. Företrädare för staten besökte de tre tillverkarna och

vid besöken diskuterades villkoren för köp och leverans. Beställningen av flygplan från CASA gjordes därefter från Sverige. Avtalen undertecknades i Stockholm, varvid CASA företräddes av ett svenskt företag. Flygplanen överlämnades till svenska staten vid fabriken i Spanien.

CASA

Målet gäller påstående om produktansvar. De lagvalsprinciper som Högsta domstolen slagit fast i NJA 1969 s. 163 är inte tillämpliga på detta område. Rättsfallet gällde, till skillnad från det nu aktuella målet, ett fall där den skadegörande handlingen och effekten av denna inträffat i samma land. Rättsfallet är därför inte tillämpligt.

Reglerna i Rom II-förordningen motsvarar tidigare rättsutveckling på produktansvarsområdet. Analog tillämpning av Rom II-förordningen leder till att svensk materiell lag ska tillämpas eftersom flygplanet saluförts och förvärvats i Sverige. Således togs initiativet till flygplansförvärvet i Sverige av svenska myndigheter. En kravspecifikation sattes samman i Sverige och svenska staten initierade ett upphandlingsförfarande. Vidare företogs en särskild marknadsföringskampanj i Sverige med hjälp av ett svenskt företag och i samband med upphandlingen besökte representanter för CASA Försvarets materielverk i Stockholm. Flygplansbeställningen gjordes i Sverige och köpeavtalet undertecknades här. Det är vidare svensk lag som enligt köpeavtalet ska tillämpas vid tvist mellan köparen och säljaren. Att flygplanet levererades *ex works* saknar i detta sammanhang betydelse.

Vid en samlad bedömning av samtliga åberopade anknytningsmoment föreligger starkast anknytning till Sverige. Svensk materiell lag ska därför tillämpas på tvisten.

HOVRÄTTENS DOMSKÄL

Frågan i målet

Hovrätten har att ta ställning till om svensk eller spansk materiell rätt ska tillämpas i skadeståndstvisten mellan de anhöriga och CASA.

Bortsett från den i det av de anhöriga åberopade sakkunnigutlåtandet av Michael Bogdan föreslagna lagvalsregeln, att de skadelidande ska få välja tillämplig lag, vilken saknar stöd i svensk lagstiftning och rättspraxis, finns tre alternativ i lagvalsfrågan, nämligen nedanstående.

- Ett lagval med direkt eller analog tillämpning av lagvalsreglerna i Rom II-förordningen.
- Ett lagval med tillämpning av 1969-års rättsfall.
- Ett lagval med ledning av det i målet aktuella rättsförhållandets anknytning till Sverige.

Lagvalsreglerna i Rom II-förordningen

Den numera gällande Rom II-förordningen (Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 864/2007 av den 11 juli 2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser) anger som huvudregel att lagen i det land där skadan uppkommit är tillämplig på utomobligatoriska förpliktelser (artikel 4.1). Förordningen trädde ikraft den 11 januari 2009.

Produktansvar regleras särskilt i förordningen. Om den utomobligatoriska förpliktelsen har sin grund i en skada som orsakats av en produkt ska lagen i det land där den skadelidande hade sin vanliga vistelseort när skadan uppkom tillämpas, om produkten saluförts i det landet (artikel 5.1.a). I annat fall ska lagen i det land där produkten förvärvats tillämpas, om produkten saluförts i det landet (artikel 5.1.b).

Tvisten mellan parterna gäller en händelse som inträffat före förordningens ikraftträdande. I likhet med tingsrätten konstaterar hovrätten att förordningen således inte är direkt tillämplig i målet.

Vad gäller frågan om förordningen är analogt tillämplig gör hovrätten denna bedömning.

Att tillämpa Rom II-förordningen analogt på rättsförhållanden uppkomna före dess ikraftträdande bör komma ifråga endast om förordningen befäster lagvalsprinciper som

redan tidigare gällt.

I tiden före Rom II-förordningens ikraftträdande var rättsfallet NJA 1969 s. 163 vägledande när det gällde frågan om tillämplig lag i utomobligatoriska rättsförhållanden. I rättsfallet pekas lagen i det land där den skadegörande handlingen företagits ut som i regel tillämplig. Något prejudikat som specifikt gällde lagval vid produktansvar fanns inte.

Rom II-förordningen har onekligen medfört förändringar på området. Detta kommer till uttryck bl.a. i förordningens preambel (punkten 15), i vilken anges att principen om att tillämplig rätt är lagen i det land där den skadevållande händelsen företagits tidigare varit huvudregel i nästan alla medlemsstater.

Eftersom Rom II-förordningen således inte kan sägas befästa principer som tidigare gällt bör analog tillämpning av förordningen inte komma ifråga.

1969-års rättsfall

Som redan nämnts pekade 1969-års rättsfall ut lagen i det land där den skadegörande handlingen företagits som i regel tillämplig i utomobligatoriska rättsförhållanden. Det nu aktuella målet gäller lagval vid produktansvar. Produktansvar är en form av utomobligatoriskt skadestånd. I och för sig medför varken det förhållandet att målet avser produktansvar eller övriga omständigheter skäl att inte tillämpa de i rättsfallet fastslagna lagvalsprinciperna.

De anhöriga har gjort gällande att den skadegörande handlingen ägt rum vid design, konstruktion, tillverkning och certifiering av flygplanet samt vid fastställande av underhållsstruktur för detta, dvs. i Spanien. CASA har bestritt detta och bl.a. hävdat att skadan är en följd av flygplanets användning och underhåll i Sverige. De omständigheter som de anhöriga åberopat i lagvalsfrågan kan inte prövas utan en sakprövning av skadeståndsfrågan i målet. De anhörigas påstående om var den skadegörande handlingen företagits får därför godtas vid prövningen av lagvalsfrågan. Hovrätten har alltså att utgå från påståendet att den skadegörande handlingen företagits i Spanien.

Det förelåg i 1969-års rättsfall en rad omständigheter som anknöt rättsförhållandet till svensk rätt. Högsta domstolen fann dock att dessa omständigheter inte var av sådan beskaffenhet att de medförde att huvudregeln skulle frångås. Den utländska lagen kom därför att tillämpas.

Rättsförhållandets anknytning till Sverige

Vad gäller frågan om parternas rättsförhållande har en så stark anknytning till Sverige att det finns anledning att frångå den i 1969-års rättsfall fastslagna huvudregeln om att lagen i det land där den skadegörande handlingen företagits ska tillämpas, har parternas rättsförhållande, som tingsrätten funnit, en inte obetydlig anknytning till Sverige. Det är den svenska staten som har köpt flygplanet och köpeavtalet har undertecknats i Sverige. Skadan har inträffat på svenskt territorium och drabbat personer bosatta här. Flygplanet har under lång tid använts och underhållits i Sverige och det har varit godkänt av svensk myndighet. Dessa omständigheter, som de skadelidande inte har kunnat påverka, talar dock inte för tillämpning av svensk rätt med sådan styrka att det finns skäl att frångå huvudregeln.

Sammanfattning

Hovrätten finner alltså att Rom II-förordningen inte kan tillämpas, varken direkt eller analogt, vid prövningen av lagvalsfrågan i målet, och att det aktuella rättsförhållandets anknytning till Sverige inte medför att undantag ska göras från den i 1969-års rättsfall angivna huvudregeln för val av tillämplig lag. Spansk materiell lag ska därför tillämpas i målet.

Rättegångskostnader

Vid den utgång målet fått i hovrätten ska CASA ersätta de anhöriga för rättegångskostnader här. De anhöriga har begärt ersättning för ombudsarvode med 160 750 kr inklusive mervärdesskatt. CASA har överlämnat till hovrätten att pröva om det begärda beloppet är skäligt.

Skriftväxlingen i hovrätten har varit omfattande och innehåller ett stort antal upprepningar. När klagandeombuden förelagts att inkomma med kostnadsräkning har de istäl-

let, utan föregående föreläggande, inkommit med yttrande. Hovrätten finner sammantaget att skälig ersättning för rättegångskostnader bör bestämmas till 125 000 kr inklusive mervärdesskatt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B

Överklagande senast den 27 juni 2012.

I avgörandet har deltagit hovrättslagmannen Bengt Sagnert, hovrättsrådet Agneta Lindelöf, rådmannen Anders Aurell och tf. hovrättsassessorn Anna Skytte (referent). Domarna är eniga.

MALMÖ TINGSRÄTT
Avdelning 1
Enhet 11

MELLANDOM

2011-03-25
Meddelad i
Malmö

Mål nr
T 9622-09

PARTER

KÄRANDE
1. J.J.E.

2. T.F.E.

3. L.E.

4. J.E.

5. M.E.

6. D.H.

7. Dödsboet efter J.H.

8. M.H.

9. C.H.

10. M.J.

11. T.J.

12. S.J.

13. K.L.

14. S.N.

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 265	Kalendegatan 1	040-35 30 00	040-611 43 10	måndag – fredag
201 22 Malmö		**E-post**: malmo.tingsratt@dom.se		09:00-14:00

15. T.P.

16. S.S.

17. A.G.W.

18. D.W.

19. L.W.

Ombud för 1-19: advokaterna U.O och T.M.

SVARANDE
EADS Construcciones Aeronáuticas SA
Avenida de Aragon numero 404
280 22 Madrid
Spanien

Ombud: advokaten L.B. och jur.kand. C.J.

DOMSLUT

Tingsrätten fastställer att svensk materiell rätt ska tillämpas beträffande kärandenas skadeståndstalan mot EADS Construcciones Aeronáuticas SA.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Svenska staten, genom Försvarets materielverk, ingick den 17 december 1985 ett avtal om köp och försäljning av flygplan med det spanska bolaget EADS Construcciones Aeronáuticas SA, tidigare CASA Construcctiones Aeronauticas SA (nedan EADS CASA). Flygplanen levererades under år 1986.

Den 26 oktober 2006 havererade Kustbevakningens flygplan KBV 585-SE-IVF, ett av ovan nämnda flygplan, i Falsterbokanalen. Anledningen till haveriet var att höger vinge bröts av. Samtliga ombordvarande, piloterna och de två systemoperatörerna, omkom vid nedslaget. J.J.E. m.fl. (nedan de anhöriga) ansökte den 25 oktober 2009 vid tingsrätten om stämning mot EADS CASA. De anhöriga har yrkat att bolaget till dem ska utge skadestånd för personskador och ekonomiska skador. Vid målets handläggning har fråga uppkommit om vilket lands lag som ska tillämpas vid bedömningen i målet.

De anhöriga har yrkat att tingsrätten ska fastställa att spansk materiell rätt ska tillämpas på deras anspråk mot EADS CASA.

EADS CASA har bestritt yrkandet och för egen del yrkat att tingsrätten fastställer att svensk materiell rätt ska tillämpas i målet.

Parterna har hemställt att tingsrätten avgör frågan om tillämplig rätt innan målets handläggning fortsätter och har inte haft någon erinran mot att frågan avgörs genom mellandom.

Lagvalsfrågan har med stöd av 42 kap. 18 § första stycket 5 rättegångsbalken avgjorts utan huvudförhandling.

DOMSKÄL

De anhöriga har gjort gällande att spansk rätt ska vara tillämplig utifrån principen om *lex loci delicti commissi*, dvs. lagen i det land där den skadegörande handlingen

företagits. EADS CASA har å sin sida gjort gällande att svensk rätt ska tillämpas med hänsyn till principen om *lex loci damni*, dvs. lagen i det land där skadan uppkommit.

De anhöriga har till utveckling av sin inställning i mellandomsfrågan anfört i huvudsak följande. Den skadegörande handlingen hänför sig till design, konstruktion, tillverkning, certifieringsprocessen samt fastställande av underhållsstruktur och uppföljningen av denna som ägt rum i Spanien. Vidare har planet saluförts och förvärvats i Spanien. Enligt Haverikommissionen var orsaken till olyckan att vingens infästning i flyplanskroppen varit olämpligt konstruerad och att tillverkningsdefekter i vingen förelåg. Haverikommissionen har i rapporten även uttalat att olyckan orsakades av ett otillräckligt underhållssystem avseende kontrollen av utmattningssprickor. Målets omfattning har enligt de anhöriga endast en begränsad beröring till Sverige. Händelsen med vingen som lossnade är en följd av fel och försummelse som i alla avseenden skett i Spanien. Den av Högsta domstolen fastställda principen om *lex loci delicti commissi* framgår av NJA 1969 s. 163. Av rättsfallet framgår att det krävs en mycket stark anknytning till landet där effekten uppstår för att frångå denna princip. Av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 864/2007 av den 11 juli 2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (Rom II-förordningen) framgår i artikel 5.2 att det krävs uppenbart närmare anknytning till ett annat land för att tillämpa något annat än lagen i Spanien.

De anhöriga har till stöd för sin ståndpunkt i lagvalsfrågan åberopat ett rättsutlåtande av professor Michael Bogdan som anfört i huvudsak följande. Rom II-förordningen innehåller i dag kollisionsregler för produktansvar. Rom II-förordningen är dock inte tillämplig på skadevållande händelser som inträffat före dess ikraftträdande (se artikel 31). Principen om att utomobligatoriskt skadeståndsansvar ska bedömas i enlighet med den materiella lagen i det land där den skadegörande handlingen företagits fastslogs i NJA 1969 s. 163, vilket i det aktuella fallet skulle betyda spansk lag såsom lagen i det land där designen, konstruktionen och certifieringen av flygplanet hade skett av tillverkaren EADS CASA. Något prejudikat avseende tillämplig lag för produktansvar saknas. I fråga om tillverkarens ansvar för en produkts skadebringande egenskaper i

förhållande till andra än köparen torde den lämpligaste utgångspunkten vara en jämförelse mellan lagen i det land där skadan uppstått och lagen i tillverkningslandet, så att den för den skadelidande förmånligare lagen torde kunna tillämpas. Tillverkaren måste dock ha räknat med eller borde ha räknat med att produkten skulle komma till användning i det land där skadan uppstått. De anhöriga skulle i förevarande fall kunna välja mellan att bestämma sin talan enligt svensk eller spansk skadeståndsrätt. Denna princip har dock inte någon förankring i praxis men är å andra sidan inte ifrågasatt i litteraturen i övrigt på området. Även en analog tillämpning av Rom II-förordningen artikel 5.1 (b) leder till en tillämpning av spansk rätt eftersom flygplanet har saluförts i Spanien.

EADS CASA har till utveckling av sin inställning i mellandomsfrågan anfört i huvudsak följande. Det finns ett antal anknytningsmoment som hänför sig till Sverige. Utgångspunkten är att lagen i det land där skadan uppkommit ska tillämpas i tvisten. Grunden för skadan är användningen av planet och dess underhållsstruktur som företagits i Sverige. De anknytningsmoment som åberopas som grund för att svensk rätt är tillämplig i tvisten är; att flygplanet både saluförts och förvärvats i Sverige, att det efter förvärvet använts av den svenska kustbevakningen i Sverige, att planet har godkänts av den svenska luftfartsmyndigheten, att underhållsstruktur och besiktningsprogram har godkänts av den svenska luftfartsmyndigheten, att underhåll och annan service har utförts av ett svenskt bolag efter de första fem åren från leverans, att underhåll och service har utförts i Sverige, att detsamma som nu sagts huvudsakligen gäller även det systerplan med vilket jämförelse gjorts i haveriutredningen i målet, att planet alltid förts och i övrigt använts av svensk besättning/personal, att det aktuella haveriet ägde rum i Sverige, att de beklagliga dödsfallen har ägt rum i Sverige, att de omkomna vid den tragiska olyckan var svenska medborgare och bosatta i Sverige, att samtliga de efterlevande som gör gällande krav i målet är svenska medborgare bosatta i Sverige, att skadan för de efterlevande har uppkommit i Sverige, att de anhöriga uppburit ersättning enligt det svenska försäkringssystemet, att olyckan har utretts i Sverige av den svenska staten genom Statens Haverikommission och att de anhöriga valt att väcka talan vid svensk domstol.

Det av de anhöriga åberopade rättsfallet NJA 1969 s. 163 avsåg inte ansvar inom produktansvarsområdet och i rättsfallet inträffade den skadegörande handlingen och effekten i ett och samma land varför betydelsen av rättsfallet i förevarande fall är begränsad. Utvecklingen på området sedan 1969 års rättsfall har gått från att tillämpa lagen i det land där den skadegörande handlingen ägde rum till lagen i det land där skadan uppstått. Rom II-förordningen bekräftar denna utveckling. Enligt huvudregeln i Rom II-förordningen, artikel 4, är lagen i det land där skadan uppkommit tillämplig. Även den särskilda regleringen av produktansvar i artikel 5 anvisar svensk lag som tillämplig eftersom produkten både saluförts och förvärvats i Sverige. Det av de anhöriga åberopade rättsutlåtandet av Michael Bogdan överensstämmer inte med ovan nämnda utveckling.

Tingsrättens bedömning

I målet är ostridigt att det är fråga om ett utomobligatoriskt produktansvar. I dag regleras utomobligatoriskt skadeståndsansvar och särskilt produktansvar av Rom II-förordningen. Förordningens huvudregel utpekar lagen i det land där skadan uppkommer som tillämplig materiell rätt. Enligt artikel 31 är förordningen dock inte tillämplig på skadevållande händelser som inträffat före dess ikraftträdande. Förordningen hade inte trätt i kraft vid skadetillfället, varför den inte är tillämplig i förevarande fall.

Fråga har uppkommit om en analog tillämpning av artikel 5 i den numera gällande Rom II-förordningen, vilken förutsätter att det klarlagts att planet saluförts i visst land. Parterna har i frågan om var planet saluförts olika uppfattning och någon bevisning har i denna del inte åberopats. En analog tillämpning av denna bestämmelse ger därför ingen ledning. Det kan anmärkas att rättsutlåtandet av Michael Bogdan delvis grundar sig på förutsättningen att planet har saluförts i Spanien, något som alltså varken är ostridigt eller visat i målet.

I övrigt saknas rättsregler som anger vilket lands lag som ska tillämpas på utomobligatoriskt skadestånd i allmänhet och produktansvar i synnerhet. Ledning får därför sökas i rättspraxis.

Enligt den av Högsta domstolen fastslagna principen i NJA 1969 s. 163 är den allmänna utgångspunkten att skadeståndskyldighet i utomobligatoriska förhållanden ska bedömas i överensstämmelse med den materiella lagen i det land där den skadegörande handlingen företagits. Utöver den allmänna principen prövade Högsta domstolen andra anknytningsmoment som kunde föranleda att den allmänna regeln skulle frångås. Högsta domstolen konstaterade att dessa anknytningsmoment inte, varken för sig eller tagna tillsammans, kunde leda till frångående av principen. Fallet avsåg emellertid inte produktansvar och såväl effekten som den skadegörande handlingen inträffade i samma land.

De anhöriga har gjort gällande att den skadegörande handlingen har skett vid tillverkningen av flygplanet och vid utformandet av dess underhållssystem, som ägt rum i Spanien, och att detta är orsaken till skadan. EADS CASA har gjort gällande att lagvalet ska avgöras utifrån lagen i det land där skadan uppkommit och har därtill anfört att den skadegörande handlingen uppkommit genom felaktig användning och bristande underhåll av flygplanet i Sverige. I det aktuella fallet är det således tvistigt vad som utgör den skadegörande handlingen och var den skadegörande handlingen inträffade samt huruvida den skadegörande handlingen och effekten har uppstått i ett och samma land.

I avsaknad av prejudikat inom produktansvarsområdet vid tidpunkten för skadan, kan bedömningen av tillämplig rätt inte göras utifrån NJA 1969 s. 163 utan en helhetsbedömning av åberopade anknytningsmoment måste ske.

Skadan har, oavsett vad den orsakats av, inträffat i Sverige och drabbat personer bosatta i Sverige. Flygplanet har vidare använts och underhållits i Sverige samt varit godkänt av svensk myndighet. Härtill kommer att de skadelidande valt att anhängig-

göra tvisten vid svensk domstol. Dessa omständigheter – som visserligen legat utanför EADS CASAs kontroll – väger vid valet av tillämplig materiell rätt tyngre än de av de anhöriga åberopade anknytningsmomenten. Vidare talar mycket för att svensk rätt, vid en tillämpning i ljuset av den numera gällande Rom II- förordningen, också skulle leda till tillämpning av materiell svensk rätt.

Vid angivna förhållanden ska svensk materiell rätt tillämpas beträffande de anhörigas skadeståndstalan mot EADS CASA.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 401)
Domen får överklagas särskilt senast den 15 april 2011. Överklagande ställs till Hovrätten över Skåne och Blekinge och ges in till tingsrätten.

Thed Adelswärd Katarina Persson Ingegärd Lind

I avgörandet har deltagit chefsrådmannen Thed Adelswärd (referent), rådmannen Katarina Persson samt rådmannen Ingegärd Lind. Enhälligt.

Seminarium 20
Internationell civilprocessrätt

Under seminariet ska Vi diskutera svenska myndigheters internationella behörighet i förmögenhetsrättsliga mål och ärenden. När kan en svensk domstol eller annan rättstillämpande myndighet handlägga en tvist som har anknytning till flera länder? Olika behörighetsregleringar och deras ursprung kommer att behandlas. Vi kommer också att bekanta oss med den reglering som gäller när en utländsk dom åberopas i Sverige. Den gränsöverskridande cirkulationen av domar och andra avgöranden har varit föremål för omfattande lagstiftning de senaste decennierna, såväl inom EU som globalt genom Haagkonferensen för internationell privaträtt.

1. Bakgrund

Svaret på om en svensk myndighet har internationell behörighet finns i svenska behörighetsregler (= s.k. domsrättsregler). Behörighetsregler kan ha sitt ursprung i olika regleringar. Vanligast numera är att Vi hittar dessa i unionsrätten, men behörighetsregler kan också finnas i internationella konventioner som Sverige är bunden av. Om varken unionsrätt eller internationella konventioner kan tillämpas, regleras behörighetsfrågan av svenska (autonoma) behörighetsregler.

Behörighetsfrågan är nära kopplad till möjligheterna att få en resulterande dom exekverad. Om svaranden inte har tillräckliga tillgångar i forumstaten, kanske domen behöver verkställas i den stat där svaranden har tillgångar. Men om domen inte gäller i den staten så har processen i ursprungsstaten i princip varit förgäves, och en ny talan kan behöva väckas i den staten för att få en dom som är gångbar där.

2. Olika behörighetssystem

Generellt gäller att behörighetsregler ska spegla ett *rättskipningsintresse***,** dvs. en relevant anknytning till den stat där talan har väckts. Sålunda gäller att bara när det följer av en behörighetsregel eller det annars bedöms finnas ett svenskt rättskipningsintresse kan en svensk domstol pröva en internationell tvist.

I svensk rätt råder i princip två helt olika system för domstolars internationella behörighet. **Det första systemet** är av EU-/EES-rättsligt ursprung.

- **2012 års Bryssel I-förordning**, med det officiella namnet Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (omarbetning)[1], och

[1] EUT L 351/1, 20.12.2012.

- **2007 års Luganokonvention**, med det officiella namnet konventionen om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område [2].

Dessa regelverk är tillämpliga, på sätt som specificeras nedan, i förhållande till EU-medlemsstaterna och/eller EFTA-staterna Island, Norge och Schweiz (som är parter i EES-avtalet).

2012 års Bryssel I-förordning började tillämpas i EU-medlemsstaterna den 10 januari 2015 (art. 81), med undantag av Danmark.[3] Förordningen ersätter sina föregångare 2001 års Bryssel I-förordning (rådets förordning nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område[4]) och 1968 års Brysselkonvention (konventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område[5]). Vilket Brysselinstrument som är tillämpligt i tiden regleras av övergångsbestämmelser, se art. 66 i 2012 och 2001 års Bryssel I-förordningar.

Samtliga Brysselinstrument är strukturerade på samma sätt. De innehåller såväl bestämmelser om domstolars internationella behörighet som bestämmelser om erkännande och verkställighet av domar (s.k. dubbla instrument). Det ursprungliga syftet med Brysselkonventionen var att underlätta den fria cirkulation av domar på privaträttens område och säkerställa att de kunde erkännas och, om relevant, verkställas i de dåvarande EG-medlemsstaterna. Så kunde enklast ske om konventionen också innehöll för medlemsstaterna enhetliga behörighetsregler. När Brysselkonventionen ingicks år 1968 kom konventionen därför att innehålla gemensamma behörighetsregler och bestämmelser om hur domar erkänns och verkställs inom gemenskapen (unionen). Följaktligen blev EG/EU ett enhetligt jurisdiktionsområde med fri rörlighet för de aktuella domarna medlemsstaterna emellan.

Eftersom 2012 års Bryssel I-förordning är en unionsrättslig rättsakt har EU-domstolen automatiskt behörighet att tolka den, detsamma gäller beträffande 2001 års Bryssel I-förordning. En tolkningsbehörighet gällande 1968 års Brysselkonvention åtnjöt EU-domstolen redan i enlighet med konventionsstaternas överenskommelser om saken (det s.k. Luxemburgprotokollet). EU-domstolen har sedan början av 1970-talet levererat en rikhaltig, och i stora delar fortfarande gällande, flora av rättspraxis beträffande Brysselinstrumenten. Kontinuiteten mellan Brysselinstrumenten betonas i skäl (34) i den senaste förordningen. Det finns därför anledning att utgå ifrån att tolkningsbesked som EU-domstolen har meddelat angående 2001 års Bryssel I-förordning eller 1968 års Brysselkonvention kommer att stå sig, utom när 2012 års förordning har ändrats i en viss fråga.

Varje domstol i en EU-medlemsstat, oavsett instansordning, *får* begära förhandsbesked från EU-domstolen angående tolkningen av 2012 års Bryssel I-förordning om det är nödvändigt för

[2] EUT L 339/3, 21.12.2007.

[3] Eftersom Danmark har ett undantag från EU:s civilrättsliga samarbete gäller inte EU:s internationellt privat- och processrättsliga förordningar i förhållande till Danmark. Se skäl (41) i ingressen till 2012 års förordning. På grund av ett särskilt internationellt avtal mellan gemenskapen och Danmark (Danmarksavtalet) har dock Bryssel I-förordningarna gjorts tillämpliga för och i förhållande till Danmark.

[4] EUT L 12/1, 16.1.2001.

[5] EGT 1997 C 15/30.

att lösa målet, se art. 267 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Däremot är den högsta nationella rättsinstansen *skyldig* att under motsvarande omständigheter begära ett sådant tolkningsbesked.[6]

Brysselkonventionen attraherade även EFTA-staternas intresse. År 1988 antogs därför en likartad, parallell konvention mellan EU-staterna och EFTA-staterna, den s.k. Luganokonventionen.[7] En reviderad Luganokonvention, som återspeglar 2001 års Bryssel I-förordning, antogs år 2007. Luganokonventionen är avsedd att vara tillämplig i förbindelser mellan en EU-stat och en EFTA-stat eller EFTA-staterna sinsemellan.[8] Sedan den 1 maj 2011 gäller 2007 års Luganokonvention i förhållande till EFTA-staterna Island, Norge och Schweiz. I rent EU-interna förhållanden har dock 2012 års Bryssel I-förordning företräde.

Det kan upplevas som komplicerat att hålla reda på om behörighetsreglerna i 2012 års Bryssel I-förordning eller 2007 års Luganokonvention ska tillämpas. Vilket instrument som ska tillämpas styrs som huvudregel av *svarandens hemvist*. Om svarande har hemvist i en EU-medlemsstat som är bunden av 2012 års Bryssel I-förordning (och Luganokonventionen) ska förordningen tillämpas. Om svarande däremot har hemvist i en EFTA-stat (som inte är en EU-medlemsstat), t.ex. Norge, ska Luganokonventionen tillämpas. Vissa *undantag* från denna huvudregel gäller i fall där en viss stats domstol har exklusiv behörighet eller om parterna har avtalat om behörig domstol (se art. 24 och 25 i förordningen samt art. 22 och 23 i konventionen).

Det andra systemet som reglerar behörighetsfrågan är de svenska autonoma reglerna. Denna del av den svenska rätten tillämpas bara när unionsrättsliga eller internationella instrument inte kan tillämpas, t.ex. om svarande har hemvist i ett tredjeland (dvs. i en icke EU- eller EFTA-stat). Svensk rätt saknar då lagfästa behörighetsregler, och utgångspunkten är i stället forumreglerna i 10 kap. RB. Dessa stadgandens egentliga tillämpningsområde är visserligen den interna fördelningen av behörighet mellan domstolar i Sverige. Bestämmelserna anses dock kunna tillämpas analogt vid bedömningen av den svenska domsrätten i situationer när annan reglering inte kan tillämpas.

3. Behörighetsregleringen i Bryssel I-förordningen och Luganokonventionen

Bryssel- och Luganoinstrumenten innehåller en rad olika typer av behörighetsregler. Den mest centrala behörighetsregeln återfinns i art. 4 i förordningen och art. 2 i konventionen. I dessa bestämmelser anges att talan mot den som har hemvist i en medlemsstat/konventionsstat ska väckas vid domstol i den staten. Det är sedan nationella forumregler i staten där talan har väckts som avgör vilken nationell domstol som i slutändan är behörig.

Inom EU har alternativa (särskilda) domsrättsregler ansetts vara ett nödvändigt komplement till svarandens hemvist för att den domstol som har närmast anknytning till en tvist också ska ha behörighet. Denna s.k. närhetsprincipen (*principle of proximity*), såsom den kommer till

[6] Tidigare kunde bara högsta rättsinstanser begära förhandsbesked från EU-domstolen.

[7] Med Schweiz och Österrike hade Sverige dessförinnan ingått bilaterala verkställighetskonventioner.

[8] Den första Luganokonventionen införlivades med svensk rätt genom lag (1992:974) om Luganokonventionen. Eftersom det var gemenskapen (EU) som ingick 2007 års konvention är den unionsrätt och direkt tillämplig i EU-medlemsstaterna. Om EU:s exklusiva kompetens att ingå Luganokonventionen, se EU-domstolens yttrande 2/13.

uttryck i de alternativa behörighetsreglerna, anses kunna bidra till god och effektiv rättskipning i fördelningen av internationell kompetens.

Alternativa behörighetsregler kan emellertid uppmuntra till s.k. *forum shopping*, där käranden väljer domstol utifrån var det för denne mest förmånliga resultatet kan förväntas. Sådana regler kan även användas för att få processa på ”hemmaplan” i strid med huvudregeln att talan ska väckas vid svarandes forum. Den i det praktiska rättslivet viktigaste alternativa behörighetsregeln är uppfyllelseforum (*forum solutionis*) i art. 7.1 i förordningen och art. 5.1 i konventionen, som har förebild i tysk och fransk processrätt.

En annan alternativ behörighetsregel som spelar en central roll i det praktiska rättslivet är *forum delicti* i art. 7.2 i förordningen och art. 5.3 i konventionen. Om talan avser skadestånd utanför avtalsförhållanden kan talan mot en person som har hemvist i en medlems- eller konventionsstat väckas vid domstolen på den ort där skadan inträffade eller kan inträffa. Om handlingsort och skadeort är belägna i olika medlemsstater kan käranden välja i vilken stat talan ska väckas.

Internationell behörighet kan också finnas i situationer där bara käranden, eller ingen av parterna, har hemvist inom EU, t.ex. vid konsumenttvister (art. 17–19 i förordningen och art. 15–17 i konventionen), vid prorogationsavtal eller vid tvister där en medlemsstats domstolar har exklusiv behörighet (art. 24 i förordningen och art. 22 i konventionen). **OBS! De exklusiva behörighetsreglerna går före alla andra behörighetsregler om förutsättningarna för deras tillämplighet är uppfyllda.** Traditionellt har EU-domstolen tolkat de exklusiva behörighetsreglerna restriktivt.

En viktig förändring i 2012 års Bryssel I-förordning är att parterna, oberoende av hemvist, har möjlighet att avtala om behörig domstol i en EU-medlemsstat enligt art. 25 i förordningen. Det innebär att förordningen inte ställer krav på att minst en av parterna (kärande eller svarande) har hemvist i en EU-medlemsstat, såsom förutsätts enligt art. 23 i 2001 års Bryssel I-förordning och Luganokonventionen. Det innebär att parter med hemvist i tredjeland, t.ex. Brasilien och USA, genom avtal kan komma överens om att en domstol i en EU-medlemsstat ska vara behörig att pröva tvister i anledning av deras rättsförhållande som i sak omfattas av förordningen. Parternas avtal om behörig domstol, s.k. prorogationsavtal, medför i sådana fall att en domstol som kanske annars inte är behörig blir det. I dessa situationer kan man dock ställa sig frågan vari EU:s rättskipningsintresse består, och/eller om det är ett sätt för EU att dra till sig tvistlösning.

Vidare kan enligt art. 26 i förordningen och art. 24 i konventionen en i sig obehörig domstol bli behörig genom att svarande går i svaromål utan att bestrida domstolens behörighet, s.k. tyst prorogation. Typiskt sett handlar det om en situation där svarande går i svaromål, men brister i att bestrida domstolens behörighet. Svarande kan också medvetet ha underlåtit att göra en invändning om behörigheten. Det kanske inte finns några särskilda fördelar med att tvisten förs i en annan stat än där talan har väckts. Måhända vill svarande undvika kostnader och förseningar och därför kan det finnas en poäng i att tvisten prövas av den domstol där talan har väckts. I dylika situationer anses svaranden underförstått ha accepterat domstolens behörighet.

När det gäller vissa särskilda typer av tvister där det finns ett svagpartsintresse innehåller förordningen speciella behörighetsregler som gynnar den ena parten, nämligen

försäkringstagare (art. 10–16 i förordningen och art. 8–14 i konventionen), konsumenter (art. 17–19 i förordningen och art. 15–17 i konventionen) och arbetstagare (art. 20–23 i förordningen och art. 18–21). Det säregna med dessa bestämmelser är att om förutsättningarna för deras tillämpning är uppfyllda går de före huvudregeln om svarandes hemvist och de alternativa behörighetsreglerna.

Instrumenten innehåller också praktiskt mycket viktiga bestämmelser om litispendens, kumulation av mål m.m., men dessa kommer inte närmare att behandlas under seminariet.

4. Det svenska kravet på lagstöd för erkännande och verkställighet av utländska domar

En fullgörelsedom som inte kan verkställas är till föga glädje för den vinnande parten. Om ingen exekution kan vinnas i det land där den förpliktade har exigibel egendom utgör domen ett ringa påtryckningsmedel. Endast med stöd i lag kan utländska avgöranden verkställas i Sverige, se **3 kap. 2 § UB.** Notera uppräkningen i lagboken under stadgandet. Lagstöd krävs också för att erkänna en utländsk dom. Det framgår inte av bestämmelsen i UB, utan av rättspraxis och svenska förarbeten.[9]

Själva begreppet erkännande av utländska avgöranden står i nära samband med vilket slags rättskraft avgörandet tilläggs. Med erkännande i denna särskilda internationellt processrättsliga betydelse förstås att den avgjorda saken är *res judicata* här och inte får prövas på nytt av svensk domstol. En erkänd dom kan också ha prejudiciell verkan i en senare svensk rättegång. I förmögenhetsrättsliga mål torde dessa rättskraftssituationer i de allra flesta fall vara avhängiga möjligheten till verkställighet. Är en utländsk fullgörelsedom inte verkställbar i Sverige, saknas utrymme för erkännande. En sådan dom har ingen rättskraftsverkan här, när det nödvändiga lagstödet inte finns. Enda undantaget utgör skyldigheten att erkänna en utländsk dom, när den sakprövande domstolen uttryckligen utpekats av parterna genom en exklusiv prorogationsklausul (se NJA 1973 s. 628). I det läget hindrar parternas forumval en ny prövning vid svensk domstol.

Den svenska inställningen till utländska avgöranden har, genom kravet på lagstöd, traditionellt beskrivits som negativ.[10] Den negativa inställningen till utländska avgöranden måste dock anses ha luckrats upp de senaste decennierna, eftersom det numera finns en mängd olika svenska författningar med ursprung i unionsrätten eller i internationella konventioner som förutser erkännande och verkställighet av domar som har meddelats i andra medlems- och konventionsstater.

Centrala instrument för cirkulationen av domar inom EU- och EFTA-området är **2012 års Bryssel I-förordning** och **2007 års Luganokonvention**. Dessa instrument reglerar enbart erkännande och verkställighet av domar som har meddelats i andra EU- och EFTA-stater, mot bakgrund av det europeiska ömsesidiga förtroendet. Om den dom som ska erkännas eller verkställas i Sverige t.ex. kommer från en annan EU-medlemsstat ska bestämmelserna i 2012 års Bryssel I-förordning tillämpas, oaktat att käranden eventuellt kommer från ett tredjeland. Reglerna om erkännande och verkställighet är nämligen liberala och gäller t.o.m. när

[9] Se NJA 1986 s. 119 och prop. 1982/83:117 s. 6–7.

[10] Se Pålsson, SvJT 1980 s. 528 f.

ursprungsdomstolen har grundat sin behörighet på nationella regler om domsrätt. Vissa nationella domsrättsregler kan vara kärandevänliga och mycket långtgående, genom att t.ex. enbart grundas på kärandens medborgarskap.[11] Denna ordning kan kritiseras, eftersom den balans som finns i förordningen mellan (någorlunda) återhållsamma, men gemensamma, behörighetsregler och frikostigt erkännande och verkställighet av varandras avgöranden i dessa fall går förlorad. Bryssel- och Luganoinstrumenten kan dock inte tillämpas på domar som har meddelats i andra länder (tredjeland).[12]

Här kan nämnas att reglering beträffande gränsöverskridande rörlighet av tredjelandsdomar numera finns i 2005 års Haagkonvention om avtal om val av behörig domstol och 2019 års Haagkonvention om erkännande och verkställighet av utländska domar på privaträttens områden.[13] Konventionerna har antagits vid Haagkonferensen för internationell privaträtt och reglerar, inom sina respektive tillämpningsområden, den globala rörligheten av utländska domar som har meddelats i andra konventionsstater.[14] Eftersom EU har tillträtt båda Haagkonventionerna är de bindande för och tillämpliga i Sverige, i kraft av unionsrätt.[15] 2005 års Haagkonvention trädde ikraft inom unionen och Sverige den 1 oktober 2015. 2019 års Haagkonvention trädde ikraft inom EU, inklusive Sverige, och Ukraina den 1 september 2023. Under seminariet kommer fokus att ligga på Bryssel- och Luganoinstrumenten, och Haagkonventionerna kommer inte att behandlas vidare under seminariet.

En annan särskilt viktig konvention som måste nämnas i detta sammanhang, men som tyvärr inte heller kommer att behandlas mer under seminariet, är 1958 års New York-konvention som gör utländska skiljedomar verkställbara i andra konventionsstater, bl.a. Sverige. Genom den mycket talrika anslutningen till New York-konventionen, har effektiviteten i det internationella skiljeförfarandet tryggats.

5. Olika sätt att uppnå en i Sverige gångbar dom

I svensk rätt går en skiljelinje mellan de utländska domar som omfattas av lagstöd och de som inte gör det. Traditionellt har internationellt privat- och processrättsliga instrument (dvs. i lagstödsfallen) förutsatt ett s.k. exekvaturförfarande. Förfarandet kallas exekvatur efter latinets *exequatur* (”han må verkställa”). Exekvaturförfarandet bygger på att ingen materiell omprövning av domen äger rum, utan det innebär endast ett slags summarisk ”infiltrering” av

[11] En sådan bestämmelse finns t.ex. i art. 14 i den franska Code civil: L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français.

[12] Se dock målen C-68/20, J mot H Limited och C-700/20, London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association Limited mot Spanien.

[13] Konventionerna finns tillgängliga på www.hcch.net.

[14] För att ta reda på vilka stater som är konventionsstater kan man konsultera statustabellerna på www.hcch.net.

[15] Om EU:s kompetens, se yttrande 1/03 (plenum)

domen i det svenska systemet. När domen brister på något väsentligt sätt kan domstolen vägra att förklara det verkställbart.

En exekvaturprövning *i flera steg* förutses i 2007 års Luganokonvention, liksom i 2001 års Bryssel I-förordning. Första steget är ensidigt mellan sökanden och svensk exekvaturmyndighet. Denna ordning avser att snabba på och effektivisera exekvaturprövningen. Andra steget i exekvaturprövningen är däremot kontradiktoriskt och inträffar när svaranden har överklagat ett exekvaturbeslut. Då får svaranden komma till tals och kan åberopa vägransgrunder som hinder för erkännande eller verkställighet av domen. Från och med den 10 januari 2015 görs exekvaturprövningen av 24 tingsrätter i landet, och inte såsom tidigare av Svea hovrätt. ”Nedflyttningen” av exekvaturförfarandet har ansetts bättre överensstämma med instansordningens princip.[16]

2012 års Bryssel I-förordning har avskaffat exekvaturförfarandet till förmån för en mer direkt form av verkställighet.[17] Den part som vill få en dom från en medlemsstat verkställd i Sverige kan därför vända sig direkt till Kronofogden vid svarandes svenska hemvist med en ansökan om verkställighet av domen. Avskaffandet av exekvaturförfarandet bygger på EU:s principer om *ömsesidigt erkännande* som är fast förankrad i EU-fördragen (se t.ex. art. 67.4 och art. 81.1 FEUF) och *ömsesidigt förtroende* mellan rättsvårdande myndigheter i EU-medlemsstaterna. För att balansera den direkta verkställigheten och trygga grundläggande rättigheter, såsom t.ex. rätten till försvar, har den person mot vilken verkställighet söks möjlighet att enligt förordningen ansöka om att erkännandet eller verkställigheten av domen ska vägras. Så kan ske om någon av förordningens vägransgrunder föreligger.[18]

Om en utländsk dom inte omfattas av svenskt lagstöd har den varken rättskraft eller exigibilitet här i riket. Då återstår det för sökanden att väcka en ny talan vid svensk domstol för att få tillgång till en gångbar, inhemsk exekutionstitel. I ett sådant särskilt prövningsförfarande[19] kontrolleras den utländska domen, ursprungsförfarandet och det bakomliggande rättsförhållandet mot parternas yrkanden. I detta förfarande kan den utländska domen ha viss bevisverkan och prövningen kan förenklas.

Uppgifter

I följande exempel ska Vi undersöka var domsrätt finns. Motivera utförligt Era resonemang!

1. Anders har hyrt en semestervilla på Jamaica med tillhörande privat strand av Jack. Både Anders och Jack har hemvist i Sverige. Anders råkar under hyresperioden ut för en mycket allvarlig skada på den aktuella stranden. Han dök på en plats där vattnet nådde honom till midjan och han slog huvudet i en sandbank under vattnet. Olyckan medförde att Anders blev förlamad. Anders vill nu väcka en skadeståndstalan mot Jack. – Är

[16] Se vidare prop. 2013/14:219.

[17] Förordningens utgångspunkt är att domar från andra EU-medlemsstater erkänns automatiskt utan något särskilt förfarande. Är frågan tvistig, erbjuder förordningen ett särskilt förfarande.

[18] Se art. 45–47 i 2012 års Bryssel I-förordning.

[19] Begreppet har myntat av Karlgren, SvJT 1978 s. 448.

tvisten överhuvudtaget gränsöverskridande? Fundera över hur Anders rättsliga anspråk kan kvalificeras. I vilket land, och på vilken grund, kan talan väckas?

2. Antag att förutsättningarna är desamma som enligt punkten 1, men med den skillnaden att Jack i stället har hemvist på Jamaica. – Blir bedömningen i domsrättsfrågan annorlunda?

3. Sverre, som är norsk medborgare, har hemvist i Grövelsjön. Grövelsjön ligger i Sverige, mycket nära den norska gränsen. Som den patriot han är åker han till cykelhandlaren Eivind i Sandnes, Norge, för att köpa en norsktillverkad cykel: DBS-cykeln (Den Beste Sykkel). På sommaren åker han sedan på cykelsemester i Norge. I en nedförsbacke i de norska fjällen lossnar framhjulet och Sverre blir skadad. Han får allvarliga skrubbsår i ansiktet och en luxerad axel. Det visar sig att ett fabrikationsfel i cykelns framgaffel medförde att framhjulet lossnade. Sverre vill nu ha ersättning för sina fysiska skador och skadorna på cykeln av cykelhandlaren Eivind och/eller företaget i Sandnes som tillverkat cykeln. – I vilken stat kan en sådan talan väckas? Kan kvalifikationsfrågan påverka domsrättsbedömningen?

4. Antag att det svenska företaget Åreskutan Alpin AB, med säte i Åre, har ingått ett avtal med den italienska företaget Vestiti SpA, enligt vilket det italienska företaget ska leverera ett parti skidoveraller till det svenska företaget. Åreskutan anser till följd av klagomål från kundkretsen att skidoverallerna som har levererats är av undermålig kvalitet och inte svarar mot de specifikationer som parterna har kommit överens om. Åreskutan vill nu väcka talan mot det italienska bolaget vid svensk domstol. – Är svensk domstol behörig, om avtalet mellan parterna *inte* anger någon uppfyllelseort? Beakta i resonemanget EU-domstolens avgöranden i målen de Bloos, Tessili och CarTrim som finns bilagda i utdrag nedan. Blir bedömningen annorlunda om avtalet mellan parterna i stället avser leasing av snömaskiner till Åreskutan, mot bakgrund av EU-domstolens avgörande i målet Falco som finns bilagt nedan i utdrag?

Helt kan Vi inte lämna åt sidan de internationella behörighetsreglerna i svensk rätt när Bryssel- och Luganoinstrumenten inte kan tillämpas. Vi ska därför kasta en blick på **NJA 2016 s. 779**. Där aktualiserades en eventuell tillämpning av s.k. allmänt förmögenhetsforum i 10 kap. 3 § RB. Den domsrättsgrunden får inte åberopas när 2012 års Bryssel I-förordning eller Luganokonventionen är tillämplig. Stadgandet i 10 kap. 3 § RB har i EU- och EFTA-sammanhang nämligen ansetts höra till de exorbitanta (kärandevänliga) behörighetsreglerna, som ger en alltför vidsträckt möjlighet för käranden att stämma svaranden i det egna landet. Hur har HD resonerat i domsrättsfrågan i målet?

Kärandevänliga domsrättsgrunder måste emellertid betraktas i nära samband med möjligheterna att få utländska domar verkställda här i landet. Om svarande har tillgångar i Sverige, som kan utgöra exekutionsunderlag, måste vinnande kärande ha hjälp av en svensk dom, ifall en utländsk dom inte betraktas som en giltig exekutionstitel här.

Den negativa svenska inställningen till erkännande av utländska domar cementerades i **NJA 1986 s. 119**. Var beredda att redogöra för omständigheterna i fallet samt det svenska rättsläget. Vilka invändningar, om några, kan riktas mot avgörandet? Kan NJA 1986 s. 119 alltjämt anses vara prejudicerande? Hur skulle den tyska domen tas emot i Sverige idag?

(För den intresserade läsaren: Mer om 2012 års Bryssel I-förordning finns i Michael Bogdan och Marta Pertegás Sender, Concise Introduction to EU Private International Law, Europa Law Publishing, 4th edition, 2019 och Fredrik Sjövall & Samuel Rudvall, De europeiska civilprocessförordningarna. En kommentar. Norstedt Gula bibiliotek 2018. I boken Om svensk domstols behörighet i internationellt förmögenhetsrättsliga mål, Stockholm 1961, behandlar Sigurd Dennemark bl.a. svensk domsrätt enligt 10 kap. RB. Beträffande erkännande och verkställighet av utländska domar, se t.ex. Marie Linton, Abolition of *Exequatur*, All in the Name of Mutual Trust, EU Civil Justice. Current Issues and Future Outlook (eds. Burkhard Hess, Maria Bergström and Eva Storskrubb), Swedish Studies in European Law. Vol. 7, Hart Publishing 2016, s. 257–282.)

Utdrag ur EU-domstolens avgörande i mål 14/76, de Bloos mot Bouyer

2 Det framgår av domen om hänskjutande att målet vid den nationella domstolen på detta stadium berör den belgiska domstolens behörighet att avgöra en talan som en ensamåterförsäljare med säte i Belgien väckt mot sin leverantör som är etablerad i Frankrike.

3 Under påstående att leverantören ensidigt med omedelbar verkan sagt upp det ovannämnda avtalet har ensamåterförsäljaren väckt talan mot leverantören vid belgisk domstol och yrkat att avtalet enligt belgisk lag skall hävas genom dom på grund av leverantörens avtalsbrott och att skadestånd skall betalas.

…

5 Den första frågan går ut på att domstolen skall avgöra om uttrycket "förpliktelse" i artikel 5.1 i konventionen, i en tvist där en ensamåterförsäljare anklagar leverantören för att ha brutit ensamåterförsäljaravtalet, skall tolkas så att det omfattar varje förpliktelse som följer av ramavtalet om ensamåterförsäljning och till och med av de försäljningar som gjorts till följd av det avtalet, eller så att det omfattar enbart den förpliktelse som ligger till grund för den rättsliga prövningen.

6 I det senare fallet ombeds domstolen vidare att avgöra om uttrycket "förpliktelse" i ovannämnda artikel 5.1 syftar på den ursprungliga förpliktelsen, förpliktelsen att ersätta motsvarigheten till den ursprungliga förpliktelsen, förpliktelsen att betala skadestånd i det fall den ursprungliga förpliktelsen fallit bort på grund av att avtalet hävts eller sagts upp, eller, slutligen, förpliktelsen att betala en "skälig ersättning" eller t.o.m. en "tilläggsersättning" enligt den belgiska lagen av den 27 juli 1961.

…

15 Svaret på den första frågan blir därför följande. I en tvist mellan en ensamåterförsäljare och hans leverantör där den förre anklagar den senare för att brutit ensamåterförsäljaravtalet, avser begreppet "förpliktelse" i artikel 5.1 i konventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område, den avtalsförpliktelse som ligger till grund för talan, dvs. leverantörens förpliktelse som svarar mot den avtalsrättighet som åberopas som grund för ensamåterförsäljarens talan.

16 I en tvist som avser följderna av leverantörens brott mot ett ensamåterförsäljaravtal, exempelvis betalning av skadestånd eller hävning av avtalet, är den förpliktelse som skall beaktas vid tillämpning av artikel 5.1 i konventionen, den förpliktelse som leverantören har enligt avtalet och vars bristande uppfyllelse åberopas till stöd för ensamåterförsäljarens yrkande om skadestånd eller hävning av avtalet.

Utdrag ur EU-domstolens avgörande i mål 12/76, Tessili mot Dunlop

12 Enligt artikel 5 i konventionen kan "talan mot den som har hemvist i en konventionsstat väckas i en annan konventionsstat: 1. om talan avser avtal, vid domstolen i den ort där den förpliktelse som talan avser har uppfyllts eller skall uppfyllas...".

Denna bestämmelse skall tolkas inom ramen för det system för fördelning av behörighet som finns i avdelning II i konventionen.

Grunden i detta system är, enligt artikel 2, att behörigheten i allmänhet tillfaller domstolen i den ort där den mot vilken talan riktar sig har sitt hemvist.

I artikel 5 föreskrivs emellertid en del särskilda behörighetsregler, där valet beror på sökanden.

13 Denna valmöjlighet har införts med hänsyn till att det i vissa fall ur processföringssynpunkt föreligger en särskilt nära förbindelse mellan tvisten och den domstol som kan föreläggas att avgöra den.

Om talan avser avtal medges sålunda i artikel 5.1 att sökanden väcker talan vid domstolen i den ort där den förpliktelse som talan avser "har uppfyllts eller skall uppfyllas".

Det är den domstol där talan väckts, som med stöd av konventionen skall avgöra om den ort där den förpliktelse som talan avser har uppfyllts eller skall uppfyllas ligger inom dess territoriella behörighet.

Den domstolen skall i detta syfte avgöra vilken lag som, enligt dess egna kollisionsnormer, skall tillämpas på den ifrågavarande tvisten, och enligt den lagen bestämma uppfyllelseorten för den omtvistade avtalsenliga förpliktelsen.

14 Med tanke på de skillnader som kvarstår mellan de nationella lagstiftningarna i fråga om avtal och med beaktande av att det på detta stadium av den rättsliga utvecklingen ännu inte finns någon harmonisering av den tillämpliga materiella rätten, är det inte möjligt att ge närmare anvisningar om tolkningen av den hänvisning till uppfyllelseort för avtalsenliga förpliktelser som görs i artikel 5.1.

Detta särskilt som bestämmandet av uppfyllelseorten för förpliktelserna är beroende av det avtalsenliga sammanhanget dessa förpliktelser hör till.

15 Den hänvisning som i konventionen görs till uppfyllelseorten för de avtalsenliga förpliktelserna, kan under dessa förhållanden inte förstås på annat sätt än som en hänvisning till den materiella rätt som, enligt kollisionsnormerna för den domstol där talan väckts, skall tillämpas.

Utdrag ur EU-domstolens avgörande i mål C-381/08, CarTrim mot KeySafety Systems

44 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida, vid distansförsäljning, den ort dit varorna enligt avtalet har eller skulle ha ”levererats”, i den mening som avses i artikel 5.1 b första strecksatsen i förordningen, ska bestämmas efter den ort där varan fysiskt överlämnas till köparen.

45 Domstolen vill inledningsvis betona att parterna enligt artikel 5.1 b i förordningen är fria att bestämma leveransorten för varorna.

46 Uttrycket ”såvida inte annat avtalats” i artikel 5.1 b i förordningen innebär att parterna kan komma överens om vad som ska anses vara uppfyllelseorten vid tillämpningen av denna bestämmelse. Det framgår vidare av lydelsen i artikel 5.1 b första strecksatsen i förordningen, som innehåller uttrycket ”enligt avtalet”, att leveransorten för varorna i princip är den som parterna bestämt i avtalet.

47 Domstolen ska besvara den ställda tolkningsfrågan mot bakgrund av förordningens tillkomst, mål och systematik (se dom av den 3 maj 2007 i mål C-386/05, Color Drack, REG 2007, s. I-3699, punkt 18, och av den 9 juli 2009 i mål C-204/08, Rehder, REG 2009, s. I-6073, punkt 31).

48 Enligt fast rättspraxis svarar den särskilda behörighetsregeln i artikel 5.1 i förordningen, om talan som avser avtal – vilken kompletterar regeln att domstolen i svarandens hemvistort är behörig – mot ett mål om närhet och motiveras av att det finns en nära anknytning mellan avtalet och den domstol som ska pröva detta (domarna i de ovannämnda målen Color Drack, punkt 22, och Rehder, punkt 32).

49 Anknytningsmomentet ”uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser” ges, beträffande försäljning av varor, en autonom definition i artikel 5.1 b första strecksatsen i förordningen. Syftet med detta är att bidra till det centrala målet att göra reglerna om behörighetskonflikter mer enhetliga och därmed förutsebara (domarna i de ovannämnda målen Color Drack, punkt 24, och Rehder, punkt 33).

50 Denna särskilda behörighetsregel beträffande talan som avser avtal innebär att leveransorten utgör ett autonomt anknytningsmoment, som kan tillämpas på alla yrkanden som grundar sig på ett och samma avtal om försäljning av varor, inte bara på dem som grundar sig på leveransförpliktelsen i sig (domen i det ovannämnda målet Color Drack, punkt 26).

51 Förordningen innehåller dock inga definitioner av begreppen leverans och leveransort i den mening som avses i artikel 5.1 b första strecksatsen i förordningen.

52 Det ska erinras om att kommissionen vid tillkomsten av denna bestämmelse i sitt förslag av den 14 juli 1999 till rådets förordning (EG) om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (KOM(1999) 348 slutlig, s. 14) underströk att bestämmelsen i fråga syftade till att ”undvika de nackdelar det medför att hänvisa till de internationellt privaträttsliga reglerna i den stat

där talan väckts” och att detta sätt att fastställa uppfyllelseorten byggde på rent faktiska förhållanden.

53 Det kan inledningsvis konstateras att eftersom anknytningsmomenten i artikel 5.1 b i förordningen är autonoma, är det uteslutet att tillämpa forummedlemsstatens internationellt privaträttsliga regler, liksom den materiella rätt som dessa hänvisar till.

54 Under dessa omständigheter ankommer det på den hänskjutande domstolen att först pröva huruvida leveransorten framgår av avtalsbestämmelserna.

55 Om det är möjligt att fastställa leveransorten på det sättet, utan att hänföra sig till den materiella rätt som är tillämplig på avtalet, är det denna ort som ska anses vara den ort dit varorna har eller skulle ha levererats enligt avtalet, i den mening som avses i artikel 5.1 b första strecksatsen i förordningen.

56 Det kan dock finnas situationer då det inte av någon bestämmelse i avtalet går att utläsa partsviljan beträffande leveransorten för varorna, utan att hänföra sig till tillämplig materiell rätt.

57 I sådana situationer får leveransorten, med hänsyn till att behörighetsregeln i artikel 5.1 b i förordningen är autonom, bestämmas utifrån ett annat kriterium, med hänsyn tagen till förordningens tillkomst, mål och systematik.

58 När det gäller att fastställa detta autonoma kriterium, för det fall avtalsreglering saknas, finns det enligt den hänskjutande domstolen två orter som skulle kunna utpekas som leveransort. Den ena är den ort där varan fysiskt överlämnas till köparen och den andra är den ort där varorna ska överlämnas till den första transportören för vidarebefordran till köparen.

59 Domstolen finner, i likhet med den hänskjutande domstolen, att dessa två orter är de mest lämpade för att fastställa den ort dit varorna har eller skulle ha levererats, när avtalsreglering saknas.

60 Domstolen konstaterar att varornas slutliga bestämmelseort, där varorna fysiskt har eller skulle ha överlämnats till köparen, bäst överensstämmer med förordningens tillkomst, mål och systematik, såsom leveransort i den mening som avses i artikel 5.1 b första strecksatsen i förordningen.

61 Detta kriterium är i hög grad förutsebart. Det svarar också mot målet om närhet, eftersom det säkerställer en nära anknytning mellan avtalet och den domstol som ska pröva detta. Det ska särskilt påpekas att varorna, som utgör det konkreta föremålet för avtalet, i princip ska befinna sig på denna ort efter det att avtalet har fullgjorts. Dessutom är det grundläggande syftet med ett avtal om försäljning av varor att överföra dessa från säljaren till köparen, något som är fullt genomfört först när varorna har nått sin slutliga bestämmelseort.

62 Av vad som anförts följer att den andra tolkningsfrågan ska besvaras på följande sätt. Artikel 5.1 b första strecksatsen i förordningen ska tolkas så, att vid

distansförsäljning ska den ort dit varorna enligt avtalet har eller skulle ha levererats fastställas på grundval av bestämmelserna i avtalet. Om det inte är möjligt att fastställa leveransorten på den grunden, utan att hänföra sig till den materiella rätt som är tillämplig på avtalet, är leveransorten den ort där det fysiska överlämnandet av varorna äger rum, genom vilket köparen har eller skulle ha fått faktisk rådighet över varorna på den slutliga bestämmelseorten för försäljningstransaktionen.

Utdrag ur EU-domstolens avgörande i mål C-533/07, Falco Privatstiftung mot Weller-Lindhorst

2 Begäran har framställts i ett mål mellan å ena sidan Falco Privatstiftung, en stiftelse etablerad i Wien (Österrike), och T.R., Wien (Österrike), och å andra sidan W-L, München (Tyskland), angående dels uppfyllelsen av ett avtal där klagandena i det nationella målet gett motparten i det nationella målet licens att i Österrike, Tyskland och Schweiz sälja videoinspelningar av en konsert, …

…

46 Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida bedömningen enligt artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001 av vilken domstol som är behörig att pröva en talan om betalning av licensavgift enligt ett avtal genom vilket en innehavare av en immateriell rättighet till motparten upplåter en rätt att nyttja den immateriella rättigheten även fortsättningsvis ska avgöras utifrån de principer som lagts fast i rättspraxis från EG-domstolen angående artikel 5.1 i Brysselkonventionen.

47 Den hänskjutande domstolen vill i synnerhet få klarhet i huruvida artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001 ska tolkas så, att, för det första, begreppet förpliktelse i den bestämmelsen avser den förpliktelse som följer av avtalet och vars bristande uppfyllelse utgör grunden för att väcka talan och, för det andra, att uppfyllelseorten fastställs enligt den lag som är tillämplig på förpliktelsen enligt de kollisionsregler som tillämpas av den domstol vid vilken talan väckts, såsom domstolen redan har slagit fast angående artikel 5.1 i Brysselkonventionen (se, beträffande begreppet förpliktelse i den mening som avses i artikel 5.1 i Brysselkonventionen, domen i det ovannämnda målet de Bloos, …, Tessili …)

48 Det ska därvid konstateras att ordalydelsen i artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001 är densamma som i artikel 5.1 första meningen i Brysselkonventionen.

49 Förordning nr 44/2001 har på den punkten i mycket hög grad inspirerats av Brysselkonventionen. Lagstiftaren har velat säkerställa en kontinuitet med denna konvention, såsom framgår av skäl 19 i förordningen.

50 Förordning nr 44/2001 syftar förvisso till att uppdatera Brysselkonventionen men också till att bevara dess struktur och principer och säkerställa kontinuiteten med denna konvention.

51 Då det inte finns något skäl för en annorlunda tolkning, innebär kravet på enhetlighet att artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001 ska ges samma räckvidd som motsvarande bestämmelse i Brysselkonventionen, för att säkerställa en enhetlig tolkning av Brysselkonventionen och förordning nr 44/2001 …

52 Såsom den italienska regeringen har gjort gällande i sitt yttrande, ska de bestämmelser i Brysselkonventionen som utan ändring tagits in i förordning nr 44/2001 således även fortsättningsvis tolkas på samma sätt i denna förordning. Detta gäller i

synnerhet som förordningen har ersatt Brysselkonventionen i förhållandena mellan medlemsstaterna …

53 Som Förenade kungarikets regering har framhållit i sitt yttrande är denna kontinuitet i tolkningen även i linje med de rättssäkerhetskrav som innebär att en etablerad rättspraxis från domstolen, som gemenskapslagstiftaren inte avsett att ändra, inte bör sättas i fråga.

54 Det framgår därvid, som generaladvokaten har betonat i punkterna 94 och 95 i sitt förslag till avgörande, såväl av förarbetena till förordning nr 44/2001 som av strukturen i artikel 5.1 i denna förordning att det enbart är för avtal om försäljning av varor och om utförande av tjänster som gemenskapslagstiftaren har önskat att dels inte längre se till den omtvistade förpliktelsen utan till den förpliktelse som är kännetecknande för dessa avtal, dels ge en autonom definition av uppfyllelseorten som anknytningsmoment för behörig domstol i mål som avser avtal.

55 Gemenskapslagstiftaren måste följaktligen anses ha avsett att, i förordning nr 44/2001, för alla andra avtal än de som avser försäljning av varor och utförande av tjänster bevara de principer som domstolen slagit fast vid sin tolkning av Brysselkonventionen vad gäller bland annat den förpliktelse som ska beaktas och hur uppfyllelseorten ska fastställas.

56 Artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001 ska därför anses ha samma räckvidd som artikel 5.1 i Brysselkonventionen.

57 Av vad som anförts följer att den tredje tolkningsfrågan ska besvaras på följande sätt. Bedömningen enligt artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001 av vilken domstol som är behörig att pröva en talan om betalning av licensavgift enligt ett avtal genom vilket en innehavare av en immateriell rättighet till motparten upplåter en rätt att nyttja den immateriella rättigheten ska även fortsättningsvis avgöras utifrån de principer som lagts fast i domstolens rättspraxis angående artikel 5.1 i Brysselkonventionen.

Målnummer: Ö357-15 **Avdelning:** 2

Domsnummer:

Avgörandedatum: 2016-07-15

Rubrik: Svensk domsrätt har i mål om betalning på grund av en borgensförbindelse inte förelegat på den grunden att svaranden hade en kontofordran på 888 kr mot en bank här i landet. Men svensk domstol har ansetts behörig på grund av tvistens anknytning till Sverige.

Lagrum: 10 kap. 3 § rättegångsbalken (1942:740)

Rättsfall:
- NJA 1985 s. 832
- NJA 1998 s. 361
- NJA 2004 s. 891
- NJA 2006 s. 354
- NJA 2013 s. 22
- NJA 2015 s. 798
- EU-domstolens dom den 16 januari 2014, Schmid (C-328/12) ECLI:EU:C:2014:6

REFERAT

Göteborgs tingsrätt

Swedbank AB väckte talan vid Göteborgs tingsrätt mot S.K. och yrkade att denne skulle förpliktas att till banken betala 20 miljoner kr jämte ränta på grund av en borgensförbindelse för en kredit i banken. S.K. invände att tingsrätten inte var behörig att pröva tvisten och yrkade att tingsrätten skulle avvisa bankens talan.

Parterna åberopade muntlig bevisning i frågan om rättegångshinder och tingsrätten höll huvudförhandling för behandling av den frågan.

Tingsrätten (tf. rådmannen Lucie Macek) anförde följande i beslut den 4 juli 2014.

Skäl

Parterna är ense om följande bakgrund till tvisten: Swedbank AB (banken) betalade den 13 juli 2010 ut ett kreditbelopp på 40 miljoner kr avseende rörelsekredit med nummer 8105-9, 983 877 076-7 till kredittagaren Eco Supplies Europe AB, org.nr. 556691-8982. Bankens fordran grundar sig på skuldebrev av den 13 juli 2010. S.K. har tecknat borgen såsom för egen skuld intill ett sammanlagt belopp om 20 miljoner kr för fullgörandet av kredittagarens samtliga förpliktelser enligt skuldebrevet. Den 17 juni 2011 sade banken upp krediten med nummer 8105-9, 983 877 076-7 till betalning i dess helhet. Genom en försändelse daterad samma dag tillställde banken S.K. en betalningsanmaning avseende borgen. Bankens fordran är inte betald. S.K. är utvandrad från Sverige och är bosatt i Monaco.

Banken har väckt talan mot S.K. vid denna tingsrätt och yrkat att han ska förpliktas att till banken betala ett kapitalbelopp om 20 miljoner kr jämte ränta och rättegångskostnader.

S.K. har i första hand invänt att Göteborgs tingsrätt inte är behörig att pröva tvisten och har yrkat att tingsrätten avvisar bankens talan. Han har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

Banken har bestritt yrkandet om avvisning. Till stöd för sitt påstående att Göteborgs tingsrätt är behörig att pröva den väckta talan har banken anfört att det borgensåtagande som tvisten rör har ingåtts inom tingsrättens domsaga, i första hand muntligen vid telefonsamtal mellan S.K. och E.T. någon gång under perioden 17-23 december 2010, i andra hand genom påtecknandet av i målet ingiven skriftlig borgensförbindelse. Banken har vidare anfört att S.K. vid tidpunkten för talans väckande hade egendom inom tingsrättens domsaga i form av ett tillgodohavande om 888 kr på ett inlåningskonto i banken och att han sannolikt även har egendom i en fastighet i Billdal. Banken har slutligen gjort gällande att talan i vart fall kan tas upp till prövning vid Göteborgs tingsrätt i analogi med Bryssel- och Luganosystemet med hänsyn till tvistens starka anknytning till Sverige och då betalning i enlighet med borgensförbindelsen in dubio ska ske på bankens kontor i Sisjön.

S.K. har vidhållit sitt avvisningsyrkande. Han har bestritt att borgensåtagandet ingåtts i Sverige och uppgett att han inte heller har någon egendom inom tingsrättens domsaga. Beträffande påstådd fordran har han därutöver gjort gällande att dess värde är för obetydligt för att grunda domsrätt för svensk domstol. Han har även anfört att det inte finns något rättsligt stöd för att Göteborgs tingsrätt skulle vara behörig att pröva talan i analogi med Bryssel I-förordningen och Luganokonventionen.

S.K. har i rätt tid gjort invändning om domstolens behörighet. Tingsrätten ska därför pröva sin behörighet.

S.K. har hemvist i Monaco. Frågan är därför till en början om svensk domsrätt föreligger.

Svensk domstols behörighet i mål med internationell anknytning kan grundas antingen på internationella regler om domsrätt eller på inhemska domsrättsregler. Vad gäller internationella regler är Bryssel I-förordningen direkt tillämplig i Sverige och även Luganokonventionen gäller som lag här. Luganokonventionen är ur svensk domstols synvinkel tillämplig när svaranden har hemvist i en stat som är ansluten till konventionen men som inte är medlem i EU. Bryssel I-förordningen är tillämplig när svaranden har hemvist i en stat som är medlem i EU, med undantag för Danmark. Monaco, där S.K. har sitt hemvist, är emellertid inte medlem i EU och har inte tillträtt Luganokonventionen, varför varken förordningen eller konventionen blir direkt tillämpliga i detta mål. I nationell svensk lagstiftning finns det inte några allmänna bestämmelser om svensk domsrätt i förmögenhetsrättsliga tvister. När en lagfäst domsrättsregel saknas brukar frågan om det föreligger svensk domsrätt i första hand avgöras med analogisk tillämpning av forumreglerna i 10 kap. RB. Är svensk domstol behörig, avgörs frågan vilken tingsrätt som är rätt forum enligt samma regler.

Huvudregeln enligt kapitlets 1 § är att den domstol är behörig, där svaranden har sitt hemvist. I de därpå följande paragraferna finns bestämmelser om undantag från huvudregeln, bland annat för det fallet att svaranden inte har känt hemvist i Sverige. Tingsrätten behandlar först de grunder för rättens behörighet som banken åberopat med hänvisning till 10 kap. RB. Tingsrätten går därefter in på frågan om behörighet kan anses föreligga med analogisk tillämpning av bestämmelser i Bryssel I-förordningen och Luganokonventionen.

Behörighet enligt 10 kap. 4 § RB - kontraktsforum

Banken har till stöd för tingsrättens behörighet i första hand åberopat att S.K. har ingått borgensåtagandet i Göteborg vid kontakter med E.T. vid deras sammanträffanden och telefonsamtal under tiden mellan den 17 december och den 23 december 2010, under vilken tid S.K. befann sig i Sverige. Banken har förtydligat att S.K. befann sig i Göteborg den 17 december, då möte på banken ägde rum, men att banken inte känner till var han befann sig vid efterföljande telefonkontakter med E.T. Skulle det inte anses visat att borgensåtagandet ingåtts muntligen anser banken att den skriftliga borgensförbindelsen ska läggas till grund för bedömningen. Banken har förklarat att banken inte längre gör gällande att borgensförbindelsen tecknats på bankens lokalkontor i Sisjön. Banken har dock inte velat vitsorda S.K:s uppgift att han undertecknade förbindelsen i Monaco.

S.K. har gjort gällande att han ingick borgensåtagandet i Monaco. Han har uppgett att han skrev under borgensförbindelsen i Monaco och har bestritt att det skulle ha diskuterats något borgensåtagande medan han befann sig i Sverige. Han har uppgett att han reste tillbaka till Monaco den 21 december 2010, att frågan om en personlig borgen uppkom först den 22 eller den 23 december 2010 och att han accepterade att gå i borgen den 30 december 2010, samma dag som han skrev under borgensförbindelsen i Monaco.

Det är ostridigt att S.K. inte har hemvist i Sverige. Enligt 10 kap. 4 § RB får den, som inte har känt hemvist inom riket men som har ingått en förbindelse ellerådragit sig gäld här, sökas där förbindelsen ingicks eller gälden uppkom. I praxis har bestämmelsen tolkats strängt efter ordalagen och det har krävts att svaranden uppehöll sig i Sverige när förbindelsen slutligen ingicks (se NJA 1940 s. 354, RH 1986:122 och 1987:25). I NJA 2001 s. 800 ansåg HD dock att ett avtal var ingånget i Sverige när såväl skriftligt anbud som accept lämnats i Stockholm, även om den som lämnat anbudet hade hunnit lämna Sverige vid den tidpunkt då accepten lämnades.

S.K. har uppgett att han befann sig i Monaco såväl när frågan om borgen började diskuteras som när han bestämde sig för att ingå borgen och undertecknade borgensförbindelsen. Han har uppgett att han reste hem till Monaco den 21 december 2010. E.T. har bekräftat S.K:s uppgift att han inte ingick något borgensåtagande vid mötet i Göteborg den 17 december 2010 och att frågan om borgen inte diskuterades då. Hon har uppgett att hon efter den 17 december inte träffade S.K. personligen utan att de fortsatta kontakterna mellan dem skedde via e-post och telefon. Hon vet inte var han befann sig då. Hon uppfattade det som att han åtog sig att ingå borgensåtagandet vid ett av telefonsamtalen, förmodligen den 22 eller den 23 december 2010, eftersom en kreditkommitté den 27 eller den 28 december skulle fatta beslut om krediten skulle förlängas eller inte.

Den av S.K. åberopade e-postkonversationen stödjer hans påstående om att frågan om personlig borgen uppkom först den 22 eller den 23 december 2010. E.T:s uppgifter motsäger inte detta. S.K. har vid förhör under sanningsförsäkran uppgett att han reste till Monaco den 21 december 2010 och att han undertecknade borgensförbindelsen där den 30 december samma år. Dessa uppgifter stöds av K.S:s vittnesmål. Banken, som har bevisbördan för att Göteborgs tingsrätt är behörig att pröva talan, har mot S.K:s nekande inte förmått visa att han ingått den aktuella borgensförbindelsen i Sverige och inom tingsrättens domsaga. Tingsrätten är således inte behörig att pröva talan med stöd av bestämmelsen i 10 kap. 4 § RB.

Behörighet enligt 10 kap. 3 § RB - s.k. allmänt förmögenhetsforum

Banken har till stöd för rättens behörighet även åberopat att S.K. vid tidpunkten för talans väckande hade egendom inom tingsrättens domsaga i form av ett tillgodohavande om 888 kr på ett inlåningskonto i banken och att han sannolikt även har egendom i en fastighet i Billdal.

Enligt 10 kap. 3 § första stycket RB får den som inte har känt hemvist inom riket sökas där honom tillhörig egendom finns i en tvist rörande betalningsskyldighet. Enligt andra stycket andra meningen i samma lagrum anses fordran, som inte grundar sig på löpande skuldebrev, finnas där gäldenären har sitt hemvist.

Det är ostridigt i målet att S.K. vid tidpunkten för talans väckande hade en fordran på Swedbank om 888 kr i form av ett tillgodohavande på ett inlåningskonto. S.K. har invänt dels att denna fordrans belopp är för litet för att grunda domsrätt, dels att fordringen under alla förhållanden inte grundar behörighet för Göteborgs tingsrätt, eftersom banken har sitt säte i Stockholm och fordringen därför anses finnas där och inte i Göteborg. Banken har anfört att fordrans belopp är tillräckligt stort för att grunda behörighet samt att banken har hemvist även på orter där banken driver rörelse och att fordringen har uppkommit vid bankens kontor i Sisjön.

För att egendom ska grunda domsrätt enligt 10 kap. 3 § RB är det en förutsättning att egendomen har ett förmögenhetsvärde som inte är enbart symboliskt (se NJA 1998 s. 361). Tingsrätten anser att den fordran som banken åberopat till stöd för rättens behörighet har ett värde som inte är enbart symboliskt. Då banken emellertid har sitt säte i Stockholm anses fordringen enligt 10 kap. 3 § andra stycket andra meningen jämförd med 10 kap. 1 § andra stycket RB finnas i Stockholm. Den grundar därför inte behörighet för Göteborgs tingsrätt att ta upp målet. Det som banken anfört om att banken driver rörelse även i Sisjön och att S.K:s fordran mot banken uppkommit vid bankens kontor där medför ingen annan bedömning.

Banken har även gjort gällande att S.K. sannolikt har egendom inom Göteborgs tingsrätts domsaga eftersom han är medlåntagare till ett lån avseende en fastighet i Billdal, som hans hustru A.K. är lagfaren ägare till och som tjänar som bostad åt familjen K. när de befinner sig i Sverige. S.K. har invänt att familjen är bosatt i Monaco, att fastigheten i Billdal inklusive bohag ägs av hans hustru och är hennes enskilda egendom, att den används av henne som ett sommarhus, samt att han inte har någon annan egendom där utöver lite kläder för personligt bruk.

Banken har bevisbördan för att S.K. har sådan egendom här som gör att tingsrätten är behörig att ta upp bankens talan till prövning. Kravet på bevisning för ett påstående att svaranden har egendom i Sverige som grundar svensk domsrätt i mål om betalningsskyldighet måste enligt HD ställas ganska högt (se NJA 1987 s. 790). Vad banken har anfört i fråga om fastigheten i Billdal är inte tillräckligt för att svensk domstol och Göteborgs tingsrätt ska vara behörig att ta upp målet.

Bryssel I-förordningen och Luganokonventionen

Banken har som en alternativ grund i behörighetsfrågan gjort gällande att tingsrätten bör vara behörig med analogisk tillämpning av bestämmelserna i Bryssel I-förordningen och i Luganokonventionen eftersom betalning i enlighet med borgensförbindelsen in dubio ska ske på bankens kontor i Sisjön och tvisten har en stark anknytning till Sverige. Banken har härvid åberopat omständigheterna att huvudgäldenären Eco Supplies Europe AB (bolaget) är ett svenskt aktiebolag och att den egentliga tvisten gäller dels bankens rätt att säga upp krediten till bolaget, dels frågan om bolaget har en kvittningsgill motfordran som S.K. kan åberopa mot banken. Vidare att både den underliggande krediten och borgensförbindelsen ska prövas enligt svensk rätt, liksom bolagets påstådda skadeståndskrav. Banken har anfört att det mot denna bakgrund framstår som mindre lämpligt att tvisten prövas av domstol i Monaco och att det är osäkert om den överhuvudtaget går att pröva i Monaco.

S.K. har bestritt att tingsrätten skulle vara behörig på nu angivna grunder. Han har anfört att vikt bör läggs vid att han är en privatperson med hemvist i Monaco.

HD har i NJA 2007 s. 482 uttalat att det inte finns någon mer allmän princip enligt vilken Bryssel I-förordningens eller Luganokonventionens behörighetsregler skulle vara att tillämpa analogt i de fall då domsrättsfrågan ska bedömas enligt nationell rätt. HD har förtydligat att dess uttalanden i rättsfallen NJA 1994 s. 81 och 2001 s. 800 inte ska tolkas som att det finns en sådan allmän princip. Detta utesluter enligt HD i och för sig inte att förordningens och konventionens behörighetsregler kan utgöra ett viktigt underlag vid bedömningen av om svensk domsrätt bör anses föreligga även i situationer när dessa regler inte är direkt tillämpliga. Därvid måste dock beaktas att förordningen och konventionen uttryckligen bygger på att talan som huvudregel ska väckas där svaranden har sitt hemvist.

Huvudregeln i såväl rättegångsbalken som i Luganokonventionen och Bryssel I-förordningen är att talan skall väckas där svaranden har sitt hemvist. Denna regel torde vara internationellt vedertagen. Då Monaco inte är medlem i EU eller ansluten till Luganokonventionen kan ingen av parterna vid tiden då borgensförbindelsen ingicks ha haft skäl att utgå från att svensk domstol, vid en eventuell tvist mellan dem, med hänvisning till Bryssel I-förordningens eller

Luganokonventionens bestämmelser skulle vara behörig att pröva en av banken mot S.K. väckt talan. Banken hade lätt kunnat se till att svensk domstol var behörig vid eventuella tvister genom att kräva en prorogationsklausul i avtalet om borgen. Banken har ifrågasatt om tvisten kan prövas i Monaco. Det kan dock inte åligga S.K. att visa att så kan ske. Det har inte framkommit något i målet som ger skäl att anta att risk för déni de justice föreligger i förevarande fall. En analogisk tillämpning av bestämmelserna i Bryssel I-förordningen eller Luganokonventionen medför inte heller att reglerna om erkännande och verkställighet av domstolsavgöranden därigenom också är tillämpliga. Tingsrätten anser vid en samlad bedömning att det saknas förutsättningar för en analogisk tillämpning av Luganokonventionens och Bryssel I-förordningens regler i förevarande mål.

Tingsrättens bedömningar ovan innebär sammanfattningsvis att bankens talan ska avvisas.

Rättegångskostnader

- - -

Slut

1. Tingsrätten avvisar Swedbank AB:s talan.

2. Swedbank AB ska ersätta S.K. för rättegångskostnader med 310 000 kr, varav 250 000 kr inklusive mervärdesskatt avser ombudsarvode.

Hovrätten för Västra Sverige

Swedbank AB överklagade i Hovrätten för Västra Sverige och yrkade att hovrätten skulle hänvisa målet till Stockholms tingsrätt för fortsatt handläggning. Som grund för sitt yrkande anförde Swedbank följande. S.K. har en fordran på Swedbank om 888 kr avseende medel på ett inlåningskonto i banken, som har sitt säte inom Stockholms tingsrätts domsaga. Domsrätt för Stockholms tingsrätt föreligger därmed enligt 10 kap. 3 § RB. Eftersom talan väckts vid fel domstol ska målet hänvisas till behörig domstol, dvs. Stockholms tingsrätt.

S.K. motsatte sig att målet hänvisades till Stockholms tingsrätt och förklarade att han numera bestred att han haft en fordran på Swedbank om 888 kr. Han anförde vidare att den åberopade fordringen i vart fall var så obetydlig att den inte kunde grunda svensk domsrätt och behörighet för Stockholms tingsrätt. Avseende fordringens värde anförde han att fordringen saknade all betydelse för parternas mellanhavanden, utom just i forumfrågan, och att dess värde inte var annat än symboliskt i sitt sammanhang. Vidare anförde han att fordringen inte hade något exekutivt värde för Swedbanks fordran på honom.

Swedbank anförde att S.K. i tingsrätten hade medgett att han hade den åberopade fordringen och att han inte kunde återta det medgivandet i hovrätten.

Hovrätten (hovrättsråden Ann-Carin Glimstedt, Karin Jungerfelt och Helena Josefsson) anförde följande i beslut den 15 december 2014.

Skäl

Av rättsfallet NJA 2012 s. 179 framgår att bestämmelserna i 10 kap. 20 § första stycket och 49 kap. 14 § 1 RB ska förstås så att hovrätten ska meddela prövningstillstånd om en part i sitt överklagande yrkar att hovrätten ska hänvisa målet till rätt tingsrätt.

Som tingsrätten har angett får, enligt 10 kap. 3 § RB, den som inte har känt hemvist inom riket sökas där honom tillhörig egendom finns i en tvist rörande betalningsskyldighet. Forumfrågan ska avgöras med utgångspunkt i de förhållanden som rådde då talan väcktes. Det ankommer på käranden att styrka existensen av en fordran som åberopas till stöd för svensk domsrätt och på svaranden att styrka en invändning om att fordringen inte kan grunda svensk domsrätt därför att den saknar värde (se NJA 1998 s. 361).

Det var vid tingsrätten ostridigt att S.K. vid tidpunkten för talans väckande hade en fordran på Swedbank om 888 kr. S.K. har i hovrätten förklarat att han numera bestrider att han haft en sådan fordran. Att S.K. inte längre erkänner eller vitsordar en omständighet som Swedbank har åberopat till stöd för domstolens behörighet är inte detsamma som att han har återtagit ett medgivande, dvs. att han skulle ha ändrat inställning till Swedbanks yrkande i målet (se t.ex. Robert Nordh, Processens ram i tvistemål, 2 uppl., s. 75-78). Bestämmelsen i 50 kap. 25 § tredje stycket RB hindrar inte en kärande från att i hovrätten åberopa en ny omständighet till stöd för domstolens behörighet (se t.ex. NJA 1999 s. 660). Den kan inte heller hindra en svarande från att först i hovrätten invända mot en faktisk omständighet som käranden åberopat till stöd för att domstolen är behörig. Eftersom S.K. således är oförhindrad att återta sitt tidigare erkännande eller vitsordande, ankommer det på Swedbank att visa att S.K., när talan väcktes, hade en sådan fordran på Swedbank som påstås.

Hovrätten finner ingen anledning att ifrågasätta innehållet i det kontoutdrag som åberopats av Swedbank. Av kontoutdraget framgår att ett positivt saldo om 888 kr uppkom på S.K:s privatkonto i Swedbank den 8 maj 2008 och att saldot var detsamma när kontoutdraget togs fram den 29 maj 2012. Swedbank har således visat att den fordran som åberopas som forumgrundande fanns när talan väcktes, den 13 oktober 2011.

Frågan blir då om den åberopade fordringen är sådan egendom som kan grunda svensk domsrätt och vilken domstol som i så fall är behörig.

Som tingsrätten har angett är det en förutsättning för att egendom ska kunna grunda domsrätt att den har ett förmögenhetsvärde som inte är enbart symboliskt.

Regeln om allmänt förmögenhetsforum i 10 kap. 3 § RB motiveras med att det från exekutionssynpunkt är av vikt att den som inte har hemvist i Sverige i en tvist rörande betalningsskyldighet kan sökas på en ort i landet där han har egendom (se NJA II 1943 s. 99 f.). Det saknas förarbetsuttalanden eller praxis som ger vägledning i frågan om vad som kan anses vara ett enbart symboliskt förmögenhetsvärde och om förhållandet mellan den forumgrundande egendomens värde och tvisteföremålets värde alls har någon betydelse vid bedömningen. I ett mål, som refererats angående en annan fråga i NJA 1969 C 421, ansågs dock behörighet föreligga att ta upp ett yrkande rörande miljonvärden på grund av ett tillgodohavande i Sverige om ca 1 500 kr (se Söderlund, Kommentar till rättegångsbalken, Del 1, s. 213).

Som tingsrätten har angett saknar den här åberopade forumgrundande fordringen i vart fall inte helt exekutivt värde. Hovrätten instämmer därför i tingsrättens bedömning att fordringen om 888 kr inte kan anses ha ett enbart symboliskt värde. Fordringens storlek i förhållande till tvisteföremålets värde bör vid den bedömningen inte tillmätas någon betydelse. Den åberopade fordringen kan därmed, som även tingsrätten kommit fram till, grunda domsrätt i enlighet med 10 kap. 3 § RB. Enligt samma bestämmelse är behörig domstol där egendomen finns och anses annan fordran än löpande skuldebrev finnas där gäldenären har sitt hemvist. Swedbank har sitt säte i Stockholm och Stockholms tingsrätt är därmed behörig domstol. Målet ska därför, enligt 10 kap. 20 § RB, hänvisas till Stockholms tingsrätt.

HD har i rättsfallet NJA 1999 s. 258 prövat frågan om hur rättegångskostnaderna ska hanteras då ett mål av högre instans hänvisas till behörig domstol. Av detta framgår att forumfrågan avgörs genom hänvisningsbeslutet, varefter behörig tingsrätt har att handlägga själva saken i det mål som ursprungligen anhängiggjordes vid en annan tingsrätt. Härav följer att något särskilt avgörande inte ska fattas i fråga om de rättegångskostnader som uppkommit under handläggningen av forumfrågan. Vilken part som ska svara för dessa kostnader blir beroende av utgången i själva saken. Tingsrättens beslut i fråga om rättegångskostnader ska därför undanröjas. Det ankommer på Stockholms tingsrätt att pröva dessa kostnader i samband med

den slutliga prövningen av målet, liksom frågan om eventuella rättegångskostnader i hovrätten.

Slut

1. Hovrätten meddelar prövningstillstånd.

2. Hovrätten undanröjer tingsrättens beslut avseende rättegångskostnader och hänvisar målet till Stockholms tingsrätt för fortsatt handläggning. Det ankommer på Stockholms tingsrätt att i samband med prövningen av målet pröva frågan om rättegångskostnader vid Göteborgs tingsrätt och vid denna hovrätt.

Högsta domstolen

S.K. överklagade och yrkade att HD skulle avvisa Swedbank AB:s talan.

Swedbank motsatte sig yrkandet.

Målet avgjordes efter föredragning.

Föredraganden, justitiesekreteraren Anu Rintala, föreslog i betänkande att HD skulle meddela följande beslut.

Skäl

Bakgrund och frågan i HD

1. Swedbank AB väckte vid Göteborgs tingsrätt talan mot S.K., som hade hemvist i Monaco, och yrkade att han till banken skulle betala ett kapitalbelopp om 20 miljoner konor jämte ränta och kostnader på grund av en borgensförbindelse som han hade ingått.

2. Till stöd för att det förelåg svensk domsrätt åberopade Swedbank bland annat 10 kap. 3 § RB och att S.K. hade en fordring på Swedbank om 888 kr avseende medel på ett inlåningskonto i banken.

3. S.K. invände att svensk domstol inte var behörig att pröva tvisten och yrkade att Swedbanks talan skulle avvisas. Han anförde att den åberopade fordringen var så obetydlig att den inte kunde grunda svensk domsrätt.

4. Tingsrätten fann att det på grund av fordringen i och för sig förelåg svensk domsrätt, men att Göteborgs tingsrätt inte var behörig att pröva tvisten eftersom fordringen ansågs finnas i Stockholm där Swedbank hade sitt säte. Tingsrätten avvisade därför Swedbanks talan.

5. Hovrätten, som har gjort samma bedömning som tingsrätten i frågan om svensk domstols behörighet, har med stöd av 10 kap. 20 § RB hänvisat målet till Stockholms tingsrätt.

6. S.K. har i HD vidhållit sin invändning rörande svensk domstols behörighet. Den fråga som HD därför har att ta ställning till är om svensk domstol är behörig att pröva målet. Tvisten gäller i första hand om den åberopade fordringen är sådan egendom som kan grunda svensk domsrätt.

Rättsliga utgångspunkter

7. När, som i detta fall, svaranden har sitt hemvist i ett land som varken är medlem i EU eller anslutet till Luganokonventionen ska domsrättsfrågan bedömas i enlighet med svensk lag. När så är fallet får vägledning sökas i de svenska interna forumreglerna och då närmast 10 kap. RB.

8. Enligt 10 kap. 3 § RB får den som inte har känt hemvist inom riket i tvist rörande betalningsskyldighet sökas där honom tillhörig egendom finns. Med egendom avses även fordringar som svaranden har. En fordring anses finnas där gäldenären har sitt hemvist om den inte grundas på löpande skuldebrev eller annan handling, vars företeende utgör rätt att kräva betalning. Är forumbestämmelsen tillämplig föreligger även i regel svensk domsrätt.

9. Paragrafen har motiverats med att det ur exekutionssynpunkt är av vikt, att den som inte har känt hemvist i Sverige kan sökas i den ort där han eller hon har egendom. Med egendom i paragrafens mening avses egendom av vad slag som helst som har förmögenhetsvärde. (Se NJA II 1943, s. 99.) I doktrinen har anförts att regeln måste ses i ett vidare sammanhang eftersom utländska förmögenhetsrättsliga domar i brist på lagstöd normalt inte kan erkännas och verkställas i Sverige och det vore då olämpligt om gäldenärens svenska tillgångar, även relativt obetydliga sådana, helt allmänt skulle vara skyddade från borgenärerna (se Michael Bogdan, Svensk internationell privat- och processrätt, åttonde uppl., 2014, s. 121). HD har i rättsfallet NJA 1998 s. 361 uttalat att värdet av egendom inte får vara enbart symboliskt för att kravet på förmögenhetsvärde ska vara uppfyllt. Ett sätt att bedöma detta bör, med hänsyn till det angivna syftet med paragrafen, vara att ta ställning till om egendomen enligt svensk rätt är utmätningsbar och om den därmed har ett exekutivt värde (jfr NJA 2006 s. 354). Om egendomen är av sådan art kan värdet inte vara att betrakta som enbart symboliskt utan den måste då anses ha ett förmögenhetsvärde.

10. Den tidpunkt vid vilken egendom det gäller måste finnas inom tingsrättens domkrets är den dag stämningen delges svaranden (se 10 kap. 15 § RB).

Bedömningen i detta fall

11. Det är i HD ostridigt att S.K. vid den tidpunkt då han blev delgiven stämningen i målet hade en fordring på Swedbank om 888 kr. Fordringen kan utmätas och saknar därmed inte helt exekutivt värde. Förmögenhetsvärdet kan därför inte anses vara enbart symboliskt. Forumregeln i 10 kap. 3 § är alltså tillämplig och därmed föreligger även svensk domsrätt. Som hovrätten har funnit har Swedbank sitt säte i Stockholm, varför Stockholms tingsrätt är behörig domstol. Överklagandet ska mot bakgrund av det anförda avslås. Det ankommer på tingsrätten att vid prövningen av målet pröva frågan om rättegångskostnader i HD (se NJA 1999 s. 258).

HD:s avgörande

HD avslår överklagandet.

HD (justitieråden Gudmund Toijer, Ann-Christine Lindeblad, Kerstin Calissendorff, Göran Lambertz, referent, och Stefan Johansson) meddelade den 15 juli 2016 följande beslut.

Skäl

Bakgrund och frågan i HD

1. Swedbank AB väckte talan mot S.K. vid Göteborgs tingsrätt och yrkade att han skulle förpliktas att betala 20 miljoner kr jämte ränta på grund av en borgensförbindelse. S.K. har hemvist i Monaco. Till stöd för att det föreligger svensk domsrätt åberopade Swedbank bl.a. att S.K. har egendom i Sverige i form av en fordran mot banken på 888 kr avseende medel på ett inlåningskonto. Tvisten har anknytning till Sverige, enligt vad banken gjorde gällande, också genom att huvudförbindelsen är tecknad i Sverige mellan en svensk bank och ett svenskt aktiebolag, att S.K. är svensk medborgare, att tvistefrågorna avser huvudförbindelsen och att tvisten ska prövas enligt svensk rätt.

2. S.K. invände att svensk domstol inte är behörig att pröva tvisten. Angående fordringen anförde han att den är alltför obetydlig för att kunna grunda domsrätt.

3. Tingsrätten fann att det förelåg svensk domsrätt på grund av fordringen men avvisade Swedbanks talan på den grunden att fordringen fanns i Stockholm, där Swedbank har sitt säte, och att Göteborgs tingsrätt därför inte var behörig.

Hovrätten har gjort samma bedömning i frågan om svensk domsrätt och har med stöd av 10 kap. 20 § RB hänvisat målet till Stockholms tingsrätt.

4. S.K. har överklagat hovrättens beslut och vidhållit att svensk domstol inte är behörig att pröva tvisten. Swedbank har vid sidan om fordringen på 888 kr åberopat att tvisten har stark anknytning till Sverige.

5. Frågan i HD är om svensk domstol är behörig att pröva tvisten mellan Swedbank och S.K., antingen på grund av fordringen på 888 kr eller på grund av den anknytning som tvisten har till Sverige.

Utgångspunkter beträffande svensk domstols behörighet

6. S.K. har hemvist i Monaco. Det innebär att varken Bryssel I-förordningen eller Luganokonventionen är tillämplig.

7. Frågan om svensk domstol är behörig ska därmed bedömas efter vad som gäller enligt intern svensk lag. På förmögenhetsrättens område finns inte några direkt tillämpliga lagbestämmelser, och vägledning ska då enligt fast rättspraxis sökas i interna svenska forumregler, närmast 10 kap. RB.

Det finns inte svensk domsrätt på grund av reglerna om förmögenhetsforum

8. Enligt 10 kap. 3 § RB får den som inte har känt hemvist inom riket i en tvist om betalningsskyldighet sökas där det finns egendom som tillhör honom, s.k. allmänt förmögenhetsforum. En fråga i målet är om en analogisk tillämpning av denna bestämmelse ger svensk domsrätt även om egendomen har ett mycket begränsat värde.

9. Bestämmelserna om allmänt förmögenhetsforum motiverades i rättegångsbalkens förarbeten med att det ur exekutionssynpunkt är av vikt att den som inte har känt hemvist i Sverige kan sökas på den ort där han eller hon har egendom (se NJA II 1943 s. 99). I linje därmed beaktas i rättstillämpningen om egendomen är utmätningsbar och sålunda har ett exekutivt värde (jfr NJA 2006 s. 354). Av rättsfallet NJA 1998 s. 361 framgår att värdet av egendomen inte får vara enbart symboliskt. Enligt en allmän uppfattning ska en analogisk tillämpning av bestämmelserna i 10 kap. 3 § RB ske restriktivt (se NJA 2004 s. 891).

10. När det avgörs i vilka fall svensk domsrätt föreligger, bl.a. om bestämmelserna i 10 kap. RB ska tillämpas analogiskt, ska beaktas i vad mån det finns ett svenskt rättskipningsintresse. Hänsyn bör tas till parternas intressen, och det kan vägas in t.ex. vad som är effektivt i det enskilda fallet. Om den enda anknytningen till Sverige är att svaranden har en tillgång här som är av så begränsat värde att den i praktiken saknar betydelse från exekutionssynpunkt, bör svensk domsrätt inte anses föreligga.

11. S.K:s fordran mot Swedbank har ett mycket begränsat värde. Det gäller inte minst när den sätts i relation till storleken på den fordran som Swedbank gör gällande i målet. Bestämmelserna i 10 kap. 3 § RB medför därför inte att svensk domsrätt föreligger i målet.

Det finns svensk domsrätt på grund av den nära anknytningen till Sverige

12. Inte heller någon av de övriga bestämmelserna i 10 kap. RB ger grund för svensk domsrätt.

13. Emellertid kan den anknytning som en tvist har till Sverige vara sådan att det finns svensk domsrätt även utan stöd av bestämmelserna i 10 kap. RB. I rättspraxis har sålunda svensk domstol ansetts behörig när det annars skulle ha inneburit s.k. déni de justice (se NJA 1985 s. 832). Vidare har svensk domstol ansetts behörig när ett svenskt konkursbo begärt återvinning av en rättshandling med ett bolag som hade säte i Norge, huvudsakligen med den motiveringen att det med hänsyn till omständigheterna var mest effektivt, vilket var i linje med regleringen i EU:s insolvensförordning (NJA 2013 s. 22, jfr EU-domstolens dom den 16 januari 2014, Schmid (C-328/12) ECLI:EU:C:2014:6). I ett mål som rörde frågan om utfärdande av ett förbud mot viss användning av ett svenskt varumärke har svensk domsrätt ansetts föreligga på den grunden att varumärkesrättens territoriella begränsning medförde att det fanns ett svenskt rättskipningsintresse (NJA 2015 s. 798).

14. S.K. har tecknat borgen för ett svenskt aktiebolags förpliktelser mot en svensk bank enligt ett kreditavtal som även i övrigt har stark anknytning till Sverige. Tvisten mellan Swedbank och S.K. rör denna huvudförbindelse. Därmed har tvisten en sådan anknytning till Sverige att svensk domstol är behörig.

Slutsatser

15. Det finns alltså svensk domsrätt. Stockholms tingsrätt är behörig domstol. S.K:s överklagande ska därför avslås. Det bör ankomma på tingsrätten att vid prövningen av målet avgöra frågan om rättegångskostnader i HD (jfr NJA 1999 s. 258).

HD:s avgörande

HD avslår överklagandet.

HD:s beslut meddelat: den 15 juli 2016.

Mål nr: Ö 357-15.

Lagrum: 10 kap. 3 § RB.

Rättsfall: NJA 1985 s. 832, NJA 1998 s. 361, NJA 2004 s. 891, NJA 2006 s. 354, NJA 2013 s. 22, NJA 2015 s. 798 och EU-domstolens dom den 16 januari 2014, Schmid (C-328/12) ECLI:EU:C:2014:6.

Sökord: Svensk domsrätt; Internationella rättsförhållanden; Förmögenhetsforum

---

NJA 1986 s 119

I tvist inför tysk domstol om utomobligatoriskt skadestånd för skada som vållats i Tyskland har svaranden, ett svenskt aktiebolag, ingått i svaromål. Bolaget har ej uttryckligen förklarat sig godta den tyska domstolens behörighet och det har ej heller anförts något förhållande på bolagets sida som skulle kunna jämställas med sådan förklaring. Den dom som i tvisten meddelats av den tyska domstolen har ansetts ej kunna erkännas här i riket.

1986:25

Carl Friederichs Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Hamburg, och Kinnegrip Aktiebolag, Lidköping, deltog under hösten 1975 som utställare vid den 46:e Internationella Bilsalongen "IAA" i Frankfurt am Main. Bolagen hade utställningsmontrar som gränsade intill varandra. När Kinnegrips d 10 sept 1975 höll på att bygga upp sin monter körde en av detta bolags medarbetare med bil på Friederichs monter och skadade denna.

Sedan Friederichs anhängiggjort talan mot Kinnegrip vid Landgericht Frankfurt am Main och yrkat förpliktande för Kinnegrip att till Friederichs utge 3 059,95 DM jämte 5 procent ränta däråa från d 15 dec 1977 tills betalning sker, meddelade domstolen d 6 maj 1980 dom varigenom bl a Kinnegrip förpliktades att till Friederichs utge 2 769,28 DM jämte ränta enligt yrkandet. Domen vann laga kraft.

Efter stämning å Kinnegrip yrkade Friederichs vid *Lidköpings TR* att TR:n, utan att ingå i saklig prövning av tvisten, måtte förplikta Kinnegrip att i enlighet med den tyska domen till Friederichs utge 2 769,28 DM eller motsvärande belopp i svenskt mynt enligt vid betalningstillfället gällande kurs jämte ränta.

Kinnegrip bestred käromålet.

För användning i enlighet med Allmänna villkor för Norstedts Juridiks informationstjänster.

Friederichs anförde till utveckling av sin talan följande. Den tyska domstolen har varit behörig att upptaga saken till prövning. Kinnegrip har ej gjort invändning mot den tyska domstolens behörighet utan har deltagit i rättegången såväl vid skriftlig förberedelse som vid huvudförhandling. Därvid har Kinnegrip varit företrätt av tysk advokat. I rättegången bestred inte Kinnegrip skadeståndsansvar i och för sig utan endast omfattningen härav. Friederichs förde bevisning om skadans omfattning medan Kinnegrip frivilligt avstod härifrån. - Den tyska domen bör tillerkännas rättskraft här i landet. Som stöd härför åberopas rättsfallen NJA 1935 s 611 och 1973 s 628. Därest domen ej har rättsverkan här, bör den i vart fall tillmätas bevisverkan.

Kinnegrip anförde följande. Erkännande av sådan utländsk dom varom här är fråga förutsätter stöd av svensk lag. Sådant stöd saknas i förevarande fall. Förutsättningen för att utländsk dom ändå skall kunna erkännas här i landet är avtal om prorogation. Det föreligger inget sådant avtal mellan parterna. Det bestrids vidare att den tyska domen har bevisverkan i Sverige. Det är riktigt att Kinnegrip har deltagit i rättegången och därvid företrätts av tysk advokat. Bolaget har emellertid ej ingått i svaromål utan har varit passivt i rättegången. Sålunda har t ex motbevisning i fråga om skadans omfattning ej förts. Anledningen till bolagets passivitet var kunskapen om att tysk dom ej kan verkställas i Sverige. Bolagets direktör, Göran Rosén, var visserligen närvarande vid huvudförhandlingen inför den tyska domstolen, men intog därvid närmast ställning som observatör.

TR:n (t f lagmannen *Rydstedt* och hovrättsassessorn *Günther*) anförde i dom d 22 okt 1982:

Domskäl.

Utländsk dom kan enligt huvudregeln ej erkännas här i landet utan särskilt stöd av svensk lag. För dom av det slag varom i målet är fråga saknas sådant stöd. I rättspraxis har förekommit avsteg från huvudprincipen. HD har sålunda i rättsfallet NJA 1973 s 628 lagt grekisk dom till grund för ett materiellt avgörande i en förmögenhetsrättslig tvist. I målet förelåg emellertid mellan parterna ett formligt prorogationsavtal med hänvisning till grekisk domstol. I förevarande mål föreligger ej något uttryckligt forumavtal. Visserligen framgår det av utredningen att Kinnegrip i den tyska processen ingått i svaromål på sådant sätt, att det för Friederichs kunnat framstå såsom av Kinnegrip accepterat att tvisten parterna emellan prövades av den tyska domstolen. TR:n finner emellertid att varken detta förhållande eller vad i övrigt förekommit utgör tillräckliga skäl att frångå huvudregeln. TR:n finner ej heller att vad som förekommit rörande den tyska domstolens avgörande medför att domen kan tillmätas bevisverkan. På grund av det anförda skall käromålet ogillas.

Domslut.

Käromålet ogillas.

T f rådmannen *Per Österberg* var av skiljaktig mening och anförde: Av doktrin och praxis framgår att avtal om prorogation utgör anledning att göra avsteg från principen om att utländsk dom ej har rättskraft här i

riket. Enligt min mening föreligger det ej skäl att göra skillnad mellan fall där formligt prorogationsavtal föreligger och s k tyst prorogation, dvs att svaranden, utan foruminvändning, ingår i svaromål. I förevarande fall har Kinnegrip uppträtt i den tyska rättegången genom tysk advokat och även varit representerat vid huvudförhandling i målet genom behörig ställföreträdare. Den tyska domstolen har i och för sig varit behörig att upptaga tvisten. Foruminvändning har ej heller gjorts. Domen har vunnit laga kraft. Kinnegrip har genom sitt handlande gjort sken av att vilja acceptera att tvisten avgjordes av tysk domstol och att bolaget hade för avsikt att rätta sig efter den tyska domen. Såvitt framkommit har under handläggningen vid den tyska domstolen inte

För användning i enlighet med Allmänna villkor för Norstedts Juridiks informationstjänster.

förekommit något som strider mot svensk rättsordning. På grund av vad sålunda anförts anser jag att käromålet skall bifallas.

Friederichs fullföljde talan i *Göta HovR* och yrkade att HovR:n måtte förplikta Kinnegrip att till Friederichs utge vid TR:n yrkat kapitalbelopp jämte ränta.

Kinnegrip bestred ändring.

HovR:n (hovrättslagmannen *Ekblad*, hovrättsråden *Lindstam* och *Paulsson-Nordling* samt hovrättsassessorn *Orstadius*, referent) anförde i dom d 29 nov 1983:

Domskäl.

Friederichs har till grund för sin talan åberopat domen d 6 maj 1980 av Landgericht Frankfurt am Main och gjort gällande att den skall erkännas här i riket. Rättegången rör således enbart frågan om Kinnegrip direkt på grund av den åberopade domen skall åläggas betalningsskyldighet i enlighet med denna. Anledning saknas därför att i förevarande mål ingå på bedömning av vilken verkan domen må ha som bevis i en rättegang om parternas bakomliggande rättsförhållande.

Som TR:n funnit kan varken Kinnegrips handlande i rättegången inför den tyska domstolen eller vad i övrigt förekommit mellan parterna föranleda att den åberopade domen erkänns här i riket. TR:ns domslut skall därför fastställas.

Domslut.

HovR:n fastställer TR:ns domslut.

Friederichs sökte revision och yrkade bifall till sin i HovR:n förda talan. Friederichs anförde tillika besvär över ett av HovR:n fattat beslut, varigenom HovR:n med stöd av 50 kap 25 § 3 st RB avvisat bevisning som Friederichs åberopat till styrkande av att Kinnegrip ej varit passivt under den tyska rättegången.

Kinnegrip bestred ändringsyrkandena.

Svenska Handelskammarförbundet och Internationella Handelskammarens Svenska Nationalkommitté, gemensamt, samt Sveriges Advokatsamfunds styrelse avgav efter förordnande av HD yttranden i målet.

> *Handelskammarförbundet och ICC:s Svenska Nationalkommitté*, nedan benämnda Handelskamrarna, anförde i sitt gemensamma yttrande: Handelskamrarna vill i detta yttrande framföra synpunkter dels på frågan om behovet av att utländska domar erkänns i Sverige, dels på frågan om betydelsen av s k tyst prorogation.

> I likhet med vad bl a Handelskamrarna yttrade i anslutning till tillkomsten av 1966 års Haag-konvention rörande erkännande och verkställighet av utländska domar på privaträttens område, får Handelskamrarna konstatera att det ej finns något framträdande behov av generellt utvidgat erkännande av utländska domar i Sverige.

För användning i enlighet med Allmänna villkor för Norstedts Juridiks informationstjänster.

Denna inställning har flera orsaker. Förutom att man inom näringslivet i största möjliga utsträckning söker undvika rättstvister, främst med tanke på möjligheterna till fortsatta affärsförbindelser, föredras ofta skiljeförfarande i internationella sammanhang.

En annan orsak är osäkerhet om vissa utländska domars materiella riktighet. Enligt Handelskamrarnas mening är det därför bättre att, såsom skett beträffande Schweiz och Österrike, överväga att träffa bilaterala konventioner med länder, vilkas rättsordning ligger nära den svenska.

Vad beträffar prorogation vill Handelskamrarna till en början anföra att en dom som meddelats vid det forum som anvisats i en uttrycklig prorogationsklausul, som i rättsfallet NJA 1973 s 628, utan materiell prövning bör kunna läggas till grund för en svensk dom i samma sak. En uttrycklig prorogationsklausul uppvisar stora likheter med en skiljeklausul, bl a så tillvida att den också innebär derogation från andra fora.

Annorlunda förhåller det sig med s k tyst prorogation. Enligt Handelskamrarnas mening vore det otillfredsställande om en svarandes agerande i en utländsk rättegång skulle få följder beträffande domens verkställbarhet mot honom. Svarandens aktiva deltagande i den utländska rättegången behöver inte tolkas som att han accepterar förfarandet och är beredd att följa det materiella avgörandet utan kan bl a vara betingat av vetskapen om att den blivande utländska domen har bevisverkan i en svensk rättegång i samma sak. En väl genomförd rättegång kan också medföra att svaranden vinner målet därvid frågan om erkännande och verkställighet i Sverige normalt inte blir aktuell.

Några omständigheter som skulle föranleda en annan mening än den ovan redovisade har inte förebragts i det nu aktuella målet.

Advokatsamfundets styrelse anförde i sitt yttrande: Huvudprincipen för erkännande av utländska domar i tvistemål torde alltjämt vara att erkännandet förutsätter stöd av lag. Förevarande dom, meddelad av tysk domstol i en utomobligatorisk skadeståndstvist, är enligt nämnda princip inte verkställbar i Sverige.

I svensk doktrin och praxis har man emellertid intagit en positiv attityd till erkännande av utländska domar i förmögenhetsrättsliga mål som meddelats vid forum prorogatum, även om detta forum är alternativt (NJA 1973 s 628, Svea HovR:s dom, avd 7, d 1 nov 1979, HovR:ns för Västra Sverige dom, avd 2, d 18 dec 1981). Gemensamt för sådana fall har varit att parterna uttryckligen genom avtal underkastat sig domsrätt vid en eller flera särskilt utpekade domstolar. Erkännande i Sverige sker på det sättet att svensk fullgörelsedom meddelas på grundval av domen vid forum prorogatum.

Prorogationsavtal med avseende på rättsförhållanden med internationell anknytning är vanligt förekommande. Kontrahenter anses därigenom kunna säkerställa att en framtida tvist upptas vid bestämd domstol. Avtalat forum blir därmed i princip exklusivt. Talan vid annat forum - exempelvis svarandens personliga - kan av denne begäras avvisad medan foruminvändning torde vara verkningslös vid forum prorogatum.

I ifrågavarande skadeståndstvist har det stått det tyska bolaget fritt att välja forum i Tyskland eller Sverige. Det tyska bolagets val har inte föregåtts av vare sig samråd eller avtal mellan parterna.

I målet har påståtts att det svenska bolaget genom att delta i rättegången i Tyskland accepterat domstolen som forum prorogatum. Även om det svenska bolaget skulle anses ha ingått i svaromål, bör detta enligt styrelsens mening inte tillerkännas samma rättsverkan som om parterna i förväg uttryckligt avtalat exklusivt

För användning i enlighet med Allmänna villkor för Norstedts Juridiks informationstjänster.

forum. Av denna inställning från samfundets sida följer att det saknar betydelse om foruminvändning gjorts eller ej.

En motsatt ståndpunkt skulle lätt leda till stor rättsosäkerhet. - Svenska rättssubjekt skulle ha att överväga att helt avstå från att svara i tvist vid utländsk domstol, även i ett fall där ett svaromål skulle vara motiverat för att skydda egendom i landet i fråga. - Om svensk svarande i en sådan situation vänder sig till lokal advokat, skulle denne kunna ge ett riktigt råd endast om han vore så insatt i svensk internationell processrätt att hans rådgivning kunde anpassas till denna.

Tiden kan i och för sig nu vara mogen att skapa ytterligare förutsättningar för utländska domars verkställighet här i landet - i synnerhet om domen är meddelad iland med vilket Sverige har livligt handelsutbyte och vars rättsordning står i samklang med svensk rättsuppfattning. Enligt styrelsens mening bör emellertid en sådan utveckling ske på konventionsbasis.

Mot bakgrund av vad ovan anförts avstyrker styrelsen bifall till revisionskärandens talan.

Målet avgjordes efter föredragning.

Föredraganden, RevSekr *Boqvist*, hemställde i betänkande att HD måtte meddela dom enligt följande: *Domskäl*. Den tyska dom som utgör grunden för Friederichs talan har meddelats i anledning av ett påstående om skadegörande handling förövad mot Friederichs av Kinnegrip i det land, Förbundsrepubliken Tyskland, där domen meddelades och sedan Kinnegrip ingått i svaromål utan att göra något förbehåll beträffande den tyska domstolens behörighet.

Enligt svensk rätt har sedan lång tid ansetts gälla, att utländsk dom i ett dispositivt förmögenhetsrättsligt mål inte har någon rättsverkan utan stöd i lag. Sådant lagstöd finns på grundval av överenskommelse 1935 med Schweiz, 1977 mellan de nordiska länderna, 1982 med Österrike samt på ett flertal specialområden som främst transporträtt samt olje och atomansvarighet.

HD har emellertid utan stöd i lag i avgörandet NJA 1973 s 628 utan prövning av målet i sak lagt utländsk tredskodom meddelad vid uteslutande behörigt forum prorogatum i en dispositiv förmögenhetsrättslig tvist, där den svenska parten i god tid kallats till förhandling och fått del av domen före fullföljdstidens utgång, till omedelbar grund för en med den utländska tredskodomens slut likalydande svensk dom.

I ett i 1973 års avgörande avgivet särskilt votum har justitierådet Welamson med hänvisning till skiljedomsrätten och till ett flertal uttalanden i doktrinen uttalat att det skulle framstå som ett opåkallat ingrepp i avtalsfriheten att hindra parter att genom avtal komma överens om att en dom av viss utländsk domstol skulle bli normerande för deras mellanhavande.

Welamson hänvisade i sitt votum vidare till att avtal om prorogation till utländsk domstol i praxis tillerkänts verkan som rättegångshinder i Sverige (NJA 1949 s 724 och 1969 s 529) och menade att det skulle vara stötande om detta i förening med vägran att erkänna den utländska domen skulle medföra déni de justice i Sverige.

I ett par icke refererade avgöranden i hovrättspraxis har därefter även

För användning i enlighet med Allmänna villkor för Norstedts Juridiks informationstjänster.

en icke exklusiv prorogationsklausul tillerkänts verkan som grund att utan prövning i sak meddela en med den vid forum prorogatum meddelade utländska domen likalydande svensk dom. Beträffande ett av dessa avgöranden har HD d 3 juli 1984 vägrat prövningstillstånd. (HovR:n för Västra Sverige d 18 dec 1981, DT 69.)

I förevarande mål är frågan huruvida åtgärden att utan gensaga beträffande den utländska domstolens behörighet ingå i svaromål därstädes - så kallad tyst prorogation - kan utgöra grund för att utan prövning i sak lägga den utländska domen till grund för en likalydande svensk dom.

Inom det lagreglerade området gäller i detta avseende följande.

I flera av de konventioner angående verkställighet av utländska domar i förmögenhetsrättsliga mål till vilka Sverige är anslutet, förekommer också en reglering av vilka domstolar som är behöriga att meddela domar som omfattas av respektive konvention. I överenskommelsen 1935 mellan Sverige och Schweiz på området, liksom i den nordiska konventionen d 11 okt 1977 om domsverkställighet på privaträttens område, jämställs tyst prorogation med uttrycklig sådan, som i sin tur inte behöver vara exklusiv. (Se art 5 i överenskommelsen mellan Sverige och Schweiz och art 8 i den nordiska överenskommelsen.) En likartad reglering gäller för övrigt enligt den inom EG gällande konventionen av år 1968 angående domstols behörighet och verkställighet av dom på privaträttens område. I konventionen d 16 sept 1982 mellan Sverige och Österrike om verkställighet av dom i förmögenhetsrättsliga mål är däremot tyst prorogation ej kompetensgrundande. I propositionen angående transformation av denna konvention till svensk rätt anförde departementschefen på denna punkt bl a följande (prop 1982/83:117 s 21-22): "Till skillnad från de flesta konventioner på området innehåller förevarande konvention med Österrike ingen bestämmelse om tyst prorogation, dvs en bestämmelse om domstols behörighet på den grund att svaranden förbehållslöst ingått i svaromål vid domstolen. Det var på svensk önskan som en sådan bestämmelse uteslöts. Även på denna punkt var den svenska inställningen betingad av önskemål från det svenska näringslivet."

Gemensamt för samtliga nu omtalade konventioner är, att domstol inom vars domkrets en skadegörande handling begåtts är behörig och att exorbitanta forumbestämmelser, t ex forum contractus och förmögenhetsforum inte gäller.

Med hänsyn till att de bestämmelser som återfinns i de nu omtalade konventionerna har grundats på mellanstatliga förhandlingar, varvid - som nämnts - bl a överenskommits att exorbitanta forumbestämmelser inte gäller, kan knappast någon ledning hämtas i förekommande konventioner angående sättet att lösa den här aktuella frågan, om den i 1973 års rättsfall godtagna prövningen att utländsk dom meddelad vid forum prorogatum skall gälla även vid s k tyst prorogation, i vart fall då det som här i ett skadeståndsmål är fråga om sådan prorogation till den domstol inom vilkens domkrets skadan uppstod.

Det finns här anledning att göra följande överväganden. Att en svensk part utan förbehåll går i svaromål vid en utländsk domstol, dit han instämts, kan bero på olika överväganden. Han kan t ex ha egendom i domstolslandet, han kan ha eller vänta sig att få affärer där och därför ha intresse av att genom frivillig medverkan i rättegången minska risken för att få egendom belagd med kvarstad eller utsatt för någon likartad

säkerhetsåtgärd, eller undvika att få tredskodom exekverad i domstolsstaten eller i stat med vilken denna har en överenskommelse om verkställighet. Det finns inte lika stor risk att överväganden av detta slag skall spela någon roll vid förhandlingarna angående en prorogationsklausul. Det spelar vid en sådan bedömning inte någon roll med vilken kraft den svenska parten agerat i rättegången inför den utländska domstolen.

För användning i enlighet med Allmänna villkor för Norstedts Juridiks informationstjänster.

Mot bakgrunden av de förhållanden som nu redovisats finns det inte heller någon anledning att med avvikande från den huvudregel som anses gälla, tillerkänna ett tyst prorogationsavtal verkan av rättegångshinder här i landet. Något exempel på detta föreligger såvitt känt inte heller i praxis. Det föreligger då inte något hinder för att här i landet väcka ny talan om samma sak som den utländska rättegången gällt. Den utomlands meddelade domen kan vid en sådan rättegång tillerkännas viss bevisverkan.

Slutsatsen av de härovan gjorda övervägandena blir att det saknas anledning att i detta fall göra avsteg från den grundläggande principen att inte utan uttryckligt lagstöd tillerkänna en utländsk dom rättsverkan här i landet. (Se bl a prop 1982/83:117 s 6-8.) Den av Friederichs i målet åberopade domen från Landgericht Frankfurt am Main kan därför inte utan vidare prövning läggas till grund för en likalydande svensk dom. Käromålet skall därför, som HovR:n och TR:n funnit, ogillas.

Domslut. HD fastställer HovR:ns dom.

HD (JustR:n *Höglund, Erik Nyman, Vängby*, referent, *Broomé* och *Beckman*) beslöt följande dom:

Domskäl.

Den i Sverige sedan länge gällande principen för erkännande av utländska tvistemålsdomar är att erkännande förutsätter stöd av lag. I rättsfallet NJA 1973 s 628 gjordes visserligen avsteg från principen, i det att en utländsk dom på betalningsskyldighet lades till grund för en motsvarande svensk dom. Parterna hade emellertid i det fallet genom avtal tillagt domstol i det land där den utländska domen meddelades uteslutande behörighet att pröva tvist dem emellan. Härifrån är steget långt till det fallet att part utan föregående avtal om behörig domstol ingått i svaromål på talan som väckts i främmande stat. I sådant fall gör sig helt andra överväganden gällande än när uttryckligt avtal träffats om den utländska domstolens behörighet. Det förtjänar härvid erinras om att Sveriges senaste konvention av intresse i förevarande sammanhang, nämligen den med Österrike år 1982 ingångna konventionen om erkännande och verkställighet av civildomar, som grund för erkännande upptar det fallet att svaranden uttryckligen underkastat sig den utländska domstolens behörighet men inte det fallet att svaranden utan förbehåll ingått i svaromål. I enlighet med det förut anförda bör erkännande av utländsk tvistemålsdom i sistnämnda fall anses förutsätta stöd i lag.

Kinnegrip har ej uttryckligen förklarat sig godta den tyska domstolens behörighet. Inte heller innefattar vad Friederichs anfört något förhållande på Kinnegrips sida som kan jämställas med sådan förklaring.

Med hänsyn till det sistnämnda saknas anledning att ingå på frågan, om den av Friederichs i HovR:n åberopade bevisningen bort

tillåtas.

126

På grund av det anförda kan den tyska domen ej erkännas här i riket. HovR:ns domslut skall därför fastställas.

Domslut.

HD fastställer HovR:ns domslut.

JustR *Vängby* tillade för egen del följande: Den tyska dom som Friederichs åberopat avser utomobligatoriskt skadestånd för en skada som Kinnegrip påstås ha vållat Friederichs i Tyskland. Om skadan vållats i Sverige

För användning i enlighet med Allmänna villkor för Norstedts Juridiks informationstjänster.

skulle svensk domstol ha varit behörig att uppta talan, jfr 10 kap 8 § RB. Enligt konventionen med Österrike om erkännande och verkställighet av civildomar skall domstol i den stat där domen meddelats anses ha varit behörig, om talan avsåg skyldighet utanför kontraktsförhållanden att ersätta skada på person eller egendom och den skadegörande handlingen hade begåtts i domstolsstaten medan den som vållade skadan befann sig där. I EG-konventionen om behörig domstol och erkännande av utländsk dom i civilmål finns en liknande behörighetsgrund. I Tyskland torde en svensk dom under motsvarande förhållanden ha erkänts, ifall reciprocitet hade förelegat. Ett erkännande av den tyska domstolens behörighet i förevarande fall framstår sålunda, internationellt sett, som naturligt.

Den som i Sverige utverkat en dom på utomobligatoriskt skadestånd för skada som vållats här av någon med hemvist utomlands har ett betydande intresse av att domen kan verkställas i skadevållarens hemland. Lars Welamson har i sitt betänkande (SOU 1968:40) Verkställighet av utländska domar i förmögenhetsrättsliga mål på ett övertygande sätt utvecklat hurusom detta intresse får anses väga över ett intresse av att i motsvarande situation inte här erkänna en utländsk dom (s 41). När i Handelskamrarnas gemensamma yttrande konstateras att det ej finns något framträdande behov av generellt utvidgat erkännande av utländska domar i Sverige, bl a därför att man inom näringslivet i största möjliga utsträckning söker undvika rättstvister samt ofta föredrar skiljeförfarande i internationella sammanhang, slår detta inte till i den nu aktuella situationen. Här är fråga om ett intresse av rättsskydd för enskilda personer som är väl så beaktansvärt som näringslivets behov.

På grund av det anförda kunde övervägas att i domstolspraxis utvidga möjligheterna att utan stöd i lag erkänna utländsk dom i ett fall som det förevarande. Detta kunde ske under erkännande antingen av den utländska domstolens behörighet på den grunden att skadan vållats i det främmande landet eller av denna behörighet åtminstone i fall när svaranden utan förbehåll ingått i svaromål vid den främmande domstolen. För att ett erkännande av en utländsk dom om utomobligatoriskt skadestånd skulle kunna ske under sist angivna förutsättningar talar även det förhållandet att utrymme här inte finns för ett av parterna i förväg träffat avtal om domstols behörighet.

Det primära svenska intresset på förevarande område är å andra sidan som framgår av det föregående att vinna erkännande för svenska domar utomlands. Ömsesidighet kan endast i begränsad utsträckning, såsom förhållande till Förbundsrepubliken Tyskland (se Zivilprozessordnung § 328), uppnås genom avgöranden i domstolspraxis. En mer generell ömsesidighet kan vinnas bara genom konventionsreglering. Skulle ömsesidighet utan föregående konvention läggas till grund för erkännande bestäms de förutsättningar under vilka ömsesidighet skall anses föreligga bäst genom lagstiftning.

Det ter sig visserligen anmärkningsvärt att ännu närmare aderton år

efter det att Lars Welamson avgav sitt betänkande några mera betydande resultat inte vunnits lagstiftningsvägen. Det får emellertid förutsättas att den principiella frågan om en mera omfattande reglering inte är avförd från dagordningen. En reglering av frågan i lag medför så betydande fördelar framför erkännande enbart genom domstolsavgöranden att det alltjämt finns anledning att avvakta lagstiftning.
HD:s dom meddelad: den 20 mars 1986.

För användning i enlighet med Allmänna villkor för Norstedts Juridiks informationstjänster.

Seminarium 21

Äktenskaps- och arvsrätt samt fri rörlighet

Människor gör bruk av den fria rörligheten inom – och utanför – EU av så vitt skilda skäl såsom förbättrade försörjningsmöjligheter, skattelättnader, kärlek eller soligare klimat. Få tänker på vad flytten till ett annat land kan få för rättsliga konsekvenser i den privaträttsliga sfären. Seminariet avser att fästa er uppmärksamhet på ett rättsområde som allt fler människor berörs av, men där de rättsliga kunskaperna i Sverige fortfarande är mycket dåliga. Vi ska i huvudsak diskutera EU:s förordning om makars förmögenhetsförhållanden[1] (EUMFF) och EU:s arvsförordning[2] (samt förordningarnas relation till svenska autonoma IPP-rättsliga regler).

Uppgifter

Basgrupp A

Scenario I

Svenska medborgarna August och Aurelia Ask ingick äktenskap nyårsdagen 1997 efter flera års samboende. I januari 2003 gick makarnas flyttlass till London där makarna fortfarande är bosatta. Flytten till England var uteslutande motiverad av skatteskäl, i anledning av att den affärsverksamhet som August några år tidigare startade har expanderat explosionsartat. Efter flytten har August fortsatt att framgångsrikt utveckla sina affärer, vars kärna fortfarande finns i Sverige. På Aurelias lott har fallit rollen som mor (till parets två, numera vuxna barn) och representativ hustru, men hon har även kunnat bidra till Augusts framgång som oavlönad ekonomisk rådgivare. Innan makarna flyttade till England var Aurelia verksam som doktorand vid företagsekonomiska institutionen i Uppsala. (Hon har aldrig lyckats slutföra sitt avhandlingsarbete och disputera i företagsekonomin, trots en mycket lovande början).

Nu står makarna, som har behållit sitt svenska medborgarskap och är i 50-årsåldern, inför äktenskapsskillnad. Makarnas förmögenhet består av följande:

[1] Rådets förordning (EU) 2016/1103 av den 24 juni 2016 om genomförande av ett fördjupat samarbete på området för domstols behörighet, tillämplig lag samt erkännande och verkställighet av domar i mål om makars förmögenhetsförhållanden.

[2] Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 650/2012 av den 4 juli 2012 om behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet av domar samt godkännande och verkställighet av officiella handlingar i samband med arv och om inrättandet av ett europeiskt arvsintyg.

- Aktier i svenska och internationella företag, värderade sammanlagt till ca 500 miljoner kr, samtliga i Augusts namn;
- En fastighet (inkl. hus) på Gräsö, Roslagen, värderad till 20 miljoner kr, till vilken båda makarna beviljats lagfart;
- Ett hus i London, värt ca 60 miljoner kr, med August som ägare;
- Bohag och lösöre, värda ca 10 miljoner kr, med delvis August, delvis Aurelia som angiven ägare;
- Gemensamma konton i Sverige, med medel om sammanlagt 5 miljoner kr.

I den uppkomna krisen kräver Aurelia, med hänsyn till kommande äktenskapsskillnad, att få hälften av nettovärdet av all makarnas egendom. Enligt henne följer detta av såväl svensk rätt (giftorättssystemet enligt äktenskapsbalken) som engelsk rätt, vilka alltså enligt henne leder till samma resultat.

När August inser att Aurelia menar allvar tar han fram en kopia av ett äktenskapsförord mellan makarna, daterat den 27 december 1996 och, enligt domstolsprotokollet, ingivet för registrering till Uppsala tingsrätt[3] den 18 januari 1997. Enligt äktenskapsförordet ska vardera makens egendom – dåvarande och kommande, oavsett hur egendomen förvärvats – vara den makens enskilda egendom, liksom även egendomens avkastning och vad som kan ha trätt i egendomens ställe. Följaktligen, hävdar August, kan Aurelia inte ställa några som helst anspråk på hans egendom.

Aurelia invänder med att hävda att äktenskapsförordet har förfallit i anledning av flytten till England.

Om innehållet i engelsk rätt

Inför den stundande äktenskapsskillnaden har Aurelia konsulterat Janet Solicitor, som är en av Storbritanniens ledande experter i familjemål. Hon har upplyst Aurelia att enskild egendom *i den bemärkelse som avses i svensk rätt* när egendom enligt ett äktenskapsförord omvandlats till ”enskild egendom” inte finns i engelsk rätt. Inte heller finns det giftorättsgods i någon egentlig bemärkelse, eftersom engelsk rätt (i motsats till alla kontinentala europeiska rättsordningar) inte känner till begreppet *egendomsordning i äktenskapet*. I stället är det domstolen som vid äktenskapsskillnad bestämmer vad som ska hända med makarnas egendom. Den rättsliga grunden härför finns i Matrimonial Causes Act 1973 (section 25) enligt vilken domstolen, på ansökan av en make, kan bevilja s.k. ancillary relief. Översatt till svensk rätt omfattar ”ancillary relief” både makars egendom och underhåll (till make och barn).

Som t.ex. den engelska professorn Elisabeth Cooke[4] beskriver det: ”Ancillary relief involves the redistribution, at the court’s discretion, of the parties’ resources, both capital and future income, in the light of the factors listed in s 25

[3] Numera (sedan oktober 2011) registreras äktenskapsförord vid Skatteverket i Sverige.

[4] Se Cooke, E., “The Green Paper on Matrimonial Property Regimes: Reflections from England and Wales”, *International Family Law*, September 2007, s. 121.

of the Act. The objective is to meet *need*, to reflect the parties' *contributions*, and to effect a *sharing* of their property. The statute does not speak of objectives and does not prescribe any priority in a long list of factors. The courts' approach has evolved over the years, and currently the principal authorities are the House of Lord cases *White v. White* [2000] 2 FLR 981 and *Miller v. Miller*; *McFarlane v. McFarlane* [2006] UKHL 24, [2006] 1 FLR 1186." – Målen är s.k. "big-money cases" och resulterade i att domstolen beviljade hustrun närmare hälften av mannens tillgångar såsom "ancillary relief".

Tre faktorer lyfts fram som särskilt viktiga mot bakgrund av dessa avgöranden, nämligen "needs, compensation and sharing". En annan engelsk professor, Nigel Lowe, kommenterar[5] House of Lords (numera: *Supreme Court of the United Kingdom*) avgöranden i dessa avseenden enligt följande:

1) *needs* (primarily housing and financial) generated by the relationship between the parties. "This is often where the search for fairness begins and ends since in most cases the available assets are insufficient to provide adequately for the needs of two homes."
2) *compensation* for relationship generated disadvantage – women in particular may still suffer a disproportionate financial loss upon marital breakdown having sacrificed their careers looking after the home and family;
3) *sharing* of the fruits of the matrimonial partnership of equals (sometimes referred to as "entitlement").

Enligt Lowe är det inte all egendom som enligt House of Lords domar blir föremål för delning, utan "their Lordships made a distinction between so-called '*matrimonial property*' – where the principle of equal sharing applies regardless of the duration of the marriage – and '*non matrimonial property*' which is not automatically shared". Med den senare typen av egendom – även om egendomskategorins räckvidd är omtvistad – avses i allmänhet, såsom avgörandena tolkas av juristerna, "property brought into the marriage (other than that used as or to provide for the matrimonial home) and other property acquired by gift or inheritance during the marriage". Dock: "But whether it also includes business or investment of assets which have been generated mainly or solely by the effect of one party admitted of different views". Vidare kvarstår det faktum ("basic fact") att "more or less *all* the spouses' assets, *however and whenever acquired*, are subject to the court's extraordinary wide powers and are therefore at risk of being redistributed".

[5] Lowe, N., "Prenuptial Agreements – The English Position". Text of the Address Prepared for the ISFL Colloquium on Family Law, Toledo, Spain, October 11, 2007.

Enligt engelsk rättspraxis[6] är engelsk domstol inte utan vidare bunden av några äktenskapsförord, vare sig dessa ingåtts i England eller utomlands. För att alls kunna få någon betydelse måste båda makarna var för sig ha fått utförlig och självständig juridisk rådgivning i god tid före äktenskapsförordets ingående. Äktenskapsförordet måste vidare vara skäligt för båda parterna.

Frågor

1. Hur kan tvisten kvalificeras enligt svensk gällande IPP-rätt?
2. Kan den aktuella tvisten – där Aurelia som kärandepart kräver hälften av nettovärdet av all makarnas egendom – tas upp av svensk domstol om båda makarna avser att även fortsättningsvis bo kvar i England? Undersök och motivera noga alla eventuellt tillämpliga domsrättsgrunder.
3. Om svensk domstol är behörig, hur kommer lagvalsfrågorna att bedömas här (i grova drag)? Kom ihåg att i lagvalsdelen beakta makarnas äktenskapsförord och vad det kan innebära för konsekvenser!

Basgrupp B

Scenario II

Förutsättningarna är desamma som ovan, men antag i stället att August hastigt avlider i London innan någon skilsmässoprocess har inletts. Något äktenskapsförord finns inte heller. August efterlämnar, förutom Aurelia, två vuxna barn, samtliga svenska medborgare med hemvist i London. Det visar sig att August hade upprättat ett enligt engelsk rätt till formen giltigt testamente, daterat och bevittnat i London den 1 juli 2016. Enligt testamentet ska en tredjedel av hans kvarlåtenskap gå till hans barn, en tredjedel till Frank Heller-Sällskapet i Lund och en tredjedel till Support Jacob Rees-Mogg Association i London. Både Aurelia och barnen känner sig djupt kränkta av testamentet och vill bestrida dess giltighet. Aurelia och barnen kräver den rättsställning som följer av svensk lag.

Frågor

1. Hur ska tvisten kvalificeras enligt svensk gällande IPP-rätt?
2. Är svensk domstols behörig att pröva talan om ogiltighetsförklaring eller jämkning av testamentet?
3. Hur ska lagvalsfrågorna bedömas, utifrån scenariot att det finns svensk domsrätt?

[6] Jfr Radmacher (formerly Granatino) v Granatino [2010] UKSC 42.

Basgrupp C

Scenario III

Utgå från att flyttlasset år 2003 gick till Frankfurt i stället för London. Augusts och Aurelias äktenskap förblev dessutom lyckligt. Makarna fann därför anledning att flytta från Tyskland till den spanska solkusten år 2020. Köpeskillingen från huset i Frankfurt investerades i ett påkostat hus i Marbella och en segelbåt. Makarna har tillbringat all sin tid i trakterna kring Marbella med undantag av tre månader varje sommar på sommarstället på Gräsö. August har nu hastigt avlidit. Han har inte efterlämnat något testamente. Någon åtgärd att upphäva det gamla äktenskapsförordet har däremot inte vidtagits. Aurelia, märkt av det plötsliga dödsfallet, flyttar genast tillbaka till Sverige, där de vuxna barnen numera är fast bosatta.

Frågor

1. Hur ska tvisten kvalificeras enligt gällande svensk IPP-rätt?
2. Vad kommer att gälla för bedömningen av a) behörighet och b) lagval?

Basgrupp D

Scenario IV

Makarna Farzan och Farzaneh härstammar båda från Iran. De kom till Sverige som unga vuxna och blev sedermera svenska medborgare utan att förlora det iranska medborgarskapet. De vigdes först av en imam i Örebro i juni år 2011 och två månader senare av en borgerlig vigselförrättare, också i Örebro. I samband med den religiösa vigselceremonin kom parterna överens om att Farzaneh skulle få som mahr sin vigselring (värd 15.000 kr), tvåhundra rosor och ett par ljusstakar av silver (värda 7.000 kr). Överlåtelsen skedde omgående. I anslutning till den borgerliga vigseln ingick parterna ett äktenskapsförord om att all egendom – nuvarande och kommande – ska vara vardera makens enskilda egendom; äktenskapsförordet registrerades i vederbörlig ordning i Sverige. Makarnas egendom finns huvudsakligen i Örebro där makarna är bosatta, men Farzan har även vissa tillgångar i Iran.

Farzan har nu hastigt avlidit under en utlandsresa. Han efterlämnar Farzaneh, sina föräldrar och flera syskon i Iran och i Sverige. Det visar sig att Farzan den 20 oktober 2016 i Örebro hade upprättat ett enligt ärvdabalken i vederbörlig ordning bevittnat testamente, enligt vilket arvet efter honom ska tillfalla hans föräldrar och syskon i enlighet med lagen i Iran.

Förklara för änkan Farzaneh hur hennes rättsställning ser ut. Var finns domsrätt och hur bedöms lagvalsfrågorna, utifrån i Sverige gällande internationell privat- och processrätt?

Basgrupp E

Scenario V

Svenska medborgare Charlotte och Carl arbetar sedan flera år tillbaka som biträdande jurister på en internationell advokatbyrå i London. Paret trivs så bra med arbetet och London att de oavsett konsekvenserna av Brexit tänker bo kvar i England i en överskådlig framtid. Inför bröllopet, som avses äga rum i Carls barndomsstad Uppsala om ungefär tre månader, söker de er rådgivning.

Frågor

1. Vilken stats lag kommer enligt svensk internationell privaträtt att styra över den äktenskapliga förmögenheten?
2. Vilka avtalsmöjligheter finns det i det hänseendet?
3. Vad blir effekten om paret senare skulle vilja välja en annan stats lag som tillämplig?

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 7 april 2022 (*)

”Begäran om förhandsavgörande – Civilrättsligt samarbete – Förordning (EU) nr 650/2012 – Artikel 10 – Subsidiär behörighet att pröva arvsmål – Den avlidne hade vid sin död hemvist i en stat som inte är bunden av förordning (EU) nr 650/2012 – Den avlidne var medborgare i en medlemsstat och ägde tillgångar där – Fråga huruvida den domstol i nämnda medlemsstat där talan väckts är skyldig att ex officio pröva rekvisiten för subsidiär behörighet – Utseende av boutredningsman”

I mål C-645/20,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Cour de cassation (Frankrike) genom beslut av den 18 november 2020, som inkom till domstolen den 1 december 2020, i målet

V A,

Z A

mot

TP,

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden E. Regan samt domarna I. Jarukaitis, M. Ilešič (referent), D. Gratsias och Z. Csehi,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– TP, genom F. Rocheteau, avocat,

– Frankrikes regering, genom A. Daniel och A.-L. Desjonquères, båda i egenskap av ombud,

– Tjeckiens regering, genom M. Smolek och J. Vláčil, båda i egenskap av ombud,

– Spaniens regering, inledningsvis genom I. Herranz Elizalde och S. Jiménez García, därefter genom I. Herranz Elizalde, båda i egenskap av ombud,

– Europeiska kommissionen, inledningsvis genom C. Valero och M. Wilderspin, därefter genom C. Valero, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 2 december 2021 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 10.1 a i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 650/2012 av den 4 juli 2012 om behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet av domar samt godkännande och verkställighet av officiella handlingar i samband med arv och om inrättandet av ett europeiskt arvsintyg (EUT L 201, 2012, s. 107, och rättelser i EUT L 344, 2012, s. 3; EUT L 60, 2013, s. 140, och EUT L 243, 2019, s. 9).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan, å ena sidan, V A och Z A (nedan kallade klagandena i det nationella målet), som är XA:s barn, och, å andra sidan, TP, som är XA:s maka. Målet handlar om ett yrkande om att en boutredningsman ska utses för att handha förvaltningen av hela kvarlåtenskapen efter XA.

Tillämpliga bestämmelser

3 I skälen 7, 27, 30, 43 och 82 i förordning nr 650/2012 anges följande:

”(7) En välfungerande inre marknad bör underlättas genom att man undanröjer hindren för fri rörlighet för de personer som för närvarande har svårt att hävda sina rättigheter vid arv med gränsöverskridande verkan. I det europeiska området för rättvisa bör medborgarna kunna utforma sina arvsrättsliga förhållanden i förväg. Det är också viktigt att på ett effektivt sätt skydda rättigheterna för arvingar, testamentstagare, övriga till den avlidne närstående personer och borgenärer.

…

(27) Reglerna i denna förordning är tänkta att se till att den myndighet som handlägger arvet i de flesta fall kommer att tillämpa den egna lagstiftningen. Därför anger denna förordning ett antal mekanismer som skulle träda i kraft då den avlidne för regleringen av sitt arv hade valt lagstiftningen i en medlemsstat där denne var medborgare.

…

(30) För att säkerställa att domstolarna i alla medlemsstater får utöva behörighet på samma grunder när det gäller arv efter personer som inte hade sin hemvist i en medlemsstat vid sin död bör man i denna förordning uttömmande, i hierarkisk ordning, förteckna de grunder på vilka sådan subsidiär behörighet får utövas.

…

(43) De bestämmelser om behörighet som fastställs i denna förordning kan i vissa fall leda till en situation där den domstol som är behörig att fatta beslut om arvet inte kommer att tillämpa sin egen lagstiftning. När denna situation uppstår i en medlemsstat vars lagstiftning föreskriver att en boutredningsman ska utses bör denna förordning ge domstolarna i den medlemsstaten rätt att utse en eller flera boutredningsmän enligt sin egen lagstiftning när ansökan görs där. … I syfte att säkerställa en smidig samordning mellan den lag som är tillämplig på arvet och lagen i den utseende domstolens medlemsstat bör domstolen utse den eller de personer som skulle ha rätt att ha hand om dödsboförvaltningen enligt den lag som är tillämplig på arvet, till exempel testamentsexekutorn för den avlidne eller arvingarna själva eller, om den lag som är tillämplig på arvet så kräver, en utomstående boutredningsman. …

…

(82) I enlighet med artiklarna 1 och 2 i protokoll (nr 21) om Förenade kungarikets och Irlands ställning med avseende på området med frihet, säkerhet och rättvisa, fogat till [EU-]fördraget … och [EUF-]fördraget …, deltar dessa medlemsstater inte i antagandet av denna förordning, som inte är bindande för eller tillämplig på dem. Detta ska dock inte påverka möjligheten för Förenade kungariket och Irland att, i enlighet med artikel 4 i protokollet, meddela sin avsikt att godta denna förordning efter antagandet.”

4 Förordningens kapitel II har rubriken ”Behörighet”. Detta kapitel innehåller bland annat artiklarna 4–6, 10 och 15.

5 I förordningens artikel 4, med rubriken ”Allmän behörighet”, föreskrivs följande:

”Domstolarna i den medlemsstat där den avlidne hade hemvist vid sin död ska vara behöriga att fatta beslut om arvet i dess helhet.”

6 I förordningens artikel 5, med rubriken ”Avtal om val av domstol”, föreskrivs följande i punkt 1:

”När den lag som i enlighet med artikel 22 har valts av den avlidne att tillämpas på arvet är lagen i en medlemsstat, får de berörda parterna avtala om att en domstol eller domstolarna i den medlemsstaten ska ha exklusiv behörighet att pröva alla arvsfrågor.”

7 Artikel 6 i förordning nr 650/2012 har rubriken ”Avvisande av talan vid lagval”. I denna artikel föreskrivs följande:

”När den lag som i enlighet med artikel 22 har valts av den avlidne att tillämpas på arvet är lagen i en medlemsstat, gäller följande för den domstol vid vilken talan väckts enligt artikel 4 eller 10:

a) Domstolen får på begäran av någon av parterna i målet avvisa talan om den bedömer att domstolarna i den medlemsstat vars lag har valts är bättre lämpade att pröva arvsmålet med hänsyn till praktiska omständigheter när det gäller arvet, såsom parternas hemvist och placeringen av tillgångarna.

b) Domstolen ska avvisa talan om parterna i målet i enlighet med artikel 5 har avtalat om att ge en domstol eller domstolarna i den medlemsstat vars lag har valts behörighet.”

8 I förordningens artikel 10, med rubriken ”Subsidiär behörighet”, föreskrivs följande:

”1. När den avlidne vid sin död inte hade hemvist i en medlemsstat ska domstolarna i den medlemsstat där tillgångar som ingår i kvarlåtenskapen är belägna ändå vara behöriga att pröva arvsmålet i dess helhet om

a) den avlidne var medborgare i den medlemsstaten vid sin död, eller i annat fall,

b) den avlidne tidigare haft sin hemvist i den medlemsstaten, förutsatt att det vid den tidpunkt då talan väcktes vid domstolen inte gått mer än fem år sedan hemvisten ändrades.

2. Om ingen domstol i en medlemsstat är behörig i enlighet med punkt 1 ska domstolarna i den medlemsstat där tillgångar som ingår i kvarlåtenskapen är belägna ändå vara behöriga att fatta beslut om dessa tillgångar.”

9 I artikel 15, med rubriken ”Prövning av behörighetsfrågan”, i samma förordning föreskrivs följande:

”Om talan som väcks vid en domstol i en medlemsstat avser en arvsfråga som domstolen inte är behörig att ta upp enligt denna förordning ska domstolen självmant förklara sig obehörig.”

10 Förordningens kapitel III har rubriken ”Tillämplig lag”. I detta kapitel återfinns artikel 21 som har rubriken ”Allmän regel”. I nämnda artikel 21 föreskrivs följande:

”1. Om inte annat anges i denna förordning ska den lag som är tillämplig på arvet i dess helhet vara lagen i den stat där den avlidne hade hemvist vid sin död.

2. Om det undantagsvis framgår av alla omständigheter i fallet att den avlidne vid sin död uppenbart hade en närmare anknytning till en annan stat än den vars lag skulle vara tillämplig enligt punkt 1, ska lagen i den andra staten vara tillämplig på arvet.”

11 Artikel 22 i förordning nr 650/2012 har rubriken ”Lagval”. I punkt 1 i denna artikel 22 föreskrivs följande:

”En person får låta rätten till sitt arv i dess helhet styras av lagen i den stat där personen är medborgare vid tidpunkten för sitt val eller vid sin död.

…”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

12 Den franske medborgaren XA avled den 3 september 2015 i Frankrike. Sedan år 1981 var han bosatt i Förenade kungariket där han år 1996 ingick äktenskap med TP. Efter att han blivit sjuk återvände XA till Frankrike för att från och med augusti 2012 bo tillsammans med ett av sina barn i en lägenhet som förvärvats två månader tidigare via ett fastighetsbolag som han var delägare i.

13 XA efterlämnade makan TP, medborgare i Förenade kungariket, samt tre barn från ett tidigare äktenskap, nämligen YA och klagandena i det nationella målet. Efter YA:s frånfälle har klagandena i det nationella målet uppgett sig vara rättighetsinnehavare efter sin bror. XA ägde kvarlåtenskap i Frankrike.

14 Klagandena i det nationella målet väckte talan mot TP vid fransk domstol och yrkade att rätten skulle utse en boutredningsman som skulle handha förvaltningen av hela kvarlåtenskapen efter den avlidne. De gjorde därvid gällande att artikel 4 i förordning nr 650/2012 var tillämplig samt att den avlidne vid sin död hade hemvist i Frankrike.

15 Genom interimistiskt beslut av den 12 december 2017 förklarade sig ordföranden för Tribunal de grande instance de Nanterre (Förstainstansdomstolen i Nanterre, Frankrike) behörig att med stöd av artikel 4 i förordning nr 650/2012 pröva yrkandena i målet. Således utnämnde rätten en boutredningsman.

16 Genom dom av den 21 februari 2019 upphävde Cour d’appel de Versailles (Appellationsdomstolen i Versailles, Frankrike) underrättens beslut. Med tillämpning av förordning nr 650/2012 uttalade appellationsdomstolen att franska domstolar inte var behöriga att fatta beslut om arvet efter den avlidne i dess helhet enligt artikel 4 i förordning nr 650/2012. Som skäl för sitt avgörande angav appellationsdomstolen i huvudsak att den avlidne fortfarande hade hemvist i Förenade kungariket vid sin död.

17 Klagandena i det nationella målet överklagade denna dom till Cour de cassation (Högsta domstolen, Frankrike), som är hänskjutande domstol i målet. De gjorde bland annat gällande att Cour d’appel de Versailles (Appellationsdomstolen i Versailles) hade gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att inte beakta artikel 10 i förordning nr 650/2012 som föreskriver att domstolarna i den medlemsstat där tillgångar som ingår i kvarlåtenskapen är belägna ska vara subsidiärt behöriga att pröva arvsmålet i dess helhet, trots att den avlidne vid sin död inte hade hemvist i Frankrike men var medborgare i den medlemsstaten och ägde tillgångar där.

18 Den hänskjutande domstolen har inledningsvis påpekat att klagandena inte åberopat artikel 10 i förordning nr 650/2012 i målet vid Cour d’appel de Versailles (Appellationsdomstolen i Versailles). Följaktligen uppkommer frågan huruvida appellationsdomstolen, som konstaterade att XA var fransk medborgare och vid sin död ägde kvarlåtenskap i Frankrike, var skyldig att ex officio pröva rekvisiten för sin subsidiära behörighet enligt nämnda artikel 10.

19 Den hänskjutande domstolen har därvid påpekat följande. I artikel 15 i förordning nr 650/2012 föreskrivs att en domstol i en medlemsstat – då talan väcks vid den domstolen avseende en arvsfråga som domstolen inte är behörig att ta upp enligt förordningen – självmant får förklara sig obehörig; samtidigt preciseras det inte i nämnda bestämmelse om det ankommer på nämnda domstol att i förväg pröva alla möjliga behörighetsgrundande kriterier, det vill säga såväl rekvisiten för allmän behörighet som rekvisiten för subsidiär behörighet. I synnerhet anges det inte i förordningen om prövningen av subsidiär behörighet är fakultativ.

20 Å ena sidan har den hänskjutande domstolen betonat att det genom förordning nr 650/2012 inrättats ett system för tvistelösning vid behörighetskonflikter. De domstolar i medlemsstaterna där talan väckts ska

ex officio använda sig av detta tvistlösningssystem när tvisten omfattas av förordningens materiella tillämpningsområde. Det torde emellertid inte vara logiskt om de domstolar i medlemsstaterna där talan väckts – efter att de ex officio tillämpat förordningen för att slita en behörighetskonflikt – kunde förklara sig obehöriga till förmån för domstol i tredjeland enbart på grundval av förordningens artikel 4, utan att därvid först pröva om de har subsidiär behörighet på grundval av artikel 10 i samma förordning. Det torde således i sammanhanget vara mer logiskt om nämnda domstolar där talan väckts är skyldiga att, även ex officio, pröva samtliga möjliga behörighetsgrundande kriterier.

21 Å andra sidan har den hänskjutande domstolen påpekat att de behörighetsgrunder som anges i artikel 10 i förordning nr 650/2012, vilka däri betecknas som ”subsidiär behörighet”, utgör ett undantag från den princip som genomsyrar förordningen, nämligen den om att behörig domstol ska tillämpa domstolslandets egen lag. När en domstol i en medlemsstat med stöd av artikel 10 ansett sig vara behörig, ska den nämligen likväl tillämpa lagen i den stat där den avlidne vid sin död hade hemvist, med mindre än att det utifrån samtliga omständigheter i målet framgår att den avlidne vid sin död uppenbart hade en närmare anknytning till en annan stat, enligt artikel 21.2 i förordningen, eller uttryckligen hade avgett en lagvalsförklaring om att lagen i en annan stat ska tillämpas, enligt artikel 22 i förordningen. Det kan således svårligen godtas att en forumregel som har kvalificerats som ”subsidiär” måste tillämpas av domstol i en medlemsstat där talan väckts, även om parterna inte åberopat densamma.

22 I artikel 15 i förordning nr 650/2012 föreskrivs visserligen uttryckligen en skyldighet för den domstol som saknar behörighet att självmant förklara sig obehörig. Däremot finns det inte någon motsvarande bestämmelse i förordningen som ålägger domstolen att ex officio pröva om den är behörig. Arvsrättsliga regler är, i den mening som avses i förordningen, dispositiva i så måtto att parterna enligt förordningen, när den lag som har valts av den avlidne att tillämpas på arvet är lagen i en medlemsstat, får avtala om att en domstol eller domstolarna i den medlemsstaten ska ha exklusiv behörighet att pröva alla arvsfrågor (artikel 5 i förordning nr 6650/2012) samt i så måtto att dessa domstolar får fortsätta att utöva behörighet även om parterna i målet inte var parter i avtalet om val av domstol om dessa går i svaromål vid dessa domstolar utan att bestrida deras behörighet (artikel 9 i förordningen).

23 Mot denna bakgrund beslutade Cour de cassation (Högsta domstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till EU-domstolen:

”Ska artikel 10.1 a i förordning [nr 650/2012] tolkas så, att när den avlidne vid sin död inte hade hemvist i en medlemsstat, ska domstolen i en medlemsstat där den avlidne inte hade hemvist, men som konstaterar att den avlidne var medborgare i denna stat och ägde tillgångar där, ex officio pröva huruvida den har sådan subsidiär behörighet som föreskrivs i nämnda bestämmelse?”

Prövning av tolkningsfrågan

24 Den hänskjutande domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida artikel 10.1 a i förordning nr 650/2012 ska tolkas så, att en domstol i en medlemsstat ex officio ska pröva sin behörighet med stöd av regeln om subsidiär behörighet i denna bestämmelse när domstolen, då talan väckts med stöd av regeln om allmän behörighet i förordningens artikel 4, konstaterar att den saknar behörighet enligt denna artikel 4.

25 Det framgår av beslutet om hänskjutande att Cour d’appel de Versailles (Appellationsdomstolen i Versailles) ansåg att den avlidne hade sin sista hemvist i Förenade kungariket och inte i Frankrike. Såsom framgår av skäl 82 i förordning nr 650/2012 har Förenade kungariket – i enlighet med artiklarna 1 och 2 i protokoll nr 21 om Förenade kungarikets och Irlands ställning med avseende på området med frihet, säkerhet och rättvisa, fogat till EU-fördraget och EUF-fördraget – inte deltagit i antagandet av denna förordning. För övrigt framgår det inte att Förenade kungariket, vid XA:s frånfälle, utnyttjat möjligheten att i enlighet med artikel 4 i detta protokoll meddela sin avsikt att godta nämnda förordning. Vid den tidpunkten var Förenade kungariket, även om landet var medlem i Europeiska unionen, således inte bundet av förordning nr 650/2012 och därmed ägde förordningen inte heller tillämpning gentemot detta land. Såvitt gäller tolkningen av artikel 10 i förordningen finner EU-domstolen emellertid att de behörighetsregler som föreskrivs i denna bestämmelse kan vara tillämpliga när den avlidne vid sin död hade hemvist i en sådan medlemsstat som inte var bunden av förordningen.

Under förutsättning att även övriga rekvisit i nämnda bestämmelse är uppfyllda, finner EU-domstolen således att situationen i det nationella målet kan omfattas av bestämmelsens tillämpningsområde.

26 Det är i detta avseende utrett att klagandena i det nationella målet inte har åberopat artikel 10 i förordning nr 650/2012 vare sig i första eller i andra instans. Den hänskjutande domstolen har således ställt sin tolkningsfråga enbart för att få klarhet i huruvida en domstol i en medlemsstat, där talan väckts med stöd av artikel 4 i förordning nr 650/2012, enligt denna förordning är skyldig att ex officio pröva om den är behörig utifrån rekvisiten i förordningens artikel 10.1 a, eller om nämnda domstol kan förklara sig sakna behörighet när käranden inte åberopat denna bestämmelse som grund för den domstolens behörighet.

27 Enligt fast rättspraxis ska bestämmelser om domstols behörighet, i den mån de inte hänvisar till medlemsstaternas rättsordningar för fastställandet av bestämmelsernas innebörd och tillämpningsområde, ges en självständig och enhetlig tolkning i hela unionen, som ska vidtas inte bara med hänsyn till bestämmelsernas ordalydelse, utan även till det sammanhang i vilket bestämmelserna ingår och syftet med den aktuella lagstiftningen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 juni 2018, Oberle, C-20/17, EU:C:2018:485, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

28 Vad för det första gäller ordalydelsen av artikel 10.1 a i förordning nr 650/2012, påpekar EU-domstolen följande. Denna bestämmelse innehåller en behörighetsregel som innebär att när den avlidne vid sin död inte hade hemvist i en medlemsstat, ska domstolarna i den medlemsstat där tillgångar som ingår i kvarlåtenskapen är belägna ändå vara behöriga att pröva arvsmålet i dess helhet om den avlidne var medborgare i den medlemsstaten vid sin död.

29 Det framgår således av ordalydelsen av artikel 10.1 a i förordning nr 650/2012 att följande två rekvisit ska vara uppfyllda för att domstolarna i en medlemsstat ska vara behöriga när den avlidne vid sin död inte hade hemvist i denna medlemsstat: *dels* ska tillgångar som ingår i kvarlåtenskapen vara belägna i den medlemsstaten, *dels* ska den avlidne vid sin död ha varit medborgare i den medlemsstaten. Däremot finns det ingenting i bestämmelsens ordalydelse som ger vid handen att den avlidne eller en sakägare måste ha vidtagit några åtgärder för att en sådan domstol ska vara behörig. Såsom generaladvokaten i huvudsak har påpekat i punkterna 67 och 68 i sitt förslag till avgörande finner EU-domstolen att användningen av uttrycket ”ska … vara behöriga” tvärtom tyder på att de behörighetsregler som föreskrivs i artikel 10.1 i förordningen är obligatoriska.

30 Vad för det andra gäller det sammanhang som artikel 10.1 a i förordning nr 650/2012 ingår i, påpekar EU-domstolen följande. Artikel 10 återfinns i förordningens kapitel II som innehåller ett antal behörighetsregler i arvsrättsliga spörsmål. I artikel 10 föreskrivs närmare bestämt behörighetsregler som är subsidiära i förhållande till den allmänna behörighetsregel som föreskrivs i artikel 4. Enligt denna artikel 4 är det domstolarna i den medlemsstat där den avlidne hade hemvist som ska vara behöriga att fatta beslut om arvet i dess helhet.

31 Vad för det tredje gäller syftet med artikel 10 i förordning nr 650/2012, påpekar EU-domstolen följande. Artikel 10 ska läsas mot bakgrund av skäl 30 i förordningen, där det anges att det finns anledning att ”säkerställa att domstolarna i alla medlemsstater får utöva behörighet på samma grunder när det gäller arv efter personer som inte hade sin hemvist i en medlemsstat vid sin död”. Enligt skäl 30 bör man därvid i förordningen ”uttömmande, i hierarkisk ordning, förteckna de grunder på vilka sådan subsidiär behörighet får utövas”.

32 I och med att syftet med förordning nr 650/2012 bland annat är att säkerställa en enhetlig tillämpning av reglerna om internationell domsrätt i arvsrättsliga spörsmål, är det enda syftet med såväl artikel 4 i förordningen som artikel 10.1 däri att fastställa enhetliga kriterier för domstols behörighet att fatta beslut om arvet i dess helhet. Dessa bestämmelser erbjuder i detta avseende inte någon möjlighet för berörda parter att utifrån sina egna intressen välja forum i en medlemsstat, annat än enligt artikel 5 i förordningen då den avlidne valt vilken lag som ska tillämpas på arvet efter densamme.

33 Såsom även påpekats av generaladvokaten i punkterna 47 och 65 i förslaget till avgörande, finns det inte något hierarkiskt förhållande mellan forumregeln i artikel 4 i förordning nr 650/2012 och forumregeln i artikel 10 däri. Dessa båda bestämmelser reglerar nämligen olika situationer. Likaledes finner EU-domstolen att den omständigheten att den behörighet som grundas på artikel 10 i

förordningen kvalificeras som ”subsidiär” inte betyder att artikel 10 skulle vara mindre obligatorisk än förordningens artikel 4, som handlar om allmän behörighet.

34 Användningen av ordet ”ändå” i artikel 10.1 i förordning nr 650/2012 tyder på att denna bestämmelse avser en forumregel som är likvärdig med och kompletterar den allmänna forumregeln i artikel 4 i förordningen. Detta innebär att för det fall det visar sig att artikel 4 inte är tillämplig, så ska det prövas huruvida rekvisiten i artikel 10 är uppfyllda.

35 Denna tolkning vinner dessutom stöd i det syfte som eftersträvas med förordning nr 650/2012. Såsom framgår av skäl 7 däri är förordningens syfte att underlätta en välfungerande inre marknad genom att man undanröjer hindren för fri rörlighet för de personer som vill hävda sina rättigheter vid arv med gränsöverskridande verkan, särskilt genom att man i det europeiska området för rättvisa på ett effektivt sätt skyddar rättigheterna för arvingar, testamentstagare, övriga till den avlidne närstående personer och borgenärer (se, för ett liknande resonemang, dom av den 1 mars 2018, Mahnkopf, C-558/16, EU:C:2018:138, punkt 35).

36 För detta ändamål föreskrivs i förordning nr 650/2012 regler om internationell domsrätt för arv i dess helhet. Dessa regler grundar sig på objektiva kriterier. Ur den synvinkeln bidrar artikel 10.1 i förordningen till att säkerställa att arvingar, testamentstagare, övriga till den avlidne närstående personer och borgenärer kan få sin sak prövad vid domstol, då den aktuella situationen har nära anknytning till en medlemsstat särskilt på grund av att tillgångar som ingår i kvarlåtenskapen finns belägna i den medlemsstaten.

37 För att bidra till effektiv arvstvistelösning syftar förordning nr 650/2012 till att främja en enhetlig handläggning av arvsmål och arvsärenden. EU-domstolen har vid ett flertal tillfällen uttalat att en tolkning av förordningens bestämmelser som medför en splittring av arvet skulle strida mot målen med förordningen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 juni 2018, Oberle, C-20/17, EU:C:2018:485, punkt 56, och dom av den 16 juli 2020, E. E. (Domstols behörighet och den lag som är tillämplig på arv), C-80/19, EU:C:2020:569, punkt 41).

38 Denna arvsrättsliga universalitetsprincip ligger även till grund för forumregeln i artikel 10.1 i förordning nr 650/2012, eftersom det däri fastställs att medlemsstaternas domstolar ska vara behöriga att ”pröva arvsmålet i dess helhet”.

39 EU-domstolen har redan uttalat att respekten för domarnas självständighet i sin yrkesutövning kräver att domstolen i fråga ska kunna pröva sin internationella behörighet mot bakgrund av alla uppgifter som den har tillgång till, samtidigt som man eftersträvar målet att säkerställa god rättskipning, vilket ligger till grund för unionsbestämmelserna (se, för ett liknande resonemang, dom av den 28 januari 2015, Kolassa, C-375/13, EU:C:2015:37, punkt 64, och dom av den 16 juni 2016, Universal Music International Holding, C-12/15, EU:C:2016:449, punkt 45).

40 Med hänsyn till det mål som eftersträvas med förordning nr 650/2012, nämligen att säkerställa en god rättskipning, finns det inget som hindrar att samma principer gör sig gällande då den domstol vid vilken talan väckts prövar om den är behörig vid tillämpningen av förordningens regler om internationell domsrätt i arvsrättsliga spörsmål.

41 Reglerna om subsidiär behörighet i artikel 10.1 i förordning nr 650/2012 främjar uppnåendet av detta mål avseende god rättskipning. Tillämpningen av denna bestämmelse kan således inte vara beroende av att den inte har åberopats av någon av parterna i det aktuella förfarandet.

42 Såsom även påpekats av generaladvokaten i punkt 87 i förslaget till avgörande, finner EU-domstolen att artikel 10 i förordning nr 650/2012 ska tolkas mot bakgrund av artikel 15 i förordningen, på så sätt att även om den domstol vid vilken talan väckts inte enligt denna artikel 10 är skyldig att aktivt söka efter faktiska omständigheter för att avgöra sin behörighet i ett visst mål, så är nämnda domstol enligt denna artikel skyldig att, med beaktande av i målet ostridiga omständigheter, fastställa med stöd av vilken grund som den är behörig; denna grund kan eventuellt vara en annan än den som åberopats av käranden.

43 Det ska särskilt påpekas att för att den domstol vid vilken talan väckts ska kunna förklara sig obehörig på sätt som anges i artikel 15 i förordning nr 650/2012 så krävs det att den först prövar alla de kriterier som anges i kapitel II i förordning nr 650/2012. Det ska därvid även påpekas att denna domstol – vid denna prövning – ska pröva om den eventuellt är behörig mot bakgrund av samtliga uppgifter som den har tillgång till. En sådan prövning kan således inte företas enbart med beaktande av den forumregel som uttryckligen åberopats av parterna.

44 Denna tolkning vederläggs inte av den hänskjutande domstolens argument att artikel 10 i förordning nr 650/2012 utgör ett undantag från principen om att behörig domstol ska tillämpa domstolslandets egen lag, vilket innebär att den domstol vid vilken talan väckts har att tillämpa lagen i den stat där den avlidne vid sin död hade hemvist. Såsom även påpekats av generaladvokaten i punkt 70 i förslaget till avgörande, finner EU-domstolen nämligen att det i skäl 27 i förordningen angivna syftet att behörig domstol ska tillämpa sin egen lag inte är ovillkorligt.

45 Det är visserligen riktigt att det i skäl 27 i förordning nr 650/2012 anges att reglerna i förordningen är tänkta att se till att den myndighet som handlägger arvet i de flesta fall kommer att tillämpa den egna lagstiftningen. Detta till trots innehåller denna förordning inte något krav på eller någon garanti för att behörig domstol kommer att tillämpa domstolslandets egen lag. Att det inte ovillkorligen är så att behörig domstol kommer att tillämpa domstolslandets egen lag vinner stöd dels i orden ”i de flesta fall” i skäl 27 i förordningen, dels i den omständigheten att unionslagstiftaren, i skäl 43 i förordningen, själv har angett att de bestämmelser om behörighet som fastställs i denna förordning i vissa fall kan leda till en situation där den domstol som är behörig att fatta beslut om arvet inte kommer att tillämpa sin egen lagstiftning.

46 Mot denna bakgrund ska tolkningsfrågan besvaras på följande sätt. Artikel 10.1 a i förordning nr 650/2012 ska tolkas så, att en domstol i en medlemsstat ex officio ska pröva sin behörighet med stöd av regeln om subsidiär behörighet i denna bestämmelse när domstolen, då talan väckts med stöd av regeln om allmän behörighet i förordningens artikel 4, konstaterar att den saknar behörighet enligt denna artikel 4.

Rättegångskostnader

47 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (femte avdelningen) följande:

Artikel 10.1 a i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 650/2012 av den 4 juli 2012 om behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet av domar samt godkännande och verkställighet av officiella handlingar i samband med arv och om inrättandet av ett europeiskt arvsintyg ska tolkas så, att en domstol i en medlemsstat ex officio ska pröva sin behörighet med stöd av regeln om subsidiär behörighet i denna bestämmelse när domstolen, då talan väckts med stöd av regeln om allmän behörighet i förordningens artikel 4, konstaterar att den saknar behörighet enligt denna artikel 4.

Underskrifter

* Rättegångsspråk: franska.

Seminarium 22

Globaliseringens och europeiseringens utmaningar

Seminariets syfte är att göra Er uppmärksamma på några av de rättsliga utmaningar som den internationella privat- och processrätten ställs inför till följd av globaliseringen och europeiseringen med avseende på gränsöverskridande miljöskador samt yttrande- och pressfrihet kontra personlighetsskydd. Seminariet avser också att illustrera rättens olika nivåer, skärningspunkter och samspel.

1. Processföringens utmaningar och rättstillämparens dilemma

I takt med att globaliseringen och europeiseringen har tilltagit, har också antalet internationella rättsprocesser ökat. Massmedialt uppmärksammade mål gäller t.ex. s.k. klimatprocesser mot stater och multinationella företag samt processer om överträdelser av yttrande- eller pressfrihet till nackdel för enskilda.[1] Dylika rättsprocesser kan bli mycket komplicerade och aktualisera olika rättsområden, såsom internationell privat- och processrätt, unionsrätt, EKMR, nationell civilrätt och/eller offentlig rätt vid sidan av nationell processrätt. Det ställer krav på såväl processföring som rättstillämpning.

Även om en process har förts framgångsrikt är en resulterande dom inte mycket värd om den inte erkänns eller, om relevant, kan verkställas över nationsgränserna om tappande part inte frivilligt följer domen. Kan t.ex. en dom som meddelats av en nederländsk domstol mot det multinationella företaget Shell, och som ålägger bolaget att reducera sitt koldioxidutsläpp globalt med 45 % till år 2030, göras gällande i Sverige?[2]

2. Miljöskador och fallet Arica Victims

År 2013 väcktes en talan vid Skellefteå tingsrätt mot det svenska bolaget Boliden avseende skadestånd för miljöskador, med 796 chilenare som identifierade drabbade parter. Boliden hade

[1] Se t.ex. Urgenda Fundation mot nederländska staten, Högsta domstolen (Hoge Raad), nr 19/00135, dom den 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2007, https://climate-laws.org/geographies/netherlands/litigation_cases/urgenda-foundation-v-state-of-the-netherlands och Ebbesson, J., Klimatprocesser mot staten – runt om i världen och i Sverige, JT 2020-21 NR 1 s. 106–137. Om press- och yttrandefrihet, se t.ex. A.S. AG v. Germany, ansökan nr 39954/08, mål C-800/19 Mittelbayerischer Verlag KG mot SM och Memo v. Ryssland, Application nr 2840/10,15.03.2022.

[2] Se t.ex. Milieudefensie et al. mot Royal Dutch Shell plc, distriktsdomstolen i Haag, nr C/09/571932 / HA ZA 19-379, dom den 26 maj 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 och https://climate-laws.org/geographies/netherlands/litigation_cases/milieudefensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc och https://www.clearygottlieb.com/news-and-insights/publication-listing/dutch-court-orders-shell-to-reduce-emissions-in-first-climate-change-ruling-against-company.

under 1980-talet överfört arsenikhaltigt våtverksslam till det chilenska bolaget Promel mot betalning. Det chilenska bolaget hade sedan dumpat våtverksslammet utanför staden Arica, en liten stad vid Chiles nordligaste kust. Utöver sedvanliga internationellt privat- och processrättsliga spörsmål om behörighet och lagval, väcker målet Arica Victims principiellt viktiga och svårlösta avvägningar av relevans för miljöskador. Dessa skador är på ett eller annat sätt – t.ex. vad gäller ansvarsfrågorna – sällan begränsade till endast ett lands territorium, vilket kan ge upphov till komplexa problem av såväl juridisk som moralisk-etisk natur.

3. Yttrande- och pressfrihet kontra personlighetsskyddet

Personlighetskränkningar har numera ofta en gränsöverskridande dimension, inte minst på grund av att nedsättande uppgifter och/eller bilder kan spridas genom digitala medier. Det kan t.ex. handla om kränkningar av någon på en privatpersons webbsida eller kränkningar i e-postmeddelanden som sänds i massutskick. Det kan också handla om mer traditionella spridningssätt. Den norska journalisten Åse Seierstad blev instämd vid norsk domstol av personer i Afghanistan som påstods ha drabbats av personlighetskränkande uppgifter i hennes bok ”Bokhandlaren i Kabul”. Boken hade getts ut i Norge, på norska, men uppgifterna hade blivit kända i Afghanistan. Sedermera översattes boken till ett stort antal språk och blev en internationell bästsäljare. Rättsprocess fördes också vid en domstol i London.

Internationell ärekränkning eller förtal kan även aktualisera frågor om tryckfrihet och rätten till privatliv. Ur ett juridiskt perspektiv är det inte alltid lätt att avgöra var gränsen går mellan integritetsskyddet och pressfriheten. När väger allmänhetens berättigade och legitima intresse av att få information tyngre än den enskilda människans rätt till privatliv och hur hanterar den internationella privat- och processrätten dessa utmaningar?

Uppgifter

Läs utdraget ur **Skellefteå tingsrätts dom i mål T 1012-13** och **Hovrätten för Övre Norrlands dom i samma mål (mål T 294-18)**. I enlighet med vad som anges nedan har varje basgrupp huvudansvaret för en viss uppgift, men alla basgrupper ska vara förberedda och medverka i diskussionerna.

Basgrupp E

Svensk domstols behörighet att ta upp talan synes tämligen given. Varför? Valet mellan tillämpningen av chilensk rätt och svensk rätt gav däremot upphov till delade meningar och bedömdes olika av tingsrätt, respektive hovrätt. Hur fastställde tingsrätten respektive hovrätten tillämplig lag? Vilka invändningar, om några, kan riktas mot avgörandena i den delen?

Basgrupp D

Hur skulle lagvalsfrågan besvaras om Rom II-förordningen var tillämplig i målet? Skulle en sådan tillämpning lösa problemen som uppstår vid gränsöverskridande miljöskador i ett fall

som Arica Victims? Kan s.k. internationellt tvingande regler (överordnade tvingande regler) vara av intresse på detta område?

Basgrupp C

I målet Arica Victims blev preskriptionsfrågan viktig. Tingsrätten fann att skadelidandes anspråk inte var preskriberade. Emellertid var det inte styrkt att den uppmätta arsenikhalten utgjorde en skada, och det var dessutom oklart om det fanns ett samband mellan våtverksslammet och provresultaten. Därför lämnade tingsrätten Arica Victims talan utan bifall. Samma utgång följde i princip i hovrätten, men skälen var några andra. HD fann inte anledning att bevilja prövningstillstånd. Varför var preskriptionsfrågan överhuvudtaget viktig i fallet Arica Victims? Hur resonerade hovrätten i frågan? Kan hovrättens avgörande diskuteras mot bakgrund av bestämmelserna i EKMR, särskilt art. 6?

Basgrupp B

Antag i stället att talan mot Boliden har väckts vid chilensk domstol, som funnit sig behörig på den grunden att skadelidande har hemvist i Chile. Den chilenska domstolen meddelar sedermera en dom där Boliden åläggs att betala vissa skadeståndsbelopp till de 796 skadelidande samt rättegångskostnader.

Överväg vilken verkan en sådan chilensk dom har i Sverige och om den kan verkställas mot Boliden i Sverige?

Basgrupp A

Principerna om ömsesidigt förtroende och domars fria rörlighet framstår i allmänhet som grundmurade i EU-medlemsstaternas inbördes relationer, i synnerhet när en dom faller in under en internationellt privat- och processrättslig förordning utfärdad av EU. Principernas berättigande har dock börjat ifrågasättas på senare år, som en följd av att vissa medlemsstater av kritikerna ansetts bryta mot rättsstatens principer. Ett konkret exempel på ett mål där EU:s principer om ömsesidigt erkännande och ömsesidigt förtroende ställdes på sin spets är ett mål som avgjordes den 19 juli 2018 av den tyska högsta domstolen (*Bundesgerichtshof*). Målet reser också frågor om pressfrihet kontra personlighetsskydd.

Omständigheterna var i korthet följande. En tysk TV-kanal, ZDF, visade år 2013 en dokumentärfilm om befrielsen från koncentrationslägren efter andra världskriget. Några läger belägna i Polen kallades i dokumentären för ”polska förintelseläger”. Efter protester från den polska ambassaden i Berlin ändrades formuleringen till ”tyska förintelseläger på polskt område”.

Också en polsk medborgare som varit internerad i ett av lägren protesterade mot den ursprungliga formuleringen. Enligt honom kränkte formuleringen hans rätt till personlighetsskydd, särskilt hans nationsidentitet (dvs. tillhörighet till det polska folket) och nationsvärdighet. Han krävde därför en offentlig ursäkt från ZDF. Efter att ZDF bett om ursäkt i två olika skrivelser, förklarade kanalen även offentligt att det handlade om ”en oaktsam, falsk

och felaktig formulering”, för vilket TV-kanalen ZDF bad ”alla berörda människor om förlåtelse”.

Den klagande polska medborgaren var dock inte nöjd. Han utverkade en polsk dom som förpliktade ZDF att under en månad på sin webbplats förstasida be om ursäkt för ”en inkorrekt formulering som förfalskade det polska folkets historia”. ZDF offentliggjorde denna formulering i domen under en månads period på sin webbplats, men enbart via en länk på förstasidan. Den klagande fann denna åtgärd otillräcklig, eftersom den enligt honom inte klart framgick att det var ZDF:s egen åsikt. Han ansökte därför om att en tysk domstol skulle förklara den polska domen verkställbar i Tyskland i enlighet med 2001 års Bryssel I-förordnings exekvaturförfarande. ZDF invände och hävdade att verkställighet av den polska domen i Tyskland skulle strida mot yttrandefriheten och pressfriheten.

Hur bör/ska kvalifikationsfrågan lösas i detta fall? Hur ska en tysk exekvaturdomstol gå till väga när den bemöter ZDF:s invändningar mot verkställighet? Resonera allsidigt på vilka grunder, om några, verkställighet av den polska domen kan vägras i Tyskland. (Bedömningen skulle bli densamma vid en tillämpning av 2007 års Luganokonvention.) Skulle bedömning bli annorlunda om 2012 års Bryssel I-förordning var tillämplig?

9 TINGSRÄTTENS BEDÖMNING

9.1 Lagval och tillämpning

Under den inledande handläggningen av målet yrkade Arica Victims att frågan om tillämplig rättsordning – svensk eller chilensk – skulle avgöras genom mellandom. Tingsrätten beslutade att så inte skulle ske. Skälet för att inte låta frågan avgöras på detta sätt i ett tidigt skede av målet var främst att en sådan prövning inte hade varit enkel och begränsad i förhållande till målets övriga delar, att de omständigheter som skulle läggas till grund för prövningen var relevanta även vid tingsrättens slutliga ställningstaganden i målet samt att den utredning som hade hört till mellandomstemat hade krävt omfattande bevisning som också berört sakfrågorna.

9.1.1 Chilensk rätt ska tillämpas

När det gäller att avgöra om svensk eller chilensk rätt ska tillämpas vid prövningen av Bolidens skadeståndsskyldighet har tingsrätten att utgå från antingen rätten i det land där den skadegörande handlingen företogs (handlingsorten) eller rätten i det land där skadorna uppkommit (skadeorten). Skador i form av tillstånd hos de enskilda privatpersonerna och effekter i övrigt till följd av Bolidens agerande har uppstått i Chile. Däremot har parterna olika uppfattningar om hur handlingsorten ska definieras. De aktiva handlingarna hos Boliden genom t.ex. olika fattade beslut har dock enligt tingsrättens uppfattning till övervägande del skett inom Sveriges gränser.

I NJA 1969 s. 163 uttalade Högsta domstolen att det enligt svensk internationell privaträtt var en allmän regel att skadeståndsskyldighet i utomobligatoriska förhållanden skulle bedömas enligt den materiella lagen i det land där den skadegörande handlingen företagits. Samma princip låg till grund för avgörandet i NJA 1990 s. 734 som gällde frågan om tillämplig lag när utländsk försäkringsgivare förde regresstalan på grund av en år 1983 inträffad skada som uppkommit genom trafikolycka i Sverige.

Rättsläget enligt svensk rätt har emellertid ändrats sedan den 11 januari 2009. Då började nämligen Rom II-förordningen om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser gälla. Enligt artikel 4 p. 1 i förordningen ska till skillnad från vad Högsta domstolen uttalat i 1969 och 1990 års fall prövningen av utomobligatorisk skadeståndsskyldighet ske enligt lagen på skadeorten. Detta har motiverats med att en avvägning mellan skadevållarens och den skadelidandes intresse av förutsebarhet bäst sker om lagvalet styrs av skadeorten (se punkt 16 i förordningens preambel).

Rom II-förordningen är enligt sin lydelse tillämplig endast på händelser som inträffat efter det att förordningen trätt i kraft (artikel 31). Eftersom de påstått skadeståndsgrundande handlingar som ligger till grund för Arica Victims talan ägde rum i mitten av 1980-talet, är Rom II-förordningen således inte direkt tillämplig. Förordningen har inte befäst principer som redan ansetts gälla enligt svensk internationell privat- och processrätt. Det bör därför inte heller komma ifråga att tillämpa den analogt och på så sätt ge den en retroaktiv verkan (se bl.a. Hovrättens över Skåne och Blekinge dom den 30 maj 2012 i mål T 1170-11).

Vad som nu sagts leder till att tingsrätten vid sin prövning av lagvalsfrågan ska utgå från vad som gällde vid mitten av 1980-talet då Boliden ingick och fullföljde avtalet med Promel om leverans av våtverksslammet. Avgörande vid denna bedömning blir därmed vilka slutsatser som kan dras av det tidigare nämnda rättsfallen NJA 1969 s. 163 och 1990 s. 734.

I 1969 års fall hade två makar, båda svenska medborgare och bosatta i Sverige, under resa i Nederländerna råkat ut för en trafikolycka med mannen som förare, varvid hustrun som var passagerare skadades. Enligt nederländsk rätt gällde vissa begränsningar av makars skadeståndsskyldighet mot varandra. Begränsningarna hade betydelse vid tvist mellan hustrun och mannens försäkringsbolag. I Högsta domstolens mål var handlings- och skadeorten densamma. Högsta domstolen hade således inte att ta ställning till hur lagvalet skulle ske vid sådana gränsöverskridande handlingar som i det mål som tingsrätten nu har att pröva. Frågan om lagvalet i sådana situationer kan

därför inte anses ha blivit löst genom rättsfallet (Bogdan, Svensk internationell privat- och processrätt, sjätte upplagan, s 280). Bedömningen av om svensk eller chilensk rätt ska tillämpas får alltså avgöras utan att det finns stöd i vare sig lag, konventioner eller praxis.

För att handlingsortens rättsordning ska tillämpas talar att den utpekat skadeståndskyldige ska kunna förlita sig på att han agerar rättsenligt och inte skadeståndsgrundande om han följer de normer som gäller på den plats där han utför sina handlingar, även om det skulle uppstå skador i ett annat land där avtal fullföljs och produkter tas emot. Liksom vad som gällde för Boliden bör det dock när det är fråga om ett noga planerat agerande funnits goda möjligheter att i förväg överväga vad som gäller i det främmande landet, vilket tillgodoser kravet på förutsebarhet beträffande vilken rättsordning som blir tillämplig om det skulle uppstå tvister i det mottagande landet.

249

I en situation som den i målet är det istället den skadelidandes intressen som bör stå i förgrunden. Dennes trygghet och rättsäkerhet tillgodoses bäst om han i första hand kan förlita sig på hemlandets rättssystem. Vad som ytterligare talar för att den skadelidandes intressen ska ha försteg är att det i svensk och utländsk internationell privat- och processrätt sedan länge funnits en uppfattning att den skadelidande haft en möjlighet att välja vilket rättssystem han ska lägga till grund för sin talan (se bl.a. Hassler, Internationell privaträtt, andra upplagan s. 141 och Hellner, Rom II-förordningen s. 172). En sådan valfrihet gäller också numera för skadelidanden enligt artikel 7 i Rom II-förordningen beträffande utomobligatoriska förpliktelser som har sin grund i en miljöskada.

Tingsrättens samlade bedömning är mot denna bakgrund att det är skadeortens lag, d.v.s. chilensk rätt, som ska tillämpas vid bedömningen av om Boliden är skyldigt att betala skadestånd till Arica Victims.

HOVRÄTTEN FÖR
ÖVRE NORRLAND

DOM
2019-03-27
Umeå

Mål nr
T 294-18

rotel 3

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Skellefteå tingsrätts dom 2018-03-08 i mål T 1012-13, se bilaga A

PARTER

Klagande
Arica Victims KB, 969764-2917
c/o ombuden

Ombud: Professorn Jonas Ebbesson samt advokaterna Göran Starkebo och Johan Öberg
Carat Advokatbyrå AB
Box 7588
103 93 Stockholm

Motpart
Boliden Mineral AB, 556231-6850
932 81 Skelleftehamn

Ombud: Advokaterna Robin Oldenstam, Christoffer Monell och Cecilia Darrell
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 2235
403 14 Göteborg

SAKEN
Skadestånd

HOVRÄTTENS DOMSLUT

1. Hovrätten fastställer tingsrättens domslut.
2. Arica Victims KB, som ska stå sina egna kostnader i hovrätten, ska ersätta Boliden Mineral AB för dess rättegångskostnader i hovrätten med 3 702 609 kr, varav 3 535 725 kr avser ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för hovrättens dom tills betalning sker.

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 384 901 08 Umeå	Bankgatan 3	090-17 20 00 **E-post**: hovratten.ovrenorrland@dom.se www.hovrattenovrenorrland.domstol.se	090-13 88 50	måndag – fredag 08:00–16:00

YRKANDEN M.M. I HOVRÄTTEN

Arica Victims KB (Arica Victims) har yrkat att hovrätten med ändring av tingsrättens dom ska förplikta Boliden Mineral AB (Boliden) att till Arica Victims betala 102 375 152 kr jämte ränta enligt 4 och 6 §§ räntelagen till dess full betalning sker, på 87 970 608 kr från den 14 september 2013 och på 14 404 544 kr från den 18 juni 2014. Arica Victims har vidare yrkat att hovrätten ska befria Arica Victims från skyldigheten att ersätta Boliden för rättegångskostnad vid tingsrätten samt förplikta Boliden att ersätta Arica Victims för rättegångskostnad vid tingsrätten med där yrkat belopp.

Boliden har bestritt Arica Victims yrkanden.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader i hovrätten.

HANDLÄGGNINGEN I HOVRÄTTEN

Parterna har inför huvudförhandlingen i hovrätten kommit överens om vilka frågor som hovrätten har att ta ställning till. De första frågorna rör tillämplig lag, tvistiga överlåtelser och preskription.

HOVRÄTTENS DOMSKÄL

Tillämplig lag

I ett fall som det förevarande, där det finns anknytning till mer än ett land, uppkommer frågan vilket lands lag som ska tillämpas. När det gäller skadeståndsskyldighet i utomobligatoriska förhållanden regleras lagvalet för svenskt vidkommande i en EU-förordning, benämnd Rom II-förordningen. Emellertid tillämpas förordningen endast på skadevållande händelser som har inträffat den 11 januari 2009 eller senare. De händelser som är aktuella i detta mål inträffade tidigare. Svaret på frågan vilken lag

som ska tillämpas i målet beror därför av vilka lagvalsregler för utomobligatoriskt skadeståndsansvar som gällde i Sverige före den 11 januari 2009.

Någon allmän lagbestämmelse i ämnet fanns inte, bara vissa bestämmelser för särskilda områden. Det ledande rättsfallet var NJA 1969 s. 163. Där uttalade Högsta domstolen att såsom allmän regel fick anses gälla att skadeståndsskyldighet i utomobligatoriska förhållanden skulle bedömas i överensstämmelse med den materiella lagen i det land där den skadegörande handlingen hade företagits. Genom uttalandet bekräftade Högsta domstolen den regel, *lex loci delicti commissi*, som hade tillämpats i tre rättsfall från 1930-talet, NJA 1933 s. 364, NJA 1935 s. 585 och NJA 1936 s. 291. Från senare tid märks också NJA 1990 s. 734.

Alla rättsfallen gällde situationer där den skadeorsakande händelsen och skadan hade inträffat i samma land. Högsta domstolen uttalade sig inte i något av målen om vad som skulle gälla när skadan hade inträffat i ett annat land än det land där skadan hade orsakats. Frågan är hur Högsta domstolen skulle ha behandlat en sådan distansskada, om den hade aktualiserats innan Rom II-förordningen blev tillämplig. Möjligen finns ett svar i rättsfallet NJA 1986 s. 712, som gällde en tvist om utomobligatoriskt skadeståndsansvar mellan en dansk köpare och en svensk underleverantör till den svenska säljaren. I målet tillämpade Högsta domstolen svensk skadeståndsrätt, trots att skadan hade inträffat i Danmark. Dock utvecklas inte skälen för lagvalet.

I litteraturen lämnades olika förslag om vilken regel som borde gälla för distansskador och de rättslärda kan inte sägas ha varit eniga om någon viss regel med annan innebörd än huvudregeln.

Rättsfallet NJA 1969 s. 163, gällde en bilolycka i Nederländerna. Vid en omkörning for den omkörande bilen av vägen och kolliderade med ett träd. Den skadelidande, som var passagerare i den omkörande bilen, ville att svensk rätt skulle tillämpas; hon ansåg att den var förmånligare för henne än nederländsk rätt. Högsta domstolen tillämpade nederländsk rätt. Detta ställningstagande innebar att domstolen inte anslöt sig till den princip som tingsrätten nu har tillämpat, nämligen att den lag ska väljas som är

förmånligast för den skadelidande. Inte heller följde Högsta domstolen ett förslag som hade framlagts i litteraturen om att låta den skadelidande välja tillämplig lag.

I rättsfallet höll Högsta domstolen öppet för att principen om *lex loci delicti commissi* skulle ha kunnat frångås, om det i ett enskilt fall hade funnits omständigheter som anknöt det rättsförhållande som hade uppkommit genom olyckan till ett annat lands lag. Vilka dessa omständigheter skulle kunna vara framgår inte av domskälen. De omständigheter som förelåg i målet visade på stark anknytning till Sverige. Föraren av den omkörande bilen och den skadade passageraren var svenska medborgare med hemvist i Sverige. Bilen ägdes av föraren och den var registrerad i Sverige. Resan påbörjades i Sverige och var avsedd att avslutas där. Dessa omständigheter var alltså inte tillräckliga för att Högsta domstolen skulle frångå principen. Mot den bakgrunden finns det anledning att betvivla att den omständigheten att skadan uppkommit i ett annat land än det land där den skadeorsakande händelsen inträffat skulle ha föranlett Högsta domstolen att frångå den allmänna regeln om *lex loci delicti commissi.* Än mindre finns det underlag för att fastslå vilken lagvalsregel Högsta domstolen skulle ha tillämpat i stället.

Visst stöd för att huvudregeln var tillämplig på distansskador finns i det nyss nämnda rättsfallet NJA 1986 s. 712, låt vara att det inte refererades på lagvalsfrågan.

Arica Victims har hänvisat till tre speciallagar från 1970-talet med anknytning till miljöområdet där lagvalet regleras annorlunda. Dock är att märka att dessa tre lagar rör förhållandet mellan Sverige och andra nordiska länder. Det finns en lång tradition att reglera lagvalsfrågor mellan de nordiska länderna annorlunda än i de allmänna reglerna. Dessa lagar tillåter ingen särskild slutsats om lagvalet i förhållande till länder utanför Norden. Det är också att märka att principen om *lex loci delicti commissi* bekräftades i NJA 1990 s. 734, dvs. efter de tre lagarnas tillkomst. Även NJA 1986 s. 712 ligger i tiden efter dessa lagar.

Slutsatsen av det anförda är att den lagvalsregel som ska tillämpas i målet är *lex loci delicti commissi.* Frågan är då var den verksamhet som påstås ha orsakat skadorna i målet har bedrivits.

Vad som ska bedömas är ett händelseförlopp som har varit utsträckt i både tid och rum. Olika moment har följt efter varandra och i varierande grad påverkat det som har lett till de påstådda skadorna. Avgörande för lagvalet bör vara sådana handlingar och underlåtelser som kan tillskrivas Boliden; målet gäller Bolidens skadeståndsansvar. Det gravitationscentrum som det har varit tal om i målet måste vara centrum för de skadeorsakande händelserna. Detta centrum får lokaliseras med hänsyn till var de kvalitativt viktiga momenten har sin tyngdpunkt snarare än efter kvantitativa kriterier.

Händelseförloppet innefattade ett antal förberedande åtgärder som Boliden vidtog eller borde ha vidtagit. Boliden undersökte olika möjligheter att ta hand om våtverksslammet och överlade om detta med olika myndigheter, framför allt Naturvårdsverket och länsstyrelsen. Detta skedde bl.a. i en särskilt inrättad samrådsgrupp, som sammanträdde på olika ställen i Sverige. När Bolidens intresse så småningom koncentrerades till möjligheten att avyttra slammet vidtogs åtgärder för att hitta köpare. Bl.a. förekom kontakter med Bolidens agent Rudolfo Neef Walsen i Chile. När valet hade fallit på Promel undersöktes detta företags lämplighet. Rolf Svedbergs första resa till Arica får ses som ett led i detta arbete. De hittills beskrivna åtgärderna hade sin tyngdpunkt i Sverige. I den mån Boliden underlät att vidta åtgärder i detta skede, hade även dessa underlåtelser sin tyngdpunkt i Sverige.

Även den beslutsprocess som utmynnade i avtalet om att Promel skulle överta våtverksslammet – och som innefattade en provsändning av våtverksslam till Arica – hade för Bolidens del sin tyngdpunkt i Sverige.

Våtverksslammet lastades på fartyg i Rönnskärsverkens hamn och skeppades ut därifrån i tre omgångar. Inför den andra skeppningen reste Rolf Svedberg på nytt till Arica. Han konstaterade där att bearbetningen av våtverksslammet inte hade kommit i gång med full kapacitet. Efter hans återkomst till Sverige meddelade Promel att

upparbetningen var i full gång. Därefter genomfördes den andra skeppningen. I mars 1985 besökte Arne Björnberg Arica, varefter den tredje skeppningen kom till stånd. För Bolidens del får händelseförloppet alltjämt anses ha haft sitt centrum i Sverige.

Promel tog emot våtverksslammet i Arica, inhämtade erforderliga tillstånd och lade upp slammet på Sitio F. Boliden medverkade inte i dessa åtgärder.

Efter den tredje skeppningen betalade Boliden det som återstod att betala till Promel. Kontakterna mellan bolagen upphörde därefter.

Våtverksslammet flyttades 1998 från Sitio F längre ut i öknen, där det täcktes med plast, jord och grus. 1999 inhägnades Sitio F och marken täcktes med lera.

Arica Victims har gjort gällande att Boliden borde ha följt upp vad som hände med våtverksslammet efter skeppningarna till Arica och att bolaget borde ha vidtagit åtgärder med anledning av brister som kunnat uppdagas. Som tänkbara åtgärder har Arica Victims angett att Boliden kunde ha uppmärksammat chilenska myndigheter på det olämpliga i att bygga bostadsområden i omedelbar närhet av Sitio F. Vidare borde Boliden ha återimporterat slammet när det visade sig att mottagaren inte förmådde förvara det på ett säkert sätt. Vissa åtgärder som hade kunnat bli aktuella i detta skede skulle sannolikt ha vidtagits i Chile, låt vara att kontakt med chilenska myndigheter kunnat tas från Sverige och att en återimport skulle ha beslutats i Sverige. Eventuella underlåtelser av Boliden i dessa hänseenden är inte ägnade att förskjuta centrum för de skadeorsakande händelserna från Sverige.

Sammanfattningsvis anser hovrättens att händelseförloppet, innefattande den påstådda vårdslöshet som Arica Victims lägger till grund för sitt yrkande om skadestånd från Boliden, har sitt centrum i Sverige. Därför ska svensk skadeståndsrätt tillämpas i målet.

Tvistiga överlåtelser

Hovrätten delar tingsrättens uppfattning att det står klart att privatpersonerna 436 och 557 har avsett att rikta sina anspråk mot det bolag som hade exporterat våtverksslammet, dvs. Boliden Mineral AB. Det saknas därför anledning att ogilla någon del av käromålet på grund av brister i dessa överlåtelser.

Preskription

En följd av lagvalet är att svensk rätt ska tillämpas på frågan om Arica Victims anspråk är preskriberat.

Preskriptionslagen (1981:130) gäller i fråga om preskription av fordringar, i den mån inte annat följer av vad som är särskilt föreskrivet (se 1 §). Enligt 2 § första stycket preskriberas en fordran tio år efter tillkomsten, om inte preskriptionen avbryts dessförinnan. I andra stycket föreskrivs ett undantag för vissa konsumentfordringar; för dessa fordringar är preskriptionstiden tre år. Om preskriptionen har avbrutits, löper en ny preskriptionstid enligt 2 § på det sätt som anges i 6 och 7 §§. Enligt 8 § första stycket innebär preskription att borgenären förlorar rätten att kräva ut sin fordran.

På skadeståndsrättens område finns speciallagar som reglerar preskription annorlunda än preskriptionslagen, t.ex. produktansvarslagen. Ingen sådan lag är tillämplig på anspråken i målet. Det är alltså preskriptionslagens bestämmelse om tioårig preskription som ska tillämpas.

Parterna är överens om att preskriptionsavbrott har skett den 4 februari 2013 i fråga om privatpersonerna 1–708 och den 18 juni 2014 i fråga om privatpersonerna 709–826. Frågan är om kraven då var preskriberade.

I fråga om skadestånd anses fordringen uppkommen vid den skadeorsakande händelsen, se t.ex. Bengtsson-Strömbäck, Skadeståndslagen. En kommentar, 6 uppl. 2018, s. 21.

Att preskriptionstiden räknas från den skadeorsakande händelsen kan medföra att ett skadeståndskrav preskriberas innan någon skada har inträffat eller kunnat uppfattas av den skadelidande. Skulle skada uppstå senare, har den skadelidande ingen möjlighet att anställa ett rättsligt grundat krav. Det kan naturligtvis uppfattas som otillfredsställande att en skadeståndsfordran är preskriberad när en skada upptäcks långt i efterhand. Emellertid är det ett medvetet ställningstagande från lagstiftaren, se prop. 1979/80:119 s. 49. Preskription har olika funktioner som lagstiftaren har att beakta. Den nu diskuterade regeln motiveras av att ingen ska behöva räkna med att bli skadeståndsskyldig för ett handlande som ligger mer än tio år tillbaka i tiden, när han eller hon inte tidigare har blivit utsatt för krav, se Hellner-Radetzki, Skadeståndsrätt, 9 uppl. 2014, s. 401.

Arica Victims har gjort gällande att en beräkning av preskriptionstiden med utgångspunkt från den skadevållande händelsen i detta fall strider mot rätten till rättvis rättegång enligt artikel 6 i Europakonventionen. Preskriptionsreglerna är emellertid inte någon processuell reglering utan en reglering av den materiella rätten. Inget hindrar en skadelidande från att få en talan om ett preskriberat anspråk prövad. En talan om en preskriberad fordran ska inte avvisas utan avgöras efter en materiell prövning, men talan kommer då att ogillas om gäldenären gör en preskriptions-invändning. Hovrätten anser därför att den ifrågasatta tillämpningen av preskriptionsreglerna inte strider mot Europakonventionen.

Frågan är då om det finns någon möjlighet att tolka preskriptionsbestämmelserna på ett mer flexibelt sätt, exempelvis genom att knyta preskriptionstidens början till den skadelidandes kännedom om skadan så som framförts i målet. Hovrätten anser inte att det är en framkomlig väg. Preskriptionsreglerna är klart utformade och deras innebörd är ytterligare preciserad genom fast praxis med stöd i förarbetena. Att i ett särskilt fall göra avsteg från vad som sålunda är fastlagt skulle innebära att man urholkar förutsägbarheten i den materiella rätten – en förutsägbarhet som är av centralt värde i en rättsstat. Om man skulle knyta preskriptionstidens början till den skadelidandes kännedom om skadan, borde man räkna preskriptionstiden från den tidpunkt då det var

möjligt för den skadelidande att få kännedom om skadan. Som Boliden har utvecklat borde den tidpunkten ha inträffat under 1998. Privatpersonernas anspråk skulle i ett sådant fall ha varit preskriberade.

När det handlande som har lett till skada har pågått under en längre tid, räknas preskriptionstiden från den tidpunkt då skadeförebyggande åtgärder senast hade kunnat vidtas, dvs. när handlandet upphörde. När skada orsakats genom underlåtenhet, är det på motsvarande sätt fråga om ett skadegörande beteende som fortgår under en längre tid. Även i denna situation räknas därför preskriptionstiden från den tidpunkt då skadeförebyggande åtgärder senast kunnat vidtas. Se om detta Hellner-Radetzki, a.a., s. 401 f.

Preskriptionsfrågan får bedömas mot bakgrund av det händelseförlopp och den påstådda vårdslöshet som Arica Victims lägger till grund för sitt yrkande om skadestånd från Boliden. Det handlar alltså om åtgärder av Boliden som i allt väsentligt ligger i tiden kring 1984 och 1985. Emellertid tillkommer eventuella skador som har orsakats av att Boliden har underlåtit att agera under tiden efter det att våtverksslammet hade skeppats till Arica. Frågan är när dessa underlåtna åtgärder senast hade kunnat vidtas. Arica Victims har gjort gällande att Boliden alltjämt är skyldigt att vidta skadeförebyggande åtgärder. Dock skulle enligt hovrättens mening Boliden knappast ha kunnat vidta verkningsfulla åtgärder med skadeförebyggande verkan efter det att våtverksslammet hade flyttats från Sitio F och detta område hade sanerats. Utgångspunkten för preskriptionsfristen får därför anses infalla någon gång under 1999. Det innebär att alla privatpersonernas anspråk är preskriberade.

Arica Victims härleder sin rätt från privatpersonerna. Eftersom deras anspråk är preskriberade ska Arica Victims talan ogillas.

Rättegångskostnader

Boliden har som vinnande part rätt till ersättning av Arica Victims för sina rättegångskostnader både vid tingsrätten och i hovrätten. Hovrätten gör ingen annan

bedömning än tingsrätten såvitt avser kostnaderna där. Vad Boliden har yrkat i hovrätten är skäligt med hänsyn till målets storlek och komplexitet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B
Överklagande senast 24 april 2019

I avgörandet har deltagit hovrättspresidenten Erik Sundström (ordförande), f.d. hovrättspresidenten Anders Iacobaeus, f.d. justitierådet Severin Blomstrand (referent) och tf. hovrättsassessorn Sofie Sundström.

Seminarium 30

Dubbelkommando

Miljörätt/Internationell privat- och processrätt/Unionsrätt

Detta seminarium avser att fästa Er uppmärksamhet på vilket ansvar som gäller för föroreningar av mark- och vattenområden samt skadelidandes rättsliga ställning i olika situationer. Miljörätt kombineras med internationell privat- och processrätt samt unionsrätt. Olika miljörättsliga samt internationellt privat- och processrättsliga principer testas.

Scenario

Bolaget CloudIT, med säte i Hamburg, Tyskland, har nyligen förvärvat en fastighet i Västerbotten där det bedriver affärsverksamhet. CloudIT tillhandahåller IT-tjänster och molntjänster till andra företag runt om i världen. God tillgång på vattenkraftgenererad el och låg medeltemperatur, som minskar kostnaden för kylning av serverhallar, var avgörande för valet av plats. En fördel var också att det handlade om en tomt som redan använts för industriella ändamål. Bra transportvägar fanns redan, likaså staket, grindar och andra säkerhetsanordningar och stora byggnader som efter lite ombyggnation lämpade sig som serverhallar. Mäklaren intygar att alla brukliga undersökningar gjorts och att fastigheten var i det skick som krävs för verksamheten (datacenter).

När entreprenören Allt i Bygg AB, som man tagit in för upprustning och anpassning av lokalerna, börjar gräva i marken för att förbättra dräneringen (för att inte riskera översvämning som kan skada den känsliga elektroniken) upptäcker entreprenören ett antal tunnor på ca 2 meters djup. Vidare undersökning tyder på att det rör sig om minst ett 30-tal tunnor. En analys visar att vissa innehåller trikloretylen – ett ämne som användes till bland annat avfettning av metall innan det förbjöds på 1990-talet på grund av sina cancerogena och nervskadliga egenskaper – medan andra är fulla med gammal hydraulolja. Ett antal tunnor är uppenbart skadade av rost och innehållet har läckt ut i marken.

Det dröjer inte länge innan information om fyndet får massmedial uppmärksamhet och når ansvariga svenska myndigheter. Efter en inspektion utfärdar tillsynsmyndigheten ett föreläggande om att fastigheten ska saneras för att undvika (ytterligare) spridning av trikloretylen och hydraulolja till den närliggande bäcken eller till grundvattnet. Kontakter med en konsultfirma specialiserad på marksanering indikerar att saneringen, inklusive bortforsling och behandling av stora mängder jord och återställande kommer att gå på ca 30 miljoner kronor.

Allt pekar på att det inte är den tidigare ägaren, Flyt med Flytt AB, en flyttfirma som CloudIT köpte fastigheten av, som deponerat tunnorna. I stället härrör de från ett företag, Bildelen AB, som tillverkade komponenter till bilindustrin på platsen under 30 år fram till 1972 då fastigheten såldes. Bildelen fortsatte med liknande verksamhet på andra orter fram till 1983 då företaget gick i konkurs.

Uppgift 1

Hur ser ansvaret ut för förorenad mark som den på CloudIT:s fastighet? Vilken är den ansvariga tillsynsmyndigheten och gör myndigheten rätt som kräver att CloudIT ska sanera fastigheten?

Uppgift 2

CloudIT vill häva fastighetsköpet då bolaget anser att fastigheten har blivit obrukbar på grund av miljöföroreningarna. Därför väcker bolaget talan vid den tyska domstolen i Hamburg under åberopande av ett prorogationsavtal i fastighetsöverlåtelseavtalet som utpekar domstolen i Hamburg som ensam behörig att avgöra tvister med anledning av avtalet. Flyt & Flytt AB bestrider den tyska domstolens behörighet och hävdar att svensk domstol ensam är behörig. Dessutom invänder bolaget att prorogationsavtalet är formellt och materiellt ogiltigt. Hur ska den tyska domstolen avgöra prorogationsavtalets giltighet? (En svensk domstol skulle göra på samma sätt.)

Uppgift 3

Antag i stället att nästan alla tunnor fortfarande är hela och inte har läckt. Enda undantaget är några som skadades genom det nu avbrutna dräneringsarbetet och där läckaget alltså inträffat helt nyligen. Vad gäller för ansvar för de tunnor som inte har läckt; utlöser de något ansvar bara genom att finnas i marken på fastigheten? Vad gäller för de tunnor som gick sönder i samband med Allt i Bygg AB:s arbete? Anta att Allt i Bygg AB:s agerande inte avviker från vad man kan förvänta sig utifrån det uppdrag och den information bolaget fick.

Uppgift 4

Efter provtagning har det visat sig att närboende till CloudIT:s fastighet har fått trikloretylen i vattnet i sina brunnar. Vilka rättsliga förutsättningar finns för de närboende att hålla någon ansvarig för dels hälsoeffekter, dels minskade fastighetsvärden till följd av att tunnornas existens nu blivit känd? Spelar det någon roll om deponeringen av tunnorna omfattades av ett tillstånd på 1960-talet? Skulle bedömningen bli annorlunda idag om en av de närboende var en norsk sommarstugeägare som bara tillbringade delar av året i huset i Västerbotten?

Uppgift 5

På grund av den uppkomna situationen har den svenska miljöorganisationen Grönskan publicerat uppgifter på sin webbplats om CloudIT. På Grönskans webbplats anklagas CloudIT:s verksamhet för att vara miljöfarlig och otillförlitlig. På webbplatsens diskussionsforum finns dessutom negativa kommentarer om CloudIT. CloudIT vill att de oriktiga uppgifterna om verksamheten på organisationens webbplats rättas och att kommentarerna på diskussionsforumet avlägsnas. CloudIT vill också ha ersättning för den skada som bolaget påstår sig ha lidit på sitt anseende i Europa. Vid vilket lands domstol kan en sådan talan mot organisationen Grönskan väckas?

DOMSTOLENS BESLUT (sjätte avdelningen)
den 5 april 2001 *

I mål C-518/99,

angående en begäran enligt protokollet av den 3 juni 1971 om domstolens tolkning av konventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område, från Cour d'appel de Bruxelles (Belgien), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga målet mellan

Richard Gaillard

och

Alaya Chekili,

angående tolkningen av artikel 16.1 i ovannämnda konvention av den 27 september 1968 (EGT L 299, 1972, s. 32; svensk utgåva, EGT C 15, 1997, s. 30), i dess lydelse enligt konventionen av den 9 oktober 1978 om Konungariket Danmarks, Irlands och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirlands

* Rättegångsspråk: franska.

tillträde (EGT L 304, s. 1 och — i ändrad lydelse — s. 77; svensk utgåva, EGT C 15, 1977, s. 14) och konventionen av den 25 oktober 1982 om Republiken Greklands tillträde (EGT L 388, s. 1; svensk utgåva, EGT C 15, 1977, s. 26),

meddelar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden C. Gulmann samt domarna V. Skouris, J.-P. Puissochet, R. Schintgen (referent) och N. Colneric,

generaladvokat: P. Léger,
justitiesekreterare: R. Grass,

med beaktande av de skriftliga yttranden som med stöd av artikel 20 i EG-stadgan för domstolen har ingetts av:

— R. Gaillard, genom C. Dabin-Serlez, avocat,

— A. Chekili, genom L. Defalque och B. Lombart, avocats,

— Tysklands regering, genom R. Wagner, i egenskap av ombud,

— Spaniens regering, genom M. López-Monís Gallego, i egenskap av ombud,

— Förenade kungarikets regering, genom R. Magrill, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom J.L. Iglesias Buhigues och X. Lewis, båda i egenskap av ombud,

efter det att den nationella domstolen har underrättats om att EG-domstolen avser att avgöra saken genom att meddela ett motiverat beslut i enlighet med artikel 104.3 i dess rättegångsregler,

efter det att parter och övriga som avses i artikel 20 i EG-stadgan för domstolen har beretts tillfälle att yttra sig i den frågan,

och efter att ha hört generaladvokaten,

följande

Beslut

1 Cour d'appel de Bruxelles har genom beslut av den 22 december 1999, som inkom till domstolen den 31 december samma år, i enlighet med protokollet av den 3 juni 1971 om domstolens tolkning av konventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område ställt en fråga om tolkningen av artikel 16.1 i denna konvention (EGT L 299, 1972, s. 32; svensk utgåva, EGT C 15, 1997, s. 30), i dess lydelse enligt konventionen av den 9 oktober 1978 om Konungariket Danmarks, Irlands och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirlands tillträde (EGT L 304, s. 1 och — i ändrad lydelse — s. 77; svensk utgåva, EGT C 15, 1977, s. 14) och konventionen av den 25 oktober 1982 om Republiken Greklands tillträde (EGT L 388, s. 1, svensk utgåva, EGT C 15, 1977, s. 26, nedan kallad Brysselkonventionen).

2 Denna fråga har uppkommit i en tvist mellan Richard Gaillard och Alaya Chekili, som båda har sitt hemvist i Belgien, angående ett avtal om försäljning av flera fastigheter belägna i Frankrike.

Brysselkonventionen

3 I artikel 2 första stycket i Brysselkonventionen, som förekommer i avsnitt 1, med rubriken Allmänna bestämmelser, i avdelning II, fastställs följande:

"Om inte annat föreskrivs i denna konvention, skall talan mot den som har hemvist i en konventionsstat väckas vid domstol i den staten, oberoende av i vilken stat han har medborgarskap."

4 I artikel 16, som utgör avsnitt 5, med rubriken Exklusiv behörighet, i nämnda avdelning II i Brysselkonventionen, föreskrivs följande:

"Följande domstolar skall, oberoende av parternas hemvist, ha exklusiv behörighet

1. om talan avser sakrätt i fast egendom eller nyttjanderätt till fast egendom, domstolarna i den konventionsstat där egendomen är belägen,

...”

5 Artikel 12.1 i ovannämnda konvention av den 25 oktober 1982 har följande lydelse:

”1968 års konvention och 1971 års protokoll, i deras lydelse enligt 1978 års konvention och denna konvention, skall tillämpas endast på rättsliga förfaranden som har inletts... efter denna konventions ikraftträdande i ursprungsstaten...”

6 Ovannämnda konvention av den 25 oktober 1982 trädde i kraft i Belgien den 1 april 1989.

Tvisten i målet vid den nationella domstolen

7 Av handlingarna i målet vid den nationella domstolen framgår att Richard Gaillard genom ett preliminärt köpekontrakt, som ingicks den 4 oktober 1991, till Alaya Chekili sålde två bebyggda fastigheter och flera tomter belägna i Frankrike för en sammanlagd köpeskilling av 30 miljoner BEF. Köparen förskotterade samma dag 10 procent av köpeskillingen till säljaren. Enligt de allmänna villkoren i det preliminära köpekontraktet skulle den officiella hand-

lingen undertecknas senast inom fyra månader efter det att kontraktet hade slutits.

8 Någon officiell köpehandling upprättades emellertid inte efter denna transaktion, varför Richard Gaillard den 14 december 1992 väckte talan mot Alaya Chekili vid Tribunal de première instance de Bruxelles (Belgien) om hävande av köpekontraktet och om skadestånd i enlighet med de allmänna villkoren i det preliminära köpekontrakt som hade slutits mellan parterna. I detsamma föreskrivs nämligen dels, för det fall den ene av parterna inte uppfyller sina avtalsenliga skyldigheter och efter det att femton dagar har förflutit utan att han har hörsammat en anmodan att uppfylla dessa skyldigheter, att den andra parten får begära antingen att det preliminära köpekontraktet skall verkställas tvångsvis eller att försäljningen skall hävas, varvid säljaren får behålla förskottet om det är förvärvaren som inte har uppfyllt sina skyldigheter, dels, för det fall betalningen inte erläggs i tid, att förvärvaren är skyldig att till säljaren utge en årlig ränta på 10 procent på det återstående beloppet.

9 Efter det att denna domstol hade förklarat att den i enlighet med artikel 16.1 i Brysselkonventionen saknade behörighet att pröva nämnda talan, eftersom de fastigheter som var föremål för försäljningen var belägna i Frankrike, hänsköt Richard Gaillard tvisten till Cour d'appel de Bruxelles, som beslutade att förklara målet vilande och att ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Utgör en talan om hävande av en fastighetsförsäljning och om skadestånd till följd av detta hävande en talan om 'sakrätt i fast egendom' i den mening som avses i artikel 16 i konventionen av den 27 september 1968 mellan medlemsstaterna i Europeiska ekonomiska gemenskapen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område, som har undertecknats i Bryssel den 27 september 1968?”

Tolkningsfrågan

10 Den nationella domstolen har ställt denna fråga för att få klarhet i huruvida en talan om hävande av ett kontrakt avseende köp av en fastighet och om skadestånd till följd av detta hävande omfattas av tillämpningsområdet för den regel om exklusiv behörighet i fråga om sakrätt i fast egendom som föreskrivs i artikel 16.1 i Brysselkonventionen.

11 Domstolen anser att det mot bakgrund av dess rättspraxis inte föreligger något rimligt tvivel om hur nämnda fråga skall besvaras och har underrättat den nationella domstolen om att den avser att avgöra saken genom att meddela ett motiverat beslut och har berett medlemsstaterna och övriga som avses i artikel 20 i EG-stadgan för domstolen tillfälle att yttra sig i denna fråga, i enlighet med artikel 104.3 i dess rättegångsregler.

12 Richard Gaillard, den tyska regeringen och kommissionen har inte haft något att erinra mot domstolens avsikt att avgöra saken genom att meddela ett motiverat beslut. Den spanska regeringen har däremot förklarat att den är av annan åsikt.

13 Det kan vid avgörandet av den fråga som har ställts för det första konstateras att det av fast rättspraxis framgår att innebörden av uttrycket "sakrätt i fast egendom", i den mening som avses i artikel 16.1 i nämnda konvention, skall fastställas självständigt i gemenskapsrätten för att i största möjliga mån säkerställa att de rättigheter och skyldigheter som konventionsstaterna och de berörda personerna har enligt Brysselkonventionen tillämpas jämlikt och

enhetligt (se särskilt dom av den 10 januari 1990 i mål C-115/88, Reichert och Kockler, REG 1990, s. I-27, punkt 8).

14 För det andra har domstolen vid ett flertal tillfällen slagit fast att artikel 16 i Brysselkonventionen, som utgör ett undantag från den allmänna behörighetsregel som anges i artikel 2 första stycket i konventionen, inte skall ges en mer omfattande tolkning än dess målsättning kräver, eftersom den leder till att parterna berövas den möjlighet att välja forum som de annars skulle ha haft och, i vissa fall, till att de måste föra talan vid en domstol som inte är domstolen i någondera partens hemvist (se dom av den 14 december 1977 i mål 73/77, Sanders, REG 1977, s. 2383, punkterna 17 och 18, domen i det ovannämnda målet Reichert och Kockler, punkt 9, dom av den 9 juni 1994 i mål C-292/93, Lieber, REG 1994, s. I-2535, punkt 12, och av den 27 januari 2000 i mål C-8/98, Dansommer, REG 2000, s. I-393, punkt 21).

15 Det är mot denna bakgrund som domstolen har slagit fast att artikel 16.1 i Brysselkonventionen skall tolkas på så sätt att den exklusiva behörigheten för domstolarna i den konventionsstat där fastigheten är belägen inte innefattar varje talan som avser sakrätt i fast egendom, utan endast talan som omfattas av konventionens tillämpningsområde och samtidigt avser fastställelse av omfattningen eller beskaffenheten av fast egendom eller äganderätten eller besittningen till sådan egendom eller av huruvida det finns annan sakrätt knuten till denna egendom samt att tillförsäkra innehavarna av dessa rättigheter skydd för de befogenheter som är knutna till rättigheten (se domen i det ovannämnda målet Reichert och Kockler, punkt 11).

16 Av fast rättspraxis följer också att det inte är tillräckligt att talan berör en sakrätt i fast egendom eller har ett samband med en fastighet för att artikel 16.1 i Brysselkonventionen skall vara tillämplig. Det krävs i stället att talan grundas på en sakrätt och inte på en obligationsrätt, med förbehåll för det undantag som föreskrivs för nyttjanderätt till fast egendom (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 maj 1994 i mål C-294/92, Webb, REG 1994, s. I-1717, punkt 14, domen i det ovannämnda målet Lieber, punkt 13, och domen i det ovannämnda målet Dansommer, punkt 22).

17 I detta hänseende framgår det av Schlosserrapporten om konventionen om Konungariket Danmarks, Irlands och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirlands tillträde till konventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område och till protokollet om domstolens tolkning av konventionen (EGT C 59, 1979, s. 71 och 120, nedan kallad Schlosserrapporten) att skillnaden mellan en sakrätt och en obligationsrätt består i att sakrätten, som är knuten till materiell egendom, verkar i förhållande till alla personer, medan obligationsrätten endast kan göras gällande mot gäldenären (se domen i det ovannämnda målet Lieber, punkt 14).

18 Även om en talan om hävande av ett kontrakt avseende köp av en fastighet i förekommande fall påverkar äganderätten till nämnda fastighet, grundas den inte desto mindre på en obligationsrätt som sökanden har till följd av det avtal som har slutits mellan parterna, och den kan följaktligen endast väckas mot den som är motpart i avtalet. Genom en sådan talan avser den ena avtalsparten nämligen att befria sig från sina avtalsenliga skyldigheter i förhållande till den andra parten, till följd av att den senare inte har fullgjort avtalet. Det domstolsavgörande i vilket talan prövas kan dessutom endast ha rättsverkningar gentemot den part i förhållande till vilken kontraktet har hävts. Föremålet för nämnda talan utgörs således inte av rättigheter som direkt avser en fastighet och som kan göras gällande mot alla.

19 Den talan om hävande av ett kontrakt som är i fråga i målet vid den nationella domstolen är följaktligen ingen talan om sakrätt i fast egendom i den mening som avses i artikel 16.1 i Brysselkonventionen, utan en talan rörande obligationsrättsliga förhållanden.

20 Detsamma gäller en talan om skadestånd genom vilken endera parten yrkar ersättning för den skada som den uppger att den har lidit till följd av att ett kontrakt avseende köp av en fastighet har hävts, på grund av att den andra parten

inte har uppfyllt sina avtalsenliga skyldigheter (se, för ett liknande resonemang, Schlosserrapporten, s. 120, och domen i det ovannämnda målet Lieber).

21 Denna tolkning stöds för övrigt av Schlosserrapporten (s. 122) i vilken det i fråga om blandad talan — till exempel talan om återgång av en fastighet som väcks av en part när den som är motpart i avtalet inte har uppfyllt sina skyldigheter enligt avtalet om köp av denna fastighet — anges att flera omständigheter talar för att en sådan till övervägande del är av obligationsrättslig karaktär och att artikel 16.1 i Brysselkonventionen följaktligen inte kan tillämpas på den.

22 Den fråga som har ställts skall följaktligen besvaras på så sätt att en talan om hävande av ett kontrakt avseende köp av en fastighet och om skadestånd till följd av detta hävande inte omfattas av tillämpningsområdet för den regel om exklusiv behörighet i fråga om sakrätt i fast egendom som föreskrivs i artikel 16.1 i Brysselkonventionen.

Rättegångskostnader

23 De kostnader som har förorsakats den tyska, den spanska och den brittiska regeringen samt kommissionen, vilka har inkommit med yttranden till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder fattar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

— angående den fråga som genom beslut av den 22 december 1999 har ställts av Cour d'appel de Bruxelles — följande beslut:

En talan om hävande av ett kontrakt avseende köp av en fastighet och om skadestånd till följd av detta hävande omfattas inte av tillämpningsområdet för den regel om exklusiv behörighet i fråga om sakrätt i fast egendom som föreskrivs i artikel 16.1 i konventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område, i dess lydelse enligt konventionen av den 9 oktober 1978 om Konungariket Danmarks, Irlands och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirlands tillträde och konventionen av den 25 oktober 1982 om Republiken Greklands tillträde.

Luxemburg den 5 april 2001.

R. Grass

Justitiesekreterare

C. Gulmann

Ordförande på sjätte avdelningen

DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 17 oktober 2017 (*)

”Begäran om förhandsavgörande – Civilrättsligt samarbete – Förordning (EU) nr 1215/2012 – Artikel 7 led 2 – Särskild behörighet i mål om skadestånd utanför avtalsförhållanden – Kränkning av en juridisk persons rättigheter genom att påstått oriktiga uppgifter om denna person har publicerats på internet och kommentarer om personen i fråga inte avlägsnats – Den ort där skadan inträffade – Centrum för personens intressen”

I mål C-194/16,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Riigikohus (Högsta domstolen, Estland) genom beslut av den 23 mars 2016, som inkom till domstolen den 7 april 2016, i målet

Bolagsupplysningen OÜ,

Ingrid Ilsjan

mot

Svensk Handel AB,

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden K. Lenaerts, vice ordföranden A. Tizzano, avdelningsordförandena R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič, J.L. da Cruz Vilaça, A. Rosas och J. Malenovský samt domarna E. Juhász, A. Borg Barthet, J.C. Bonichot, M. Safjan (referent), K. Jürimäe och C. Lycourgos,

generaladvokat: M. Bobek,

justitiesekreterare: handläggaren I. Illéssy,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 20 mars 2017,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– Bolagsupplysningen OÜ och Ingrid Ilsjan, genom K. Turk och K. Tomson, vandeadvokaadid, samt A. Prants och M. Pild, advokaadid,

– Estlands regering, genom K. Kraavi-Käerdi och N. Grünberg, båda i egenskap av ombud,

– Portugals regering, genom L. Inez Fernandes, M. Figueiredo och S. Duarte Afonso, samtliga i egenskap av ombud,

– Förenade kungarikets regering, genom J. Kraehling och C. Crane, båda i egenskap av ombud, biträdda av J. Holmes, barrister,

– Europeiska kommissionen, genom M. Wilderspin, M. Heller och E. Randvere, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 13 juli 2017 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 7 led 2 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (EUT L 351, 2012, s. 1).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan å ena sidan Bolagsupplysningen OÜ och Ingrid Ilsjan och å andra sidan Svensk Handel AB, angående begäran om rättelse av påstått oriktiga uppgifter på Svensk Handels webbplats, avlägsnande av kommentarer rörande dessa uppgifter på ett diskussionsforum på webbplatsen och ersättning för den skada klagandena påstår sig ha lidit.

Tillämpliga bestämmelser

3 I skälen 15 och 16 i förordning nr 1215/2012 anges följande:

”(15) Behörighetsbestämmelserna bör uppfylla kravet på förutsebarhet och bygga på den allmänna principen om svarandens hemvist. Det bör alltid kunna gå att bestämma vilken domstol som är behörig utifrån denna princip, utom i vissa bestämda fall när tvistens art eller hänsynen till parternas rätt att själva avtala om behörig domstol gör det berättigat att använda något annat kriterium om anknytning. I fråga om juridiska personer måste hemvisten kunna bestämmas på ett objektivt sätt så att de gemensamma reglerna blir överskådliga och behörighetskonflikter kan undvikas.

(16) Principen om att domstolen där svaranden har hemvist är behörig bör kompletteras med alternativa behörighetsgrunder i de fall där det finns en nära anknytning mellan domstolen och tvisteföremålet eller då detta krävs för att underlätta en korrekt rättskipning. Detta kriterium om nära anknytning bör säkerställa ökad rättssäkerhet och förhindra att svaranden kan stämmas i en domstol i en medlemsstat som han eller hon inte rimligen kunde förutse. Detta är viktigt, särskilt i tvister om utomobligatoriska förpliktelser som härrör från kränkningar av privatlivet eller personlighetsskyddet, inbegripet förtal.”

4 Reglerna om domstols behörighet återfinns i kapitel II i förordningen.

5 I artikel 4.1 i förordningen, som ingår i avsnitt 1 i kapitel II, med rubriken ”Allmänna bestämmelser”, föreskrivs följande:

”Om inte annat föreskrivs i denna förordning, ska talan mot den som har hemvist i en medlemsstat väckas vid domstol i den medlemsstaten, oberoende av i vilken stat han eller hon har medborgarskap.”

6 I artikel 5.1 i förordningen, som ingår i samma avsnitt 1, föreskrivs följande:

”Talan mot den som har hemvist i en medlemsstat får väckas vid domstol i en annan medlemsstat endast med stöd av bestämmelserna i avsnitten 2–7 i detta kapitel.”

7 Artikel 7 i förordningen ingår i avsnitt 2, med rubriken ”Särskilda behörighetsbestämmelser”, i kapitel II. Artikel 7 led 2 föreskriver följande:

”Talan mot den som har hemvist i en medlemsstat kan väckas i en annan medlemsstat

…

2. Om talan avser skadestånd utanför avtalsförhållanden, vid domstolen för den ort där skadan inträffade eller kan inträffa.”

8 Artikel 7 led 2 i förordning nr 1215/2012 har samma lydelse som artikel 5 led 3 i rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (EGT L 12, 2001, s. 1), som upphävdes genom

förordning nr 1215/2012, och motsvarar den i artikel 5 led 3 i Brysselkonventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

9 Bolagsupplysningen, ett bolag bildat enligt estnisk rätt, och Ingrid Ilsjan, en anställd vid bolaget, väckte den 29 september 2015 talan mot Svensk Handel, ett bolag bildat enligt svensk rätt som organiserar arbetsgivare inom handeln, vid Harju Maakohus (Harju länsdomstol, Estland). Klagandena yrkade att den domstolen skulle förplikta Svensk Handel att rätta de oriktiga uppgifter om Bolagsupplysningen som publicerats på Svensk Handels webbplats och avlägsna de kommentarer som lämnats där samt betala 56 634,99 euro i skadestånd till Bolagsupplysningen och skälig ersättning till Ingrid Ilsjan för ideell skada, efter rättens bedömning.

10 Enligt ansökan i målet upptog Svensk Handel Bolagsupplysningen på sin så kallade varningslista på sin webbplats med uppgiften att bolagets verksamhet var bedräglig och vilseledande. På webbplatsens diskussionsforum finns omkring 1 000 kommentarer, inklusive direkta uppmaningar till våld mot Bolagsupplysningen och dess anställda, däribland Ingrid Ilsjan. Svensk Handel har vägrat att ta bort Bolagsupplysningen från listan och att avlägsna kommentarerna. Detta lamslår Bolagsupplysningens ekonomiska verksamhet i Sverige, vilket medför löpande ekonomisk skada för företaget.

11 I beslut av den 1 oktober 2015 avvisade Harju Maakohus (Harju länsdomstol) talan. Enligt den domstolen kan artikel 7 led 2 i förordning nr 1215/2012 inte tillämpas, eftersom det inte framgår av ansökan att skadan inträffade i Estland. De omtvistade uppgifterna och kommentarerna var på svenska, och personer som är bosatta i Estland kan inte förstå dem utan översättning. Förståelsen av de oriktiga uppgifterna beror på det språkliga sammanhanget. Det har inte visats att det inträffat en skada i Estland, och den omständigheten att omsättningen anges i svenska kronor låter förstå att skadan inträffade i Sverige. Det faktum att den omtvistade webbplatsen är tillgänglig i Estland kan inte automatiskt motivera att en estnisk domstol ska pröva det civilrättsliga målet.

12 Klagandena överklagade beslutet från Harju Maakohus (Harju länsdomstol).

13 Genom beslut av den 9 november 2015 ogillade Tallinna Ringkonnakohus (Tallinns överdomstol, Estland) överklagandet och fastställde beslutet från domstolen i första instans.

14 Klagandena har yrkat att den hänskjutande domstolen ska upphäva beslutet från Tallinna Ringkonnakohus (Tallinns överdomstol) och pröva talan i sak. Svensk Handel har bestritt dessa yrkanden.

15 Den hänskjutande domstolen har särskilt Bolagsupplysningens och Ingrid Ilsjans yrkanden, eftersom den bedömer att det finns grund för den sistnämndas överklagande av beslutet från Tallinna Ringkonnakohus (Tallinns överdomstol), att beslutet från Harju Maakohus (Harju länsdomstol) ska upphävas och att målet ska återförvisas till sistnämnda domstol för prövning av om Ingrid Iljsans yrkanden kan prövas i sak.

16 Vad gäller Bolagsupplysningens talan anser den hänskjutande domstolen att den omfattas av de estniska domstolarnas behörighet åtminstone vad gäller kravet på ersättning för den skada som uppkommit i Estland.

17 Den hänskjutande domstolen har dock tillagt att till skillnad från en immateriell rättighet, för vilken skyddet är begränsat till den medlemsstats territorium där rättigheten är registrerad, är de rättigheter som påstås ha kränkts i det aktuella fallet till sin natur inte rättigheter som enbart kan skyddas inom vissa medlemsstaters territorier (se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 oktober 2013, Pinckney, C-170/12, EU:C:2013:635, punkterna 35–37). Bolagsupplysningen har i huvudsak gjort gällande att dess rykte och anseende har skadats genom de oriktiga uppgifterna. EU-domstolen har härvidlag slagit fast att angrepp på en juridisk persons rykte eller aktning äger rum på de platser där publikationen sprids och där den drabbade gör gällande att denne utsatts för ett angrepp på sitt rykte (dom av den 7 mars 1995, Shevill m.fl., C-68/93, EU:C:1995:61, punkterna 29 och 30).

18 Enligt den hänskjutande domstolen är det emellertid inte möjligt att klart avgöra om Bolagsupplysningen enligt ovannämnda principer även kan begära rättelse av oriktiga uppgifter och avlägsnande av kommentarer vid en estnisk domstol.

19 Det är inte heller möjligt att avgöra om Bolagsupplysningen även kan vända sig till estnisk domstol för att begära ersättning för hela den skada som företaget påstår sig ha lidit. Den hänskjutande domstolen har erinrat om principen att en person som anser sig ha blivit kränkt genom innehållet på en webbplats kan väcka talan om ersättning för hela skadan antingen vid domstolarna i den medlemsstat där avsändaren av innehållet är etablerad eller vid domstolarna i den medlemsstat där personen har centrum för sina intressen (dom av den 25 oktober 2011, eDate Advertising m.fl., C-509/09 och C-161/10, EU:C:2011:685, punkt 52). Den har dock noterat att den principen formulerats specifikt för att avse kränkningar av fysiska personers personlighetsskydd. Därför är det inte klarlagt att den principen även gäller juridiska personer.

20 Slutligen frågar sig den hänskjutande domstolen huruvida sätet och/eller driftstället för en juridisk person kan motivera antagandet att även centrum för dess intressen befinner sig där. Oberoende av om man kan göra ett sådant antagande uppkommer frågan på grundval av vilka omständigheter och kriterier en domstol ska bedöma var en juridisk person har centrum för sina intressen.

21 Mot denna bakgrund beslutade Riigikohus (Högsta domstolen, Estland) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

”1) Ska artikel 7 led 2 i [förordning nr 1215/2012] tolkas så, att en person vars rättigheter påstås ha kränkts genom publicering av oriktiga uppgifter på internet och genom underlåtenhet att avlägsna kommentarer som rör denna person kan väcka talan om rättelse av de oriktiga uppgifterna och avlägsnande av de kommentarer som kränker dennes rättigheter vid domstolarna i varje medlemsstat där den information som publicerats på internet är eller var tillgänglig, med avseende på den skada personen lidit i den medlemsstaten?

2) Ska artikel 7 led 2 i [förordning nr 1215/2012] tolkas så, att en juridisk person vars rättigheter påstås ha kränkts genom publicering av oriktiga uppgifter på internet och genom underlåtenhet att avlägsna de kommentarer som rör denna person kan begära, med avseende på hela den skada som uppkommit, att uppgifterna ska rättas och kommentarerna avlägsnas samt att få ersättning för den materiella skada som uppkommit genom publiceringen av de oriktiga uppgifterna på internet, vid domstolarna i den stat där den juridiska personen har centrum för sina intressen?

3) Om den andra frågan besvaras jakande, ska då artikel 7 led 2 i [förordning nr 1215/2012] tolkas så, att

– det kan antas att en juridisk person har centrum för sina intressen i den medlemsstat där den har sitt säte och att den ort där skadan inträffade således är belägen i den medlemsstaten, eller i stället

– samtliga omständigheter ska beaktas vid fastställandet av var den juridiska personen har centrum för sina intressen och av var den ort där skadan inträffade således är belägen, såsom exempelvis den juridiska personens säte och fasta driftställe, dess kunders geografiska belägenhet och på vilket sätt den bedrev sin ekonomiska verksamhet?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den andra och den tredje frågan

22 Den hänskjutande domstolen har ställt sin andra och sin tredje fråga, vilka ska prövas gemensamt, för att få klarhet i huruvida artikel 7 led 2 i förordning nr 1215/2012 ska tolkas så, att en juridisk person som hävdar att dess personlighetsskydd har kränkts genom att oriktiga uppgifter har publicerats på internet och genom att kommentarer om denna juridiska person inte har avlägsnats kan väcka talan om rättelse av uppgifterna, avlägsnande av kommentarerna och ersättning för hela den skada den lidit vid

domstolarna i den medlemsstat där den har centrum för sina intressen och, om så är fallet, vilka kriterier och omständigheter som ska beaktas för att avgöra var detta centrum är beläget.

23 För att besvara de frågorna vill domstolen erinra om att nämnda artikel 7 led 2 föreskriver att talan mot en person med hemvist i en medlemsstat kan väckas i en annan medlemsstat, om talan avser skadestånd utanför avtalsförhållanden, och då vid domstolen för den ort där skadan inträffade eller kan inträffa.

24 Domstolens tolkning av artikel 5 led 3 i förordning nr 44/2001 gäller även för den motsvarande bestämmelsen artikel 7 led 2 i förordning nr 1215/2012 (se, analogt, dom av den 15 juni 2017, Kareda, C-249/16, EU:C:2017:472, punkt 27).

25 Det framgår av fast rättspraxis att den särskilda behörighetsbestämmelsen om skadestånd utanför avtalsförhållanden ska tolkas självständigt och med hänsyn till förordningens systematik och syften (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 oktober 2011, eDate Advertising m.fl., C-509/09 och C-161/10, EU:C:2011:685, punkt 38).

26 Denna särskilda behörighetsbestämmelse grundas på att det finns en särskilt nära anknytning mellan tvisten och domstolarna för den ort där skadan inträffade eller kan inträffa, vilket med hänsyn till intresset av en god rättskipning och ett ändamålsenligt förfarande gör det befogat att denna domstol ges behörighet (se, bland annat, dom av den 25 oktober 2011, eDate Advertising m.fl., C-509/09 och C-161/10, EU:C:2011:685, punkt 40, och dom av den 22 januari 2015, Hejduk, C-441/13, EU:C:2015:28, punkt 19 och där angiven rättspraxis).

27 I mål om skadestånd utanför avtalsförhållanden är nämligen domstolen för den ort där skadan inträffade eller kan inträffa vanligen den mest lämpade att avgöra saken, särskilt med hänsyn till dess närhet till tvisten och till att bevisupptagningen underlättas (dom av den 16 maj 2013, Melzer, C-228/11, EU:C:2013:305, punkt 27, och dom av den 21 maj 2015, CDC Hydrogen Peroxide, C-352/13, EU:C:2015:335, punkt 40).

28 Vid tolkningen av artikel 7 led 2 i förordning nr 1215/2012 ska också skäl 16 i förordningen beaktas, enligt vilket en nära anknytning mellan domstolen och tvisteföremålet bör säkerställa ökad rättssäkerhet och förhindra att svaranden kan stämmas i en domstol i en medlemsstat som han eller hon inte rimligen kunde förutse, vilket är viktigt, särskilt i tvister om utomobligatoriska förpliktelser som härrör från kränkningar av privatlivet eller personlighetsskyddet, inbegripet förtal.

29 Enligt domstolens fasta praxis avser uttrycket ”den ort där skadan inträffade” både den ort där den skadevållande händelsen inträffade och den där skadan uppkom. Dessa båda orter kan utgöra en avgörande anknytning avseende domstols behörighet, eftersom var och en av dem, beroende på omständigheterna, kan erbjuda en särskilt användbar indikation såvitt avser bevisningen och organiseringen av processen (dom av den 25 oktober 2011, eDate Advertising m.fl., C-509/09 och C-161/10, EU:C:2011:685, punkt 41 och där angiven rättspraxis).

30 Det nationella målet rör inte möjligheten att väcka talan vid estnisk domstol i egenskap av domstol för den ort där den skadevållande händelsen inträffade. Det är nämligen utrett att sistnämnda ort inte är belägen inom domkretsen för de domstolar där Bolagsupplysningen och Ingrid Ilsjan fört talan. Frågan är huruvida domstolen i fråga är behörig med hänvisning till den ort där den påstådda skadan uppkom.

31 EU-domstolen har, vad gäller talan om gottgörelse för en immateriell skada som påstås ha orsakats genom en ärekränkande artikel i en tidning, funnit att den drabbade kan väcka skadeståndstalan mot utgivaren vid domstolarna i varje medlemsstat där publikationen spridits och där den drabbade påstår sig ha utsatts för ett angrepp på sitt rykte, varvid de domstolarna emellertid enbart är behöriga att pröva de skador som orsakats i respektive domstols medlemsstat (dom av den 7 mars 1995, Shevill m.fl., C-68/93, EU:C:1995:61, punkt 33).

32 Vad specifikt gäller internet har domstolen i ett mål rörande en fysisk person emellertid slagit fast att när en kränkning av personlighetsskyddet genom innehåll som publicerats på en webbplats görs gällande kan den person som anser sig ha blivit kränkt väcka talan om ersättning för hela skadan vid domstolarna i den medlemsstat där vederbörande har centrum för sina intressen (dom av den 25 oktober 2011, eDate Advertising m.fl., C-509/09 och C-161/10, EU:C:2011:685, punkt 52).

33 Vad gäller sådant innehåll märks den påstådda skadan i allmänhet tydligast där personen i fråga har centrum för sina intressen, med tanke på det rykte denne åtnjuter där. Kriteriet ”centrum för den drabbades intressen” pekar således ut den plats där den skada som orsakats av innehåll på internet tydligast uppkommer, i den mening som avses i artikel 7 led 2 i förordning nr 1215/2012.

34 Domstolarna i den medlemsstat där den berörda personen har centrum för sina intressen är således bäst lämpade att bedöma hur sådant innehåll inverkar på den berörda personens rättigheter (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 oktober 2011, eDate Advertising m.fl., C-509/09 och C-161/10, EU:C:2011:685, punkt 48).

35 Kriteriet avseende centrum för en persons intressen är också förenligt med behörighetsreglernas syfte att uppnå förutsebarhet, eftersom det gör det möjligt för käranden att utan svårighet avgöra vid vilken domstol talan ska väckas och för svaranden att rimligen förutse var talan kan väckas mot honom eller henne (dom av den 25 oktober 2011, eDate Advertising m.fl., C-509/09 och C-161/10, EU:C:2011:685, punkt 50).

36 Sett till omständigheterna i det nationella målet och de tvivel som nämnts i vissa skriftliga och muntliga yttranden, vill domstolen precisera att detta gäller oberoende av om den påstådda skadan är av materiell eller immateriell art.

37 Om den påstådda skadan är av materiell eller immateriell art kan förvisso ha betydelse för om den är reparabel, men det saknar betydelse när det gäller att bestämma centrum för den berörda personens intressen såsom varande den plats där en domstol bäst kan bedöma den faktiska inverkan av en publicering på internet och huruvida denna varit till skada.

38 Eftersom möjligheten för en person som anser sig ha lidit en skada att väcka talan vid domstol i den medlemsstat där denne har centrum för sina intressen avseende hela den påstådda skadan är motiverad med hänsyn till en korrekt rättskipning och inte specifikt för att skydda käranden, är det inte heller avgörande om denna är en fysisk eller en juridisk person.

39 Domstolen har påpekat att den särskilda behörighetsbestämmelsen avseende skadestånd utanför avtalsförhållanden inte har samma syfte som behörighetsbestämmelserna i avsnitten 3–5 i kapitel II i förordning nr 1215/2012, vilka avser att erbjuda den svagare parten ett stärkt skydd (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 oktober 2012, Folien Fischer och Fofitec, C-133/11, EU:C:2012:664, punkt 46). Kriteriet avseende centrum för en persons intressen syftar för sin del till att fastställa den plats där skadan till följd av innehållet på internet uppkom och följaktligen den medlemsstat vars domstolar är bäst lämpade att pröva tvisten.

40 Vad gäller fastställandet av nämnda centrum har domstolen påpekat att det, för en fysisk person, i allmänhet är den plats där han eller hon är stadigvarande bosatt. Emellertid kan en person ha centrum för sina intressen även i en medlemsstat där han eller hon inte är stadigvarande bosatt, eftersom andra faktorer såsom utövandet av en yrkesverksamhet kan göra att det föreligger ett särskilt nära samband med denna stat (dom av den 25 oktober 2011, eDate Advertising m.fl., C-509/09 och C-161/10, EU:C:2011:685, punkt 49).

41 Vad gäller en juridisk person som driver en ekonomisk verksamhet, såsom klaganden i målet, ska centrum för dess intressen motsvara den plats där dess kommersiella anseende är mest etablerat, och det ska således bestämmas utifrån den plats där personen utövar sin huvudsakliga ekonomiska verksamhet. Centrum för en juridisk persons intressen kan förvisso sammanfalla med den plats där den har sitt stadgeenliga säte, när den utövar all eller huvuddelen av sin verksamhet i den medlemsstat där sätet är beläget och dess rykte där följaktligen är viktigare än i alla andra medlemsstater. Var sätet är beläget är dock inte i sig ett avgörande kriterium vid denna bedömning.

42 Då, som i det nationella målet, den berörda juridiska personen utövar större delen av sin verksamhet i en annan medlemsstat än den där den har sitt säte, får det således antas att den personens kommersiella anseende, som kan påverkas av den omtvistade publiceringen, är viktigare i den medlemsstaten än i någon annan medlemsstat och följaktligen att en eventuell skada på detta anseende är mest märkbar där. Domstolarna i den staten är därmed bäst lämpade att bedöma förekomsten och omfattningen av den påstådda kränkningen, särskilt som i detta fall de påstått oriktiga eller ärekränkande uppgifterna och

kommentarerna publicerats på en professionell webbplats som drivs i den medlemsstat där den berörda juridiska personen bedriver merparten av sin verksamhet och som, med tanke på det språk uppgifterna och kommentarerna är skrivna på, väsentligen är avsedda att förstås av personer bosatta där.

43 Det ska påpekas att om det inte framgår av de omständigheter som rätten har att bedöma i det skede då den prövar om den är behörig att den berörda juridiska personen har det mesta av sin ekonomiska verksamhet i en viss medlemsstat, och det således inte kan avgöras var den juridiska personen som påstår sig ha fått sitt personlighetsskydd kränkt har centrum för sina intressen, kan den personen inte åtnjuta fördelen att med stöd av artikel 7 led 2 i förordning nr 1215/2012 få väcka talan mot den påstådda skadevållaren om ersättning för hela skadan i den medlemsstaten, såsom den plats där skadan uppkom.

44 Den andra och den tredje frågan ska således besvaras på följande sätt. Artikel 7 led 2 i förordning nr 1215/2012 ska tolkas så, att en juridisk person som hävdar att dess personlighetsskydd har kränkts genom att oriktiga uppgifter har publicerats på internet och genom att kommentarer om denna juridiska person inte har avlägsnats kan väcka talan om rättelse av uppgifterna, avlägsnande av kommentarerna och ersättning för hela den skada denne lidit vid domstolarna i den medlemsstat där personen har centrum för sina intressen.

När den berörda juridiska personen utövar merparten av sin verksamhet i en annan medlemsstat än den där den har sitt säte, kan den personen väcka talan mot den påstådda skadevållaren i denna andra medlemsstat, såsom den plats där skadan uppkom.

Den första frågan

45 Den hänskjutande domstolen har ställt sin första fråga för att få klarhet i om artikel 7 led 2 i förordning nr 1215/2012 ska tolkas så, att en person som hävdar att hans eller hennes personlighetsskydd har kränkts genom att oriktiga uppgifter om honom eller henne har publicerats på internet och genom att kommentarer som rör honom eller henne inte har avlägsnats kan väcka talan om rättelse av de oriktiga uppgifterna och avlägsnande av de kommentarer som kränker dennes rättigheter vid domstolarna i varje medlemsstat där den information som tillgängliggjorts på internet är eller var tillgänglig.

46 Denna fråga ska besvaras nekande.

47 Förvisso slog domstolen i punkterna 51 och 52 i sin dom av den 25 oktober 2011, eDate Advertising m.fl. (C-509/09 och C-161/10, EU:C:2011:685) fast att en person som anser sig ha lidit skada, i stället för en talan om ersättning för hela skadan, också kan väcka talan vid domstolarna i varje medlemsstat på vars territorium det på internet publicerade innehållet är eller har varit tillgängligt, dock endast i fråga om ersättning för de skador som orsakats i den medlemsstat där den domstol vid vilken talan väckts är belägen.

48 Eftersom uppgifter och innehåll som publiceras på en webbplats är tillgängliga överallt och räckvidden av en spridning på internet alltså i princip är obegränsad (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 oktober 2011, eDate Advertising m.fl., C-509/09 och C-161/10, EU:C:2011:685, punkt 46), är dock ett yrkande om rättelse av sådana uppgifter och avlägsnande av sådant innehåll odelbart och kan följaktligen endast framställas vid en domstol som är behörig att pröva en skadeståndstalan i dess helhet i den mening som avses i rättspraxis enligt domen av den 7 mars 1995, Shevill m.fl. (C-68/93, EU:C:1995:61, punkt 32) och domen av den 25 oktober 2011, eDate Advertising m.fl. (C-509/09 och C-161/10, EU:C:2011:685, punkt 48), och inte vid en domstol som saknar denna behörighet.

49 Av vad som anförts ska den första frågan besvaras på följande sätt. Artikel 7 led 2 i förordning nr 1215/2012 ska tolkas så, att en person som hävdar att hans eller hennes personlighetsskydd har kränkts genom att oriktiga uppgifter har publicerats på internet och genom att kommentarer om honom eller henne inte har avlägsnats inte kan väcka talan om rättelse av uppgifterna och avlägsnande av kommentarerna vid domstolarna i varje medlemsstat där den information som publicerats på internet är eller var tillgänglig.

Rättegångskostnader

50 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

1) Artikel 7.2 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område ska tolkas så, att en juridisk person som hävdar att dess personlighetsskydd har kränkts genom att oriktiga uppgifter har publicerats på internet och genom att kommentarer om denna juridiska person inte har avlägsnats kan väcka talan om rättelse av uppgifterna, avlägsnande av kommentarerna och ersättning för hela den skada denne lidit vid domstolarna i den medlemsstat där personen har centrum för sina intressen.

När den berörda juridiska personen utövar merparten av sin verksamhet i en annan medlemsstat än den där den har sitt säte, kan den personen väcka talan mot den påstådda skadevållaren i denna andra medlemsstat, såsom den plats där skadan uppkom.

2) Artikel 7 led 2 i förordning nr 1215/2012 ska tolkas så, att en person som hävdar att hans eller hennes personlighetsskydd har kränkts genom att oriktiga uppgifter har publicerats på internet och genom att kommentarer om honom eller henne inte har avlägsnats inte kan väcka talan om rättelse av uppgifterna och avlägsnande av kommentarerna vid domstolarna i varje medlemsstat där den information som publicerats på internet är eller var tillgänglig.

Underskrifter

---

* Rättegångsspråk: estniska.

DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)

den 18 november 2020 (*)

[Text rättad genom beslut av den 13 januari 2021]

”Begäran om förhandsavgörande – Rättsligt samarbete på privaträttens område – Förordning (EU) nr 1215/2012 – Lufttransportavtal – Prorogationsklausul som avtalats av en passagerare som är konsument – Nämnda passagerares fordran på flygbolaget – Överlåtelse av nämnda fordran till ett inkassoföretag – Huruvida flygbolaget kan åberopa prorogationsklausulen mot det bolag som övertagit nämnda passagerares fordran – Direktiv 93/13/EEG”

I mål C-519/19,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy (Regiondomstolen i Warszawa, 23:e avdelningen för överklaganden i handelsrättsliga mål, Polen) genom beslut av den 13 juni 2019, som inkom till domstolen den 9 juli 2019, i målet

Ryanair DAC

mot

DelayFix, tidigare Passenger Rights sp. z o.o.,

meddelar

DOMSTOLEN (första avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden J.-C. Bonichot samt domarna L. Bay Larsen, C. Toader (referent), M. Safjan och N. Jääskinen,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– Ryanair DAC, genom A. Kasnowska, adwokat, och M. Jóźwiak, radca prawny,

– DelayFix, tidigare Passenger Rights sp. z o.o., genom M. Misiaszek, K. Żbikowska och I. Wieczorek, adwokaci,

– Polens regering, genom B. Majczyna, i egenskap av ombud,

– [I rättad lydelse enligt beslut av den den 13 januari 2021] Europeiska kommissionen, genom M. Heller, A. Szmytkowska och N. Ruiz García, samtliga i egenskap av ombud,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 25.1 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (EUT L 351, 2012, s. 1), och av rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal (EGT L 95, 1993, s. 29; svensk specialutgåva, område 15, volym 12, s. 169).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan, å ena sidan, Passenger Rights sp. z o.o., sedermera DelayFix, med säte i Warszawa (Polen), som är ett bolag som är specialiserat på indrivning av fordringar och till vilket en flygpassagerare har överlåtit sina rättigheter, och, å andra sidan, flygbolaget Ryanair DAC, med säte i Dublin (Irland), angående betalning av ett belopp på 250 euro i kompensation för en inställd flygning, med stöd av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 261/2004 av den 11 februari 2004 om fastställande av gemensamma regler om kompensation och assistans till passagerare vid nekad ombordstigning och inställda eller kraftigt försenade flygningar och om upphävande av förordning (EEG) nr 295/91 (EUT L 46, 2004, s. 1).

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Direktiv 93/13

3 Enligt artikel 1.1 är syftet med direktiv 93/13 att närma medlemsstaternas lagar och andra författningar till varandra i fråga om oskäliga villkor i avtal som sluts mellan en näringsidkare och en konsument.

4 I artikel 2 i nämnda direktiv föreskrivs följande:

”I detta direktiv avses med

…

b) konsument: en fysisk person som i samband med avtal som omfattas av detta direktiv handlar för ändamål som faller utanför hans näring eller yrke,

…”

5 I artikel 3 i nämnda direktiv föreskrivs följande:

”1. Ett avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling skall anses vara oskäligt om det i strid med kravet på god sed medför en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet till nackdel för konsumenten.

2. Det skall alltid anses att ett avtalsvillkor inte har varit föremål för individuell förhandling om det har utarbetats i förväg och konsumenten därför inte har haft möjlighet att påverka villkorets innehåll; detta gäller särskilt i samband med i förväg formulerade standardavtal.

Den omständigheten att vissa delar av ett villkor eller ett särskilt villkor har varit föremål för individuell förhandling utesluter inte att denna artikel tillämpas på resten av avtalet, om en samlad bedömning av avtalet leder till slutsatsen att det likväl rör sig om ett i förväg formulerat standardavtal.

Om en näringsidkare hävdar att ett standardvillkor har varit föremål för individuell förhandling, har han bevisbördan för sitt påstående.

3. Bilagan innehåller en vägledande, inte uttömmande lista på villkor som kan anses oskäliga.”

6 Artikel 4.1 i samma direktiv har följande lydelse:

”…. frågan om ett avtalsvillkor är oskäligt [skall] bedömas med beaktande av vilken typ av varor eller tjänster som avtalet avser och med hänsyn tagen, vid tiden för avtalets ingående, till alla

omständigheter i samband med att avtalet ingicks samt till alla övriga villkor i avtalet eller något annat avtal som det är beroende av.”

7 I artikel 6.1 i direktiv 93/13 föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna skall föreskriva att oskäliga villkor som används i avtal som en näringsidkare sluter med en konsument inte är, på sätt som närmare stadgas i deras nationella rätt, bindande för konsumenten och att avtalet skall förbli bindande för parterna på samma grunder, om det kan bestå utan de oskäliga villkoren.”

8 Punkt 1 q i bilagan till direktivet avser ”[a]vtalsvillkor vars mål eller konsekvens är … att upphäva eller inskränka konsumentens rätt att gå till domstol eller vidta andra rättsliga åtgärder”.

Förordning nr 1215/2012

9 Kapitel II i förordning nr 1215/2012 har rubriken ”Domstols behörighet” och innehåller tio avsnitt. Avsnitt 1, med rubriken ”Allmänna bestämmelser”, innehåller artikel 4 i vilken följande föreskrivs i punkt 1:

”Om inte annat föreskrivs i denna förordning, ska talan mot den som har hemvist i en medlemsstat väckas vid domstol i den medlemsstaten, oberoende av i vilken stat han eller hon har medborgarskap.”

10 Avsnitt 2 i nämnda kapitel II, med rubriken ”Särskilda behörighetsbestämmelser”, innehåller artikel 7, som har följande lydelse:

”Talan mot en person som har hemvist i en medlemsstat får väckas i en annan medlemsstat:

1 a) Om talan avser avtal, vid domstolen för uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser.

b) Vid tillämpning av denna bestämmelse, och såvida inte annat avtalats, avses med uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser

…

– vid utförande av tjänster, den ort i en medlemsstat där enligt avtalet tjänsterna har eller skulle ha utförts.

…”

11 Avsnitt 4 i nämnda kapitel II, som har rubriken ”Behörighet vid konsumenttvister”, innehåller artikel 17, som har följande lydelse:

”…

3. Bestämmelserna i detta avsnitt ska inte tillämpas på transportavtal utom när det gäller avtal om en kombination av resa och inkvartering för ett pris där allt är inkluderat.”

12 I artikel 25 i förordning nr 1215/2012, som återfinns i avsnitt 7 i samma kapitel II, med rubriken ”Avtal om domstols behörighet”, föreskrivs följande:

”1. Om parterna, oberoende av var de har hemvist, har träffat avtal om att en domstol eller domstolarna i en medlemsstat ska vara behöriga att avgöra en redan uppkommen tvist eller framtida tvister i anledning av ett bestämt rättsförhållande, ska endast den domstolen eller de domstolarna ha behörighet, såvida inte avtalet är ogiltigt på materiell grund enligt lagen i den medlemsstaten. En sådan behörighet ska vara exklusiv om parterna inte har träffat avtal om annat. Avtalet om behörighet ska vara antingen

a) skriftligt, eller muntligt och skriftligen bekräftat,

b) i en form som överensstämmer med praxis som parterna har utbildat mellan sig, eller

c) i internationell handel, i en form som överensstämmer med handelsbruk eller annan sedvänja som parterna kände till eller borde ha känt till och som är allmänt känd och regelmässigt iakttas av parter i avtal av föreliggande typ vid det ifrågavarande slaget av handel.

…”

Polsk rätt

13 I artikel 509 i Kodeks cywilny (civillagen), i den lydelse som är tillämplig i det nationella målet, föreskrivs följande:

”§ 1. Borgenären får utan gäldenärens godkännande överlåta fordran till tredje man (cession), såvida detta inte strider mot lagen, ett avtalsförbehåll eller förpliktelsens art.

§ 2. Med överlåtelsen av fordran övergår samtliga därmed förbundna rättigheter till förvärvaren, däribland rätten till dröjsmålsränta.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

14 Passenger Rights, numera DelayFix, som är ett bolag specialiserat på indrivning av flygpassagerares fodringar, väckte talan vid Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie (Distriktsdomstolen i Warszawa, Polen) och yrkade att flygbolaget Ryanair, med stöd av förordning nr 261/2004, skulle förpliktas att betala 250 euro i kompensation med anledning av att en flygning mellan Milano (Italien) och Warszawa hade ställts in. Till grund för yrkandet låg en fordran gentemot flygbolaget vilken en passagerare hade överlåtit till DelayFix.

15 Ryanair invände att polska domstolar saknade behörighet, med motiveringen att det i klausul 2.4 i de allmänna transportvillkoren i det avtal som passageraren hade ingått i samband med köpet av flygbiljetten online föreskrivs att irländsk domstol är behörig. Ryanair anser att DelayFix, i egenskap av förvärvare av passagerarens fordran, är bunden av denna klausul.

16 Genom beslut av den 15 februari 2019 avslog Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie (Distriktsdomstolen i Warszawa) denna invändning om bristande behörighet. Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie fann dels att prorogationsklausulen i transportavtalet mellan samma passagerare och flygbolag var oskälig i den mening som avses i direktiv 93/13, dels att DelayFix, i egenskap av förvärvare av passagerarens fordran efter det att flygningen hade ställts in, inte var bunden av en sådan klausul.

17 Ryanair överklagade detta beslut till den hänskjutande domstolen. Flygbolaget gjorde gällande att DelayFix inte är en konsument och därför inte omfattas av det domstolsskydd som föreskrivs för avtal som ingåtts med konsumenter.

18 Den hänskjutande domstolen har preciserat att det följer av nationella bestämmelser och gällande rättspraxis från Sąd Najwyższy (Högsta domstolen, Polen) att det kan fastställas att ett avtalsvillkor är oskäligt inom ramen för en talan om betalning som en näringsidkare som har förvärvat en konsuments fordran har väckt mot en gäldenär.

19 Den hänskjutande domstolen vill emellertid för det första få klarhet i huruvida förvärvaren av en konsuments fordran, mot bakgrund av artikel 3.1 och artikel 6.1 i direktiv 93/13, också kan anses vara en konsument. Den hänskjutande domstolen är närmare bestämt osäker på huruvida konsumentens överlåtelse av sin fordran till en näringsidkare medför att näringsidkaren övertar konsumentens rättigheter och ges möjlighet att göra gällande unionens förmånliga regelverk om konsumentskydd, vilket bland annat följer av detta direktiv.

20 För det andra avser den hänskjutande domstolens frågor EU-domstolens praxis avseende tillämpningen av förordning nr 1215/2012 vad gäller regelverket för prorogationsklausuler i artikel 25 i förordningen, och det särskilda regelverk som föreskrivs i avsnitt 4 i kapitel II i förordningen, vilket avser ”behörighet vid konsumenttvister”, och särskilt begreppet ”konsument” i detta avsnitt.

21 Vad gäller de klausuler som avses i artikel 25 i förordning nr 1215/2012 har den hänskjutande domstolen påpekat att det följer av domen av den 7 februari 2013, Refcomp (C-543/10, EU:C:2013:62), att denna typ av avtalsklausul i princip endast kan ha rättsverkningar mellan de parter som har samtyckt till att ingå avtalet. En sådan klausul ger nämligen upphov till ett avtal mellan parterna, och för att klausulen ska kunna göras gällande mot tredje man är det i princip nödvändigt att denne har gett sitt samtycke härtill.

22 Vad för det andra gäller begreppet ”konsument”, i den mening som avses i avsnitt 4 i kapitel II i förordning nr 1215/2012, har den hänskjutande domstolen understrukit att det särskilda regelverk som inrättats genom artikel 17 och följande artiklar i förordningen syftar till att skydda konsumenten såsom den part i avtalet som anses vara ekonomiskt svagare och mindre erfaren i rättsligt hänseende än sin avtalskontrahent. Konsumenten skyddas därför endast i den mån konsumenten personligen är kärande eller svarande i ett domstolsförfarande. Om käranden inte själv är part i det aktuella konsumentavtalet kan käranden således inte dra nytta av behörighetsreglerna för konsumenttvister. Med hänsyn till EU-domstolens praxis önskar den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida det, vid fastställandet av domstols behörighet och giltigheten av en prorogationsklausul, ska tas hänsyn till skyldighetens ”ursprungliga” art eller om den näringsidkare som förvärvat fordran kan bestrida denna klausul på grund av att den är oskälig med stöd av det regelverk för konsumentskydd som bland annat föreskrivs i direktiv 93/13.

23 Mot denna bakgrund beslutade Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy (Regiondomstolen i Warszawa, 23:e avdelningen för överklaganden i handelsrättsliga mål, Polen) att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till EU-domstolen:

”Ska artiklarna 2 b, 3.1, 3.2 och 6.1 i … direktiv 93/13 … och artikel 25 i … förordning nr 1215/2012 … – såvitt avser prövningen av giltigheten av ett prorogationsavtal – tolkas på så sätt att avsaknaden av individuella förhandlingar om avtalsvillkor jämte oskäliga avtalsvillkor i prorogationsavtalet om behörig domstol kan åberopas också av den slutliga förvärvaren av den fordran som förvärvas genom överlåtelse från konsumenten, varvid förvärvaren själv emellertid inte har ställning som konsument?”

Ryanairs yrkande om att den muntliga delen av förfarandet ska inledas

24 I skrivelse av den 4 november 2020 som inkom till EU-domstolen samma dag, har Ryanair – med stöd av artikel 83 i domstolens rättegångsregler – yrkat att domstolen ska inleda den muntliga delen av förfarandet. Ryanair har därvid anfört *att* de omständigheter som anges i begäran om förhandsavgörande inte har utretts i tillräcklig utsträckning, *att* det är nödvändigt att parterna bereds tillfälle att utförligare avhandla saken och *att* målets avgörande kan få avgörande inflytande för hur relevanta unionsbestämmelser ska tolkas.

25 EU-domstolen gör i denna del följande bedömning. Domstolen får, enligt artikel 83 i domstolens rättegångsregler, ex officio eller på förslag av generaladvokaten eller på parts begäran, besluta att den muntliga delen av förfarandet ska inledas eller återupptas, bland annat om domstolen anser att den inte har tillräcklig kännedom om omständigheterna i målet eller om målet ska avgöras på grundval av ett argument som inte har avhandlats mellan parterna.

26 Rekvisiten i denna bestämmelse är inte uppfyllda i detta mål.

27 Den hänskjutande domstolen har nämligen i tillräcklig utsträckning redogjort för de faktiska omständigheterna och tillämpliga nationella bestämmelser. Vidare har parterna redan under den skriftliga delen av förfarandet vid EU-domstolen beretts tillfälle att yttra sig. Dessutom finner EU-domstolen att det inte är så att tolkningsfrågan ska besvaras på grundval av argument som inte avhandlats mellan parterna.

28 EU-domstolen avslår därför – efter att ha hört generaladvokaten – Ryanairs yrkande om att EU-domstolen ska inleda den muntliga delen av förfarandet.

Prövning av tolkningsfrågan

Huruvida tolkningsfrågan kan tas upp till prövning

29 Under den skriftliga delen av förfarandet uppgav Ryanair att det hade betalat det begärda beloppet till följd av den tvist som anhängiggjorts vid den hänskjutande domstolen. Begäran om förhandsavgörande har följaktligen enligt Ryanair förlorat sitt föremål.

30 Som svar på en fråga från EU-domstolen om detta har den hänskjutande domstolen angett att det nationella målet har förenats med två andra mål som rör parterna och avser skadeståndsyrkanden som också har framställts med stöd av förordning nr 261/2004, vilket innebär att en tvist fortfarande är anhängig vid den hänskjutande domstolen.

31 EU-domstolen gör i denna del följande bedömning. Det framgår av såväl ordalydelsen som systematiken i artikel 267 FEUF att förfarandet med förhandsavgörande förutsätter att ett mål faktiskt är anhängigt vid den nationella domstolen, och att den nationella domstolen inom ramen för detta mål kommer att meddela ett avgörande med avseende på vilket förhandsavgörandet kan beaktas. EU-domstolens uppgift rörande en begäran om förhandsavgörande är att bidra till den faktiska lösningen av en tvist och inte att uttala sig om allmänna eller hypotetiska frågor (se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 februari 2014, Pohotovosť, C-470/12, EU:C:2014:101, punkterna 28 och 29 samt där angiven rättspraxis).

32 I förevarande fall har det nationella målet förenats med två andra mål, beträffande vilka det inte har visats vid EU-domstolen att skadeståndsyrkandena har avgjorts; detta innebär att det nationella målet fortfarande är anhängigt vid den hänskjutande domstolen.

33 Eftersom det förfarande som har införts genom artikel 267 FEUF utgör ett medel för samarbete mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna, genom vilket EU-domstolen tillhandahåller de nationella domstolarna de uppgifter om unionsrättens tolkning som de behöver för att kunna avgöra de mål som de ska pröva, är en sådan uppgift från en nationell domstol bindande för EU-domstolen och kan i princip inte ifrågasättas av parterna i det nationella målet (dom av den 27 februari 2014, Pohotovosť, C-470/12, EU:C:2014:101, punkt 30 och där angiven rättspraxis).

34 Begäran om förhandsavgörande kan följaktligen tas upp till prövning.

Prövning i sak

35 Den hänskjutande domstolen har ställt frågan för att få klarhet i huruvida artikel 25 i förordning nr 1215/2012 samt artiklarna 2 b, 3.1, 3.2 och 6.1 i direktiv 93/13 ska tolkas så, att för att bestrida en domstols behörighet att pröva en skadeståndstalan, vilken har väckts med stöd av förordning nr 261/2004 och vilken riktar sig mot ett flygbolag, kan en prorogationsklausul som ingår i ett transportavtal mellan en passagerare och flygbolaget åberopas av den sistnämnda mot ett inkassoföretag till vilken passageraren har överlåtit sin fordran på flygbolaget.

36 För att besvara denna fråga måste det fastställas under vilka villkor en sådan prorogationsklausul kan binda det inkassoföretag till vilket passageraren har överlåtit sin fordran.

37 Även om den hänskjutande domstolens frågor om den prorogationsklausul som är i fråga i det nationella målet avser både direktiv 93/13 och förordning nr 1215/2012, fastställs regelverket för denna slags klausul av artikel 25 i förordningen, varmed EU-domstolen ska börja med att pröva den ställda frågan med beaktande av den bestämmelsen.

38 Enligt fast rättspraxis ska begreppet avtal om domstols behörighet tolkas som ett självständigt unionsrättsligt begrepp och principen om avtalsfrihet, på vilken artikel 25.1 i förordning nr 1215/2012 grundar sig, ska tillämpas till fullo på det (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 mars 1992, Powell Duffryn, C-214/89, EU:C:1992:115, punkt 14, dom av den 9 december 2003, Gasser, C-116/02, EU:C:2003:657, punkt 51 och där angiven rättspraxis, samt dom av den 7 februari 2013, Refcomp, C-543/10, EU:C:2013:62, punkterna 22 och 40 och där angiven rättspraxis).

39 Den omständigheten att det berörda avtalet har ingåtts online kan i synnerhet inte i sig medföra att en sådan klausul blir ogiltig, under förutsättning att de villkor som uppställts i domstolens praxis avseende

bland annat bevarande av den text i vilken klausulen föreskrivs är uppfyllda (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 maj 2015, El Majdoub, C-322/14, EU:C:2015:334, punkt 40).

40 Det preciseras inte heller i artikel 25.1 i förordning nr 1215/2012 huruvida en prorogationsklausul kan anses gälla fler än avtalsparterna på så sätt att prorogationsklausulen överförs till en tredje man som är part i ett senare avtal och som, helt eller delvis, har övertagit de rättigheter och skyldigheter som tillkommer någon av parterna i det ursprungliga avtalet (dom av den 7 februari 2013, Refcomp, C-543/10, EU:C:2013:62, punkt 25, och dom av den 20 april 2016, Profit Investment SIM, C-366/13, EU:C:2016:282, punkt 23).

41 Den domstol där talan har väckts har en skyldighet att vid processens början pröva huruvida parterna verkligen har lämnat sitt samtycke till prorogationsklausulen. Samtycket måste framgå klart och tydligt, och formkraven i artikel 25.1 i förordning nr 1215/2012 syftar därvid till att säkerställa att samtycke verkligen föreligger (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 februari 2013, Refcomp, C-543/10, EU:C:2013:62, punkt 27 och där angiven rättspraxis, samt dom av den 8 mars 2018, Saey Home & Garden, C-64/17, EU:C:2018:173, punkt 25 och där angiven rättspraxis).

42 Härav följer att en prorogationsklausul i ett avtal i princip endast kan ha rättsverkan mellan de parter som har samtyckt till att ingå avtalet (dom av den 7 februari 2013, Refcomp, C-543/10, EU:C:2013:62, punkt 29, och dom av den 28 juni 2017, Leventis och Vafeias, C-436/16, EU:C:2017:497, punkt 35 och där angiven rättspraxis).

43 I förevarande fall har den prorogationsklausul som är i fråga i det nationella målet inte åberopats mot en part i det avtal i vilket den ingår, utan mot en tredje part i förhållande till avtalet.

44 Även om varken Passenger Rights eller DelayFix, som har efterträtt Passenger Rights, har samtyckt till att vara bunden till Ryanair genom en prorogationsklausul, har detta flygbolag inte heller samtyckt till att vara bundet av en sådan klausul i förhållande till inkassoföretaget.

45 Dessutom har varken parterna i det nationella målet eller den hänskjutande domstolen anfört några omständigheter eller indicier som gör det möjligt att anse att parterna, på något av de sätt som föreskrivs i artikel 25.1 b och 25.1 c i förordning nr 1215/2012, skulle ha ingått ett avtal om domstols behörighet som innehåller en sådan prorogationsklausul som den i det nationella målet.

46 Av det ovan anförda följer således att för att bestrida en domstols behörighet att pröva en skadeståndstalan, vilken har väckts med stöd av förordning nr 261/2004 och vilken riktar sig mot ett flygbolag, kan en prorogationsklausul som ingår i ett transportavtal mellan en passagerare och flygbolaget i princip inte åberopas av flygbolaget mot ett inkassoföretag till vilket passageraren har överlåtit sin fordran på flygbolaget.

47 Det är endast när tredje man, i enlighet med tillämplig nationell materiell rätt, har övertagit en av de ursprungliga avtalsparternas samtliga rättigheter och skyldigheter som en prorogationsklausul som denne tredje man inte har samtyckt till ändå kan vara bindande för denne (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 maj 2015, CDC Hydrogen Peroxide, C-352/13, EU:C:2015:335, punkt 65 och där angiven rättspraxis).

48 Den fråga som den hänskjutande domstolen har ställt kräver även att det fastställs vilka villkor som ska vara uppfyllda för att en sådan klausul ska vara giltig.

49 Enligt artikel 25.1 i förordning nr 1215/2012 ska de domstolar som anges i prorogationsklausulen vara behöriga såvida inte avtalet är ogiltigt på materiell grund ”enligt lagen i den medlemsstaten”. Unionslagstiftaren har således infört regeln att giltigheten av en prorogationsklausul ska bedömas enligt lagstiftningen i den stat vars domstolar anges i denna klausul.

50 Om den hänskjutande domstolen i förevarande fall prövar prorogationsklausulens giltighet, ankommer det följaktligen på den att göra detta mot bakgrund av lagstiftningen i den stat vars domstolar anges i klausulen, det vill säga mot bakgrund av irländsk rätt.

51 För övrigt ankommer det på den domstol vid vilken talan väckts, som den i det nationella målet, att tillämpa den medlemsstats lagstiftning vars domstolar anges i nämnda klausul, varvid nämnda lagstiftning ska tolkas i enlighet med unionsrätten, och särskilt direktiv 93/13 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 april 2016, Radlinger och Radlingerová, C-377/14, EU:C:2016:283, punkt 79, och dom av den 17 maj 2018, Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen, C-147/16, EU:C:2018:320, punkt 41).

52 Vad för det första gäller förhållandet mellan direktiv 93/13 och flygpassagerarnas rättigheter enligt förordning nr 261/2004 ska det noteras att domstolen har slagit fast att direktiv 93/13 utgör en allmän konsumentskyddslagstiftning som är avsedd att tillämpas inom alla sektorer av ekonomisk verksamhet, däribland lufttransportsektorn (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 juli 2017, Air Berlin, C-290/16, EU:C:2017:523, punkt 44 och där angiven rättspraxis).

53 För det andra ska det påpekas att domstolen, under omständigheter som liknar dem som är aktuella i det nationella målet avseende överlåtelse av fordringar till ett inkassoföretag, har slagit fast, vad gäller Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/48/EG av den 23 april 2008 om konsumentkreditavtal och om upphävande av rådets direktiv 87/102/EEG (EUT L 133, 2008, s. 66), att den omständigheten att tvisterna i dessa mål endast rörde näringsidkare inte utgjorde hinder för att tillämpa ett instrument som omfattas av unionens konsumenträtt, eftersom tillämpningsområdet för detta direktiv inte beror på vilka som är parter i tvisten, utan på vilka som är parter i avtalet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 september 2019, Lexitor, C-383/18, EU:C:2019:702, punkt 20).

54 Denna rättspraxis ska överföras på tillämpningen av direktiv 93/13.

55 Enligt artiklarna 1.1 och 3.1 i direktiv 93/13 ska direktivet nämligen tillämpas på villkor i avtal som sluts mellan en näringsidkare och en konsument och som inte har varit föremål för individuell förhandling (dom av den 7 november 2019, Profi Credit Polska, C-419/18 och C-483/18, EU:C:2019:930, punkt 51 och där angiven rättspraxis, och dom av den 10 september 2020, A (andrahandsuthyrning av en subventionerad bostad), C-738/19, EU:C:2020:687, punkt 34).

56 I förevarande fall ingicks transportavtalet, på vilket den av DelayFix åberopade fordran grundar sig, ursprungligen mellan en näringsidkare, nämligen flygbolaget, och en passagerare, och inget tyder på att passageraren skulle ha köpt sin flygbiljett för andra än privata ändamål.

57 För det tredje ska det erinras om att enligt artikel 3.1 i direktiv 93/13 ska ett avtalsvillkor anses vara oskäligt om det i strid med kravet på god sed medför en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet till nackdel för konsumenten.

58 Domstolen har vid upprepade tillfällen slagit fast att en prorogationsklausul, som ingår i ett avtal som ingåtts mellan en konsument och en näringsidkare utan att ha varit föremål för individuell förhandling och som ger exklusiv behörighet åt den domstol inom vars domkrets näringsidkaren har sitt säte, ska anses vara oskälig i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 93/13, eftersom klausulen, i strid med kravet på god sed, medför en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet till nackdel för den berörda konsumenten (se, för ett liknade resonemang, dom av den 27 juni 2000, Océano Grupo Editorial och Salvat Editores, C-240/98–C-244/98, EU:C:2000:346, punkt 24, dom av den 4 juni 2009, Pannon GSM, C-243/08, EU:C:2009:350, punkt 40, samt dom av den 9 november 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, EU:C:2010:659, punkt 53).

59 Ett sådant villkor omfattas nämligen av den i punkt 1 q i bilagan till direktivet avsedda kategorin villkor, vars mål eller konsekvens är att upphäva eller inskränka rätten att gå till domstol (dom av den 27 juni 2000, Océano Grupo Editorial och Salvat Editores, C-240/98–C-244/98, EU:C:2000:346, punkt 22, dom av den 4 juni 2009, Pannon GSM, C-243/08, EU:C:2009:350, punkt 41, samt dom av den 9 november 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, EU:C:2010:659, punkt 54).

60 Frågan huruvida ett avtalsvillkor är oskäligt ska i detta sammanhang bedömas med beaktande av vilken typ av tjänster som avtalet i fråga avser och med beaktande av samtliga omständigheter i samband med att avtalet ingicks, i enlighet med artikel 4.1 i direktiv 93/13.

61 Det ankommer således på den nationella domstolen, vid vilken en sådan tvist som den som är i fråga i det nationella målet har anhängiggjorts, att med tillämpning av lagstiftningen i den stat vars domstolar är utpekade i en prorogationsklausul, och genom att tolka denna lagstiftning i enlighet med kraven i direktiv 93/13, dra de rättsliga konsekvenserna av att en sådan klausul eventuellt är oskälig, eftersom det följer av lydelsen i artikel 6.1 i direktivet att de nationella domstolarna är skyldiga att underlåta att tillämpa ett oskäligt avtalsvillkor så att det inte får några bindande verkningar.

62 Det ska slutligen understrykas, vad gäller artikel 7 led 1 b i förordning nr 1215/2012, att enligt fast rättspraxis ska, när det är fråga om direktflyg, såväl avreseorten som ankomstorten på samma sätt betraktas som de orter där de tjänster som är föremål för ett lufttransportavtal huvudsakligen utförs. Den som önskar väcka talan om kompensation med stöd av förordning nr 261/2004 kan således välja att göra detta vid den domstol i vars domkrets avreseorten eller ankomstorten är belägen, såsom dessa orter överenskommits i avtalet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 juli 2009, Rehder, C-204/08, EU:C:2009:439, punkt 47, samt beslut av den 13 februari 2020, flightright, C-606/19, EU:C:2020:101, punkt 26).

63 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den ställda frågan besvaras enligt följande. Artikel 25 i förordning nr 1215/2012 ska tolkas så, att för att bestrida en domstols behörighet att pröva en skadeståndstalan vilken har väckts med stöd av förordning nr 261/2004 och vilken riktar sig mot ett flygbolag, kan en prorogationsklausul som ingår i ett transportavtal mellan en passagerare och flygbolaget inte åberopas av flygbolaget mot ett inkassoföretag till vilket passageraren har överlåtit sin fordran på flygbolaget, om inte nämnda inkassoföretag, enligt lagstiftningen i den stat vars domstolar anges i nämnda klausul, har övertagit en av de ursprungliga avtalsparternas samtliga rättigheter och skyldigheter, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera. I förekommande fall ska en sådan klausul, som ingår i ett avtal som ingåtts mellan en konsument (flygpassageraren) och en näringsidkare (flygbolaget), utan att ha varit föremål för individuell förhandling och som ger exklusiv behörighet åt den domstol inom vars domkrets näringsidkaren har sitt säte, anses vara oskälig i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 93/13.

Rättegångskostnader

64 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (första avdelningen) följande:

Artikel 25 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område ska tolkas så, att för att bestrida en domstols behörighet att pröva en skadeståndstalan vilken har väckts med stöd av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 261/2004 av den 11 februari 2004 om fastställande av gemensamma regler om kompensation och assistans till passagerare vid nekad ombordstigning och inställda eller kraftigt försenade flygningar och om upphävande av förordning (EEG) nr 295/91 och vilken riktar sig mot ett flygbolag, kan en prorogationsklausul som ingår i ett transportavtal mellan en passagerare och flygbolaget inte åberopas av flygbolaget mot ett inkassoföretag till vilket passageraren har överlåtit sin fordran på flygbolaget, om inte nämnda inkassoföretag, enligt lagstiftningen i den stat vars domstolar anges i nämnda klausul, har övertagit en av de ursprungliga avtalsparternas samtliga rättigheter och skyldigheter, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera. I förekommande fall ska en sådan klausul, som ingår i ett avtal som ingåtts mellan en konsument (flygpassageraren) och en näringsidkare (flygbolaget), utan att ha varit föremål för individuell förhandling och som ger exklusiv behörighet åt den domstol inom vars domkrets näringsidkaren har sitt säte, anses vara oskälig i den mening som avses i artikel 3.1 i rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal.

Underskrifter

---

* Rättegångsspråk: polska.