

Marie Linton

EU:s internationella privat- och processrätt – vilket inflytande har den i svensk rättskipning i gränsöverskridande civilrättsliga tvister?

1 Inledning

Svenska domstolar ställs allt oftare inför civilrättsliga tvister med gränsöverskridande inslag. Det innebär – men glöms beklagligt nog ofta bort – att den internationellt privat- och processrättsliga regleringen måste tas med i bedömningen innan en domstol kan avgöra en tvist i sak. Den internationella privat- och processrätten angår i huvudsak tre frågor. När kan en nationell domstol handlägga en gränsöverskridande tvist (domsrättsfrågan)? Vilken rättsordning ska den behöriga domstolen tillämpa på det omtvistade rättsförhållandet (lagvalsfrågan)? Under vilka förutsättningar kan utländska domar erkännas och verkställas i den egna staten (erkännandefrågan)?

De internationellt privat- och processrättsliga reglerna i Sverige har numera i mycket hög grad sitt ursprung i EU-rätten. EU har valt den internationella privat- och processrätten som lagstiftningsmetod för att garantera att gränsöverskridande civilrättstvister behandlas lika oavsett i vilken EU-medlemsstat de handläggs. Stora delar av den svenska internationella privat- och processrätten är således harmoniserad EU-rätt genom

t.ex. Bryssel I-förordningen¹, Bryssel II-förordningen², Rom I-förordningen³ och Rom II-förordningen⁴. Till EU:s internationella privat- och processrätt hör också insolvensförordningen⁵, underhållsförordningen⁶ och arvsförordningen⁷. Härutöver finns en rad andra EU-rättsliga regleringar på utvalda specialområden.⁸

¹ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar (omarbetning), EUT 20.12.2012, L 351/1. Förordningen ersätter rådets förordning nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, EGT 16.1.2001, L 12/1, som i sin tur ersätter 1968 års Brysselkonvention om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område (konsoliderad version), EGT 26.1.1998, C 27 s. 1–27.

² 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 23.12.2003, L 338/1.

³ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, EUT L 4.7.2008, 177/6. Förordningen ersätter 1980 års Romkonvention om tillämplig lag på avtalsförpliktelser, EGT 26.1.98, C 27/34.

⁴ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 864/2007 av den 11 juli 2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser, EUT 31.7.2007, L 199/40.

⁵ Rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden, EGT 30.6.2000, L 160/1.

⁶ 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, EUT 10.1.2009, L 7/1.

⁷ 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 27.7.2012, L 201/107.

⁸ Här kan t.ex. nämnas rådets förordning (EG) nr 1206/2001 av den 28 maj 2001 om samarbete mellan medlemsstaternas domstolar i fråga om bevisupptagning i mål och ärenden av civil och kommersiell natur, EGT 27.6.2001, L 174/1, Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 805/2004 av den 21 april 2004 om införande av en europeisk exekutionstitel för obestridda fordringar, EUT 10.4.2004, L 143/15, Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1896/2006 av den 12 december 2006 om införande av ett europeiskt betalningsföreläggande, EUT 10.12.2006, L 399/1, Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 861/2007 av den 11 juli 2007 om inrättande av ett europeiskt småmålsförfarande, EUT 31.7.2007, L 199/1, Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1393/2007 av den 13 november 2007 om delgivning i medlemsstaterna av rättegångshandlingar och andra handlingar i mål och ärenden av civil och kommersiell natur (delgivning av handlingar) och om upphävande av rådets förordning (EG) nr 1348/2000, EUT 10.12.2007, L 324/79, Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/52/EG av den 21 maj 2008 om vissa aspekter på medling på privaträttens

Det följer att den svenska rättsutvecklingen på området inte längre sker isolerad utan påverkas och influeras av EU-rätten. Genom Sveriges EU-medlemskap år 1995 blev svenska domstolar "EU-rättens nationella arm".⁹ Svenska domstolar tolkar och ger innehåll till EU-rätten samt säkerställer att den får genomslag i Sverige. I rättstillämpningen måste dessutom nationella domstolar beakta en ständigt tilltagande rättspraxis från EU-domstolen.¹⁰ Svenska domstolar har ett ansvar för att unionsrätten blir korrekt tillämpad på det nationella planet. Överträdelse av EU-rätten kan medföra att en EU-medlemsstat ådras sig ett skadeståndsansvar.¹¹

Harmoniserade, eller i essensen uniforma, internationellt privat- och processrättsliga EU-regler vilar på en föreställning om att de tillämpas enhetligt inom hela EU. Det är EU-domstolen som i sista hand avgör hur en internationellt privat- och processrättslig EU-regel ska tolkas. Efter att Lissabonfördraget trädde ikraft år 2009 har alla nationella domstolar möjlighet att begära förhandsbesked. Domstolar som dömer i sista instans är dock skyldiga att begära tolkningsbesked av EU-domstolen, om det är osäkert hur en unionsrättslig bestämmelse ska förstås.¹²

Den centrala utgångspunkten i denna uppsats är att söka belysa vilket inflytande EU:s internationella privat- och processrätt har i svensk rättskipning på det privaträttsliga området. Hur förhåller sig svenska domstolar i sin rättstillämpning till EU:s internationella privat- och processrätt? Har svenska domstolar fullt ut observerat, insett och erkänt principen om EU-rättens företräde? Eller går det i stället att iakttä en viss (omedveten) benägenhet att inte gå in i prövning av EU-rättsliga frågor för att istället falla tillbaka på nationell svensk rätt? Undersökningen sker mot bakgrund av ett antal avgöranden där EU:s internationella privat-

område, EUT 24.5.2008, L 136/3 och Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 655/2014 av den 15 maj 2014 om inrättande av ett europeiskt förfarande för kvarstad på bankmedel i mål och ärenden av privaträttslig natur, EUT 27.6.2014, L 189/59.

⁹ Ulf Bernitz, Förhandsavgöranden av EU-domstolen. Svenska domstolars hållning och praxis, Sieps 2010:2 s. 13.

¹⁰ Även Europadomstolens avgöranden räknas hit.

¹¹ Se t.ex. mål C-224/01 Gerhard Köbler mot Republiken Österrike, ECLI:EU:C:2003:513 och mål C-173/03 Traghetti del Mediterraneo SpA mot Repubblica italiana, ECLI:EU:C:2006:391.

¹² Se art. 267 i FEUF. Tidigare var det bara domstolar som dömde i sista instans som kunde begära förhandsbesked angående bestämmelser om rättsligt samarbete rörande frihet, säkerhet och rättvisa. Hit hör bl.a. EU:s internationellt privat- och processrättsliga bestämmelser.

och processrätt har eller borde ha aktualiserats i rättstillämpningen. En massa märkligheter uppdagas i domstolarnas bedömningar. Ibland finns det dock även anledning att ge beröm. Såväl publicerade som icke-publicerade domar tas upp för att – om möjligt – ge en verklighetstrogen bild av läget.

2 Avgöranden från svenska domstolar

2.1 Tvist om äganderätt till en lägenhet i Rio de Janeiro

I Svea hovrätts avgörande *mål nr Ö 7097-14*¹³ hade kärandena väckt talan mot svarande vid en svensk tingsrätt med yrkande om att domstolen skulle fastställa att de genom avtal hade en dold samäganderätt till en lägenhet i Rio de Janeiro, Brasilien. Samtliga tvistande parter hade hemvist i Sverige, och de hade tidigare gjort affärsmässiga investeringar i lägenheter i Brasilien tillsammans. I målet uppkom frågan om svensk domsrätt förelåg.

Såväl tingsrätt som hovrätt fann utan närmare motivering att de interna forumreglerna i 10 kap. rättegångsbalken (RB) skulle tillämpas analogt. Eftersom parterna var oense i frågan om lägenheten var att betrakta som fast eller lös egendom blev den s.k. kvalifikationsfrågan central, dvs. under vilken juridisk kategori skulle kärandenas anspråk inordnas. Om tvisten gällde fast egendom saknades svensk domsrätt enligt (en analog tillämpning av) 10 kap. 10 § RB som föreskriver att i tvister om äganderätt till fast egendom har fastighetsorten exklusiv behörighet. Om anspråket däremot kvalificerades som obligationsrättsligt fanns svensk domsrätt enligt huvudregeln i 10 kap. 1 § RB som utpekar domstol på den ort där svaranden har hemvist.

Enligt tingsrätten skulle kvalifikationsfrågan lösas enligt svensk rätt.¹⁴ Eftersom lägenheten var inskrivningsbar och det gick att erhålla lagfart för den ansåg tingsrätten att det var fråga om en tvist om fast egendom.¹⁵ Då lägenheten fanns i Brasilien saknades svensk domsrätt enligt 10 kap. 10 § RB, och tingsrätten avvisade käromålet.¹⁶

¹³ Svea hovrätt, Protokoll den 21 januari 2015, mål nr Ö 7097-14.

¹⁴ Södertörns tingsrätt, Protokoll den 22 maj och 18 juni 2014, mål nr T 9860-12.

¹⁵ Det kan sättas ifråga om det verkligen är lagfart som avses, som ju är en nordisk konstruktion, eller om det är någon motsvarande konstruktion i brasiliansk rätt som åsyftas.

¹⁶ Bestämmelsen i 10 kap. 10 § RB speglar en internationellt erkänd princip om att fastighetslandet är bäst lämpad att avgöra frågor som gäller fast egendom inom dess ter-

Kvalifikationsfrågan skulle däremot enligt hovrätten avgöras enligt brasiliansk rätt, där egendomen var belägen. Då det emellertid saknades tillräckligt underlag för att avgöra om lägenheten utgjorde fast eller lös egendom enligt brasiliansk rätt gjorde hovrätten vad som förefaller vara en ny kvalifikation. Enligt hovrätten var syftet med kändenas talan att kunna rikta obligationsrättsliga anspråk mot svaranden i Sverige samt att reglera parternas inbördes förhållande, inte att få ett sakrättsligt skyddat anspråk som gällde i Brasilien.¹⁷ Därför kvalificerades anspråket som en tvist med ”tydlig obligationsrättslig prägel”, varför svensk domsrätt förelåg enligt 10 kap. 1 § RB. HD meddelade inte prövningstillstånd.¹⁸

Kvalifikation handlar om tolkning av internationellt privat- och processrättsliga regler.¹⁹ Frågan kan aktualiseras av en eller flera anledningar: A) dels för att sätta en ”rättslig etikett” på ett anspråk för att kunna orientera sig mellan olika regelverk (s.k. primär kvalifikation), B) dels för att kunna identifiera vilken – av flera internationellt privat- och processrättsliga bestämmelser – som är tillämplig (s.k. sekundär kvalifikation).²⁰ I doktrinen har kvalifikationsfrågan huvudsakligen uppmärksamats i en lagvalskontext, men den kan även uppkomma i domsräts- och erkännandesammanhang.

Hovrättens tankegång i kvalifikationsfrågan är svår att följa. Huvudregeln är att kvalifikation sker enligt forumlandet Sveriges juridiska språkbruk och synsätt (= kvalifikation *lex fori*), och inte enligt den andra berörda rättsordningens uppfattning (kvalifikation *lex causae*).²¹ Såvitt avser intern svensk rätt, har HD tidigare uttalat att dold äganderätt inte är en äganderätt i vanlig mening utan får anses utgöra ett obligationsrätts-

ritorium med hänsyn till ofta särpräglad lagstiftning och att utredning och bevisning bäst förebringas vid domstol i det land där den fasta egendomen är belägen. Jfr dock NJA 1985 s. 832.

¹⁷ Hovrätten konstaterade också att forumregeln i 10 kap. 10 § inte gjorde sig särskilt starkt gällande i det nu aktuella målet.

¹⁸ HD Ö mål nr 1558-15.

¹⁹ I motsats till vad som är fallet med materiellrättsliga regler är internationellt privat- och processrättsliga regler vidare och måste omfatta fler sakförhållanden än en materiellrättslig regel.

²⁰ Mer om kvalifikation Torsten Gihl, Den internationella privaträttens historia och allmänna principer, Norstedts 1951 s. 335–393.

²¹ Kvalifikation *lex causae* leder till en *circulus vitiosus*, eftersom domstolen identifierar den tillämpliga internationellt privat- eller processrättsliga bestämmelsen redan innan man vet vad anspråket gäller.

ligt anspråk mot den öppne ägaren.²² Dold sammanhänganderätt är en svensk konstruktion som saknar motsvarighet i många andra länder, och den får nog anses ha sin största betydelse på familjerättens område mellan makar och sambor.

Om tvisten däremot skulle aktualisera en tillämpning av EU-rätt måste kvalifikationen normalt ske EU-konformt (autonom kvalifikation), oavsett om det handlar om bedömning av domsrätt, lagval eller erkännande och verkställighet och oavsett hur man ser på tvistens karaktär i nationell rätt. Rättsliga begrepp inom EU-rätten har inte nödvändigtvis samma betydelse som i nationell rätt.²³ Tolkningen av EU-rätten ska vara autonom för att garantera att de rättigheter och skyldigheter som följer av den blir lika och enhetliga i medlemsstaterna. Annars finns en uppenbar risk för att rättsläget utvecklas olikartat vid unionsrättens tillämpning i EU-medlemsstaterna.

I detta fall är det ingen tvekan om att det handlar om en tvist på privaträttens område enligt EU-rätten.²⁴ Därför borde en tillämpning av EU:s Bryssel I-förordning nr 44/2001 (numera Bryssel I-förordningen nr 1215/2012) ha varit given.²⁵ Bryssel I-förordningen är nämligen tillämplig på privaträttens område på rättsliga förfaranden som inletts efter att Bryssel I-förordningen trädde ikraft den 1 mars 2002.

EU-domstolens stora avdelning har i målet *Owusu*²⁶ slagit fast företrädet för EU-reglerna i en situation där käranden och en av svarandena

²² Se NJA 1993 s. 324 och NJA 1984 s. 772. Svårigheten med den dolda samäganderättens karaktär har även lyfts fram av HD i avgörandet NJA 2013 s. 632. HD erinrade om att "[e]tt anspråk avseende dold samäganderätt i fast egendom är så till vida sakrättsligt att det inriktas på viss bestämd egendom, men obligationsrättsligt i den meningen att det inte åtnjuter skydd mot den öppne ägarens borgenärer, knappast heller mot dennes singulärsuccessorer. Sakrättsligt skydd uppkommer först sedan anspråket har manifesterats, antingen genom att det föreligger en lagakraftvägande dom på äganderätt eller genom att den dolde samägaren har satts in som ägare av den öppne ägaren".

²³ Det fick Sverige erfa i EU-domstolens dom mål C-435/06 "C", ECLI:EU:C:2007:714, där begreppen civilrättsliga frågor och föräldrans ansvar i Bryssel II-förordningen ovan not 2 ansågs omfatta offentligrättsliga åtgärder till skydd för barn.

²⁴ Se t.ex. mål C-29/76 LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG mot Eurocontrol, ECLI:EU:C:1976:137 och mål C-406/09 Realchemie Nederland BV mot Bayer CropScience AG, ECLI:EU:C:2011:668. Se även Lennart Pålsson, Bryssel I-förordningen jämte Bryssel- och Luganokonventionerna. Norstedts 2008 s. 57–62.

²⁵ Bryssel I-förordningen ovan not 1. Bryssel I-förordningen nr 1215/2012 ovan not 1 var inte tillämplig, eftersom den enligt art. 66 tillämpas på förfaranden som har inletts från och med den 10 januari 2015.

²⁶ Mål C-281/02 Andrew Owusu och N.B Jackson, som verkar under firman Villa Ho-

hade hemvist i samma EU-medlemsstat, fastän det i övrigt endast fanns anknytning till tredjeland då den i fallet omtvistade olyckan ägt rum där. EU-domstolen konstaterade att tillämpningen av EU:s domsrättsregler i Brysselkonventionen (numera Bryssel I-förordningen)²⁷ kräver att tvisten har någon utländsk anknytning. Denna anknytning behöver dock inte vara EU-intern i den bemärkelsen att flera EU-medlemsstater berörs. EU-domstolen gjorde klart att en tvist som angår en EU-medlemsstat och ett tredjeland också ska omfattas av EU:s domsrättsreglering, t.ex. på grund av att kändan och svaranden har hemvist i samma medlemsstat men de omtvistade omständigheterna har ägt rum i tredjeland.

Med *Owusu*-resonemanget i bakgrunden synes domstolarna i det nu aktuella fallet helt ha missat EU-regleringens avsedda dimension. I enlighet med principen om EU-rättens företrädare borde EU:s Bryssel I-förordning ha tillämpats i stället för en minst sagt dubiös tillämpning av inhemsk rätt.

Av EU-domstolens rättspraxis framgår att det är käromålets grund som avgör om det är fråga om en sakrätt i fast egendom eller ett obligationsrättsligt anspråk.²⁸ I detta fall kan förmodas att det också enligt en EU-konform tolkning handlar om ett obligationsrättsligt anspråk, eftersom käromålet är grundat på parternas avtal. En sådan tvist faller under huvudregeln i art. 2 (nu art. 4) om att behörighet tillkommer domstolar i den medlemsstat där svaranden har hemvist. Av EU-domstolens avgörande i det redan nämnda *Owusu*-fallet framgår att art. 2 har en tvingande karaktär och att en domstol som är behörig enligt bestämmelsen är skyldig att handlägga målet. Därmed skulle svensk domsrätt antagligen ha funnits också enligt Bryssel I-förordningen.

lidays Bal-Inn Villas, Mammee Bat Resorts Ltd, Mammee Bay Club Ltd, The Enchanted Garden Resorts & Spa Ltd, Consulting Services Ltd och Town & Country Resorts Ltd, ECLI:EU:C:2005:120. Målet är kommenterat av Lennart Pålsson, Nyare rättspraxis till Bryssel- och Luganokonventionerna samt Bryssel I-förordningen SvJT 2005 s. 1096–1098.

²⁷ Brysselinstrumenten ovan not 1.

²⁸ Se t.ex. mål C-115/88 Mario P.A. Reichert m.fl. mot Dresdner Bank, ECLI:EU:C:1990:3, mål C-294/92 George Lawrence Webb mot Lawrence Desmond Webb, ECLI:EU:C:1994:193 och mål C-518/99 Richard Gaillard mot Alaya Chekili, ECLI:EU:C:2001:209. Art. 22 ger dock bara exklusiv behörighet till den EU-medlemsstats domstol där den fasta egendomen är belägen. Oavsett utgången i kvalifikationsfrågan i det nu aktuella målet hade denna bestämmelse därför inte kunnat tillämpas.

2.2 Domsrätt när barnet flyttat till Bali

2.2.1 *NJA 2011 s. 499 – vårdnad*

NJA 2011 s. 499 gällde ett barn som tillsammans med modern i slutet av år 2009 hade flyttat från Sverige till Bali i Indonesien, där de fortfarande vistades.²⁹ Modern var sedan år 2008 ensam vårdnadshavare, och kunde härmed bestämma var barnet skulle bo. Fadern hade dock enligt ett lagakraftvunnet hovrättsavgörande rätt till umgänge med barnet. I januari 2010 väckte han talan mot modern med yrkande om att vårdnaden skulle överflyttas till honom. Modern yrkade att målet skulle avvisas, eftersom svensk domsrätt saknades.

Det var klarlagt att modern hade sålt sin bostad, avregistrerat sin firma och erhållit visum till Indonesien för ett år samt att barnets skolplats i Sverige sagts upp. Vidare var modern och barnet avregistrerade i den svenska folkbokföringen.

HD hade vid prövningen av svensk behörighet att ta ställning till om EU:s Bryssel II-förordningen³⁰ skulle tillämpas, trots att det i målet saknades anknytning till någon annan EU-medlemsstat än Sverige. HD konstaterade inledningsvis att Bryssel II-förordning reglerar behörighet för alla slags frågor om föräldraansvar i den EU-medlemsstat där barnet har hemvist vid tidpunkten då talan väcks.³¹ Det är först om ingen medlemsstats domstol är behörig enligt förordningen som den nationella domstolen kan falla tillbaka på interna domsrättsregler.³²

Enligt HD skulle därför frågan om svensk domsrätt i första hand prövas enligt bestämmelserna i Bryssel II-förordningen.³³ Enligt art. 8.1 ska domstolarna i en medlemsstat vara behöriga i mål om föräldraansvar för ett barn som har hemvist i den medlemsstaten vid den tidpunkt då talan väcks, dvs. när stämningsansökan ges in till domstolen enligt art. 16. Frå-

²⁹ Fallet har kommenterats av Maarit Jänterä-Jareborg, Karnov 2013/2014 Bryssel II-förordningen under art. 8 (footnot 19) s. 3640 och Michael Bogdan, Svensk och EU-domstolens rättspraxis i internationell privat- och processrätt 2011–2012, SvJT 2013 s. 941–942 och 945.

³⁰ Bryssel II-förordningen ovan not 2.

³¹ Se art. 8 i Bryssel II-förordningen ovan not 2.

³² Se art. 14 i Bryssel II-förordningen ovan not 2.

³³ HD tillade även att domsrättsreglerna i Bryssel II-förordningen rörande föräldraansvar går längre än vad som är nödvändigt för en samordning mellan EU-staterna genom hänvisningar till EU-rättslig doktrin: Maarit Jänterä-Jareborg, Harmonisering, samordning och ömsesidigt förtroende inom Europeiska unionen, SvJT 2005 s. 804 ff., på s. 826.

gan som HD hade att ta ställning till var barnets hemvist vid tidpunkten för stämningsansökan.

Eftersom Bryssel II-förordningen inte innehåller någon definition av hemvistbegreppet tog HD intryck av EU-domstolens avgöranden i målen *A*³⁴ och *Mercredi* mot *Chaffe*³⁵. Av dessa avgöranden framgår att hemvistbegreppet i art. 8.1 ska tolkas mot bakgrund av samtliga faktiska omständigheter i det enskilda fallet så att det motsvarar den plats där barnet är integrerat i socialt hänseende och i familjehänseende. Hänsyn ska tas till vistelsens varaktighet och regelbundenhet, förhållandena för vistelsen, skälen till vistelsen och skälen till att familjen flyttat, barnets nationalitet, platsen och förutsättningarna för skolgång, barnets språkkunskaper, familjeförhållanden och sociala band. En indikation på ett hemvistbyte kan enligt HD visa sig genom att familjen förvärvar eller hyr en bostad i landet. HD konstaterade också att vistelsen vanligtvis måste ha en viss varaktighet för att den ska anses tillräckligt stadigvarande, men att det framför allt har betydelse att vederbörande har önskat att etablera centrum för sina intressen i det nya landet.

På anförda skäl konstaterade HD att utredningen i målet gav vid handen att flytten varit planerad genom moderns åtgärder och avsedd att vara för överskådlig tid. Oaktat den korta tid som förflutit från flytten ansåg HD att barnet inte hade hemvist i Sverige i den mening som avses i art. 8 i Bryssel II-förordningen, inte heller fanns domsrätt på någon annan grund i förordningen. Därför kunde svensk domstol grunda behörighet på nationell rätt enligt art. 14 i Bryssel II-förordningen. HD kom dock fram till att det inte fanns någon på situationen tillämplig nationell behörighetsregel som skulle ge svensk domstol behörighet, varför målet avvisades.³⁶

³⁴ Mål C-523/07 "A", ECLI:EU:C:2009:225. Fallet har kommenterats av Maarit Jänterä-Jareborg, Karnov 2014/2015 Bryssel II-förordningen under art. 8 (footnot 19) s. 3688 och Michael Bogdan, EG/EU-domstolens och svensk rättspraxis i internationell privat- och processrätt 2009–2010, SvJT 2011 s. 876–877.

³⁵ Mål C-497/10 *Mercredi* mot *Chaffe*, ECLI:EU:C:2010:829. Fallet har kommenterats av Maarit Jänterä-Jareborg ovan not 34 s. 3688 och Michael Bogdan ovan not 34 s. 877–878.

³⁶ För svenskt vidkommande handlar det om praxisskapade behörighetsregler, se t.ex. NJA 1999 s. 166. Svensk domsrätt föreligger traditionellt i vårdnadsmål när barnet har svenskt hemvist, i vissa fall också när barnet vistas här eller på grund av vårdnadshavarens svenska hemvist. Se Lennart Pålsson, Svensk rättspraxis i internationell familje- och arvsrätt, 2:a uppl., Norstedts 2006 s. 122–131.

HD:s avgörande är ett välkommet bidrag av flera anledningar. Av domskälen framgår klart och tydligt unionsrättens företrädare framför nationell rätt, och HD förklarar att EU-rätten inte är begränsad till EU-interna förhållanden utan kan göra anspråk på tillämplighet så snart det finns en internationell anknytning.³⁷ Det enda som krävs för dess tillämplighet kan vara att frågan om domsrätt uppkommit i en EU-medlemsstat. Domen ger såtillvida uttryck för *Owusu*-doktrinen (ovan avsnitt 2.1), låt vara på området för föräldraansvar – närmare bestämt vårdnad. Vidare är HD:s ställningstagande i fråga om barnets hemvist helt i linje med det autonoma hemvistbegrepp som EU-domstolen har börjat utveckla i sin rättspraxis.³⁸

2.2.2 *NJA 2011 s. 507 – umgänge*

I *NJA 2011 s. 507* var parterna desamma som i *NJA 2011 s. 499*.³⁹ Fadern ansökte om verkställighet av hovrättens avgörande som gav honom umgängesrätt enligt 21 kap. föräldrabalken (FB), och yrkade att modern skulle föreläggas att vid vite överlämna barnet till honom för umgänge. Modern yrkade att ansökan skulle avvisas då svensk domsrätt saknades.

Frågan blev återigen om svensk domsrätt i det här fallet, s.k. svensk exekutionsbehörighet, förelåg trots att barnet och modern hade hemvist utomlands. Underinstanserna ansåg inte att det fanns behörighet och avvisade ansökan. HD kom däremot till en annan slutsats.

HD konstaterade att när det gäller en svensk dom om umgänge måste utgångspunkten vara att det finns svensk exekutionsbehörighet med hänsyn till barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Enligt HD fanns inte några hinder från folkrättslig synpunkt att förelägga en förälder som flyttat utomlands att vid äventyr av vite överlämna ett barn för umgänge. HD påpekade att ett vitesföreläggande kan ha effekt

³⁷ Annat följer av Bryssel II-förordningen när det gäller olovligt bortförda barn. Av art. 10 framgår att då måste det finnas en koppling mellan två EU-medlemsstater för att domsrätsregeln ska kunna tillämpas.

³⁸ Här kan tilläggas att avgörandet även bekräftar tidigare svensk rättspraxis där det framgår att det inte är tillräckligt för svensk domsrätt att den av föräldrarna som inte har vårdnaden om barnet har hemvist här, se t.ex. *NJA 1993 s. 65*.

³⁹ Fallet har kommenterats av Maarit Jänterä-Jareborg, *Karnov 2013/2014 Bryssel II-förordningen under art. 8 (footnot 19) s. 3640* och Michael Bogdan, *Svensk och EU-domstolens rättspraxis i internationell privat- och processrätt 2011–2012, SvJT 2013 s. 980–981*.

även mot en förälder bosatt utomlands. Huruvida ett föreläggande utgör ett effektivt påtryckningsmedel eller om det finns skäl som talar emot ett sådant kunde enligt HD först avgöras sedan motparten beretts tillfälle att yttra sig.⁴⁰ Framgår det dock redan av ansökan att ett vitesföreläggande inte kommer att fungera som ett effektivt påtryckningsmedel och det saknas förutsättningar för verkställighet finns inte svensk exekutionsbehörighet. I den delen anförde HD, med hänvisning till RÅ 1997 ref. 58, att om t.ex. vårdnadsföräldern helt saknar anknytning till Sverige bör svensk exekutionsbehörighet vara utesluten. I det nu aktuella fallet stod det klart att modern inte helt saknade anknytning till Sverige. Svensk domstol var därför behörig att handlägga faderns verkställighetsansökan.

HD tycks således, i enlighet med plenimålet RÅ 1997 ref. 58, ha menat att det krävs en anknytning till Sverige för att det ska föreligga en behörighet för svensk domstol att förordna om verkställighet enligt 21 kap. föräldrabalken (FB). Det kan diskuteras om några krav på anknytning till Sverige alls bör uppställas i dessa sammanhang. Vissa anknytningar, såsom t.ex. svenskt medborgarskap, torde vara helt betydelselösa för om ett vitesföreläggande får effekt eller inte. Om nu krav på anknytning till Sverige ska uppställas bör det handla om anknytningar av sådant slag som inverkar på utsikterna att få vitesförelägandet att fungera som ett verksamt påtryckningsmedel och som kan verkställas, t.ex. därför det finns inkomst eller pension i Sverige.⁴¹ Av referatet framgår dock inte vilka anknytningar modern hade till Sverige. Avgörandet bekräftar därtill att svensk domsrätt och svensk exekutionsbehörighet inte nödvändigtvis sammanfaller.

2.3 Skilsmässobehörighet rörande makar i Florida

RH 2010:52 gällde två makar som var svenska medborgare, men som hade hemvist i Florida i USA.⁴² Mannen ansökte vid svensk domstol om äktenskapsskillnad utan betänketid, eftersom det inte fanns några barn under 16 år i äktenskapet. Kort därefter väckte hustrun talan med yrkande om äktenskapsskillnad vid amerikansk domstol. Hon bestred den

⁴⁰ Således ska den frågan utgöra en del av saken och inte prövas som en fråga om rättegångshinder.

⁴¹ Så Lennart Pålsson, Svensk rättspraxis. Internationell privat- och processrätt 1996–2000, SvJT 2001 s. 785.

⁴² Fallet har kommenterats av Maarit Jänterä-Jareborg, Karnov 2014/2015 under IÄL 3 kap. 2 § (fotnot 14) s. 389.

anhängiggjorda ansökan vid svensk domstol och begärde i andra hand att svensk domstol skulle förordna om betänketid.

Tingsrätten fann att svensk domstol är behörig att ta upp frågan om äktenskapsskillnad mellan makarna enligt 3 kap. 2 § i lagen (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap (IÄL). Av hovrättens domskäl framgår inte alls på vilken grund svensk behörighet förelåg, utan målet i hovrätten kom att handla om huruvida yrkandet om äktenskapsskillnad skulle föregås av betänketid eller inte.⁴³

I målet förbisågs av allt att döma betydelsen av EU:s Bryssel II-förordning som även omfattar äktenskapsmål.⁴⁴ Förordningen tycks inte ha uppmärksamrats vare sig av parterna eller av domstolarna i målet. Eftersom frågan om upplösning av äktenskapets bestånd uppkom vid domstol i EU-medlemsstaten Sverige, borde Bryssel II-förordningen ha aktualiserats i linje med EU-domstolens avgörande i målet *Sundelind Lopez*.⁴⁵ Där fann EU-domstolen att om någon domstol i en medlemsstat är behörig att pröva ett äktenskapsmål enligt art. 3 i Bryssel II-förordningen kan en nationell domstol inte grunda sin behörighet att pröva denna talan på bestämmelser i sin nationella rättsordning med stöd av art. 7.1 i förordningen.

Utgången i behörighetsfrågan hade blivit densamma med tillämpning av Bryssel II-förordningen. Av art. 3.b följer nämligen att behörighet att ta upp frågor om äktenskapsskillnad tillkommer domstol i den medlemsstat i vilken båda makarna är medborgare, dvs. Sverige.

Avgörandet ger uttryck för en prioritering av nationella domsrättsregler. På oklara grunder använder den svenska domstolen inhemsk internationell privat- och processrätt i stället för att synliggöra EU-rätten i rättskipningen och i skälen uttala varför eller varför inte denna ska tillämpas. Principen om EU-rättens företräde synes lätt bli bortglömd.

⁴³ Avgörande för frågan om betänketid skulle löpa var makans processuella inställning i det svenska målet, varför någon prövning av makans faktiska uppfattning avseende äktenskapsskillnadsfrågan inte gjordes. Således hade maken rätt till äktenskapsskillnad endast efter betänketid.

⁴⁴ Bryssel II-förordningen ovan not 2.

⁴⁵ Mål C-68/07 Kerstin Sundelind Lopez mot Miguel Enriques Lopez Lizazo, ECLI:EU:C:2007:740.

2.4 Återvinning från Norge och Saint Kitts och Nevis?

I *NJA 2013 s. 22* och *NJA 2013 s. 31* fick HD ta ställning till svensk domsrätt i återvinningstvister med anledning av svensk huvudkonkurs.⁴⁶ I *NJA 2013 s. 22* väckte konkursboet en återvinningstalan om betalning mot ett norskt bolag. *NJA 2013 s. 31* gällde en återvinningstalan avseende patent och patentansökningar från ett bolag i Saint Kitts och Nevis.

Frågan i de båda målen var om art. 3.1 i EU:s insolvensförordning⁴⁷ kunde grunda svensk domsrätt. Av bestämmelsen framgår att domstolarna i den medlemsstat där gäldenärens huvudsakliga intressen finns, har behörighet att inleda ett insolvensförfarande. Bestämmelsen gäller förvisso behörigheten att inleda ett huvudinsolvensförfarande men EU-domstolen har, såsom också konstaterades av HD i de nu aktuella målen, i saken *Seagon*⁴⁸ tolkats så att huvudkonkurslandet också har behörighet att ta upp en återvinningstalan riktad mot en svarande med säte i en EU-medlemsstat.

Eftersom ingen av svarandena i återvinningstvisterna hade hemvist i en EU-medlemsstat fann HD att art. 3.1 i insolvensförordningen inte var tillämplig. Domsrättsfrågan kunde enligt HD inte heller avgöras med analog tillämpning av forumreglerna i 10 kap. RB. I båda fallen ansågs ändå svensk domsrätt föreligga men på grunder som förblir oklara. I ingetdera av referaten framgår vilken behörighetsregel och anknytning till Sverige som HD grundade den svenska domsrätten på, vilket i sig kan anses anmärkningsvärt. I *NJA 2013 s. 22* förde HD ett allmänt effektivitetsresonemang utifrån någon slags ömsesidighetsprincip för att motivera den svenska domsrätten.

”Norge är en del av EU:s inre marknad genom EES-avtalet. I förhållande mellan Sverige och Norge gäller överenskommelser som i princip innebär att nationella domsrättsregler respekteras och att domar från ett land erkänns och är verkställbara i det andra landet. Återvinningstalan ska prövas enligt svensk lag. En bedömning som innebär att det är mest effektivt att återvinningstalan prövas vid svensk domstol ligger i linje med skälen bakom

⁴⁶ Fallen har även kommenterats av Michael Bogdan, Svensk och EU-domstolens rättspraxis i internationell privat- och processrätt 2013–2014, SvJT 2015 s. 618–619.

⁴⁷ Insolvensförordningen ovan not 5.

⁴⁸ Mål C-339/07 Christopher Seagon mot Deko Marty Belgium NV., ECLI:EU:C:2009:83.

insolvensförordningens reglering. Under dessa förhållanden bör svensk domstol anses behörig att ta upp återvinningstalan till prövning.”⁴⁹

I *NJA 2013 s. 31* angav HD att ”[f]öremålet för återvinning är en rättshandling och inte den av rättshandlingen berörda egendomen som sådan”. Eftersom överlåtelsen av patenten och patentansökningarna enligt HD var att betrakta som en rättshandling förelåg svensk domsrätt. I målet beaktades inte huruvida en svensk dom skulle kunna verkställas i Saint Kitt och Nevis. Det är mycket tveksamt om en svensk dom överhuvudtaget skulle godtas och ges någon som helst verkan i Saint Kitts och Nevis. Om ingen exekution kan vinnas i Saint Kitts och Nevis utgör domen ett ringa påtryckningsmedel och är inte till glädje för någon. Jag återkommer strax nedan till denna av HD ”bortglömda” aspekt av problematiken.

Mot bakgrund av EU-domstolens avgörande i målet *Schmid* mot *Hertel*⁵⁰ förefaller HD ha missuppfattat art. 3.1 i insolvensförordningen. I det målet hade en konkursförvaltare i ett tyskt huvudinsolvensförfarande väckt en återvinningstalan mot en svarande med hemvist i Schweiz med yrkande om återbetalning av vissa belopp. Frågan som EU-domstolen hade att ta ställning till var huruvida art. 3.1 i insolvensförordningen kunde grunda behörighet i en återvinningstalan mot en svarande med hemvist eller säte i ett tredjeland.

EU-domstolen framhöll att ändamålen med art. 3.1 i insolvensförordningen – att effektivt främja förutsebarhet och därmed rättssäkerhet samt att undvika forum shopping – talade för att bestämmelsen kunde inbegripa inte bara förhållandena mellan medlemsstaterna utan varje gränsöverskridande situation. EU-domstolen påpekade att den omständigheten att *Seagon*-domen begränsade sig till förfaranden som inleddes mot en svarande med hemvist i en medlemsstat inte kunde leda till slutsatsen att behörighet är utesluten när svaranden har hemvist i tredjeland. Således skulle art. 3.1 tolkas så att domstolar i den medlemsstat där insolvensförfarandet har inletts har behörighet att pröva en återvinningstalan som grundas på gäldenärens insolvens och som riktar sig mot en svarande hemmahörande i tredjeland.

EU-domstolens avgörande kan sägas ge uttryck för *Owusu*-doktrinen på delar av det insolvensrättsliga området: europeiska behörighetsregler kan vara tillämpliga också i förhållande till svarande med hemvist eller

⁴⁹ *NJA 2013 s. 22.*

⁵⁰ Mål C-328/12 *Ralph Schmid* mot *Lilly Hertel*, ECLI:EU:C:2014:6.

säte i tredjeland. I ljuset av EU-domstolens avgöranden i målen *Owusu*⁵¹, *Sundelind Lopez*⁵² och *Schmid mot Hertel*⁵³ samt att underhållsförordningen⁵⁴ och arvsförordningen⁵⁵ innehåller regler som helt och hållet ersätter inhemska regler så går den europeiska rättsutvecklingen i riktning mot behörighetsregler som gäller i samtliga utlandsanknutna situationer.⁵⁶ Expansionen av EU:s domsrätt kan säkert upplevas som "irriterande" ur tredjelands perspektiv, eftersom det sker på bekostnad av tredjelandssvarande som i strid mot huvudregeln om svarandens hemvist måste föra sin talan inför en främmande domstol.

Det förtjänar att understrykas att EU-domstolen i målet *Schmid mot Hertel*⁵⁷ noterade kopplingen mellan domsrätt- och erkännandefrågor. EU-domstolen fann dock att den omständigheten att en dom som meddelats i en EU-medlemsstat kanske inte kan erkännas och verkställas i ett tredjeland inte är relevant för domsrätsbedömningen.⁵⁸ Enligt EU-domstolen hindras inte "europeisk" domsrätt av att avgöranden inte kan erkännas och verkställas i tredjeländer. Trots att insolvensförordningens erkännande- och verkställighetsregler inte kunde tillämpas, ansåg EU-domstolen att det kan finnas en möjlighet att få en dom erkänd och verkställd i tredjeland med stöd i en bilateral konvention. Alternativ kan svaranden ha tillgångar inom unionen som kan tas i anspråk för exekution, konstaterade EU-domstolen.

Att vid domsrätsbedömningen inte ta hänsyn till förutsättningarna att få en dom verkställd i tredjeland anser jag inte vara självklar. Behörighetsfrågan bör rimligen ställas emot möjligheterna till exekution. Det kan annars framstå som slöseri med skattebetalarnas pengar att föra och

⁵¹ *Owusu* ovan not 26.

⁵² *Sundelind Lopez* ovan not 45.

⁵³ *Schmid mot Hertel* ovan not 50.

⁵⁴ Underhållsförordningen ovan not 6.

⁵⁵ Arvsförordningen ovan not 7.

⁵⁶ Om utvecklingen mot universella internationellt privat- och processrättsliga regler inom EU, se Marc Fallon och Thalia Kruger, *The Spatial Scope of the EU's Rules on Jurisdiction and Enforcement of Judgements: From Bilateral Modus to Unilateral Universality?*, *Yearbook of Private International Law*. Vol. XIV 2012/2013 s. 1–50.

⁵⁷ *Schmid mot Hertel* ovan not 50.

⁵⁸ Jfr mål C-514/10 *Wolf Naturprodukte GmbH mot SEWAR spol. s r.o.*, ECLI:EU:C:2012:367. I målet konstaterade EU-domstolen att det finns en nära anknytning mellan behörighetsreglerna samt erkännande- och verkställighetsreglerna i Bryssel I-förordningen nr 44/2001. Dessa regler utgör inte enligt domstolen "avgränsade och fristående regelsamlingar, utan är nära förbundna med varandra".

handlägga tvister som mynnar ut i avgöranden som inte kan verkställas. Ska EU – på samma sätt som de svenska domstolarna i målen ovan – belasta våra redan måltyngha domstolar med gränsöverskridande tvister som leder till avgöranden som vid behov inte säkert kan verkställas? Här kan också antecknas att det traditionellt har funnits ett tydligt samband mellan domsrätt och verkställighet inom den internationella privat- och processrätten.⁵⁹

2.5 Den tyska hjullastaren – vilse mellan olika lagvalsregleringar

2.5.1 *En uppdelning av avtalet under olika regelverk?*

I *mål nr T 51-12*⁶⁰ hade Umeå tingsrätt att ta ställning till en skenbart helt ordinär gränsöverskridande tvist. E, med hemvist i Umeå, hade förvärvat en begagnad hjullastare för drygt 600 000 kronor av P, ett tyskt bolag med säte i Tyskland. Eftersom E ansåg att hjullastaren var behäftad med fel väckte han talan mot P vid tingsrätt med yrkande om ersättning. P bestred käromålet. Genom mellandom hade rätten att avgöra om svensk eller tysk rätt skulle tillämpas på parternas avtal.

Den på avtalet tillämpliga lagen (avtalsstatutet) bestämmer bl.a. frågor om kontraktsbrott föreligger och vilka påföljder som i så fall står till buds.⁶¹ Tingsrätten fann att tvisten gällde såväl avtalsrättsliga som köprättsliga frågeställningar. På de avtalsrättsliga frågorna fann rätten att lagvalsreglerna i den s.k. Romkonventionen⁶² från EU skulle tillämpas, med följderna att tysk rätt utpekades. På de köprättsliga frågeställningar skulle i stället tillämpas lagvalsreglerna i lag (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker (IKL)⁶³, som grundar sig på en av Sverige ratificerad konvention antagen vid Haagkonferensen

⁵⁹ Se Maarit Jänträ-Jareborg, *Svensk domstol och utländsk rätt*. Iustus Förlag 1997 s. 31–34.

⁶⁰ Umeå tingsrätts dom den 27 februari 2013, mål nr T 51-12.

⁶¹ Se art. 10 i Romkonventionen och art. 12 i Rom I-förordningen ovan not 3.

⁶² Romkonventionen gällde vid den aktuella tiden i enlighet med lagen (1998:167) om tillämplig lag för avtalsförpliktelser som lag här i riket. Rom I-förordningen kunde inte tillämpas på grund av att avtalet hade ingåtts innan Rom I-förordningen hade börjat tillämpas den 18 december 2009. Se Rominstrumenten ovan not 3.

⁶³ För svenskt vidkommande genomför IKL 1955 års Haagkonvention om tillämplig lag för avtalsförpliktelser. Konventionen finns tillgänglig på Haagkonferensens hemsida www.hcch.net.

för internationell privaträtt. Följden i denna del blev en tillämpning av svensk rätt.

Efter överklagande av mellandomen hade Hovrätten för övre Norrland i *mål nr 318-13*⁶⁴ att ta ställning till om en sådan uppdelning var ändamålsenlig eller om samma avtalsstatut skulle tillämpas på hela tvisten. Rätten konstaterade inledningsvis att IKL inte medger en klyvning av avtalet, dvs. att avtalet styckas upp i delar som lyder under olika länders lagar. Däremot finns en sådan begränsad möjlighet till s.k. *dépeçage* enligt art. 4.1 i Romkonventionen i den utsträckning tillämplig lag inte har valts.⁶⁵ Hovrätten fann, med hänvisning till EU-domstolens avgörande i målet *ICF*⁶⁶, att en del av ett avtal kan vara underkastat en annan lag än den som tillämpas på avtalet i övrigt endast om den delen har ett självständigt syfte och är självständig i förhållande till avtalet i övrigt. Som påpekades i hovrättens skäl bör möjligheten att klyva avtalet i flera delar som lyder under olika länders lagar tillämpas mycket restriktivt och bara när det är ändamålsenligt. I det aktuella fallet konstaterade rätten att avtalet gäller en enda hjullastare. Samma rättsordning skulle därför tillämpas på hela avtalet, eftersom de köprättsliga och avtalsrättsliga delarna inte var tillräckligt självständiga i förhållande till varandra för att en klyvning skulle vara lämplig. Hovrätten påminde vidare om att Romkonventionen enligt art. 21 lämnar företräde för lagvalsregler som finns i andra internationella instrument som konventionsstaterna tillträtt eller kommer att tillträda.⁶⁷ För svenskt vidkommande handlade det om de Haagkonventionsgrundade lagvalsreglerna i IKL. Således skulle IKL avgöra lagvalsfrågan framför Romkonventionen.

Vid hovrätten hade parterna emellertid förklarat sig överens om att 1980 års FN-konvention angående avtal om internationella köp av varor (CISG)⁶⁸ skulle tillämpas på den köprättsliga delen av avtalet. Eftersom

⁶⁴ Hovrätten för övre Norrlands dom den 5 november 2013, mål nr T 318-13.

⁶⁵ I Rom I-förordningen ovan not 3 har nu denna möjlighet tagits bort, se art. 4 och förordningens ingresspunkter 19–21.

⁶⁶ Mål C-133/08 Intercontainer Interfrigo SC (ICF) mot Balkenende Oosthuizen BV och MIC Operations BV, ECLI:EU:C:2009:617. Fallet har kommenterats av Marie Linton, Romkonventionen och befraktningsavtal – ett första rättsfall, JT 2010–2011 s. 130–140.

⁶⁷ Rom I-förordningen ovan not 3 är i detta avseende snävare och omfattar enligt art. 25 bara internationella konventioner som medlemsstaterna redan har tillträtt när förordningen antas.

⁶⁸ Delar av konventionen har genomförts i lag (1987:822) om internationella köp.

3 § IKL tillåter att köparen och säljaren kommer överens om att lagen i ett visst land ska tillämpas, skulle CISG tillämpas på hela avtalet enligt hovrätten. I denna del förefaller hovrätten alltså indirekt ha klargjort kvalifikationsfrågan till ett köprättsligt anspråk.

2.5.2 Frågeställningar

Målet är intressant av flera skäl. Det illustrerar betydelsen av den internationella privat- och processrättens allmänna del och hur vilse en nationell domstol kan finna sig i valet mellan olika instrument. Hur hanteras kvalifikationsfrågan i EU-rättsliga sammanhang vid svenska domstolar? Hur långt sträcker sig parternas avtalsfrihet i lagvalsfrågan? Lagvalsfrihet (partsautonomi) avser normalt parternas/partens val av rättsordning. Kan den plötsligt "reduceras" till frågan om tillämplig reglering, låt vara av särskild art såsom CISG? Målet illustrerar även olägenheter med att "navigera" mellan olika regelverk som till synes innehåller överlappande regler.

För det första kan anmärkas att tingsrätten har löst kvalifikationsfrågan på ett, enligt min mening, egendomligt sätt genom att göra en distinktion mellan avtals- och köprättsliga frågor. Köp brukar ju annars ses som en form av avtal. Av referatet framgår inte klart vari det avtalsrättsliga yrkandet bestod. E hade inte ifrågasatt avtalets giltighet, utan enbart om P:s avtalsvillkor utgjorde en del av avtalet. Dylika frågor avgörs normalt av avtalsstatutet. Att klyva avtalet kan som hovrätten konstaterade bara göras i undantagsfall, t.ex. i komplexa avtal som är sammansatta av två eller flera typer av avtal och där olika avtalsdelar är klart urskiljbara. En klyvning av avtalet får dock aldrig ske på sådant vis att parternas rättigheter och skyldigheter underkastas olika rättsordningar.⁶⁹ I förevarande fall handlade tvisten helt enkelt om ett påstått fel vid köp av vara vilket måste kvalificeras som en köprättslig tvist.

För det andra aktualiserade tvisten tre olika instrument: EU:s Romkonvention, IKL och CISG. Romkonventionen och IKL innehåller lagvalsregler, medan CISG innehåller materiella regler angående internationella köp. Huvudregeln i IKL, Romkonventionen och, numera, även Rom I-förordningen är att partsviljan avgör valet av tillämplig rättsordning. Enligt 3 § IKL äger köparen och säljaren genom uttrycklig bestämmelse överenskomma att lagen i ett visst land ska tillämpas. Av art. 3.1 i

⁶⁹ Se Marie Linton ovan not 66 s. 137.

Romkonventionen och Rom I-förordningen framgår att den lag som parterna har valt ska tillämpas. Vad innebär lag i dessa sammanhang? Innebär det att parterna bara kan välja rättsordningen i ett land eller innebär det att parterna även kan välja internationell rätt i form av konventioner, *lex mercatoria*, osv.? Denna fråga förbigick hovrätten med tystnad.

Av 3 § IKL framgår uttryckligen att bara rättsordningen i ett land kan väljas. Saken är mindre klar enligt art. 3 i Romkonventionen. I internationell privat- och processrätt har dock det etablerade svaret varit att parternas avtalsfrihet bara omfattar val av en rättordning i en stat. Av art. 3 i Rom I-förordningen framgår att den inte tillåter andra lagvalsavtal än till nationella rättsordningar.⁷⁰ Den traditionella uppfattningen befästs härmed.⁷¹

Å andra sidan gör CISG-systematiken att detta inte är alldeles givet. Av art. 1 i CISG framgår nämligen att ”konventionen är tillämplig på avtal om köp av varor mellan parter, vilkas affärsställen är belägna i skilda stater: a) när dessa stater är fördragsslutande stater; eller b) när internationellt privaträttsliga regler leder till att lagen i en fördragsslutande stat skall tillämpas”.⁷²

Av processekonomiska skäl och med hänsyn till att tysk rätt i detta fall var den objektivt tillämpliga lagen enligt 4 § IKL så är det svårt att inte sympatisera med hovrättens dom. Tysk rätt sammanföll nämligen i detta fall med CISG, i och med att Tyskland är en till CISG fördragsslutande stat. Den materiella lösningen av tvisten skulle alltså, såsom hovrätten också konstaterade, sökas i CISG.

2.6 BMW och Saab – får parterna bestämma reglers innehåll?

Svea hovrätts avgörande i *mål nr T 1246-14*⁷³ reser ett internationellt processrättsligt problem som kommit i skymundan i EU-rättsliga sammanhang, nämligen parternas rätt att avtala om innehållet i en främ-

⁷⁰ Se ingresspunkterna 13 och 14 i Rom I-förordningen ovan not 3. Se även Halfmeier i Calliess (Ed.), *Rome Regulations*. Wolters Kluwer 2011 s. 374.

⁷¹ Däremot godtar Rom I-förordningen ovan not 3 enligt ingresspunkt 13 s.k. materiellt rättsliga partshänvisningar, där parterna i sitt avtal hänvisar till en annan lag än en stats lag eller till en internationell konvention.

⁷² Det handlar här om en internationellt privaträttslig gränsdragningsregel som talar om i vilka situationer den är tillämplig.

⁷³ Svea hovrätts dom den 3 mars 2015, mål nr T 1246-14.

mande rätt.⁷⁴ Målet angick ett avtal ingånget år 2010 mellan det tyska bolaget BMW och svenska Saab (moderbolaget), sedermera i konkurs. Tvisten i målet gällde om även ett Saab-dotterbolag var part i avtalet och därför skyldigt att betala vissa belopp för leveranser av reservdelar.

Frågan om vilken rättsordning som skulle tillämpas berördes inte i hovrättens skäl. Tingsrätten uttalade dock följande.

”Enligt punkt 20.1 i PSDA [avtalet] är tysk rätt tillämplig. Parterna har emellertid förklarat att tysk rätt inte avviker från den svenska i något hänseende som är av betydelse i målet och att svensk rätt ska tillämpas (jfr NJA 1988 s. 440).”⁷⁵

Denna anteckning tycks innebära att parterna på ett för domstolen bindande sätt kan avtala om innehållet i den utländska tyska lagen. Det kan ifrågasättas om dylika partsöverenskommelser kan accepteras i en EU-rättslig kontext. Ty här gör sig grundläggande EU-rättsliga principer gällande.

EU:s internationella privat- och processrätt bygger på principen om ömsesidigt förtroende, dvs. antaganden om likvärdighet⁷⁶ och om att samtliga domstolar och andra myndigheter i medlemsstaterna har legitimitet och kompetens att tillämpa unionsrätten.⁷⁷ Ömsesidigt förtroende kan fungera till fullo endast om den utländska rätten accepteras eller öm-

⁷⁴ Se Maarit Jänterä-Jareborg, *Svensk domstol och utländsk rätt*. Iustus Förlag 1997 s. 311–314.

⁷⁵ Nyköpings tingsrätts dom den 15 januari 2015, mål nr T 2219-12. I 1988 års fall angav HD att ”[a]v konossementen framgår att italiensk rätt är tillämplig på den aktuella transporten. I målet har inte förekommit någonting som föranleder till antagande, att den italienska rätten skulle avvika från den svenska i något hänseende som nu är av betydelse”.

⁷⁶ Av likvärdighetsprincipen följer att nationell rätt ska ge alla rättsliga förfaranden som stödjer sig på EU-rätt en processrättslig handläggning som är minst lika gynnsam som den handläggning som stadgas för motsvarande förfarande som baserar sig på den nationella rätten: Förslag till avgörande av generaladvokat M. Poiares Maduro föredraget den 9 juli 2009 i mål C-118/08 *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, SAL mot *Administración del Estado*, ECLI:EU:C:2009:437. Mer om EU:s likvärdighetsprincip, se Carl Fredrik Bergström och Jörgen Hettne, *Introduktion till EU-rätten*. Studentlitteratur 2014 s. 426.

⁷⁷ Om ömsesidigt förtroende, se R. 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. 370.

sesidigt erkänns i en annan stat. Principen om ömsesidigt erkännande har ett nära samband med å ena sidan den EU-rättsliga lojalitetsprincipen⁷⁸ och å andra sidan den internationellt privaträttsliga lojala tillämpningens princip som förutsätter att utländsk rätt tillämpas ”ursprungskonformt”, dvs. den svenska domstolen bör tolka och tillämpa utländsk rätt som den tolkas och tillämpas i ursprungsmedlemsstaten.⁷⁹

I svensk rätt disponerar inte parterna över svenska rättsreglers innehåll, inte ens i dispositiva mål.⁸⁰ Varför ska det då vara möjligt när det gäller utländsk rätt? Under förutsättning att samtliga medlemsstaters rättsordningar och rättssystem är ekvivalenta så måste väl utländsk rätt vara ”rätt” och inte en faktisk omständighet som parterna samstämmt disponerar över.⁸¹ En öppenhet för legitimiteten hos andra medlemsstaters rättsregler bör därför leda till att partsöverenskommelser om innehållet i utländsk rätt inte kan godtas, i vart fall inte om reglerna har sitt ursprung i en EU-stat.⁸²

2.7 Svenska avtal i utlandet

I *mål T 4472-10*⁸³ vid Hovrätten för Västra Sverige påstod genkärande C att gensvarande B hade åtagit sig att omfördela aktier i ett thailändskt bolag genom ett uppdragsavtal.⁸⁴ B hade emellertid enligt C inte utfört

⁷⁸ Se art. 4.3 i Fördraget om Europeiska Unionen (FEUF): ”Enligt principen om lojalt samarbete ska unionen och medlemsstaterna respektera och bistå varandra när de fullgör de uppgifter som följer av fördragen. Medlemsstaterna ska vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av fördragen eller av unionens institutioners akter. Medlemsstaterna ska hjälpa unionen att fullgöra sina uppgifter, och de ska avstå från varje åtgärd som kan äventyra fullgörandet av unionens mål.” Om lojalitetsprincipen, se Marcus Klemert, *The Principle of Loyalty in EU Law*. Oxford University Press OUP 2014 s. 22–23.

⁷⁹ Om den lojala tillämpningens princip, se Maarit Jänträ-Jareborg, *Foreign Law in National Courts. A Comparative Perspective*, Offprint from *Recueil des Cours*, Vol 304 (2003), Martinus Nijhoff Publishers 2004 s. 230–235.

⁸⁰ Se Maarit Jänträ-Jareborg ovan not 74 s. 311–314.

⁸¹ Se närmare Maarit Jänträ-Jareborg ovan not 74 s. 311–314 och Michael Bogdan, *Svensk internationell privat- och processrätt*. 8:e uppl., Norstedts 2014 s. 42–45.

⁸² Se även Alex Mills, *The Confluence of Public and Private International Law. Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*. Cambridge University Press 2009 s. 14–16.

⁸³ Hovrätten för västra Sveriges dom den 17 juni 2011, mål nr T 4472-10.

⁸⁴ I mål T 13277-07, dom den 4 september 2009, hade Göteborgs tingsrätt att ta ställning till huvudkrömet där B hade yrkat att C till honom skulle betala ett visst belopp

uppdraget och därför ådragit sig skadeståndsskyldighet. B gjorde gällande att han inte hade något uppdrag. Enligt C skulle den svenska rättsordningen tillämpas, medan B ansåg att thailändsk lag skulle tillämpas eller i vart fall att hänsyn skulle tas till thailändsk rätt när det gällde fullgörelsen. Samtliga parter hade vid tidpunkten hemvist i Sverige.

Fråga var därför vilket lands lag som var tillämplig på frågorna om uppdragsavtalets förekomst, giltighet och innehåll. Hovrätten anslöt sig i allt väsentligt till tingsrättens bedömning.⁸⁵ I en mellandom hade tingsrätten funnit att Romkonventionen var tillämplig, eftersom avtalet ingåtts före den 17 december 2009⁸⁶, och att art. 8 i konventionen anger att förekomsten och giltigheten av ett avtal avgörs enligt den lag som skulle tillämpas om avtalet var giltigt. Domstolarna fastställde tillämplig lag i enlighet med art. 4 i Romkonventionen, och fann att enligt art. 4.1 ska ett avtal vara underkastat lagen i det land som det har närmast anknytning till. Domstolarna fann därefter att ett avtal antas ha närmast anknytning till det land där den part som ska utföra avtalets karaktäristiska prestation har hemvist vid avtalsslutet enligt art. 4.2. Det påstådda uppdragsavtalets karaktäristiska prestation ansågs av båda instanserna vara omregistreringen av aktierna.⁸⁷ Det var alltså B som utförde avtalets karaktäristiska prestation. Eftersom B vid tidpunkten för avtalets ingående hade hemvist i Sverige skulle uppdragsavtalet vara underkastat svensk lag. Trots att fråga var om aktier i ett thailändskt bolag och att omregistreringen av aktierna skulle äga rum i Thailand, fann ingen av domstolarna att det med sådan styrka talade för att frångå den utpekade svenska lagen till förmån för thailändsk lag med hjälp av undantagsregeln i art. 4.5.⁸⁸

som hon lånat av honom. C bestred yrkandet. Enligt C motsvarade beloppet B:s andel i en investering i fastigheter i Thailand som B gjort tillsammans med C:s företag S genom insättning i ett nybildat thailändskt aktiebolag. Det thailändska bolaget hade använt de investerade medlen till fastighetsköp i Thailand. Bara B och C kom att registreras som aktieägare i det thailändska bolaget i stället för företaget S. Tvisten löstes genom en förlikningsöverenskommelse mellan parterna som stadfästes av tingsrätten. Lagvalsfrågan kom aldrig upp i huvudkärnålet.

⁸⁵ Se Göteborgs tingsrätts mellandom den 29 oktober 2010, mål nr T 13277-07.

⁸⁶ Rom I-förordningen ovan not 3 var inte tillämplig, eftersom den började tillämpas först efter den 17 december 2009.

⁸⁷ Prop. 1997/98:167 s. 41–42.

⁸⁸ Av art. 4.5 framgår: ”Punkt 2 skall inte tillämpas om det inte kan avgöras vilken den karaktäristiska prestationen är. Antagandena i punkterna 2–4 skall inte gälla, om det framgår av de samlade omständigheterna att avtalet har närmare anknytning till ett annat land”.

Avgörandet är i linje med nutida tendenser att endast frånga den utpekade lagen i de fall där det klart framgår av de samlade omständigheterna att avtalet har en närmare anknytning till en annan lag än den som utpekats av art. 4.2 i Romkonventionen. Avgörandet ger också uttryck för EU-domstolens tidigare berörda avgörande i målet *ICF*⁸⁹. I det fallet erinrade EU-domstolen om att tillämplig lag först ska identifieras med utgångspunkt i art. 4.1 och 4.2 i Romkonventionen. Därefter kan den nationella domstolen ta ställning till om det finns anledning att frånga den utpekade lagen på grund av att det finns en klart närmare anknytning till ett annat land enligt art. 4.5.

Hovrätten konstaterade även att B:s yrkande om att hänsyn skulle tas till thailändsk lag inte omfattades av mellandomstemat, och det prövades därför inte. Här kan likväl tilläggas att den tillämpliga lagens räckvidd regleras av art. 10 i Romkonventionen (art. 12 i Rom I-förordningen). Avtalsstatutet omfattar frågor om fullgörelse: vad som ska presteras, vem som ska prestera, till vem prestationen ska ske samt var och när prestation ska fullgöras.⁹⁰ Av art. 10.2 följer emellertid att en domstol ska ta hänsyn till lagen i det land där fullgörelsen äger rum. Det har ansetts innebära att domstolen kan beakta lagen på fullgörelseorten inom ramen för tillämpningen av avtalsstatutet, och bestämmelsen ger således domstolarna ett skönsmässigt bedömningsutrymme.⁹¹

I doktrinen har diskuterats vilken kategori av frågor som omfattas av art. 10.2 i Romkonventionen (art. 12.2 i Rom I-förordningen). Allmänt kan konstateras att bestämmelsen omfattar uppfyllelsens beskaffenhet snarare än dess innehåll. Det rör sig om detaljfrågor där det av praktiska skäl kan vara nödvändigt att ta hänsyn till lagen på fullgörelseorten i form av bistatut till den annars tillämpliga lagen, t.ex. vad beträffar förekomsten av helgdagar (med den verkan att hinder för fullgörelse kan föreligga) eller när det gäller vilka tider på dygnet fullgörelse kan ske.⁹²

⁸⁹ Mål C-133/08 ovan not 66.

⁹⁰ Lennart Pålsson, Romkonventionen. Norstedts 1998 s. 99.

⁹¹ Lennart Pålsson ovan not 90 s. 100.

⁹² Prop. 1997/98:14 s. 49 och Lennart Pålsson ovan not 90 s. 100.

2.8 Ett olovligt bortförande av barn från Italien

RH 2014:5 gällde en situation där ett barn olovligt bortförts av modern från Italien till Sverige.⁹³ Socialtjänsten i Bologna hade vid tidpunkten vårdnaden om barnet, och myndigheten ansökte om att barnet skulle överflyttas dit. Svensk domstol hade genom lagakraftvunnet beslut funnit att barnet skulle överflyttas till Italien.

Efter att modern inkommit med ny utredning i form av intyg från Barn- och Ungdomspsykiatri (BUP) togs beslutet om överflyttning upp till förnyad prövning enligt 21 § i lag (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn (IVL) och 21 kap. 15 § föräldrabalken (FB). Av intygen från BUP framgick att barnet skulle utredas för vissa beteendestörningar och att barnet sannolikt led av autism med extraordinär känslighet för sådana förändringar i tillvaron som en överflyttning till Italien skulle innebära. Någon fastställd diagnos fanns dock inte.

I målet aktualiserades tolkningen av art. 11.4 i Bryssel II-förordningen enligt vilken en domstol inte kan vägra att överflytta ett barn enligt 12 § p. 2 i IVL (som införlivar art. 13.b i 1980 års Haagkonvention⁹⁴) om det styrks att lämpliga åtgärder har vidtagits i ursprungsstaten för att garantera barnets skydd efter återlämnandet.⁹⁵ Enligt 12 § p. 2 i IVL får överflyttning av barn bl.a. vägras om det finns en allvarlig risk för att överflyttningen skadar barnet fysiskt eller psykiskt, eller på annat sätt försätter barnet i en situation som inte är godtagbar.

Vid den nya prövningen stod tingsrätten fast vid sin ursprungliga bedömning. Rätten fann inte att den nytillkomna utredningen utgjorde hinder för barnets överflyttning till Italien utan vidhöll att Socialtjänsten

⁹³ Fallet har kommenterats av Maarit Jänterä-Jareborg, Barnets bästa och Sveriges ansvar för överflyttning av olovligen bortförda barn, *SvJT* 2014 på s. 388–389, 393 och 396–398 och Michael Bogdan ovan not 46 s. 583–584.

⁹⁴ Haagkonventionen av den 25 oktober 1980 om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn har tillträtts av samtliga EU-medlemsstater. Konventionen finns tillgänglig Haagkonferensens hemsida på www.hcch.net.

⁹⁵ 1980 års Haagkonvention ovan not 94 kompletteras av vissa bestämmelser i EU:s Bryssel II-förordning ovan not 2 som gäller i situationer där ett barn bortförts mellan EU-medlemsstater. Ansökan om överflyttning av ett olovligt bortfört barn görs dock enligt 1980 års Haagkonvention. Medlemsstaterna emellan har dock bestämmelserna i Bryssel II-förordningen företräde framför motsvarande bestämmelser i Haagkonventionen, se art. 60 i förordningen.

i Bologna enligt Bryssel II-förordningens art. 11.4 kunde garantera att lämpliga åtgärder vidtogs för att skydda barnet efter återlämnandet.

Hovrätten ansåg däremot att utredningen gav vid handen att en överflyttning av barnet skulle innebära en så allvarlig risk för hans hälsa att skada skulle kunna uppstå i och med själva uppräckningen från barnets nuvarande miljö. Riskerna ansågs inte kunna övervinnas trots det faktum att rätten inte fann skäl att ifrågasätta de italienska skyddsåtgärderna.⁹⁶ Hovrätten fann således att den nu aktuella situationen föll utanför begränsningen i art. 11.4 i Bryssel II-förordningen.

”Regleringen är inte avsedd att begränsa möjligheten att vägra en överflyttning med anledning av sjukdom eller funktionshinder av det slag som kan antas föreligga i detta fall och som alltså medför att barnet inte är psykiskt kapabelt att hantera omställningen. I R:s [barnets] fall finns en allvarlig risk för att skada uppstår i och med själva uppräckningen från hans nuvarande miljö. En aldrig så professionell och adekvat vård efter överlämnandet kan inte förebygga eller förhindra de hälsorisker som en överflyttning skulle kunna innebära. Vid sådana förhållanden finner hovrätten att det finns hinder mot överflyttning i enlighet med bestämmelsen i 12 § 2 verkställighetslagen.”⁹⁷

Hovrätten förefaller ha tolkat art. 11.4 i Bryssel II-förordningen så att den i första hand avser att skydda ett barn mot att återföras till en fysisk eller psykiskt skadlig ursprungsmiljö. Enligt hovrätten omfattar den däremot inte fall där barnet på grund av sjukdom eller funktionsnedsättning inte är psykiskt i stånd att hantera en överflyttning, med följderna att det är fritt fram att använda vägransgrunderna i 12 § i IVL utan inskränkningar. HD meddelade inte prövningstillstånd.⁹⁸

Denna snäva tolkning av art. 11.4 är för det första ingalunda självklar eller given.⁹⁹ Av rubriken till kommentaren beträffande art. 11.4 i Hand-

⁹⁶ Hovrätten konstaterade att domstolen måste undersöka garantin mot bakgrund av sakförhållandena i målet. Det måste kunna konstateras att myndigheterna i ursprungsmedlemsstaten har vidtagit konkreta åtgärder för att skydda barnet ifråga. Hovrätten hänvisade till EU-dokumentet Handledning för tillämpning av den nya Bryssel II-förordningen tillgänglig på www.europa.eu.int/civiljustice.

⁹⁷ RH 2014:5.

⁹⁸ Kritiskt Maarit Jänträ-Jareborg ovan not 93 s. 397–398.

⁹⁹ Likaså Michael Bogdan ovan not 46 s. 584.

ledning för tillämpning av den nya Bryssel II-förordningen¹⁰⁰ framgår att domstolen *alltid* ska besluta om återlämnande av barnet om skyddet i ursprungsmedlemsstaten kan garanteras. Syftet med art. 11.4 är att avskräcka föräldrar från att olovligen bortföra barn och, för det fall så skett, säkerställa att barnet omedelbart återlämnas till ursprungsstaten. Art. 11.4 utvidgar skyldigheten att besluta om återlämnande av barn till fall där ett återlämnande skulle utsätta barnet för fysisk eller psykisk skada, men där det trots detta står klart att myndigheterna i ursprungsmedlemsstaten har vidtagit eller planerar att vidta lämpliga åtgärder för att garantera barnets skydd efter återlämnandet.¹⁰¹ Det är beklagansvärt att ingen av instanserna utnyttjade möjligheten att rikta en tolkningsfråga om art. 11.4 till EU-domstolen, eftersom samspelet mellan 1980 års Haagkonvention och Bryssel II-förordningen är komplicerat.¹⁰²

För det andra kan det sättas ifråga om avgörandet är förenligt med andemeningen i EU-domstolens dom i målet *Povse* mot *Alpago*.¹⁰³ Av domen framgår att verkställighet av ett utländskt avgörande som försetts med intyg enligt art. 42 i Bryssel II-förordningen inte kan vägras på grund av ändrade omständigheter. EU-domstolen fann att ändrade omständigheter måste åberopas inför domstol i ursprungsstaten, och att det även är vid denna domstol som en eventuell ansökan om uppskov med verkställighet av domen ska göras. EU-domstolen fann ”att ett undantag från ursprungsmedlemsstatens domstols behörighet skulle innebära dels att art. 11.8 i förordningen – enligt vilken den behöriga domstolen har slutgiltig beslutanderätt och vilken enligt art. 60 i förordningen gäller framför 1980 års konvention – förlorade sin ändamålsenliga verkan, dels att domstolarna i den verkställande medlemsstaten medgavs behörighet i sakfrågan”. Avgörandet i *Povse* tyder på att den (i princip obegränsade) svenska behörigheten i mål som gäller förnyad prövning av ett överflyttningsbeslut vid ändrade förhållanden eller annat särskilt skäl i 21 kap. 15 § FB i förening med 21 § IVL inte är förenlig med EU:s Bryssel II-förordningen. Effekten av nya omständigheter tillhör själva sakfrågan

¹⁰⁰ Se Handledning för tillämpning av den nya Bryssel II-förordningen ovan not 96 s. 40.

¹⁰¹ Se Handledning för tillämpning av den nya Bryssel II-förordningen ovan not 96 s. 40. Se även NJA 2008 s. 963.

¹⁰² Se Katarina Trimmings kritik av art. 11.4 i Bryssel II-förordningen ovan not 2, *Child Abduction within the European Union*, Hart Publishing 2013 s. 138–161.

¹⁰³ Mål C-211/10PPU Doris Povse mot Mauro Alpago, ECLI:EU:C:2010:400. Se även skäl 23 i Bryssel II-förordningen ovan not 2.

och ska i linje med avgörandet i *Povse* bedömas av domstolen i ursprungsstaten. Härav följer att såvida inte Bryssel II-förordningen ger svensk domstol behörighet, upphör svensk domsrätt så snart beslut fattats första gången i överflyttningsärendet.¹⁰⁴

I linje med det ömsesidiga förtroende som ska råda mellan administrativa myndigheter och domstolar i medlemsstaterna är det numera en fastställd ordning inom EU:s internationella privat- och processrätt att lägga över beslutanderätten till ursprungsstaten. Denna ordning är tydlig också i art. 11.8 i Bryssel II-förordningen som berördes av EU-domstolen i det ovan nämnda *Povse*-målet. Ett beslut i det nu aktuella målet att inte återlämna barnet enligt 12 § i IVL hindrar inte att Socialtjänsten i Bologna får frågan om återlämnande prövad vid italiensk domstol, dvs. i den medlemsstat där barnet har hemvist.¹⁰⁵ Om ett där meddelat senare beslut går emot det svenska beslutet är Sverige enligt art. 11.8 ändå skyldig att säkerställa barnets återlämnande. Effekten av det svenska beslutet bestäms således i slutändan av italiensk domstol. Sätillvida kanske avgörandet blev en Pyrrhusseger för modern.

3 Betyg och lärdomar

Både ris och ros kan strös över svenska domstolars behandling av EU:s internationella privat- och processrätt i rättstillämpningen. Ris blir dock – tyvärr – det allmänna betyget! De avseenden i vilka kritik kan framställas gäller svenska domstolars underlåtenhet att tydligare lyfta fram EU-rätten i rättstillämpningen. Det vore önskvärt – och t.o.m. något som idag krävs av oss – med domsmotiveringar som klargör vilken EU-rättslig rättskälla samt i förekommande fall vilket eller vilka avgöranden från EU-domstolen som de svenska domstolarna i första hand funnit relevanta. För att EU-rätten ska få sin fulla genomslagskraft är det viktigt att domstolarna öppet redovisar detta och inte förbigår EU-rätten med tystnad. Detta hänger även ihop med rättssäkerhet (förutsebarhet) och transparens.

¹⁰⁴ Maarit Jänträ-Jareborg ovan not 93 s. 407.

¹⁰⁵ Beslutet att inte överflytta barnet till Italien ska hovrätten omedelbart meddela behöriga italienska myndigheter enligt art. 11.6 i Bryssel II-förordningen ovan not 2. Därefter har parterna enligt art. 11.7 tre månader på sig ansöka om en prövning av vårdnadsfrågan där.

I fall där svensk domstol förbigått EU-rätten med tystnad kan man ana att resultatet av den svenska rättstillämpningen blir att EU:s internationella privat- och processrätt får en olikartad utveckling beroende på om talan väcks vid svensk domstol eller vid en domstol i en annan medlemsstat. Lika fall behandlas inte lika. I sig är detta allvarligt och i strid med EU-fördragens målsättningar.

EU:s internationella privat- och processrätt har tillkommit i politiska förhandlingar och efter kompromisser. Oklarheter och tvetydigheter i dessa regelverk är inte ovanliga, men rättas till synes effektivt i efterhand genom EU-domstolens tolkningsbesked. Svenska domstolar ska därför i högre utsträckning utnyttja möjligheten att ställa tolkningsfrågor till EU-domstolen. Här finns anledning att lägga tröskeln lågt. Finns tvekan om hur en EU-rättslig bestämmelse ska tolkas måste en fråga riktas till EU-domstolen. Att HD därtill sällan beviljar prövningstillstånd i internationellt privat- och processrättsliga mål kan anses ytterst beklagligt, framför allt i de fall där det är uppenbart att underinstanserna inte gett effekt åt EU-rätten.¹⁰⁶ HD tycks därmed cementera fortsatt okunnighet om internationella rättsförhållanden, men i en alltmer globaliserad värld.

¹⁰⁶ På den internationella privat- och processrättens område har HD traditionellt intagit en försiktig roll som normgivare. Se t.ex. NJA 1986 s. 119.