



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Jon Ahlsén ©

Prorogationsavtal

- att välja behörig domstol i internationellt
förmögenhetsrättsliga mål

Examensarbete
20 poäng

Handledare: professor Michael Bogdan

Internationell privaträtt

HT 2000

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Syfte	4
1.2 Metod	4
2 ALLMÄNT OM PROROGATION	6
2.1 Definition av prorogation respektive derogation	6
2.2 Syftet med prorogationsavtal	6
2.3 Avgränsning gentemot andra rättsinstitut	7
2.4 Fördelar och nackdelar med prorogation	8
3 ALLMÄNT OM SVENSK JURISDIKTION	11
3.1 Allmänt	11
3.2 Konventionsreglerade fall	11
3.2.1 Brysselkonventionen	12
3.2.2 Luganokonventionen	13
3.2.3 Allmänt om konventionerna och om deras tolkning	14
3.2.3.1 <i>Brysselkonventionen</i>	14
3.2.3.2 <i>Luganokonventionen.</i>	16
3.2.4 Konventionernas sakliga tillämpningsområde	17
3.2.5 Konventionernas allmänna behörighetsregler	19
3.2.6 Förhållandet till andra konventioner	20
3.2.7 Hemvistbegreppet	21
3.3 Rådets förordning 44/2001	21
3.4 Lagreglerade fall	23
3.5 Analogier från reglerade fall	23
4 PROROGATION	26
4.1 Allmänt om art. 17, art. 23 och 10 kap. 16 § RB	26
4.2 Särskilda förutsättningar för art. 17 och art. 23	27

4.2.1	Internationell karaktär	27
4.2.2	Hemvistkravet	29
4.2.3	Prorogation till en konventionsstat	30
4.2.4	Domsrättsförordningen.	31
4.3	Tillämpningsområdet för 10 kap. 16 § RB	31
4.3.1	Allmänt	31
4.3.2	Tillämplig lag	32
4.3.3	Lagreglerade fall	32
4.3.4	Exklusiv kompetens	34
4.3.5	Offentlighetsrättsligt intresse	36
4.3.6	Sammanfattning	37
4.4	Formkrav	38
4.4.1	Allmänt	38
4.4.2	Bryssel- och Luganokonventionerna	39
4.4.2.1	<i>Alternativ a) – skriftligt avtal eller muntligt avtal bekräftat skriftligen</i>	41
4.4.2.2	<i>Alternativ b) – partsbruk</i>	45
4.4.2.3	<i>Alternativ c) – internationellt handelsbruk</i>	46
4.4.2.4	<i>Luxemburgska undantaget</i>	48
4.4.3	Domsrättsförordningen	48
4.4.4	Svensk intern rätt	49
4.5	Viss tvist	53
4.5.1	Bryssel- och Luganokonventionerna	53
4.5.2	Domsrättsförordningen	54
4.5.3	Svensk intern rätt	54
4.6	Viss domstol	54
4.6.1	Bryssel- och Luganokonventionerna	54
4.6.2	Domsrättsförordningen	56
4.6.3	Svensk intern rätt	56
4.7	Anknytningskrav	58
4.7.1	Bryssel- och Luganokonventionerna	58
4.7.2	Domsrättsförordningen	58
4.7.3	Svensk intern rätt	58
4.8	Partsobalans	60
4.8.1	Bryssel- och Luganokonventionerna	60
4.8.1.1	<i>Försäkringstvister</i>	61
4.8.1.2	<i>Konsumentavtal</i>	61
4.8.1.3	<i>Anställningsavtal</i>	62
4.8.2	Domsrättsförordningen	63
4.8.3	Svensk intern rätt	63
4.9	Avtalets materiella giltighet	65
4.9.1	Bryssel- och Luganokonventionerna	65
4.9.2	Domsrättsförordningen	67
4.9.3	Svensk intern rätt	67
4.10	Tredje land	68
4.10.1	Allmänt	68
4.10.2	Bryssel- och Luganokonventionerna	68
4.10.3	Domsrättsförordningen	69
4.10.4	Svensk intern rätt	69
4.10.4.1	<i>Forum non conveniens</i>	71
4.11	Övrigt	73
4.11.1	Allmänt	73

4.11.2	Bryssel- och Luganokonventionerna	73
4.11.3	Domsrättsförordningen	75
4.11.4	Svensk intern rätt	75
5	TYST PROROGATION	78
5.1	Allmänt	78
5.1.1	Bryssel- och Luganokonventionerna	78
5.1.2	Domsrättsförordningen	81
5.1.3	Svensk intern rätt	81
6	ÖVRIGT	84
6.1	Behörighetsprövningen	84
6.1.1	Bryssel- och Luganokonventionerna	84
6.1.2	Domsrättsförordningen	84
6.1.3	Svensk intern rätt	85
6.2	Överklagande av beslut beträffande behörigheten	87
6.3	Kumulation	87
6.3.1	Bryssel- och Luganokonventionerna	87
6.3.2	Svensk intern rätt	88
6.4	Tredje mans ställning	89
6.4.1	Allmänt	89
6.4.2	Bryssel- och Luganokonventionerna	89
6.4.3	Domsrättsförordningen	90
6.4.4	Svensk intern rätt	90
6.5	Erkännande- och verkställighetsfrågor	91
	LITTERATURFÖRTECKNING	93
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	96

Sammanfattning

Denna uppsats handlar om prorogationsavtal – avtal om behörig domstol, på förmögenhetsrättens område. Den behandlar frågan ur svensk rätts perspektiv, vilket innebär att dels intern svensk rätt behandlas, dels behandlas de allmänna domsrättskonventioner som Sverige tillträtt genom samarbetet inom först EFTA och sedan EU. Det innebär att RB:s och Bryssel- och Luganokonventionernas prorogationsstadganden behandlas. För att uppsatsen inte ska vara inaktuell redan nästa år, tas även EU:s domsrättsförordning upp. Den ska ersätta Brysselkonventionen i mars 2002.

Inledningsvis behandlas dock prorogationsavtalen i ett perspektiv som inte är rent svenskt, utan torde gälla för prorogationsavtal världen över. Det som tas upp är frågor som till exempel en definition av prorogation och derogation, ursprunget till rätten att prorogera överhuvudtaget, fördelar och nackdelar som rätten medför och en avgränsning av prorogationsavtal gentemot andra rättsinstitut såsom lagvalsklausuler.

En kortare presentation av Bryssel- och Luganokonventionerna, domsrättsförordningen och RB:s tionde kapitel finns med för att göra framställningen mer lättbegriplig.

Därefter behandlas alla aspekter av prorogationsavtalen, först i domsrättskonventionerna, sedan i domsrättsförordningen och till sist i RB. Några av de viktigaste är de formkrav som uppställs och de speciella regler som aktualiseras vid vissa typer av avtal där parterna typiskt sett inte är jämställda, exempelvis anställningsavtal.

Då prorogationsavtal har behandlats relativt mycket i litteraturen är uppsatsen i princip en rättsutredning, en sammanfattning av gällande rätt. På sina håll finns emellertid en del egna åsikter uttryckta och en del aspekter tas upp som inte tidigare behandlats. Ett sådant bidrag är en kortare belysning av huruvida elektroniskt slutna avtal kan tänkas uppfylla skriftlighetskraven som finns.

Uppsatsen är tänkt att vara heltäckande, och därför har i princip all relevant praxis behandlats.

Förord

Det är ganska jobbigt att skriva en uppsats som den jag just har skrivit, på många sätt. Att leta fram fakta är jobbigt, att läsa allt som måste läsas likaså. Det är dock sådant som man klarar av i stort sett själv. Dessutom har man en handledare som kan hjälpa till om man kör fast. Jag tackar här min handledare, Michael Bogdan, för den hjälp som jag har fått.

En annan aspekt på skrivandet är själva skrivandet, och det är också svårt. Att rätta en mening som man själv har formulerat är inte alls lätt. Därför är jag glad att min pappa har läst igenom uppsatsen och rättat det språkliga.

En tredje svårighet är motivationen. I slutet på utbildningen kan det vara lätt att släpa benen efter sig. Min mamma har tryckt på för att jag skulle skriva klart uppsatsen, vilket jag är glad för.

Oskarshamn 2001-08-08
Jon Ahlsén

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen/Rättsfall från Arbetsdomstolen
AvtL	Avtalslagen
Ds	Departementsserien
EFTA	European Free Trade Association
HovR	Hovrätt
IÅL	Internationella äktenskapslagen
JustR	Justitieråd
NIR	Nordiskt immateriellt rättsskydd
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, första avdelningen
NÄF	Nordiska äktenskapsförordningen
RB	RB:
RH	Rättsfall från Hovrätterna
RR	Rådhusrätten
SvJT	Svensk Juristtidning
TR	Tingsrätt

1 Inledning

Denna uppsats handlar om prorogation, det vill säga rätten för avtalsparter att själva bestämma vilken domstol som ska vara behörig att slita tvister som kan uppstå i deras avtalsförhållanden. Den handlar också om derogation, prorogationens naturliga baksida, det vill säga att parterna bestämmer att vissa domstolar inte ska vara behöriga.

I det här avsnittet går jag igenom hur jag har gått till väga för att skriva uppsatsen.

1.1 Syfte

Syftet med uppsatsen är att ge en så heltäckande bild av de regler som styr prorogationsavtal som möjligt. Givetvis kan inte alla regler i alla länder beaktas, utan det är ett svenskt perspektiv som anlagts.

1.2 Metod

Det är nödvändigt att inledningsvis beskriva prorogationsavtal rent allmänt, på ett principiellt plan, för att läsaren tidigt ska få en uppfattning av vad uppsatsen behandlar – ett avsnitt som beskriver vad ett prorogationsavtal är och vad det *inte* är. För att sedan de regelverk som finns ska kunna förstås fullt ut har en kortare beskrivning av de rättsakter vari prorogationsreglerna finns tagits med. Utan att känna till exempelvis vad RB:s tionde kapitel har för domsrättsregler kan det bli svårt att få rätt bild av prorogationsmöjligheterna som återfinns där. Att lösryckt beskriva ett stadgande i en konvention, utan att alls beskriva i vilket sammanhang den tillkommit och hur den rent allmänt ska tolkas kan inte ge den eftersträfvade fullständiga bilden.

Efter det kommer avhandlingen av de regler som finns om just prorogation. Jag har valt att beskriva reglerna parallellt, genom att först beskriva den aktuella artikeln i Bryssel- och Luganokonventionerna och sedan den aktuella paragrafen i RB. Det är det lämpliga sättet att gå tillväga eftersom Bryssel- och Luganokonventionerna går före intern svensk rätt. Brysselkonventionen kommer i princip att ersättas av Rådets förordning 44/2001 i mars 2002. Därför har även förordningen behandlats. Den är mycket lik Brysselkonventionen och beskrivningen av förordningen är därför insprängd mellan beskrivningarna av Bryssel- och Luganokonventionerna och RB.

Reglerna har belysts med hjälp av rättspraxis i mycket stor utsträckning. Veterligen har alla relevanta avgöranden från EG-domstolen beträffande

Brysselkonventionen behandlats. Beträffande svensk rätt har inte alla rättsfall behandlats, eftersom de ibland avgjordes på 1800-talet och därför kanske inte har så stark bärkraft år 2001. Jag har beträffande rättsfallen försökt att beskriva omständigheterna så kortfattat som möjligt, men med tanke på hur lång uppsatsen är kan det ifrågasättas om jag har varit särskilt framgångsrik härvidlag.

2 Allmänt om prorogation

2.1 Definition av prorogation respektive derogation

Ett *prorogationsavtal* (forumval, avtal om domsbehörighet, jurisdiktionsavtal) är ett avtal där parter till ett vanligt avtal också bestämmer vilken (eller vilka) domstol som ska vara behörig att avgöra en framtida eller redan uppkommen tvist.¹ Den sålunda utpekade domstolen kallas *forum prorogatum*. Att avtalet medför behörighet för den utpekade domstolen kallas *prorogationsverkan*. I vanliga fall torde ett avtal om forum syfta till att för den utpekade domstolen skapa exklusiv kompetens, det vill säga att den domstolen ska vara den enda behöriga att slita tvisten.²

Derogation av domsrätt är den naturliga andra sidan av ett prorogationsavtal och innebär att en annars behörig domstol mister denna sin behörighet på grund av parternas val (genom prorogationsavtal) av annan behörig domstol.³ Nedan diskuteras möjligheten att sluta rena derogationsavtal.⁴ Att en domstol mister sin *eo ipso* behörighet kallas *derogationsverkan*. Att en domstol inte är behörig utgör rättegångshinder och medför i princip att domstolen ska avvisa talan.⁵

2.2 Syftet med prorogationsavtal

Syftet med att på förhand välja forum är i typfallet att skapa behörighet för en domstol som inte, på grundval av för domstolens annars gällande behörighetsregler, skulle vara behörig.⁶ Oftast torde det också vara menat att den utpekade domstolen ska vara exklusivt behörig att avgöra tvister som har med avtalet att göra. Ett annat tänkbart syfte är att man, för att skapa klarhet i frågan redan på förhand, väljer ut ett bland flera fakultativt behöriga fora, så att det genom avtalet blir exklusivt behörigt.⁷ Ett tredje tänkbart syfte är att man gör en tidigare icke behörig domstol behörig parallellt med andra, av gällande rätt behöriga domstolar. Detta skulle då utöka den valmöjlighet som parterna i avtalet har.⁸

¹ Se Beckman, a.a., s. 24, Bogdan I, s. 119, S. Denmark, a.a., s. 230, H. Eek, a.a., s. 25 och H. Karlgren, a.a., s. 161.

² Se Eek, a.a., s. 27.

³ Se Eek, a.a. s. 25.

⁴ Se nedan avsnitt 4.10.1-4.10.4.1.

⁵ Se Bogdan I, s. 119. Beträffande behörighetsprövningen mer specifikt se nedan avsnitt 6.1.

⁶ Se Denmark, a.a., s. 230 och Eek, a.a., s. 26 f.

⁷ Se Denmark, a.a., s. 230.

⁸ Se Denmark, a.a., s. 230 f.

Oftast gagnar dessa avtal som synes endast en part. Det är dock inte nödvändigtvis så, eftersom det är tänkbart att man utformar forumvalet så att det blir till fördel för bägge parter, beroende på vem som agerar som kärke i tvisten – man kan nämligen föreskriva i sitt avtal att den som blir stämmed med anledning av avtalet enkom ska vara skyldig att gå i svaromål vid den domstol där han har sitt hemvist, eller något annat i förhand utvalt forum.⁹

Det ovan sagda syftar främst på avtal utan internationell anknytning, men vad som framkommit torde vara gällande också på de internationella avtal som denna uppsats behandlar. Där kan man tänka sig att det inte är ovanligt att man vill ta bort den kompetens som vissa domstolar har genom så kallade *exorbitanta* domsrittsregler, det vill säga regler som ger en domstol behörighet fastän tvisten eller parterna egentligen inte har med det aktuella landet att skaffa.¹⁰ Ett exempel från svensk rätt på en sådan exorbitant domsrittsregel är 10 kap. 3 § RB, det så kallade förmögenhetsforum. Ett exempel från fransk rätt är att en fransk medborgare alltid kan stämna en motpart inför fransk domstol – för behörighet krävs ingen annan anknytning än kärkeandens franska medborgarskap. Det kan medföra behörighet för en fransk domstol mellan en fransk medborgare som aldrig har bott i Frankrike i en tvist om ett köp som ägt rum i USA mellan fransmannen och en amerikansk medborgare. Man kan förstå att en presumtiv avtalspart gärna avtalar bort en sådan domsrittsgrund.

Ett ytterligare tänkbart alternativ, som inte är helt ovanligt, är att man väljer ett forum som aktas för dess erfarenhet och kunnighet i frågan, utan att tvisten i övrigt har något att skaffa med landet. Ett exempel som brukar nämnas i dessa sammanhang är att man väljer engelska domstolar i tvister som handlar om sjörätt, eftersom de engelska domstolarna har mycket stor erfarenhet av de spörsmål som uppkommer i sådana tvister.

Som sista exempel på ett syfte med prorogationsavtal ska nämnas att man kan tänkas välja ett forum i ett land som inte har med tvisten att göra för att ingen av parterna i en uppkommen tvist ska få ha fördelen av att så att säga spela på hemmaplan.

2.3 Avgränsning gentemot andra rittsinstitut

Lagval. I ett avtal kan inte bara behörig domstol utpekats, utan partsautonomin sträcker sig längre än så genom att de också kan välja vilken lag som ska tillämpas på avtalet (partshänvisning eller lagval). Den lag som sålunda utpekats kallas för *avtalsstatut*. Att parterna väljer lag torde inte vara sällsynt och det medför en del verkningar som kan få betydelse för detta arbete. I en del

⁹ Se exempelvis Meeth ./. Glacetal, [1978] ECR 2133.

¹⁰ Se Danmark, a.a., s. 231.

rättssystem, exempelvis det irländska,¹¹ kan ibland en lagvals klausul tolkas som att också vara en prorogationsklausul. Så är dock inte fallet med Bryssel- och Luganokonventionerna,¹² domsrättsförordningen eller svensk intern rätt. Mer om det nedan.¹³

Skiljeklausul. En företeelse som torde vara vanligare än prorogationsavtal är att parterna hänvisar tvisten att lösas inför en skiljenämnd.¹⁴ Med detta avses en partsutsedd privat nämnd som har att slutgiltigt pröva tvisten. Det normala är nämligen att man inte kan överklaga skiljenämndens beslut. Som fördelar med att dra tvisten inför skiljenämnd brukar nämnas *att* det går snabbare än inför vanlig domstol, *att* förhandlingarna och resultatet (och även det faktum att det uppstått en tvist) kan hållas hemligt, *att* det är billigare än vanlig domstol och *att* det på grund av en konvention med mycket stor anslutning världen runt är lätt att få skiljedomen verkställd i andra länder än i det där den meddelats (vilket ofta är svårt med vanliga domar).¹⁵ För skiljeklausuler gäller samma problem på vissa områden som för prorogationsavtal. Bland annat är det så beträffande vilken lag som ska vara tillämplig på själva forum- respektive skiljeklausulen¹⁶ och beträffande de inskränkningar som görs i tillåtligheten av avtalen i exempelvis konsumentavtal¹⁷.

2.4 Fördelar och nackdelar med prorogation

Det i Sverige har inte alltid funnits en möjlighet att välja forum. Rätten kom till först i och med att nya RB trädde i kraft. Innan dess rådde ett prorogationsförbud. Det indikerar att man tidigare hade sådana betänkligheter mot valrätten att det kan vara befogat att här kort beskriva de fördelar och nackdelar som finns med en sådan rätt.

Det finns en rad fördelar med rätten att träffa forumavtal. Den första man brukar nämna är att det ökar förutsebarheten för parterna. Genom att på förhand skapa ett exklusivt forum vet parterna var de ska föra sin process, och detta oavsett vem av dem som väcker talan. Denna förutsebarhet visar sig också i det att man på förhand vet vilket lands lag som domstolen kommer att tillämpa för vissa frågor, exempelvis lagvalsfrågor, vilket medför ökad säkerhet i frågan om vilken lag som kommer att anses som avtalsstatut. I internationella sammanhang kan man i viss utsträckning också undvika långa avstånd till domstolar, få ner kostnaderna för processföringen, undvika språksvårigheter och okunskap om de regler som tillämpas genom att man på förhand vet var

¹¹ Se Moloney, a.a., s. 41.

¹² Se MSG ./.. Gravieres Rhénanes, [1997] ECR I-911.

¹³ Se nedan avsnitt 4.4.4.

¹⁴ Se Eek, a.a., s. 25.

¹⁵ Se Bolding och Stenberg, a.a., s. 111 ff.

¹⁶ Se nedan avsnitt 4.3.2.

¹⁷ Se nedan avsnitt 4.8.

man ska slita en sedermera uppkommen tvist. Överhuvudtaget är det så att en prorogationsklausul medför att man slipper långa och gagnlösa behörighetstvister.¹⁸

Genom att det är tillåtet med prorogationsavtal kan man förhindra att positiva jurisdiktionskonflikter uppstår. Det är vanligt att domstolarna enligt intern internationell processrätt tillerkänns mycket vid domsbehörighet.¹⁹ Uppenbarligen kan sådana regler skapa samtidig behörighet för domstolar i olika länder. Sådan samtidig behörighet kallas positiv jurisdiktionskonflikt. Att sådana konflikter inte uppstår på det nationella planet trots grundsatsen *actor sequitur forum rei* beror på att en process ges *litis pendensverkan* inom ett land. Sådan verkan torde emellertid vara mycket ovanlig på det internationella planet annat än i konventionsreglerade fall. Självfallet krävs att andra stater medger ett prorogationsavtal derogationsverkan för att man ska kunna undvika sådana positiva jurisdiktionskonflikter.

Man kan genom att välja forum undvika så kallad *forum shopping*. Forum shopping är att man genom att studera bland annat olika tänkbara foras rättsregler försöka avgöra vilket lands domstolar på grundval av detta är det bästa forumet för en själv och därför försöka få tvisten avgjord där. Sådana undersökningar är mycket svåra och tidskrävande, och det kan därför vara fördelaktigt att slippa göra dem i vissa situationer. Emellertid är det inte nödvändigtvis så att man ska se forum shopping som något dåligt, utan ibland kanske snarare tvärtom – det torde bero på situationen. I familjerättsliga förhållanden kan forum shopping ofta bli fraudulöst, men i vanliga affärsrättsliga frågor är det snarast sunt att söka utrona vilket som är det bästa forumet för egen del.²⁰

Inte sällan kombineras en prorogationsklausul med en *lagvals*klausul. Det är givetvis lämpligt att en domstol i det land vars lag har valts av parterna får slita tvisten. Om exempelvis svensk lag har valts är det givetvis så att svenska domstolar är bäst lämpade att avgöra tvisten. Man kan också tänka sig att det är lämpligt att en viss domstol väljs som behörig eftersom allt eller det mesta av bevismaterialet finns vid den.

Man kan också peka på det att man genom forumval kan få tvisten avgjord av en domstol som är särskilt kompetent på området genom att den besitter stor erfarenhet eller särskild fackkunskap på området. Som ovan nämnts är det främst engelska domstolar i sjörättsliga sammanhang som avses härvidlag.

Ibland nämns också det att en exportörs benägenhet att exportera till ett visst land kan öka i det fall han kan på förhand bestämma att tvister som kan

¹⁸ Se Dennemark, a.a., s. 239.

¹⁹ Se exempel på exorbitanta fora ovan i avsnitt 2.2.

²⁰ Se Bogdan I, s. 34.

uppkomma med anledning av exporten ska slitas i hans hemland. Vidare kan tänkas att exempelvis en svensk exportör som handlar med Danmark, Finland, Norge och USA vill att alla hans tvister ska slitas av svensk domstol för att därmed kunna förutse en likartad behandling av fallen.

Om man i stället ska peka på de nackdelar som finns med prorogationsinstitutet är det första som brukar nämnas att en starkare part kan missbruka sin ställning och beröva en svagare motpart sin rätt att svara vid sitt egentliga forum, det vill säga hemvistforumet.²¹ En nackdel som gör sig starkt gällande på det internationella planet är att det ofta kan krävas både en jurist i hemvistlandet och en i processlandet, vilket naturligtvis ökar kostnaderna för processföringen markant. När det gäller obalans i styrkeförhållandet mellan parter kommer lätt i åtanke konsument- och anställningsförhållanden. På dessa områden finns ofta tvingande lagstiftning som parterna inte kan avtala bort, vilket medför att man ofta kan anse det olämpligt att medge i vart fall derogationsverkan av en prorogationsklausul i dessa sammanhang.

Den andra "klassiska" nackdelen med prorogationsrätten är att det kan skapa en snedbelastning i arbetsfördelningen mellan domstolarna i ett land. Detta gäller naturligtvis på det nationella planet. På det internationella planet kommer en sådan orimlig arbetsfördelning knappast uppstå (utom möjligtvis i England) och för det fall så sker kan den i mångt och mycket undvikas genom *forum non conveniens-läran*.²²

²¹ Se *Dennemark, a.a.*, s. 236.

²² Se beträffande denna nedan i avsnitt 4.10.4.1.

3 Allmänt om svensk jurisdiktion

3.1 Allmänt

Detta avsnitt avser att på ett mycket allmänt sätt beskriva hur svensk domstol kan ha internationell domsbehörighet. Det är på intet sätt avsett att vara heltäckande.

Svensk domsbehörighet i internationellt förmögenhetsrättsliga mål har traditionellt kunnat föreligga på i princip tre grunder. Den första är att svensk domstol är behörig på grund av att Sverige har ingått en konvention med ett eller flera länder, som på ett eller annat sätt reglerar de nationella domstolarnas jurisdiktion. Den andra är att Sverige ensidigt har utfärdat en lag, som reglerar i vilka frågor domsrätt föreligger. Den tredje är att domstolen finner en jurisdiktionsfråga oreglerad och därför tvingas lösa den på egen hand, vilket då ofta sker genom analogier från närliggande, reglerade fall.

I och med att Sverige är medlem i EU kan numer läggas en fjärde grund till dessa traditionella tre: EG-rättsakter som reglerar nationella domstolarnas internationella behörighet. Det finns sådana behörighetsregler i flera EG-rättsakter, men den som ska behandlas nedan är Rådets förordning 44/2001 som ska ersätta Brysselkonventionen.

3.2 Konventionsreglerade fall

De konventionsreglerade fallen är många. Det är inte ovanligt att man i en konvention också reglerar domsrätten, utan att det på något vis är det huvudsakliga syftet med konventionen (som kan reglera vad som helst, exempelvis rymdfart).²³ För att en internationell konvention ska bli gällande svensk rätt, måste riksdagen vidta en lagstiftningsåtgärd.²⁴ Detta sker ofta genom att riksdagen utfärdar en mycket kort lag, som i sin kanske enda paragraf stadgar att en viss konvention ska gälla som lag i riket.

För internationellt förmögenhetsrättsliga mål finns för svensk rätts del två mycket viktiga konventioner, som har tillkommit genom samarbetet i EU och i EFTA: Bryssel- och Luganokonventionerna. De två är mycket lika till sin utformning, det som framförallt skiljer dem åt är reglerna kring tolkningen av

²³ Det skulle hamna utanför ramen för framställningen att lista de konventioner som finns på området.

²⁴ Sverige är alltså ett så kallat dualistiskt land. För mer om vad detta innebär mer konkret hänvisas till folkrättslig litteratur.

dem och deras tillämpningsområde i rummet. Vad gäller deras sakliga tillämpningsområde kan redan här nämnas att de omfattar större delen av den privaträttsliga sfären, med viktiga undantag för bland annat familje- och arvsrätt och konkurser.²⁵ Vidare kan inledningsvis nämnas att Brysselkonventionen oftast ska tillämpas om svaranden har hemvist i en EG-stat, medan Luganokonventionen ska tillämpas om han har hemvist i en EFTA-stat, se art. 54 b i Luganokonventionen. Det gäller dock inte om jurisdiktion enligt art. 16 (*exklusiv behörighet*, kan föreligga på grund av att tvisten rör exempelvis fast egendom) eller 17 (*prorogation*) föreligger.²⁶

3.2.1 Brysselkonventionen

Brysselkonventionen tillkom tack vare att man i det ursprungliga EG-fördraget hade lagt på medlemsstaterna en skyldighet att förhandla med varandra i syfte att underlätta erkännande och verkställighet av domar mellan dem. Förhandlingarna startade ganska snart och de ledde fram till att en konvention ingicks i Bryssel den 27 september 1968. Konventionsstater var de ursprungliga medlemmarna i EG.²⁷ Konventionen trädde i kraft den 1 februari 1973 mellan dessa stater. Till konventionen fogades ett protokoll (kallat protokoll 1 nedan) vilket utgör en integrerad del av konventionen, (art. 65).

Ytterligare ett protokoll (Luxemburgprotokollet) har fogats till konventionen och det är av stor vikt. Det stadgar nämligen tolkningsrätt för EG-domstolen beträffande konventionen. Det ingicks 3 juni 1971 och trädde i kraft 1 september 1975.

Allteftersom EG har fått fler medlemmar har också konventionen fått fler parter. Nya medlemmar i EG har nämligen förpliktats att ansluta sig till Brysselkonventionen (art. 63) och Luxemburgprotokollet (art. 9).

Sverige skrev den 29 september 1996 under tillträdeskonventionen och den trädde i kraft den 1 januari 1999 genom lagen (1998:358) om domstols internationella behörighet och om verkställighet av utländska domar enligt Brysselkonventionen. Konventionen är nu i kraft mellan Sverige och alla andra medlemmar av EU, förutom Belgien (för fall som rör Belgien får alltså tills vidare Luganokonventionen tillämpas),²⁸ se tillkännagivande (2000:1169) av staters anslutning till konventionen om Österrikes, Finlands och Sveriges tillträde till Brysselkonventionen.

²⁵ Se vidare nedan i avsnitt 3.1.4.

²⁶ Se Bogdan I, s. 124.

²⁷ De ursprungliga medlemmarna var Belgien, Frankrike, Italien, Luxemburg, Nederländerna och Tyskland.

²⁸ Det vill säga de ursprungliga medlemmarna plus Danmark, Finland, Förenade kungariket, Grekland, Irland, Portugal, Spanien och Österrike.

Brysselkonventionen kommer för svensk rätts del i mångt och mycket att bli en kortlivad historia. Den kommer nämligen att ersättas av Rådets förordning 44/2001 av den 22 december 2000 från och med den 1 mars 2002 (art. 76). I förhållande till Danmark kommer den dock också fortsättningsvis att gälla eftersom Danmark har valt att stå utanför förordningen (preambeln p. 21 och art. 1 tredje punkten). Emellertid har de flesta materiella bestämmelserna i Brysselkonventionen förts över till förordningen i oförändrat skick (eller som de kommit att tolkas i praxis) och därför kan det antas att förordningen i allt väsentligt kommer att tolkas som konventionen.

3.2.2 Luganokonventionen

Brysselkonventionen blev snabbt en framgång för dess medlemmar. Detta skapade ett intresse bland övriga västeuropeiska länder (framförallt inom EFTA) att på något sätt skapa ett likartat samarbete.²⁹ Det var dock inte möjligt att knyta länderna direkt till Brysselkonventionen eftersom den endast är öppen för EG:s medlemmar. Inte heller var det aktuellt eftersom EG-domstolen har tolkningsrätt avseende den.³⁰ Istället utreddes möjligheterna att skapa en parallellkonvention till Brysselkonventionen. En sådan konvention antogs i Lugano den 16 september 1988. Parter i konventionen var de dåvarande tolv EG-medlemmarna och sex medlemmar i EFTA (Finland, Island, Norge, Schweiz, Sverige och Österrike). Sedermera har Finland, Sverige och Österrike gått med i EU och är därför inte längre medlemmar i EFTA. Konventionen gäller dock mellan varje medlemsland i EU och varje medlemsland i EFTA, förutom Liechtenstein, som blev medlem i EFTA 1991. Alltså är Luganokonventionen fortfarande i kraft för svensk rätts del, se lagen (1992:794) om domstols internationella behörighet och om verkställighet av utländska domar enligt Luganokonventionen.

Resultatet blev en konvention som i mångt och mycket var en kopia av Brysselkonventionen. På en del punkter skilde sig dock konventionerna från varandra, efter önskemål från EFTA-staternas sida. Dessa nyheter har sedermera införts i Brysselkonventionen så att det nu är ytterst lite som skiljer konventionerna från varandra. Reglerna har till och med samma artikelnummer i de två konventionerna. De viktiga skillnaderna är reglerna om när vilken av de två konventionerna ska användas och reglerna om hur konventionerna ska tolkas. Man har dock även på tolkningsområdet lagt sig vinn om att så liten diskrepans som möjligt ska förekomma i tolkningarna av de båda konventionerna.³¹

²⁹ Se Bogdan I, s. 124 och Pålsson II, s. 19.

³⁰ Se Pålsson II, s. 19.

³¹ Skillnaderna finns i art. 5 punkt 1, art. 16 punkt 1, art. 17 sista stycket, art. 28, art. 55 och art. 57. Det finns också en skillnad i ett tilläggsprotokoll angående statusen av en summarisk process inför kronofogdemyndigheten. Se vidare Bogdan I, s. 125 not 69.

Eftersom konventionerna har så marginella skillnader mellan sig kommer de nedan oftast att behandlas i ett sammanhang.

3.2.3 Allmänt om konventionerna och om deras tolkning

3.2.3.1 Brysselkonventionen

Brysselkonventionen var egentligen avsedd att underlätta erkännande och verkställighet av domar meddelade inom EG. Det var tänkt att domar skulle utgöra den femte friheten inom EG. Man kom emellertid snabbt fram till att det skulle bli mycket lättare att få fram en effektiv konvention om den i stället blev dubbelverkande, i den meningen att den inte endast reglerar erkännande och verkställighet, utan också nationella domstolars domsrätt. Tanken var att om man har gemensamma domsrättsgrunder, borde erkännande- och verkställighetsprocedurerna bli mycket enkla och smidiga.³² Det system man har valt har gjort det möjligt att göra exorbitanta fora mellan medlemsstaterna överflödiga och de är inte längre tillåtna att använda mellan staterna.

När det gäller hur konventionerna ska tolkas finns som konstaterats ovan en del skillnader, som främst har att göra med EG-domstolens tolkningsbehörighet avseende Brysselkonventionen som kommer av det tidigare nämnda Luxemburgprotokollet. Systemet med EG-domstolens behörighet är i princip utformat som det system med begäran om förhandsavgörande som finns inom den regelrätta EG-rätten (art. 234 [f d art. 177] EG-fördraget). Det innebär att en domstol som har att avgöra en fråga där Brysselkonventionen är inblandad i andra (tingsrätterna har alltså inte rätt att begära förhandsavgörande) eller högsta instans har rätt att hänskjuta frågan till EG-domstolen för avgörande. Om frågan uppstår i högsta instans måste den göra det. Som brukligt är EG-domstolens beslut bindande för de nationella domstolarna.³³ Formellt sett är de dock inte bindande utanför den aktuella tvisten, men de torde tillmätas särskild vikt av de nationella domstolarna även i andra tvister.³⁴

Att EG-domstolen har tolkningsrätt beträffande Brysselkonventionen har lett till att det finns ett ganska stort antal rättsfall från den, ungefär ett hundratal.³⁵ När domstolen har avgjort dem har den i princip följt sina vanliga tolkningsmetoder, med ett viktigt undantag och det gäller förarbeten. EG-domstolen brukar inte i sina avgöranden använda sig av förarbeten i större utsträckning, delvis beroende på att det ofta inte finns några officiellt

³² Se Pålsson II, s. 23.

³³ Se Pålsson II, s. 26.

³⁴ Se Pålsson II, s. 27.

³⁵ För en i det närmaste fullständig redovisning av dessa, se Bogdan II, hela.

publicerade sådana. När det gäller Brysselkonventionen finns det emellertid en del officiella rapporter publicerade och de har EG-domstolen ofta använt sig av för att få fram en rimlig tolkning. Det är vad Pålsson kallar för den historiska tolkningsmetoden, som syftar till att utröna lagstiftarens syfte.³⁶ Den tolkningsmetoden brukar EG-domstolen inte använda sig av när den tolkar vanlig EG-rätt. Det EG-domstolen framförallt gör är att den ser till artiklarnas ordalydelse och därefter tolkar dem teleologisk.

EG-domstolen har ofta hänvisat till att Brysselkonventionen måste tolkas så att den blir effektiv, ger personer ett verkligt rättsligt skydd och gör det lätt att få domar erkända och verkställda i andra medlemsländer.³⁷

Brysselkonventionen är ju egentligen en sedvanlig mellanstatlig konvention, eftersom den står utanför den egentliga EG-rättens sfär, men man finner enligt Marco Darmon inte några fall där klassiska folkrättsliga hänsyn har tagits – till exempel att en stats suveränitet skulle trampas på vid en viss tolkning.³⁸

Att EG-domstolen har tolkningsrätt har också medfört att många grundsatser som den har kommit fram till då den har tolkat EG-rätt har kommit att gälla också för Brysselkonventionen. Den kanske viktigaste av alla dessa är att Brysselkonventionen, precis som egentlig EG-rätt, går före nationell rätt. Det framkom först i Duijnsteer ./. Goderbauer.³⁹ Det torde framförallt bero på det nära sambandet mellan Brysselkonventionen och övrig EG-rätt, inte minst att Brysselkonventionen har tillkommit på grund av den uppmaning som finns i EG-fördragets art. 293 (tidigare art. 220).

En speciell effekt av att EG-domstolen har tolkningsrätt är att den har en möjlighet att tolka begrepp som används i konventionen och som finns i medlemsländernas interna rätt antingen så som de används i den nationella rätten, eller som ett *konventionsautonomt* (konventionsimmanent) begrepp.⁴⁰ Med det sistnämnda menas att ett juridiskt begrepp som används även i nationell rätt inte tolkas som det görs där, utan EG-domstolen lägger en betydelse i begreppet som stammar från konventionen. Så har skett i en rad fall⁴¹ men EG-domstolen har i andra fall⁴² valt att i stället välja en nationellrättslig lösning, ofta när det föreligger för stora skillnader mellan medlemsländernas motsvarande begrepp för att de ska kunna acceptera en autonom tolkning. I fallet Tessili ./. Dunlop uttalade dessutom EG-domstolen att vilken metod

³⁶ Se Pålsson II, s. 29 f.

³⁷ Se Gaudemet-Tallon, H., a.a., s. 7.

³⁸ Se Marco Darmon, a.a., s. 6.

³⁹ Se Duijnsteer ./. Goderbauer, [1983] ECR 3663.

⁴⁰ Se Bogdan I, s. 126, Gaudemet-Tallon, a.a., s. 8, Pålsson II, s. 28.

⁴¹ Se exempelvis LTU ./. Eurocontrol, [1976] ECR 1541.

⁴² Se exempelvis Tessili ./. Dunlop, [1976] ECR 1473.

som används måste bestämmas enskilt för varje bestämmelse.⁴³ Å andra sidan väljer EG-domstolen så långt som möjligt autonoma tolkningar, vilket uttryckligen framgår av *Mulox* ./ Geels.⁴⁴

3.2.3.2 Luganokonventionen.

EG-domstolen är inte behörig att tolka Luganokonventionen. Ett av de viktigaste skälen till att EFTA-länderna inte kunde ansluta sig till Brysselkonventionen var just EG-domstolens tolkningsrätt. När man ändå beslöt att ta fram en parallellkonvention, blev det nödvändigt att skapa andra rutiner för att så långt möjligt garantera en enhetlig tolkning mellan konventionerna, som i det stora hela ju är identiska. Det blev också nödvändigt, eftersom ingen internationell domstol skulle komma att ha tolkningsföreträdare framför de nationella, att skapa rutiner för att säkerställa att de nationella domstolarna skulle döma likartade fall likartat.

Att garantera att de två konventionerna tolkas på samma sätt har skett genom främst två åtgärder. Den första är att man fogat ett protokoll nr 2 till Luganokonventionen som klargör att konventionen undertecknats under det att parterna var medvetna om alla de avgöranden som EG-domstolen meddelat fram till det att signeringen ägde rum.⁴⁵ Det innebär att de tolkningar som gjorts av EG-domstolen avseende Brysselkonventionen dessförinnan i princip är bindande även för en nationell domstol som ska döma en tvist enligt Luganokonventionen. EG-domstolens avgöranden därefter är inte alls bindande för parterna i Luganokonventionen.

I och med att alla EU-länder är bundna av både Bryssel- och Luganokonventionerna kommer den senare varianten också medföra att EG-domstolens domar meddelade efter signeringsdatumet år 1988 beaktas, åtminstone indirekt.⁴⁶ Det är i praktiken så att de inte bara kan beaktas, utan faktiskt följs fullt ut. Tanken är följande: En stat som är part i Brysselkonventionen är bunden att följa EG-domstolens domar avseende den konventionen. Luganokonventionen har i stora delar identiskt innehåll. Varför skulle den nationella domstolen tolka ett stadgande som är identiskt i de bägge konventionerna olika, bara för att de återfinns i olika konventioner, när syftena med dem är de samma? Det finns dessutom en deklaration, avgiven av EFTA-staterna vid undertecknandet av konventionen som klargör att de anser det lämpligt att deras domstolar direkt tar hänsyn till EG-domstolens domar, när de avgör tvister som rör Luganokonventionen.⁴⁷ En motsvarande deklaration

⁴³ Se *Tessili* ./ Dunlop, [1976] ECR 1473, premiss 11.

⁴⁴ Se *Mulox* ./ Geels, [1993] ECR I 4075.

⁴⁵ Se *Gaudemet-Tallon*, a.a., s. 316.

⁴⁶ Se *Gaudemet-Tallon*, a.a., s. 316 f. och *Pålsson II*, s. 32.

⁴⁷ Se *Gaudemet-Tallon*, a.a., s. 317 f. och *Pålsson II*, s. 32.

finns avgiven av EG-länderna, där de anser det lämpligt att ta tillbörlig hänsyn till domar meddelade i EFTA-länderna.

Luganokonventionen har alltså formellt ingen högsta uttolkare som kan binda de nationella domstolarna, utan det finns 18 nationella högsta instanser. Det är givetvis av vikt att de, i görligaste mån, tolkar konventionen på samma sätt. Det har man sökt uppnå genom att man i nyssnämnda protokolls art. 1 skrivit in att de nationella domstolarna ska, när de tolkar Luganokonventionen, ta hänsyn till alla andra domar som meddelats och som rör samma sak. Det gör att svenska Högsta domstolen ska ta i beaktande en dom meddelad av engelska House of Lords som rör samma tolkningsproblem. Den engelska domstolens beslut är däremot självfallet inte bindande för den svenska. Det är i princip bara domar meddelade i sista instans som andra länder behöver beakta.⁴⁸ Denna metod är emellertid av mycket mindre praktisk vikt än EG-domstolens domar.

För att det ska vara möjligt för de nationella domstolarna att ta hänsyn till domar meddelade i andra länder avseende Luganokonventionen har ett system för informationsutbyte skapats. Det återfinns i protokollets art. 2. Informationsutbytet avser dock inte bara Luganokonventionen, utan även Brysselkonventionen. Det bygger på att en myndighet som utses i varje land, för svensk rätts del Domstolsverket, se förordningen 1992:974, ansvarar för att information utbyts mellan länderna som är anslutna till konventionerna och dessutom med en central myndighet: justitiesekreteraren vid EG-domstolen.⁴⁹

Till sist finns en ständig kommitté, i vilken varje part i konventionen har en representant, som ska utbyta erfarenheter om hur konventionen fungerar, se art. 3-4 i protokollet.

Domar som är meddelade av EG-domstolen innan Luganokonventionen undertecknades ska, som ovan konstaterats, beaktas (och därför i princip gälla) av nationella domstolar när de avgör ärenden enligt både Bryssel- och Luganokonventionerna och när nedan redogörs för en dom av EG-domstolen gäller den, under förutsättning att den är meddelad innan 1988 för båda konventionerna direkt, och annars direkt för Brysselkonventionen, men i princip bara indirekt för Luganokonventionen. Man ska dock alltid ta hänsyn till EG-domstolens domar, när man avdömer mål enligt Luganokonventionen.

3.2.4 Konventionernas sakliga tillämpningsområde

Konventionerna är tillämpliga på "privaträttens område", se art. 1 första stycket. Alltså omfattas inte till exempel skatterättsliga krav, andra krav grundade på offentlig rätt eller straffrätt, som ju kan få kraftiga privaträttsliga

⁴⁸ Se Pålsson II, s. 32.

⁴⁹ Se Gaudemet-Tallon, a.a., s. 317 och Pålsson II, s. 32 f.

återverkningar.⁵⁰ Vad som ska anses omfattas av begreppet privaträtt är givetvis ingen lätt fråga. EG-domstolen har här bidragit med viktiga tolkningar, varav den viktigaste återfinns i fallet LTU ./ Eurocontrol I.⁵¹ I fallet framkom att begreppet ska tolkas autonomt. Det är den enda rimliga vägen för att få konventionerna tolkade likartat i hela deras tillämpningsområden – man måste åtminstone vara överens om vilka fall som överhuvudtaget ska omfattas av dem.

I fallet anförde EG-domstolen att domar vari en offentlig myndighet är part redan på den grunden inte är uteslutna från konventionens tillämpningsområde. I stället måste man se till hur myndigheten agerar: om den agerar som ett vanligt privaträttsligt subjekt, eller om den *de facto* agerar som en myndighet ("in the exercise of its powers" eller "dans l'exercice de la puissance public").⁵² I det sistnämnda fallet faller domar som har med detta att göra utanför konventionens tillämpningsområde (så var omständigheterna i fallet), men annars kan domar i sådana mål, om övriga krav är uppfyllda, omfattas av konventionen.⁵³

Det räcker inte med att tvisten rör ett privaträttsligt spørsmål. Det finns nämligen en rad undantag i art. 1 andra stycket som minskar konventionernas tillämpningsområde betydligt. De undantagen är:

- fysiska personers rättsliga ställning, rättskapacitet eller rättshandlingsförmåga, makars förmögenhetsförhållanden, arv och testamente,
- konkurs, ackord och liknande förfaranden,
- social trygghet, och
- skiljeförfarande.

Anledningen till att dessa områden har undantagits från konventionernas tillämpningsområden är att de har ganska stora olikheter mellan konventionsparterna. Dessutom finns inom EG dels en konkursförordning, dels en familjerättsförordning som hanterar de frågorna.⁵⁴ Beträffande skiljedomar finns 1958 års New Yorkkonvention om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar, som har en mycket stor anslutning internationellt.⁵⁵

Undantagen gäller enbart om de är huvudföremålet för tvisten. Om frågan uppkommer prejudiciellt kommer en dom som meddelas i målet att omfattas

⁵⁰ Se Pålsson II, s. 39.

⁵¹ LTU ./ Eurocontrol, [1976] ECR 1541.

⁵² LTU ./ Eurocontrol, [1976] ECR 1541, premiss 4.

⁵³ Alltså torde en myndighet, när den agerar som privaträttsligt subjekt, kunna ingå prorogationsavtal som omfattas om konventionerna (och snart domsrättsförordningen).

⁵⁴ Se Pålsson II, s. 42.

⁵⁵ Se Rich ./ Impianti, [1991] ECR 3855.

av konventionen under förutsättning övriga omständigheter är uppfyllda. Om en fråga faller utanför konventionens tillämpningsområde, kan aldrig en fråga som domstolen måste avgöra prejudiciellt, oavsett vad den frågan rör, rättfärdiga att konventionen tillämpas.⁵⁶

Här ska inte sägas mycket mer om dessa undantag, eftersom det inte är troligt att prorogationsavtal sluts i de fall som återfinns i undantagen. Det kan dock anmärkas att underhåll *inte* omfattas av undantaget i första punkten och alltså omfattas av konventionen.⁵⁷ Det framkommer också i art. 5 andra punkten.⁵⁸

Det står ingenstans uttryckligen i konventionernas regler, men det förutsätts i dem och det kan utläsas i preambelerna, att det finns ett krav på att tvisten har internationell anknytning för att konventionerna ska gälla. Stöd för detta finns också i litteraturen.⁵⁹

3.2.5 Konventionernas allmänna behörighetsregler

Detta avsnitt avser att översiktligt sammanfatta de allmänna domsrättsgrunder som återfinns i konventionerna. En del av de förutsättningar som måste vara uppfyllda för dessas tillämpning har betydelse också för prorogationsavtalen, som kommer att behandlas nedan.

Konventionernas huvudregel är att en person med hemvist i en konventionsstat ska stämmas i den staten (art. 2 andra stycket). Det framgår av samma stycke att svarandens medborgarskap är helt oväsentligt för den bedömningen. Enligt artikelns andra stycke ska personer med hemvist i en annan stat än den de är medborgare i omfattas av samma jurisdiktionsregler som medborgarna i hemviststaten, vilket i det närmaste kan ses som ett slags diskrimineringsskydd i linje med de som finns inom EG-rätten.⁶⁰

Huvudregeln i art. 2 kompletteras (och ersätts ibland) av andra regler i konventionerna. I artiklarna 5, 6 och 6a återfinns kompletterande regler. I artiklarna 7-15 finns särskilda bestämmelser till skydd för försäkringstagare och konsumenter som i viss mån undantränger huvudregeln i art. 2. Artiklarna 5-15 ska ses som undantag till art. 2 och ska därför ges en restriktiv tolkning, vilket har klargjorts av EG-domstolen i en rad rättsfall.⁶¹

⁵⁶ Se Rich *./. Impianti*, [1991] ECR 3855, premiss 26.

⁵⁷ Se de Cavel *./. de Cavel*, [1980] ECR 731.

⁵⁸ För mer om dessa undantag se Bogdan I, s. 126 f, Gaudemet-Tallon, a.a., s. 21 ff och Pålsson II, s. 42 ff.

⁵⁹ Se Bogdan I, s. 127, Pålsson II, s. 47 f, Ds 1991:54, s. 22 f.

⁶⁰ Se Gaudemet-Tallon, a.a., s. 49 f.

⁶¹ Se exempelvis Kalfelis *./. Bankhaus Schröder*, [1988] ECR 5565, premiss 19 och Six Constructions *./. Humbert*, [1989] ECR 341, premiss 18.

I art. 16 finns regler om exklusiv behörighet för utpekade domstolar i vissa fall, beroende på tvisteföremålets beskaffenhet, exempelvis om det rör sig om fast egendom. I art. 17 återfinns reglerna om prorogationsavtal och i art. 18 stadgas om så kallad tyst prorogation. Artiklarna 21-24 ger regler om litispensverkan och om interimistiska åtgärder. Artiklarna 19-20 klargör hur och när en domstol *ex officio* ska granska sin egen behörighet.

Artiklarna 2 och 5-15 gäller om svaranden har hemvist i en konventionsstat. Om så inte är fallet gäller enligt art. 4 att, med undantag för de fall som omfattas av art. 16, domstolen ska använda sin egen internationella processrätt för att avgöra sin behörighet. För svensk rätts del innebär det i princip att analogier från dels dessa konventioner, dels RB:s tionde kapitel får användas.

För de svaranden som har hemvist i en konventionsstat är konventionerna uttömmande – jurisdiktion avseende dem får endast grundas på konventionens regler.

Om ett lands domstolar utpekats som behöriga enligt konventionerna måste landet ställa upp med en domstol (även om andra nationella krav på processförutsättningar kan utesluta att en domstol kan ta upp tvisten). För svensk rätts del har därför Stockholms TR utpekats som reservforum, enligt 3 § i inkorporeringslagen (1998:358).

3.2.6 Förhållandet till andra konventioner

Konventionerna är inte de första konventionerna som reglerar domstols behörighet eller erkännande och verkställighet av domar mellan konventionsparterna. Det har därför varit nödvändigt att införa regler om Bryssel- och Luganokonventionernas relation till övriga konventioner på området.

Art. 55 klargör att konventionen ska träda i stället för en rad tidigare, *allmänna* konventioner mellan konventionsparterna. Enligt art. 56 ska de dock fortsätta att gälla på områden som inte omfattas av Bryssel- och Luganokonventionerna. I art. 57 framgår att Bryssel- och Luganokonventionerna är subsidiära i förhållande till *specialkonventioner* som konventionsparterna har ingått, eller kommer att ingå. Specialkonventionerna fortsätter alltså att gälla fullt ut och det står konventionsparterna fritt att också i framtiden ingå sådana konventioner.⁶²

⁶² Sådana finns också i ganska stor utsträckning. Ett exempel är Konvention om skadeståndsansvar på atomenergins område, Paris 1960 – SÖ 1968:17. Se vidare Ds 1991:54 s. 44 ff.

3.2.7 Hemvistbegreppet

Huvudregeln om att svaranden ska stämmas i sin hemviststat aktualiserar hemvistbegreppet. Det finns inte definierat i konventionerna. I stället anvisar artiklarna 52-53 följande metoder. För att bestämma om en fysisk person har hemvist i domstolsstaten ska domstolen använda sig av *lex fori*, enligt art. 52 första stycket. En svensk domstol ska alltså använda svensk lag för att avgöra om en person har sitt hemvist i Sverige.⁶³ Om den fysiska personen inte har hemvist i domstolsstaten ska domstolen, för att bestämma om personen har hemvist i en annan konventionsstat, använda det landets lag, se art. 52 andra stycket. För juridiska personer gäller, enligt art. 53, en liknande metod. Det är det land där den juridiska personen har sitt säte som anses som personens hemviststat. För att avgöra var den juridiska personen har sitt säte ska emellertid domstolen använda sin egen internationella privaträtt.

Den metod man har valt kan tänkas leda till både positiva och negativa kompetenskonflikter. De positiva konflikterna är inte särskilt olyckliga – det finns andra tillfällen då konventionerna ger käranden en valmöjlighet mellan flera behöriga fora. Eftersom konventionerna innehåller regler om *litis pendens* och om erkännande och verkställighet av domar kan olägenheter till följd av de positiva konflikterna i stor utsträckning undvikas. De negativa konflikterna är däremot allvarigare. Man kan dock anta att de inte blir alltför vanliga.⁶⁴ Mer om hemvistkrav finns nedan i prorogationsavsnittet.⁶⁵

3.3 Rådets förordning 44/2001

En nyhet för svensk rätts del är EG:s rättsakter som ibland innehåller domsrättsregler. Nu har EG dessutom, som tidigare nämnts, utfärdat en förordning som är i mångt och mycket heltäckande vad gäller jurisdiktion på det förmögenhetsrättsliga området. Förordningen, som nedan kallas *domsrättsförordningen*, ska ersätta Brysselkonventionen i väsentliga delar, men inte i alla.⁶⁶ Danmark har valt att inte vara med i det fördjupade samarbetet och därför kommer Brysselkonventionen att gälla beträffande Danmark även framgent, se punkterna 21-22 av preambeln.⁶⁷ Det blir också en del skillnader beträffande vissa EG-medlemmars utomeuropeiska besittningar, som omfattas av Brysselkonventionen, men inte av EG-fördraget och därför inte kommer att

⁶³ Det som kan ge vägledning för bedömningen härvidlag är den rättspraxis kring 10 kap. 1 § RB. För mer om denna se Pålsson I, s. 57 ff.

⁶⁴ Se Pålsson II, s. 68 f.

⁶⁵ Se nedan i avsnitt 4.2.2.

⁶⁶ För en allmän kommentar av förordningen se Pålsson, Revisionen av Bryssel- och Luganokonventionerna (uppdaterad version), Lexlundensis, 2001-06-28.

⁶⁷ Däremot har Förenade kungariket och Irland inte utnyttjat sin möjlighet att stå utanför, varför förordningens regler är tillämpliga även för dem. Se preambelns punkt 20.

omfattas av förordningen, utan även fortsättningsvis kommer att omfattas av Brysselkonventionen, se punkt 23 av preambeln.

Av stor vikt är punkt 19 i preambeln som klargör att kontinuitet mellan förordningen och Brysselkonventionen måste säkerställas. Därför införs en del övergångsbestämmelser. Ännu viktigare är dock att EG-domstolens tolkningar av Brysselkonventionen och dess protokoll uttryckligen sägs fortsätta att gälla även sedan förordningen har trätt ikraft. Det innebär att EG-domstolens rika praxis avseende Brysselkonventionen blir tillämplig på de regler som överförts intakta till förordningen.

De flesta regler har överförts utan ändring, andra har ändrats för att rätta till misstag eller företa mindre materiella ändringar. Den största materiella ändringen har gjorts beträffande anställningsavtal, som nu i likhet med försäkrings- och konsumenttvister har ett eget avsnitt. Det leder dock till att förordningens regler inte alltid har samma artikelnummer som i Brysselkonventionen, vilket tyvärr leder till att den fördelaktiga parallellism som finns mellan Bryssel- och Luganokonventionerna inte kommer att finnas mellan dem och förordningen. Kanske skulle en revidering av Bryssel- och Luganokonventionerna kunna ändra på det.⁶⁸ En annan viktig materiell ändring som genomförts är art. 5:s första stycke. Den krångliga metod som EG-domstolen valde i *Tessili ./. Dunlop*⁶⁹ är genom ändringen i princip utmönstrad.⁷⁰ I övrigt ämnar jag inte beröra de ändringar som gjorts, såvida de inte direkt rör prorogationsavtal.

I det följande kommer först art. 17 i Bryssel- och Luganokonventionerna behandlas. Eftersom art. 23 i domsrättsförordningen bygger på art. 17 i Bryssel- och Luganokonventionerna, kommer därefter att kort anföras i ett särskilt avsnitt de skillnader som eventuellt kan tänkas finnas mellan de två artiklarna. Att behandla dem parallellt skulle medföra en massa extra text utan att mycket av materiellt vikt tillkom.

En annan viktig ändring har införts, nämligen i rätten att begära förhandsavgöranden. Enligt art. 68 i EG-fördraget har endast domstolar i sista instans rätt att begära förhandsavgöranden från EG-domstolen.

⁶⁸ En sådan är tänkt att komma både för Bryssel- och Luganokonventionerna. Se Pålsson, Revisionen av Bryssel- och Luganokonventionerna (uppdaterad version), Lexlundensis, s 2.

⁶⁹ *Tessili ./. Dunlop*, [1976] ECR 1473.

⁷⁰ Se vidare i Pålssons Revisionen av Bryssel- och Luganokonventionerna (uppdaterad version av artikeln), s. 3 f.

3.4 Lagreglerade fall

Det finns ingen generell *intern* svensk lagstiftning om när svenska domstolar har internationell behörighet. Det finns dock en uppsjö domsregler spridda i den internationella processrätten, framför allt inom familje- och arvsrätten, exempelvis 3 kap. 2-3 §§ IÄL och 7 § NÄF.⁷¹ På det förmögenhetsrättsliga området är dock frågan, annat än i specialfall,⁷² oreglerad. Detta kan kanske tyckas konstigt, men anledningen till att total oförutsebarhet inte föreligger på området är att det finns andra pålitliga rättskällor på området: konventionerna som beskrivits ovan och analogier från de interna forumreglerna, som ska behandlas nedan.

3.5 Analogier från reglerade fall

Under lång tid har svenska domstolars internationella behörighet i förmögenhetsrättsliga fall varit i princip helt oreglerad. Numer finns de ovan nämnda Bryssel- och Luganokonventionerna som täcker in stora delar av de aktuella områdena, men de är inte heltäckande, inte minst geografiskt, och därför finns det fortfarande utrymme för de gamla analogierna som användes innan konventionerna trädde i kraft.

Hur ska man då veta om svensk domsbehörighet föreligger i fall då frågan inte är lagreglerad? Svaret är att för de flesta fall kan man finna ledning i det kapitel i RB som reglerar forumfrågorna, det vill säga svenska domstolars interna kompetens, nämligen kapitel 10. I detta kapitel stadgas alltså regler om när en tingsrätt är behörig att slita en tvist som är rent intern. Emellertid finns det vissa av reglerna som klart har tagit sikte på situationer med internationell anknytning, exempelvis *forum deprehensionis* i 10 kap. 1 § sista stycket RB. I andra fall kan det stå klart genom förarbeten att man funderat på internationellt anknutna tvister då man utformat forumregeln. Vad detta innebär är att man kan söka ledning i grunderna för forumreglernas utformning och därav söka fastställa om något stadgande i RB:s tionde kapitel kan vara analogiskt tillämpligt – härom råder inga som helst tvivel, sedan saken varit oomstridd i doktrin länge och också bekräftats i praxis i en rad fall.⁷³ Man ska dock ha helt klart för sig att det inte råder någon fullständig parallellism mellan en svensk domstols interna och externa behörighet;⁷⁴ det kan mycket väl inträffa att en forumregel synes tillämplig, men att svensk domsbehörighet likväl inte föreligger, exempelvis på grund av att den instämnda parten är en främmande stat som inte behöver gå i svaromål då den kan stödja sig på sin folkrättsliga immunitet eller på grund av att kärandens talan bygger på en offentligrättslig

⁷¹ Se Bogdan I, s. 107.

⁷² För en redogörelse för dessa fall se Bogdan I, s. 108 not 2.

⁷³ Se exempelvis NJA 1949 s. 724 och NJA 1989 s. 36.

⁷⁴ Se exempelvis Bogdan I, s. 109 och Pålsson I, s. 47 f.

grund. Man ska också observera att det i vissa fall inte är menat att en regel i 10 kap. RB ska tjäna som domsrätsregel, i vart fall inte enligt förarbetena.⁷⁵ Försiktighet är kanske ett för starkt ord, men eftertanke krävs i vart fall när man ska undersöka om svensk domsrätt föreligger på grund av analogi med 10 kap. RB.

Helt kort tänker jag nämna några av de regler i 10 kap. RB som anses kunna analogiskt tillämpas som domsrätsregler på förmögenhetsrättens område.⁷⁶ I 10 kap. 1 § RB regleras det så kallade *forum domicilii* (hemvistforum), vilket måste anses vara huvudregeln i de flesta länders processrätt och definitivt så i den svenska. Att man kan stämma i svarandens (oavsett om denne är en fysisk eller juridisk person) hemvist även om tvisten har internationell anknytning är klart. I 10 kap. 1 § sista stycket RB stadgas om *forum deprehensionis*, (vagabondforum), vilket knappast aktualiseras i fall som inte har internationell anknytning. Alltså kan denna forumregel också analogiseras från. Även från det så kallade *förmögenhetsforum* (10 kap. 3 § RB) är det möjligt att analogisera.⁷⁷ I 10 kap. 4 § RB stadgas om *kontraktsforum*, vilket också är tillåtet att analogisera från. Vidare kan analogiseras från tvister hänförliga till ett *fast driftställe* (filialforum) i 10 kap. 5 § RB, från ett snävare kontraktsforum i 10 kap. 6 § RB, från stadgandet om tvister rörande *förd förvaltning* i 10 kap. 7 § 2 st. RB, från *forum delicti* i 10 kap. 8 § RB, från tvister angående *fast egendom* i 10 kap. 10-12 §§ RB och från tvister angående *ombudsarvode* i 10 kap 13 § RB. Beträffande övriga stadganden som kan bli aktuella hänvisas till framställningen nedan, men redan här kan klargöras att 10 kap. 16 § RB som behandlar prorogationsavtal anses vara analogiskt tillämplig i tvister med internationell anknytning. För vidare läsning angående svensk domstols behörighet i internationella tvister hänvisas framförallt till Michael Bogdan *Svensk internationell privat- och processrätt* (s. 107-138), Sigurd Dennemark *Om svensk domstols behörighet i internationellt förmögenhetsrättsliga mål* (hela) och Lennart Pålsson *Svensk rättspraxis i internationell rätt* (s. 19-126).

Allt det ovan sagda måste emellertid läsas i ljuset av HD:s dom i NJA 1994 s. 81. Där uttalade den att Luganokonventionens regler är allmänt erkända domsrättsgrunder i världen, inom de tvister som den är tillämplig på. Det är därför rimligt att man, i de fall då den inte är direkt tillämplig, i första hand drar analogier från konventionen, i stället för från svensk intern rätt. Det gäller dock

⁷⁵ Se RB 10 kap. 8 a § och prop. 1988/89:95.

⁷⁶ Det är viktigt att alltid hålla i minnet när man diskuterar dessa analogier att det inte i det enskilda fallet nödvändigtvis är så att man kan stödja sig på stadgandet, även om det principiellt kan analogiseras från. Ett exempel på när det inte går bra är när man ansöker om stämning på en i Sverige domicilierad person för att ogiltigförklara ett patent som registrerats i USA – detta för att det inte anses komma på andra domstolar än registreringslandets, som alltså har exklusiv behörighet, att döma i dylika registreringsfrågor. Mer om när det i det enskilda fallet är uteslutet beträffande prorogationsavtal, se nedan i avsnitt 4.3.

⁷⁷ Eftersom denna är en så kallad exorbitant domsrätsregel är det emellertid enligt min mening lämpligt att vara extra försiktig då man drar analogier från den.

bara i vidgande riktning. Avgörandet har också fått stöd av AD i AD 1995 nr 120.⁷⁸

⁷⁸ Se Bogdan I, s. 108.

4 Prorogation

4.1 Allmänt om art. 17, art. 23 och 10 kap. 16 § RB

Vi har nu kommit fram till den viktigaste delen av denna uppsats, nämligen den om de specifika krav som ställs på prorogationsavtal.

För att börja med art. 17 i Bryssel- och Luganokonventionerna, som i likhet med övriga delar av konventionerna går före svensk intern rätt, gäller den på samma materiella och territoriella områden som övrigt i konventionerna.

Artikeln gäller både i kommersiella och icke-kommersiella avtal. Den är skapad för att verkan ska medges till avtal som är ingångna på ett riktigt och ärligt sätt. Den har som syfte att inte pådyvla parterna onödiga formella krav samtidigt som den ska skydda svagare parter från att luras in i prorogationsavtal som de egentligen inte vill ingå. Sådana motstridiga intressen gör det givetvis svårt att formulera artikeln riktigt klart, samtidigt som uttolkandet av den kommer att innebära många svåra avvägningar. Det märks inte minst genom att art. 17 är en av de artiklar som EG-domstolen har haft uppe för bedömning i flest antal fall.

En del kan också sägas här om artikelns ställning bland andra bestämmelser i konventionen. Klart är att respekten för parternas autonomi gör att det forumval de gör går före de vanliga behörighetsreglerna i artiklarna 2 och 5-6 – annars skulle det inte vara mycket bevänt med parternas rätt att välja behörig domstol. Man kan faktiskt säga att art. 17 går före samtliga artiklar i konventionen som rör jurisdiktion, förutom i följande fall:

- (1) när prorogationsavtalet strider mot artiklarna 12 eller 15,
- (2) när domstolarna i ett annat land har exklusiv kompetens enligt art. 16,
- (3) när svaranden går i sakligt svaromål enligt art. 18 (tyst prorogation),
eller
- (4) när prorogationsavtalet står i strid med reglerna i en konvention som ska gå före Bryssel- och Luganokonventionerna enligt art. 57.

Art. 17 går också före art. 4 (svaranden utan hemvist i en konventionsstat). Det kan tyckas mer tveksamt, eftersom art. 4 enligt sin ordalydelse endast ger vika för art. 16 (exklusiv kompetens). Det måste likväl anses som ganska självklart att art. 17 gäller före art. 4, eftersom annars skulle rimligtvis hemvistkravet ("[...] om minst en av parterna har hemvist i en konventionsstat") i art. 17 formulerats annorlunda. Många menar att utelämnandet av art. 17 i art. 4 helt

enkelt är ett misstag vid utformningen.⁷⁹ Den teorin har nyligen fått ett starkt stöd i och med att art. 4 i domsrättsförordningen räknar upp både art. 22 och 23 (som motsvaras av art. 16 och 17 i konventionerna).

Art. 17 stadgar enligt sin ordalydelse att avtal om jurisdiktion är exklusiva, det vill säga endast den utpekade domstolen eller endast det utpekade landets domstolar ska ha behörighet att slita tvister som uppstår kring avtalet. Ordalydelsen till trots har EG-domstolen medgett verkan åt prorogationsavtal som inte varit exklusiva. I Meeth ./ Glacetal uttryckte domstolen att artikeln bygger på respekten för parternas autonomi och att det inte finns några bärande skäl mot att inte låta dem skapa alternativ jurisdiktion, i stället för exklusiv.⁸⁰

Vad gäller art. 23 i domsrättsförordningen kan följande anföras. Vad som sagts ovan om art. 17 i Bryssel- och Luganokonventionerna, gäller helt och hållet för art. 23. Två ändringar har införts i ordalydelsen. Den första gäller exklusiviteten av prorogationsavtal och den andra gäller acceptansen av annat än papper för att uppfylla formkraven. Vad gäller exklusiviteten har man nu ändrat ordalydelsen till att motsvara EG-domstolens avgörande i det strax ovan nämnda Meeth ./ Glacetal. Beträffande den andra ändringen finns mer att läsa nedan.⁸¹

Vad gäller autonom svensk intern rätt är frågan om rätten till prorogation i internationella avtalsförhållanden i princip oreglerad. Man får i stället hålla till godo med analogier från det interna forumstadgandet i 10 kap. 16 § RB. Det torde i likhet med art. 17 i konventionerna också gå före de flesta andra regler om jurisdiktion, men får vika i specialfall, exempelvis då exklusiv kompetens föreligger. 10 kap. 16 § RB använder också ordet ”endast”, men inte heller svensk intern rätt kräver att prorogationsavtal ska vara exklusiva.

4.2 Särskilda förutsättningar för art. 17 och art. 23

4.2.1 Internationell karaktär

Det finns en del särskilda förutsättningar som måste vara uppfyllda för att art. 17 ska vara tillämplig, som saknar motsvarighet i nationell rätt, just för att art. 17 är en produkt av internationellt samarbete.

För att konventionen ska bli tillämplig krävs att tvisten har internationell karaktär. Det sägs inte uttryckligen i någon av artiklarna, men i preambeln står

⁷⁹ Se Gaudemet-Tallon, a.a., s. 72 och Kaye, a.a., s. 1033 f.

⁸⁰ Se Meeth ./ Glacetal, [1978] ECR 2133.

⁸¹ Se avsnitt 4.4.

att läsa att konventionerna ska reglera konventionsstaternas internationella behörighet. Frågan är inte heller omstridd i doktrinen. I de flesta fall då konventionen aktualiseras utgör inte heller frågan ett problem. Självständig betydelse får frågan oftast bara vid prorogationsavtal.

Vad som ska läggas i kravet på internationell karaktär är däremot inte helt klart. Det förutsätts att tvisten har gränsöverskridande karaktär, så att tvisten inte från en konventionsstats synpunkt framstår som en rent intern angelägenhet.⁸² Klart är att om parterna har hemvist i olika stater, är kravet uppfyllt. Klart är också att ett rent nationellt avtal inte omfattas. Skulle exempelvis två personer boende i Tyskland sluta ett avtal som utpekar *Landgericht Hamburg* som exklusiv behörig för att slita tvister rörande ett köpeavtal som rör leverans av varor i Tyskland, är art. 17 inte tillämplig. Mellan dessa två situationer befinner man sig emellertid på ett sluttande plan och åsikterna om när artikeln ska tillämpas går isär.

Det råder inga tvivel om att art. 17 ska tillämpas på avtal där en jurisdiktionsgrund i en annan konventionsstat utesluts, även om parterna har hemvist i samma stat.⁸³ Däremot råder det tvivel om huruvida en prorogationsklausul som utpekar domstol i ett annat land som behörig kan få verkan, när just prorogationsklausulen är det enda internationella inslaget i tvisten. Bogdan, Gaudemet-Tallon, Kaye och Pålsson exempelvis anser inte det.⁸⁴ O'Malley/Layton och Moloney tycks däremot göra det.⁸⁵

Enligt min mening är det lämpligt inte låta prorogationsklausulen vara den enda anknytningsfaktorn som krävs. Om så skulle vara fallet kan inte sägas att det finns ett reellt krav på internationell karaktär. För att inte sätta snarben på parter som faktiskt har intresse av att få tvister avdömda av domstolar utomlands, kan det i stället vara rimligt att ställa låga krav på andra anknytningsfaktorer.⁸⁶

Om avtalet faller utanför art. 17:s tillämpningsområde, medför det inte att prorogationsavtalet är ogiltigt eller utan verkan, utan att frågan får avgöras enligt forumlandets lag. Det gäller oavsett om talan väcks i forum prorogatum eller derogatum.⁸⁷ För svensk rätts del innebär det att 10 kap. 16 § RB aktualiseras, såvida inte analogier från art. 17 Bryssel- och Luganokonventionerna kommer på fråga. 10 kap. 16 § RB har givetvis inget motsvarande krav på internationalitet eftersom det är internt stadgande och endast analogivis kan bli tillämpligt på internationella prorogationsavtal.

⁸² Se Pålsson II, 147.

⁸³ Se O'Malley/Layton, a.a., s. 552 f och Pålsson II, s. 147.

⁸⁴ Se Bogdan I, s. 127, Gaudemet-Tallon, a.a., s. Kaye, a.a., s. 1081 f och Pålsson II, s. 147 f.

⁸⁵ Se Moloney, a.a., s. 50 och O'Malley/Layton, a.a., s. 552 f.

⁸⁶ Stöd för det finns hos Gjelsten, *Formkrav i internationella vernetingsavtaler*, s. 30.

⁸⁷ Se Pålsson II, s. 147.

4.2.2 Hemvistkravet

För de flesta fall är det svarandens hemvist som är relevant enligt konventionerna. En av grundtankarna med konventionerna är att motverka att *kärandens* hemvist eller medborgarskap ska få betydelse som jurisdiktionsgrund. Hemvistkravet i art. 17 är emellertid annorlunda utformat.

Enligt art. 17 ska minst en av parterna ha hemvist i en konventionsstat för att den ska äga tillämpning. Vilken av parterna det rör sig om är däremot utan betydelse och alltså kan kärandens hemvist få betydelse för jurisdiktionen. Det finns dock goda skäl för att frångå huvudregeln i detta fall, inte minst då det på intet sätt är nödvändigt att prorogationen sker till en domstol i just kärandens hemvist, utan mycket väl kan ske till en domstol i en konventionsstat som varken svaranden eller käranden har sitt hemvist i.⁸⁸ Om en part har hemvist i flera länder torde det räcka att ett av dessa är beläget i en konventionsstat.⁸⁹

Det ovan sagda orsakar inte några problem. Vad som däremot kan göra det är frågan om *när* hemvistkravet ska vara uppfyllt. Det finns tre teorier kring frågan.

Den första går ut på att hemvistkravet ska vara uppfyllt när prorogationsavtalet ingås. Vid avtalets ingående ska alltså minst en av parterna (men det är oväsentligt vilken) ha sitt hemvist i en konventionsstat.⁹⁰

Den andra går ut på att hemvistkravet ska vara uppfyllt vid tidpunkten för talans väckande. Denna teori stöds av den svenska språkversionen av konventionstexterna.

Den tredje teorin går ut på att hemvistkravet ska anses uppfyllt om någon av parterna hade sitt hemvist inom en konventionsstat antingen då avtalet slöts eller då talan väcks.

Vilken av dessa som förtjänar företräde är svårt att uttala sig om, men klart är att det skulle vara fördelaktigt om EG-domstolen inom kort får ett fall som tillåter den att uttala sig om frågan.

I fallet C-387/98 Coreck Maritime GmbH ./.. Handelsveem BV mfl fick EG-domstolen svara på frågan om art. 17 är tillämplig när en domstol på den ort där en av parterna i ett ursprungligt avtal (som sedan gått vidare via konossement och överlåtelse) har sin huvudsakliga verksamhet ska vara

⁸⁸ Se Pålsson II, s. 145.

⁸⁹ Se Gaudemet-Tallon, a.a., s. 72.

⁹⁰ Enligt Pålsson är det denna teori som stöds av de flesta språkens versioner. Se Pålsson II, s. 145.

exklusivt behörig enligt en prorogationsklausul, men det inte står klart att denna verksamhet finns i en konventionsstat.

Domstolen svarade att artikeln bara ska tillämpas om åtminstone en av parterna till det ursprungliga avtalet har sitt hemvist i en konventionsstat (och att det står klart att prorogationen har skett till en eller flera domstolar i en konventionsstat).

Här liksom i andra fall när man ska undersöka ett avtals giltighet ska man alltså gå tillbaka i tiden för avtalets slutande för att se om det är giltigt. Att så ska ske kan ses som ett stöd för den första teorin om att avgörande för när hemvistkravet ska vara uppfyllt är när avtalet slöts. Stödet är dock inte så starkt eftersom parterna inte var desamma som de som ingått det ursprungliga avtalet och det är naturligt att bedöma en klausuls ursprungliga giltighet mot omständigheterna då den ingicks. Fallet kan enligt min mening i vart fall inte sägas utesluta någon av teorierna som felaktiga, exempelvis i fall då parterna är desamma men har bytt hemvist.

Om man i bedömningen *in casu* kommer fram till att hemvistkravet inte kan anses uppfyllt påverkar det inte giltigheten av prorogationsavtalet, utan den får i stället bedömas enligt forumlandets lag. Ett sådant prorogationsavtal faller dock inte helt utanför artikelns verkningar. Det står nämligen klart enligt andra stycket att ett sådant prorogationsavtal ska ges derogationsverkan i konventionsstaternas domstolar, i vart fall fram till dess att forum prorogatum har förklarat sig obehörig. Observera ordalydelsen i andra stycket: "Om ett sådant [*min kurs.*] avtal har ingåtts mellan parter av vilka ingen har hemvist i en konventionsstat [...]". För att den föreskrivna derogationseffekten ska inträda måste avtalet alltså uppfylla övriga krav i artikeln, såsom formkraven och kravet på internationalitet.⁹¹ Det kan vara värt att påpeka att avtalen som här åsyftas utpekar en domstol inom en konventionsstat som behörig.

4.2.3 Prorogation till en konventionsstat

Art. 17 kan givetvis bara tillämpas på avtal som utpekar en domstol i en konventionsstat som behörig. I de fall som avtalet utpekar en domstol i ett tredje land som behörig tillämpas alltså inte artikeln. Återigen blir inte prorogationsavtalet ogiltigt för att art. 17 inte är tillämplig, utan istället får den utpekade domstolen använda sin internationella processrätt för att avgöra sin behörighet. Här till skillnad från vad som beskrivits strax ovan, är det alltså inte fråga om ett sådant avtal som omfattas av andra stycket i artikeln. Frågan om derogationsverkan för ett här avsett avtal är inte reglerat i konventionen, utan får avgöras enligt *lex fori*.⁹²

⁹¹ Se Gaudemet-Tallon, a.a., s. 73, Kaye, a.a., s. 1099 f, O'Malley/Layton, a.a., s. 596 f, och Pålsson s. 146.

⁹² Se mer om dessa frågor nedan i avsnitt 4.3.

4.2.4 Domsrättsförordningen.

Det som anförts ovan beträffande art. 17 i Bryssel- och Lugano-konventionerna gäller fullt ut också för art. 23 i domsrättsförordningen.

4.3 Tillämpningsområdet för 10 kap. 16 § RB

4.3.1 Allmänt

Detta avsnitt är avsett att beskriva tillämpningsområdet för den centrala prorogationsregeln i svensk intern rätt.⁹³ I princip gäller samma tankegångar för derogation av svensk domsrätt.

Det är av yttersta vikt att veta inom vilka områden som prorogation tillåts i svensk intern rätt. Eftersom det är långt ifrån självklart att prorogation enligt 10 kap. 16 § RB är tillåten inom alla områden. Inskränkningar i tillåtligheten kan bero på en rad orsaker.

Som första krav för att prorogation ska vara möjlig brukar sägas att parterna ska få disponera över tvisteföremålet. Vad detta mer konkret innebär är att det för parterna, om de så önskar, är möjligt att ingå förlikning i tvisten. Mer exakt när detta får ske kan inte utredas närmare här, utan det hänvisas till mer allmängiltiga framställningar i civil- och processrätt. Klart är dock att förlikning i princip är tillåtet på den allmänna förmögenhetsrättens område. I detta sammanhang brukar man också dra paralleller med skiljemannainstitutet. Man brukar nämligen se det så att om parterna får hänskjuta en tvist till skiljenämnd, talar bärande skäl för att de också ska få avtala om forum. Denna syn har JustR Karlgren utvecklat närmare i sitt tilläggsyttrande till domen i *Morrill* NJA 1949 s. 724, där han i och för sig påpekar att det inte är självklart att en analogi från skiljemannalagen i förevarande avseende är möjlig fullt ut. Det beror framförallt på att man i Sverige och även internationellt sett varit mer benägen att erkänna och verkställa utländska skiljedomar än domar meddelade i allmän utländsk domstol.⁹⁴ Det kan vara på sin plats att notera att fallet i fråga förvisso handlade om derogation av svensk domsrätt, men att det *mutatis mutandis* rimligtvis borde gå att applicera det på prorogation till svensk domstol.⁹⁵ Ytterligare att märka är att skiljemannalagen (1929:145) har fått en 3 a § som i viss mån begränsar utrymmet att hänskjuta tvister till skiljeförfarande i konsumenttvister, men det torde inte påverka den principiella tankegången som Karlgren uttryckt.

⁹³ Ett motsvarande avsnitt behövs inte för Bryssel- och Luganokonventionerna eftersom prorogation generellt är tillåtet då konventionerna är tillämpliga enligt art. 1.

⁹⁴ Se NJA 1949 s. 724 (s. 728)

⁹⁵ Se *Dennemark, a.a.*, s. 288. För övrigt kan noteras att Karlgren i sitt tilläggsyttrande synes i första hand åsyfta prorogation och inte derogation.

4.3.2 Tillämplig lag

För att det ska vara möjligt att avgöra frågor om ett prorogationsavtals giltighet och andra frågor med anledning av det, måste man givetvis veta enligt vilket lands lag så ska ske.

Frågan är då vilket lands lag som kan anses bäst lämpad att styra det förhållandet. För att svara på det kan det vara lämpligt att dela upp frågan i två delfrågor. Den *första delfrågan* blir då vilken lag som ska styra möjligheten att välja forum överhuvudtaget, det vill säga om prorogationsfrihet i det aktuella fallet föreligger. En underfråga till denna är vilka verkningar ett prorogationsavtal får, exempelvis om och i vilken utsträckning som ett prorogationsavtal medges derogationsverkan. Den *andra delfrågan* är huruvida ett giltigt prorogationsavtal kommit till stånd. Den andra frågan ska besvaras nedan i avsnittet om materiell giltighet.⁹⁶

Beträffande den första delfrågan står det klart att den lag som ska styra tillåtligheten av prorogation till en viss stat överhuvudtaget är lagen i den staten, det vill säga *lex fori prorogati*. När parterna X och Y slutit ett avtal om prorogation till domstolarna i Sverige ska de svenska domstolarna alltså tillämpa svensk internationell processrätt för att se om prorogation i det aktuella fallet kan ske – detta oavsett parternas nationalitet och hemvist och oavsett orten för prorogationsavtalets ingående och oavsett vilken lag som är materiellt tillämplig på den aktuella tvisten.⁹⁷

Vilka verkningar som ett giltigt forumval ska tillerkännas måste styras av domstolslandets lag. Ett prorogationsavtal som en svensk domstol alltså anser giltigt ska få de verkningar som svensk rätt ger ett prorogationsavtal – exempelvis derogationsverkan i det fall att exklusiv behörighet avtalats för viss domstol.⁹⁸ Det får stöd i *Elektro* NJA 1969 s. 529,⁹⁹ där frågan om ena parten kunde frångå ett prorogationsavtal ensidigt på grund av att det ingåtts endast till förmån för honom avgjordes enligt svensk rätt.

4.3.3 Lagreglerade fall

Det finns en del inskränkningar i prorogations- respektive derogationsrätten som är givna i lag. Det finns ganska många undantag och den närmaste framställningen blir därför relativt detaljrik och faktaspäckad, men jag anser att det bör finnas en sådan framställning i ett arbete som detta. Den uppräknig

⁹⁶ Se nedan i avsnitt 4.9.

⁹⁷ Se *Dennemark, a.a.*, s. 242.

⁹⁸ Se *Dennemark, a.a.*, s. 251.

⁹⁹ Varom mer nedan i avsnitt 4.4.4, 4.10.4 och 4.11.4.

som finns kan inte garanteras vara heltäckande, eftersom det finns så många lagar, där en domsrättsregel kan tänkas förekomma.¹⁰⁰

I 10 kap. 17 § RB¹⁰¹ ges en rad begränsningar i den interna prorogationsrätten, bland annat anges att om det i lag för visst mål är föreskrivet att viss tingsrätt ska uppta målet och talan väcks vid en annan tingsrätt, ska målet avvisas eller att man inte får prorogera att en hovrätt ska vara behörig, med uteslutande av alla tingsrätter – instansordningens princip ska alltså beaktas. Se vidare i not 100. Man kan tycka att det skulle vara rimligt att tillämpa denna paragraf också vid tvister med internationell anknytning. Det står emellertid klart att den tillkommit med interna rättspolitiska frågor för ögonen, varför det inte alltid finns lika tungt vägande skäl att tillämpa paragrafen analogt när det är fråga om tvister med internationell anknytning. Denna mark tar här som exempel att om någon i ett kollektivavtal, med såväl internationell som svensk anknytning, som forum skulle välja Arbetsdomstolen, det väl knappast kan finnas något skäl att förvägra avtalet tillämpning.¹⁰² Även då det gäller hyrestvister som rör fast egendom som är belägen utomlands kan man tänkas erkänna ett prorogationsavtal som skapar behörighet för svensk domstol trots att tvisten är sådan som faller under 10 kap. 10 § RB.¹⁰³

Enligt lagen (1952:532) om undantag från svensk domstols behörighet såvitt angår vissa tvister mellan befälhavare och besättning å utländskt fartyg kan regeringen föreskriva att svensk domstol inte får ta upp tvister härstammande från fartyg hörande under viss flagg. Veterligen har sådana förordnanden föreskrivits i fall som rör Storbritannien, Frankrike och Rumänien.

¹⁰⁰ Den följande redovisningen är baserad på Bogdan I, s. 108, not 2.

¹⁰¹ **10 kap. 17 §** Ej vare på grund av vad i detta kapitel stadgas rätten behörig att upptaga:

1. tvist, som skall upptagas av annan myndighet än domstol eller av särskild domstol eller enligt lag eller författning skall omedelbart prövas av skiljemän;
2. tvist, som skall väckas vid viss domstol, om denna enligt lag eller författning är ensam behörig att upptaga sådan tvist;
3. tvist, som enligt lag må upptagas allenast av vissa särskilda tingsrätter, om tvisten väckes vid annan domstol;
4. tvist, som avses i 9 eller 10 § eller eljest enligt lag skall upptagas av domstol, som där sägs, om tvisten väckes vid annan domstol;
5. äktenskapsmål;
6. tvist, som angår utmätt egendom eller giltigheten av lösöreköpsavhandling och för vilken behörig domstol är särskilt stadgad; eller
7. tvist, som är av beskaffenhet att kunna utan stämning upptagas av domstol.

Ej heller må på grund av vad i detta kapitel stadgas talan väckas vid domstol av annan ordning än den som för tvistens upptagande är i lag föreskriven; vad nu sagts gälla dock ej tvist, som avses i 13 §.

Yrkande om kvitning för fordran må icke upptagas av domstol, som enligt första stycket ej ägt upptaga tvist angående samma fordran. Lag (1981:828).

¹⁰² Se Denna mark, a.a., s. 285.

¹⁰³ Se Denna mark, a.a., s. 284 f.

I 9 kap. 38 § Luftfartslagen (1957:297) stadgas att avtal om forum är ogiltigt om det avviker från bestämmelserna i lagen, om de ingåtts innan skadan uppkommit. Här gäller alltså både prorogations- och derogationsförbud. Luftfartslagens bestämmelser bygger på 1929 års Warzawakonvention.

I lagen (1978:15) om svensk domstols behörighet i vissa mål på patenträttens område m. m. stadgas som synes ett flertal jurisdiktionsregler, varav en del styr prorogationsfrågor. Huvudregeln är att det är tillåtet enligt 2 § tredje punkten, i mål som anges i 1 §, att prorogera till svensk domstol. Om tvisten i stället rör tvist mellan arbetstagare och arbetsgivare angående rätten till visst patent enligt 3 §, gäller att prorogation till svensk domstol är tillåten under förutsättning att den lag varunder anställningsavtalet lyder accepterar derogation av domsrätten, se 3 § första stycket andra punkten. Enligt andra stycket i nämnda lagrum accepteras inte derogation av svensk domsrätt om anställningsavtalet hör under svensk lag, vilket torde bero på att man värnar om att svensk tvingande skyddslagstiftning verkligen ska tillämpas på ett korrekt sätt och att det kan vara svårt och dyrt för en arbetstagare att föra process utomlands.¹⁰⁴

Enligt Sjölagens (1994:1009) 13 kap. 60 § råder prorogationsförbud för vissa däri angivna tvister. Det är emellertid inget absolut förbud, utan det finns situationer då man accepterar prorogation.

I lagen (1998:293) om utländska försäkringsgivares verksamhet i Sverige stadgas i 1 kap. 4 § att en utländsk försäkringsgivares verksamhet i Sverige ska lyda under svensk lag, följa svenska myndigheters beslut och svara inför svensk domstol. Detta torde innebära att derogation av svensk domsrätt inte accepteras i dessa fall.¹⁰⁵

4.3.4 Exklusiv kompetens

För att prorogation till svensk domstol ska accepteras krävs vidare att processföremålet inte enligt *svenska* internationellt processrättsliga grundsatser anses falla under en främmande stats exklusiva jurisdiktionskompetens. Frågan som inställer sig då är givetvis vad som kan anses falla under andra staters exklusiva kompetens.¹⁰⁶

Det första man kommer att tänka på när det gäller exklusiv kompetens för utländska domstolar är vissa tvister som rör fast egendom.¹⁰⁷ Det rör sig här i

¹⁰⁴ Se mer om möjligheterna till derogation av svensk domsrätt i anställningsförhållanden i AD 1976 nr 101 och nedan i avsnitt 4.8.3.

¹⁰⁵ Se mer om försäkringsfall i avsnitt 4.8.1.1.

¹⁰⁶ Tankegångarna som finns i detta avsnitt motsvaras i mångt och mycket av art. 16 i Bryssel- och Luganokonventionerna samt art. 22 i Domsrättsförordningen.

¹⁰⁷ Se Beckman, a.a., s. 23 f., Bogdan I, s. 117 ff, Denmark, a.a., s. 92 och 203 ff och Pålsson I, s. 83 ff.

princip om tvister rörande äganderätt eller sakrätt i fast egendom. Skälen för att man anser att det är lämpligt med exklusivitet i dessa frågor är bland andra att utredning och bevisning beträffande fast egendom görs bäst där den är belägen, inte minst eftersom syn på stället ofta kan behövas. Vidare kan anföras att det står klart att den lag som ska tillämpas i en sådan tvist är *lex rei sitae*, det vill säga fastighetslandets lag och sådana lagar är ofta så krångliga och detaljrika att det inte kan anses lämpligt att utländska domstolar avgör tvister enligt dem. Till sist, men kanske viktigast, är att ingen stat i världen torde komma att erkänna en utomlands meddelad dom i fråga som rör fastighetsregister i det egna landet. Helt utan undantag tycks inte regeln vara med hänsyn till *Randi A* NJA 1985 s. 832, i vilket kärandens yrkade om fastställande av att byggnader som var belägna på en fastighet på Åland var hans egendom togs upp till prövning. Här var bland annat risken för *déni de justice* påtaglig och det i kombination med att byggnad på ofri grund enligt svensk rätt är att se som lös egendom kan ha påverkat bedömningen.¹⁰⁸

Talan om hävande eller ändring av inskrivning i handelsregister eller därmed jämförligt offentligt register, exempelvis aktiebolagsregister anses inte kunna upptas av domstol utanför registerlandet.¹⁰⁹ Vidare anses även tvist om rättmätigheten av en folkbokföringsåtgärd eller av en beviljad namnändring hamna under registerlandets exklusiva kompetens.¹¹⁰ Som skäl för denna uppfattning brukar anges att det skulle vara ett ingrepp i den närmast berörda statens jurisdiktion om en annan stat utövade jurisdiktion i sådana fall.¹¹¹

Rörande vissa tvister avseende en juridisk persons inre angelägenheter anses talan böra kunna föras endast i det land där den juridiska personen har sitt hemvist.

I fall som har med immateriella rättigheter att skaffa, kan det ibland vara så att tvisten endast kan upptas i viss stat. Beträffande talan om ogiltigförklaring av i viss stat meddelat patent anses det vara så att endast registerlandets domstolar ska vara behöriga att pröva frågan. Skälen härför är de samma som anförts beträffande fastighetsregister ovan.¹¹² Däremot är det troligen så att talan om skadestånd på grund av intrång i utomlands meddelat patent troligtvis kan upptas även utanför registerlandet.¹¹³ Talan om att registrering av utomlands meddelat patent ska hävas faller emellertid under registerlandets exklusiva kompetens.¹¹⁴ Talan om att viss varumärkesrätt, patent, mönster, eller firma ska anses bestå i en bestämd stat anses hamna under skyddslandets exklusiva

¹⁰⁸ Se för kommentar Pålsson I, s. 88.

¹⁰⁹ Se Bogdan I, s. 122, Denmark, a.a., s. 109 och Karlgren, a.a., s. 159.

¹¹⁰ Se Denmark, a.a., s. 109.

¹¹¹ Se Denmark, a.a., s. 109.

¹¹² Se Bogdan I, s. 122, Denmark, a.a., s. 115 ff., och Karlgren, a.a., s. 158.

¹¹³ Se Bogdan i NIR, 1980 s. 269 och Denmark, a.a., s. 120 ff.

¹¹⁴ Se Denmark, a.a., s. 127 ff.

kompetens.¹¹⁵ Talan om fastställelse att visst förfarande utgör intrång i utländskt patent eller varumärke anses också falla inom skyddslandets exklusiva kompetens.¹¹⁶

4.3.5 Offentlighetsrättsligt intresse

Besläktat med ovanstående exempel på när en fråga inte får tas upp på grund av att den anses vara under en främmande stats exklusiva kompetens är ett annat exempel på när en svensk domstol inte kan ta upp frågan på grund av processföremålets art, nämligen då anspråket är grundat på ett utländskt offentlighetsrättsligt intresse. Denna inställning brukar kallas för *isolationsprincipen*.¹¹⁷

Processföremålet kan emellertid härvidlag inte anses som att det faller under denna stats exklusiva kompetens, utan här är det snarast så att andra länder inte anser sig ha något rättskipningsintresse i frågan – varför ska en svensk domstol stå till tjänst för att exempelvis driva in ett chilenskt skattekrav? Det skulle enligt många endast vara slöseri med svenska skattepengar. Förklaringen till att man inte tycker att man ska ta upp sådana tvister har ofta varit att det skulle vara fråga om att kändastaten utövar en statslig suveränitetshandling i en annan suverän stats territorium. Det är emellertid inte en särskilt lämplig förklaring, utan en mer rimlig förklaring torde vara att det inte kommer an på svenska domstolar att främja främmande staters intressen.¹¹⁸

Det ledande rättsfallet på området är det så kallade *Takvorianmålet*, som egentligen är tre mål, *Takvorian I* NJA 1954 s. 268, *Takvorian II* NJA 1955 C 682 och *Takvorian III* NJA 1961 s. 145. Målen rörde en tvist angående betalning på grund av ett köpavtal mellan det svenska tobaksmonopolet och en bulgarisk affärsman, Takvorian. På grund av en handelsöverenskommelse mellan Sverige och Bulgarien skulle i handel mellan de två länderna ett visst betalningsförfarande användas. Sedan avtalet ingåtts hade emellertid Takvorian flytt Bulgarien, vilket gjorde att det förfarandet inte var något som han var intresserad av. Med förbigående av vad som framkom i de två första målen kan här i stället direkt diskuteras vad som framkom i det tredje, i vilket den bulgariska staten sökte förplikta Takvorian att tillse att ett hos överexekutor nedsatt belopp skulle överföras till den bulgariska riksbanken. Takvorian invände att talan inte kunde upptas till prövning av svensk domstol eftersom den var grundad på offentlig rätt och tillgodosåg ett offentligt intresse, nämligen att tillgodose den bulgariska statens intresse av att erhålla utländsk valuta, vilket HD också ansåg och alltså avvisade den bulgariska statens

¹¹⁵ Se *Dennemark, a.a.*, s. 130 f.

¹¹⁶ Se *Bogdan i NIR*, 1980 s. 269.

¹¹⁷ Se *Bogdan I*, s. 80.

¹¹⁸ Se *Bogdan I*, s. 79 ff och 122 och *Dennemark, a.a.*, s. 94 ff.

talans.¹¹⁹ Det kan emellertid noteras att det inte alltid är lätt att skilja mellan privaträttsliga och offentligrättsliga intressen, vilket också Karlgren klart har uttryckt.¹²⁰

Det står klart att det för svensk rätts del inte är av vikt vad den främmande staten menar att anspråket är grundat på. I stället ska svenska domstolar se till de faktiska omständigheterna och inte låta sig förledas av det att den utländska staten låtit "förkläda" ett offentligrättsligt grundat intresse i privaträttslig utformning, i syfte att kringgå den ovan nämnda isolationsprincipen.¹²¹ I det tredje Takvorianmålet (NJA 1961 s. 145) försökte den bulgariska staten med en sådan maskeringsakt, som HD emellertid inte föll för.

Det första exemplet på ett sådant offentligrättsligt grundat intresse som inte bör tas upp av svensk domstol är tvister angående utländska skattefordringar. Det står klart sedan rättsfallet NJA 1914 s. 409, där två finska städer yrkade på betalning av skatter som skulle erläggas i Finland – en talan som avvisades av HD.

Det andra vanliga exemplet är att även tvister angående utländska offentliga avgifter är frågor som svenska domstolar inte ska ta upp till prövning. Emellertid tycks det vara en regel som har så många undantag att det kanske inte är lyckat att uppställa en allmän regel med det innehållet.¹²² Bland annat tycks det vara möjligt att upptaga till prövning tvister som rör avgifter som uttagits på grund av den betalningsskyldige själv tagit initiativ till det som orsakat att avgiften uttagits, se NJA 1909 s. 638, NJA 1933 s. 486 och NJA 1935 A 217.

4.3.6 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan konstateras att prorogationsstadgandet i 10 kap. 16 § RB är tillämpligt inom den allmänna förmögenhetsrätten. Mer specifikt gäller att:

- (1) parterna ska ha dispositionsrätt över tvisteföremålet,
- (2) prorogationsavtalet inte får strida mot ett lagstadgande,
- (3) tvisteföremålet inte får grundas i ett offentligrättsligt intresse och
- (4) tvisteföremålet inte får omfattas av en stats exklusiva kompetens.

¹¹⁹ Se för kommentarer till fallen Bogdan I s. 81, Denmark, a.a., s. 100-109, Hjermer s. 194 f. och Pålsson I, s. 44-47.

¹²⁰ Se Karlgren i SvJT 1967 s. 513 ff.

¹²¹ Se Denmark, a.a., s. 97 f.

¹²² Se Pålsson I s. 42.

4.4 Formkrav

4.4.1 Allmänt

Det torde ha framgått av framställningen ovan att ett prorogationsavtal inte är ett avtal vilket som helst. Därför är det inte förvånande att se att det krävs en diskussion angående huruvida krav uppställs på dess form för att det ska kunna tillerkännas giltighet. De flesta rättsfall som rör prorogationsavtal handlar om formkravsproblematiken. Innevarande avsnitt är därför det kanske viktigaste i uppsatsen.

Det kan vara värt att ägna ett kortare avsnitt till en diskussion angående *formkravens funktion*. De sägs ha till syfte att värna rättssäkerheten för enskilda. Tanken är att om man ska frångå den rätt man har att som huvudregel bli stämd endast vid sin hemvistdomstol, ska ett sådant val ske under insikt att så faktiskt sker och att man därför ska tänka igenom beslutet, så att dess konsekvenser inte kommer som en obehaglig överraskning.

Frågan kan då ställas om formkraven uppfyller det syfte de är satta att tjäna. Att diskutera det mer ingående skulle föra för långt i denna uppsats och här ska bara anmärkas att det finns en tendens att se till rättssäkerheten ur bara ett perspektiv, nämligen ur den parts synvinkel som inte önskar bli bunden av prorogationsklausulen. Det kan inte alltid vara det rätta, eftersom det inte alltid är den som önskar binda motparten vid en prorogationsklausul som "försöker lura" motparten. Det omvända kan mycket väl vara fallet.¹²³

Avslutningsvis ska här nämnas en del om vad skriftlighetskravet egentligen innebär. Det mesta av diskussionen kring art. 17 och 10 kap. 16 § RB och skriftlighetskravet handlar mer om att fastställa om ett avtal har ingåtts genom att något fästats på papper på ett eller annat sätt. Vad som kan räknas som skriftlighet *per se* diskuteras mer sällan. Diskussionen har väl egentligen inte haft något större berättigande tidigare, eftersom det mesta i affärskommunikation som kan tänkas ha haft med skriftlighet att göra tidigare hamnade just på papper. Papper kan ju lätt undertecknas av bägge parter, om inte annat så efter att pappret skickats per brev till motparten.

Med de nya kommunikationsmedel som vuxit fram, i synnerhet elektroniska meddelanden som elektronisk post, har diskussionen emellertid fått ett större berättigande. Färre papper skickas mellan affärslivets parter och allt oftare utbyts anbud och accept via e-post eller telefax. För att avhjälpa de svårigheter som kan tänkas uppkomma vid användandet av ny teknik, i ett avtalsrättsligt perspektiv, har ett FN-organ, UNCITRAL, lanserat ett begrepp vid

¹²³ För en vidare diskussion kring detta, se Gjelsten, a.a., s. 48 f.

utarbetandet av en modellag. Begreppet kallas *funktionell ekvivalens*.¹²⁴ Det bygger på följande tanke: om ett elektroniskt medium fyller samma funktion som papper, så bör det ges samma status som ett sådant.¹²⁵

Frågan är om ett elektroniskt meddelande kan uppfylla de krav som ställs i prorogationsartiklarna i Bryssel- och Luganokonventionerna och i 10 kap. 16 § RB. Vad gäller Bryssel- och Luganokonventionerna kan följande anföras. Ordalydelsen och EG-domstolens tidiga praxis¹²⁶ kring skriftlighetskravet gör att man kan förhålla sig skeptisk till huruvida tankegången har någon plats i konventionerna. Å andra sidan har lång tid förflutit sedan de tidiga avgörandena kom och de nya medierna är numer väl spridda. Dessutom har man i art. 23 i domsrättsförordningen valt att införa ett nytt andra stycke där man inför möjlighet att sluta prorogationsavtal via elektroniska medier, så länge bevisning om det kan säkras i efterhand. Det är alltså inte helt otänkbart att man accepterar i elektronisk form slutna prorogationsavtal, även beträffande Bryssel- och Luganokonventionerna.

Jag anser det vara lämpligt i vart fall om parterna är jämstarka och omständigheterna vid avtalets ingående tyder på att parterna verkligen och faktiskt önskat vidta prorogationen. Ungefär samma argument torde kunna anföras beträffande 10 kap. 16 § RB, men jag tror att det är ännu större chans att en svensk domstol skulle godta ett sådant avtal beträffande svensk intern rätt, eftersom domstolarna i Sverige enligt min mening är mer pragmatiska och mindre formalistiska än den praxis som EG-domstolen har utformat kring art. 17.

4.4.2 Bryssel- och Luganokonventionerna

Detta avsnitt ska diskutera formkraven i Bryssel- och Luganokonventionerna. För att diskussionen ska bli mer lättbegriplig för läsaren citeras nu stadgandet:

Artikel 17

Om parterna har träffat avtal om att en domstol eller domstolarna i en konventionsstat skall vara behöriga att avgöra en redan uppkommen tvist eller framtida tvister i anledning av ett bestämt rättsförhållande, och minst en av parterna har hemvist i en konventionsstat, skall endast den domstolen eller domstolarna i den staten vara behöriga. Ett sådant avtal skall vara antingen

- a) skriftligt eller muntligt och skriftligen bekräftat, eller
- 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 iaktas av parter i avtal av föreliggande typ vid det ifrågakvarande slaget av handel.

¹²⁴ Se UNCITRAL, Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment, New York 1997 (se hemsida www.un.or.at/uncitral).

¹²⁵ Se mer om detta C. Hultmark, a.a., s. 21 och A. Lindberg/D. Westman, a.a., s. 61 f.

¹²⁶ Mer om den i avsnitt 4.4.2.

Om ett sådant avtal har ingåtts mellan parter av vilka ingen har hemvist i en konventionsstat, är domstolarna i andra konventionsstater inte behöriga att pröva tvisten så länge den eller de utvalda domstolarna inte har förklarat sig obehöriga.

Den domstol eller de domstolar i en konventionsstat som enligt en handling varigenom en trust har bildats är behörig domstol, har exklusiv behörighet vid talan som väcks mot en instiftare, trustee eller insatt förmånstagare till en trust, om saken angår förhållandet mellan dessa personer eller deras rättigheter eller skyldigheter inom ramen för denna trust.

Avtal om domstols behörighet eller motsvarande bestämmelser i en handling varigenom en trust har bildats har ingen verkan om de strider mot bestämmelserna i artiklarna 12 eller 15 eller om de domstolar vilkas behörighet de utesluter har exklusiv behörighet enligt artikel 16.

Om ett avtal om domstols behörighet har träffats till förmån för endast en av parterna, behåller den parten sin rätt att väcka talan vid varje annan domstol som är behörig enligt denna konvention.

I mål om anställningsavtal är ett avtal om domstols behörighet giltig endast om det har ingåtts efter tvistens uppkomst eller om arbetstagaren åberopar det för att väcka talan vid andra domstolar än domstolen i den ort där svaranden har hemvist eller de domstolar som anges i artikel 5.1.¹²⁷

Den artikel som just citerats är den som återfinns i Brysselkonventionen. I Luganokonventionen har den en något annorlunda formulering i sista stycket som lyder:

I mål om anställningsavtal är avtal om domstols behörighet giltigt endast om det har ingåtts efter tvistens uppkomst.

Artikeln uppställer som synes tre huvudvarianter i första stycket, i alternativen a-c. De ska strax behandlas i tur och ordning. Innan så sker ska först redas ut en del om begreppet *avtal* enligt art. 17.

Enligt vad som sagts ovan ska en del av begreppen i konventionerna tolkas autonomt och en del i enlighet med domstolslandets lag, inklusive dess internationella privaträtt.¹²⁸ Frågan är då hur avtal enligt art. 17 ska tolkas. Två tidiga rättsfall, *Salotti* ./ *RÜWA* och *Segoura* ./ *Bonakdarian*¹²⁹ har lett en del bedömare att hävda att avtal ska tolkas autonomt enligt art. 17 precis som fallet också är med begreppet avtal enligt art. 5 första stycket.¹³⁰ Det har bekräftats i EG-domstolens praxis, i fallet *Powell Duffryn* ./ *Petereit*¹³¹ premiss 13 där den konstaterar att begreppet ska tolkas autonomt. I fallet fanns den aktuella prorogationsklausulen i ett tyskt företags bolagsavtal och tvisten rörde en utebliven betalning av en av aktieägarna vid en emission. Frågan var om den i bolagsavtalet upptagna prorogationsklausulen uppfyllde kraven i art. 17. Frågan om en sådan klausul alls kunde vara ett avtal enligt art. 17 besvarade domstolen

¹²⁷ Den uppmärksamme läsaren lägger märke till felstavningen, som också återfinns i den tryckta versionen av Svensk Författningssamling.

¹²⁸ Se *Tessili* ./ *Dunlop*, [1976] ECR 1473.

¹²⁹ *Estasis Salotti* ./ *RÜWA*, [1976] ECR 1831, *Segoura* ./ *Bonakdarian*, [1976] ECR 1851. Se mer om dessa strax nedan.

¹³⁰ Se *Peters* ./ *ZNAV*, [1983] ECR 987.

¹³¹ *Powell Duffryn plc* ./ *Wolfgang Petereit*, [1992] ECR I-1745.

jakande och tillade att det var utan avseende om någon hade motsatt sig klausulen när den antogs, så länge han kvarstod som aktieägare. En aktieägare fick nämligen anses vara införstådd med och anses acceptera det som står i bolagsavtalet.¹³² Vad det mer konkret innebär att avtalsbegreppet ska tolkas autonomt är dock ganska svårpreciserat. I doktrinen går man ibland förbi problemet helt¹³³ eller så menar man att avtalsbegreppet inte ska tolkas autonomt, vilket kan tyckas anmärkningsvärt med tanke på vad EG-domstolen kom fram till i Powell Duffryn ./. Petereit.¹³⁴ I det sistnämnda fallet stöder sig Gjelsten på Iveco Fiat ./. van Hool¹³⁵, där han i och för sig finner stöd för sin uppfattning. Han underlåter dock helt att nämna det senare avdömda fallet Powell, beskrivet ovan. Det är enligt min uppfattning märkligt. Det kan kanske bero på att nationell rätt likväl kan ha en roll att spela i dessa frågor i alla fall. Det som ska tolkas konventionsimmanent är nämligen troligtvis vad som kännetecknar ett avtal – vad ett avtal så att säga egentligen är. Däremot kan nationell rätt ha en roll att spela när man ser till om ett avtal är materiellt giltigt.¹³⁶

Till sist ska anmärkas att det finns en specialreglering för prorogationsavtal som intagits i den handling varigenom en trust har bildats, i art. 17 tredje stycket. En trust kan bildas genom en ensidig rättshandling, varför det kan tyckas konstigt att tala om prorogationsavtal. Genom regleringen jämföras en sådan ensidig rättshandling med ett vanligt prorogationsavtal, vad gäller tvister som rör de interna förhållandena i trusten.

4.4.2.1 Alternativ a) – skriftligt avtal eller muntligt avtal bekräftat skriftligen

Alternativ a) tillhandahåller som synes två möjliga varianter av hur ett prorogationsavtal kan slutas. Den första är den klassiska, nämligen ett skriftligt avtal som innehåller prorogationsklausul eller ett separat hängavtal som bara består av prorogationsklausulen. Den andra är inte heller någon nyhet och alternativ a) har funnits med i artikeln sedan Brysselkonventionens tillkomst.

Om man sluter avtal som innehåller prorogationsklausulen i sig, uppstår i regel inga problem. Problemen uppstår oftast i samband med att endera partens allmänna leveransvillkor ska inkorporeras i avtalet. För att utreda hur så kan ske är det lämpligt att skilja på följande två situationer:¹³⁷

- (1) Vad krävs för att allmänna leveransvillkor ska vara inkorporerade direkt i avtalet?

¹³² Se mer om fallet strax nedan.

¹³³ Se exempelvis Pålsson II.

¹³⁴ Se exempelvis Gjelsten, a.a., s. 65.

¹³⁵ Iveco Fiat ./. van Hool, [1986] ECR 3337.

¹³⁶ Se vidare nedan i avsnitt 4.9.

¹³⁷ Se Gjelsten, a.a., s. 56.

- (2) Vad krävs för att en indirekt hänvisning till ena partens allmänna leveransvillkor ska ges verkan?

Den första frågan funderade EG-domstolen på i fallet *Salotti ./. RÜWA*¹³⁸. *Salotti*, ett italienskt företag, och *RÜWA*, ett tyskt företag, hade ingått avtal om att *RÜWA* skulle leverera maskindelar till *Salotti* i Italien. *RÜWA* stämde *Salotti* inför *Landgericht Köln*, efter att *Salotti* inte betalat hela köpesumman. Avtalet hade nedtecknats på ett papper på vilket *RÜWA*s brevhuvud fanns förtryckt och på vilket baksida dennes allmänna leveransvillkor fanns tryckta. De innehöll en prorogationsklausul som utpekade domstolarna i Köln som exklusivt behöriga. Själva kontraktstexten på framsidan innehöll ingen hänvisning till dessa allmänna leveransvillkor. Däremot innehöll den en hänvisning till tidigare offerter, vari uttryckliga hänvisningar fanns till just de villkoren. Efter överklaganden hamnade målet hos *Bundesgerichtshof*, vilken fann för gott att ställa två frågor till EG-domstolen. I den första frågan sökte den svar på om ett avtal, som har ena partens allmänna leveransvillkor på baksidan, och som på framsidan undertecknats av bägge parter uppfyller de krav på skriftlighet som ställs i art. 17. Den andra sökte svar på om skriftlighetskravet är uppfyllt om avtalet hänvisar till tidigare offerter, som i sin tur hänvisar till säljarens allmänna leveransvillkor, vilka innehåller en prorogationsklausul.

EG-domstolen inledde sina domskäl med att allmänt beskriva hur art. 17 bör tolkas. De skälen har sedan använts flera gånger, antingen ordagrant eller genom hänvisning till detta fall. Den menade att eftersom art. 17 ger parterna en möjlighet att frångå huvudregeln i art. 2 och dess komplement i art. 5-6 och en prorogationsklausul kan få mycket kännbara konsekvenser bör man anlägga en strikt tolkning av art. 17. Det som artikeln framför allt kräver är att ett avtal faktiskt har slutits mellan parterna. Alltså måste domstolen förvissa sig om att en sådan överenskommelse faktiskt finns. Syftet med formkraven i artikeln är just att klargöra att en sådan överenskommelse ingåtts. Domstolen besvarade sedan den första frågan, med hänsyn till vad som sagts ovan om artikelns allmänna tolkning, med att allmänna leveransvillkor, innehållande en prorogationsklausul, på ett avtals baksida inte är en garanti för att en sådan överenskommelse som krävs faktiskt finns. Om avtalstexten innehåller en hänvisning till villkoren på baksidan är dock kravet uppfyllt. Den andra frågan besvaras strax nedan.

I fallet *Tilly Russ ./. Nova*¹³⁹ fick EG-domstolen svara på frågan om ett konossement, vilket hade förtryckta villkor på dess baksida innehållande en prorogationsklausul, kunde uppfylla skriftlighetskravet i art. 17. Domstolen svarade att, efter att ha hänvisat till de allmänna överväganden som gjorts i *Salotti ./. RÜWA*, kraven i art. 17 är uppfyllda om båda parternas vilja att bli bundna av de villkor som innehåller prorogationsklausulen har uttryckts i

¹³⁸ *Estasis Salotti ./. RÜWA*, [1976] ECR 1831.

¹³⁹ *Tilly Russ ./. Nova*, [1984] ECR 2417.

skrift. EG-domstolen bekräftade alltså sin tidigare praxis i Salotti-målet genom domen i Tilly Russ ./ Nova.

Avgörandena är väldigt restriktivt hållna och kritik har sedermera anförts mot dem, som i stort går ut på att domstolens praxis inte rimmar väl med affärlivets krav på smidighet.¹⁴⁰ Artikelns ordalydelse har sedan fallen kom ändrats, men vad gäller bokstaven a) kan denna praxis fortfarande antas gälla. Bedömningen kan dock komma att nyanseras, eftersom de andra alternativen (b-c) numer också står till buds. I synnerhet gäller det avgörandet i Tilly Russ ./ Nova, där alternativ c) numer torde ha gjort avgörandet i princip betydelselöst, för fall som har med konossement att göra. Dock torde principerna som fastslagits för fall som faktiskt hamnar under alternativ a) fortfarande kvarstå.

Den andra problemställningen, det vill säga hur en prorogationsklausul i allmänna leveransvillkor kan inkorporeras genom en indirekt hänvisning har EG-domstolen också fått ta ställning till, även det i Salotti ./ RÜWA. Avtalet som parterna hade slutit innehöll ingen hänvisning till de allmänna leveransvillkoren som fanns tryckta på baksidan. Däremot innehöll avtalet en hänvisning till tidigare offerter, som i sin tur innehöll hänvisningar till villkoren. Domstolen uttalade att i ett sådant fall är kravet i princip uppfyllt. Det gäller dock bara om det är fråga om en uttrycklig hänvisning, som kan kontrolleras av motparten om han iakttar normal uppmärksamhet och bara om det kan konstateras att villkoren meddelats motparten i samband med offerten. Det duger alltså inte med indirekta eller underförstådda hänvisningar. Det gäller återigen för att säkerställa att parterna *faktiskt* har ingått ett prorogationsavtal.

I ett tredje rättsfall rörande skriftlighetskravet i art. 17 första stycket a), Powell Duffryn ./ Petereit,¹⁴¹ har domstolen uttalat att ett bolagsavtal i alla medlemsländer är skriftligt. Det gör emellertid inte per automatik att kraven i art. 17 är uppfyllda (jfr Salotti-målet), eftersom ett bolagsavtal skiljer sig markant från ett vanligt köpeavtal. Det är nämligen så att alla aktieägare, oavsett hur man i det enskilda landet förvärvar ägandet, anses känna till eller borde känna till det som står i bolagsavtalet. De blir vidare bundna av de ändringar i bolagsavtalet som bolagsorganen antar i korrekt ordning. Därför måste en aktieägare anses ha samtyckt till en prorogationsklausul som finns i ett bolagsavtal, så länge som han väljer att vara aktieägare. Det gäller dock bara i den utsträckning som bolagsavtalet finns tillgängligt för honom, antingen vid företagets säte eller i ett offentligt register.

I alternativ a) finns också en andra variant av hur prorogationsavtal kan slutas, nämligen genom ett muntligt avtal som sedermera bekräftas i skrift. Det som är avgörande för de flesta frågor rörande denna del av artikeln är att man faktiskt

¹⁴⁰ Se exempelvis Moloney, a.a., s. 46 och Pålsson II, s. 154.

¹⁴¹ Se också strax ovan.

kan fastställa att det muntliga avtalet rörde just domstolsvalet. Det är ju det valet som den skriftliga bekräftelsen sedan ska avse. Självklart måste en bekräftelse vara ren, det vill säga inte innehålla några ändringar. Den ska bevara rättigheter som redan existerar.¹⁴²

I det första rättsfallet på området, *Segoura* ./, *Bonakdarian*,¹⁴³ hade ett tyskt företag, *Segoura* slutit ett muntligt försäljningsavtal med en nederländsk köpare, *Bonakdarian*, avseende ett parti mattor. I samband med leverans tillställde *Segoura Bonakdarian* en faktura där denne för första gången fick se *Segouras* allmänna leveransvillkor, vari ingick en prorogationsklausul. Dokumentet bekräftades aldrig av *Bonakdarian*. *Segoura* stämde sedan *Bonakdarian* för utebliven betalning inför *Landgericht Hamburg*. Genom överklaganden hamnade ärendet hos *Bundesgerichtshof*, som ställde två frågor till EG-domstolen. Den första frågan avsåg den hypotetiska situationen¹⁴⁴ då säljaren vid avtalsslutet klargör att köpet ska ske enligt hans allmänna leveransvillkor och att han sedermera bekräftar köpet i skrift, och till skriften fogar villkoren, vilka innehåller en prorogationsklausul. Domstolen svarade att en part normalt inte kan antas ha uppgivit fördelar som denne har enligt konventionen. Han kan därför inte presumeras ha gått med på en prorogationsklausul ingående i motpartens allmänna leveransvillkor. En skriftlig bekräftelse från säljaren kan inte i ett sådant läge anses uppfylla kraven i art. 17. Vad som däremot skulle uppfylla kraven var om köparen skriftligen bekräftade köpet, och då även villkoren. Den andra frågan rörde de fall då det inte finns någon hänvisning till säljarens leveransvillkor alls i det muntliga avtalet och de kommer på tal först i och med bekräftelsen. I sådana fall, uttalade domstolen, är det klart att prorogationsklausulen inte är en del av det ursprungliga avtalet. Det kan givetvis inte ändras på av en ensidig handling från ena parten. EG-domstolen tog sig därefter friheten att uttala sig *obiter* rörande närliggande situationer. Det skulle nämligen förhålla sig annorlunda om det muntliga avtalet var en del av en pågående affärsförbindelse mellan parterna, under förutsättning att hela det förhållandet faller under de allmänna leveransvillkor som den som skriftligen bekräftar avtalet har utfärdat. Bekräftelsens mottagare kan alltså inte bindas vid sin passivitet, med mindre avtalet faller inom ramen för ett pågående affärsförhållande som i helhet regleras av leveransvillkor som innehåller en prorogationsklausul.

I fallet *Berghoefer* ./, *ASA*¹⁴⁵ har klargjorts en tidigare omstridd fråga, nämligen om det räcker att den som åberopar jurisdiktionsklausulen har bekräftat avtalet skriftligen, eller om det måste till en bekräftelse från motparten. EG-domstolen uttalade att det, till skillnad från vad som gäller

¹⁴² Se Gjelsten, a.a., s. 68 och Pålsson II, s. 156 f.

¹⁴³ *Segoura* ./, *Bonakdarian*, [1976] ECR 1851.

¹⁴⁴ Hypotetisk eftersom den nationella domstolen funnit att parterna i och för sig bestämt sig för säljarens allmänna leveransvillkor, men att de inte faktiskt behandlat jurisdiktionsfrågan.

¹⁴⁵ *F. Berghoefer GmbH & Co. KG* ./, *ASA SA*, [1985] ECR 2699.

beträffande det *luxemburgska undantaget*,¹⁴⁶ inte uttryckligen krävs att det ska vara den mot vilken avtalet åberopas som ska ha bekräftat det. Dessutom är det inte alltid lätt att avgöra på förhand till vems gagn en prorogationsklausul verkar. Därför har den part som utfärdat bekräftelsen rätt att förlita sig på klausulen, om det faktiskt kan konstateras att en muntlig överenskommelse avseende prorogationen kommit till stånd och motparten inte har rest några invändningar mot bekräftelsen. Det skulle strida mot god sed inom affärlivet att på ett senare stadium resa invändningar.

I ett tredje fall, *Iveco Fiat ./. van Hool*,¹⁴⁷ har EG-domstolen fått uttala sig om ett närliggande fall. Fiat (Italien) och van Hool (Nederländerna) hade ett avtal sedan lång tid tillbaka som reglerade deras mellanhavanden, vari ingick en prorogationsklausul. En annan klausul stipulerade att avtalet kunde ändras och förlängas endast i skriftlig form. Tvist uppstod mellan parterna och vid tvistens uppkomst hade avtalet enligt dess lydelse upphört att gälla ett tjugotal år tidigare, utan att skriftlig förnyelse skett. Trots det hade avtalet varit basen för parternas mellanhavanden. Frågan var då om jurisdiktionsklausulen i avtalet fortfarande var gällande mellan parterna. EG-domstolen svarade att man var tvungen att skilja mellan två situationer: då nationell rätt uppställer ett krav på att man måste följa den avtalade skriftformen för att ändra eller förnya avtalet, och då nationell rätt inte uppställer något sådant krav. Om den tillämpliga nationella rätten inte uppställer något krav på fortsatt skriftlig form är prorogationsklausulen fortsatt giltig mellan parterna. Om den tillämpliga nationella rätten däremot gör det gäller inte prorogationsklausulen, såvida inte följande situation är för handen. Det kan föreligga en tyst överenskommelse om att avtalsvillkoren ska fortsättningsvis vara tillämpliga och att ena parten har bekräftat avtalet skriftligen och motparten inte har protesterat mot det inom rimlig tid. I det senare fallet kan sägas att ett nytt avtal har slutits enligt den modell som föreskrivs i det andra alternativ som finns i a).

4.4.2.2 Alternativ b) – partsbruk

Enligt alternativ b) i första stycket av art. 17 kan ett prorogationsavtal ingås ”i en form som överensstämmer med praxis som parterna har utbildat mellan sig”. Alternativet lades till vid en av revideringarna som skett då nya stater tillträtt Brysselkonventionen. Det är dock egentligen ingen nyhet utan snarast en kodifiering av praxis. EG-domstolen hade i fallen *Tilly Russ ./. Nova och Segoura ./. Bonakdarian*¹⁴⁸ uttalat sig för en lättare tolkning av kraven då parterna hade längre pågående affärsförbindelser.

¹⁴⁶ Se nedan avsnitt 4.4.2.4.

¹⁴⁷ Se ovan avsnitt 4.4.2.

¹⁴⁸ Beskrivna strax ovan.

4.4.2.3 Alternativ c) – internationellt handelsbruk

Det tredje alternativet gör det möjligt att ingå ett prorogationsavtal i en form som överensstämmer med välkänt internationellt handelsbruk. Det tillkom som en reaktion mot den stränga tolkning som EG-domstolen anlade i *Salotti ./. RÜWA och Segoura ./. Bonakdarian*. Från början hade inte alternativet samma ordalydelse i Brysselkonventionen som i Luganokonventionen, men efter en revision är de numer likalydande. Detta alternativ skulle förmodligen föranleda ett annat utfall i *Tilly Russ ./. Nova*, än det som faktiskt kom år 1984.¹⁴⁹

EG-domstolen har haft möjlighet att uttala sig om detta nytillkomna alternativ i två mål. I *MSG ./. Gravieres Rhénanes*¹⁵⁰ hade det franska företaget Gravieres Rhénanes leasat en flodbåt av det tyska företaget MSG för att frakta grus på Rhen. Det mesta av ilastningen skedde i Frankrike medan all avlastning skedde i Frankrike. Avtalet mellan de två var muntligt, men MSG hade skickat en bekräftelse till Gravieres Rhénanes, som innehöll följande klausul: "Würzburg är uppfyllelseort och ort för enda behörigt forum." Sedan båten skadats stämde MSG motparten inför domstol i Würzburg. Efter överklaganden kom målet upp till *Bundesgerichtshof* som ställde två frågor till EG-domstolen. Den första rörde både art. 5 första stycket och art. 17. Den handlade nämligen om man kunde avtala om en "abstrakt" uppfyllelseort, det vill säga avtala om en uppfyllelseort där gäldenärens prestation inte ska fullgöras, och då syftet med avtalet är att formlöst sluta ett avtal som bara har processuella verkningar, i likhet med art. 17:s. Ett sådant avtal är giltigt enligt tysk intern rätt. EG-domstolen underkände emellertid klausulen, med hänvisning till att parterna i och för sig har rätt att avtala om uppfyllelseort, men att det då måste vara fråga om en faktisk uppfyllelseort eftersom rätten kommer från att det ska råda ett nära samband mellan prestationen och orten. En abstrakt uppgörelse som den i målet är emellertid snarast en prorogationsklausul och det ska inte vara möjligt att undgå de strängare formkraven i art. 17 bara genom att kalla avtalet för ett avtal om uppfyllelseort.

I den andra frågan prövade EG-domstolen för första gången de krav som finns kring internationell sedvänja. Den inledde med att, i vanlig ordning påminna om att prorogation är ett undantag till huvudregeln i art. 2 och att en restriktiv tolkning därför ska anläggas, samtidigt som alltför osmidig formalism måste undvikas. Den lättnad i formkraven som det nya alternativet medför kunde dock inte tolkas som att kravet på samtycke har försvunnit. Den viktiga lättnaden är att samtycket i alternativ c) kan presumeras föreligga.¹⁵¹ Givetvis kan det inte alltid presumeras, men så är fallet om mottagaren av ett bekräftelsebrev inte invänder mot det eller om han vid upprepade tillfällen

¹⁴⁹ Jämför med vad som sagts ovan i avsnitt 4.4.2.1.

¹⁵⁰ *MSG ./. Gravieres Rhénanes*, [1997] ECR I-911. För en svensk kommentar till fallet se Pålsson i SvJT 1998 s. 552.

¹⁵¹ Enligt etablerad praxis skulle samtycket var klart och faktiskt etablerat för att kraven i art. 17 skulle vara uppfyllda, jfr *Salotti ./. RÜWA och Segoura ./. Bonakdarian*.

betalar fakturor som innehåller en prorogationsklausul och inte invänder mot den. Allt under förutsättning att det finns ett sådant internationellt handelsbruk inom den bransch som parterna verkar och som parterna var eller borde ha varit medvetna om. EG-domstolen tillade att det är upp till den nationella domstolen att utreda om det finns ett sådant handelsbruk, men domstolen kände sig manad att ge vägledning för hur de ska gå till väga.

- Sådant handelsbruks existens ska inte fastställas enligt en konventionsstats lag.
- Handelsbrukets existens ska inte fastställas mot internationell handel generellt, utan branschspecifikt.
- Handelsbruk existerar om ett visst handlingsmönster följs generellt och regelbundet i den specifika branschen när avtal av en viss typ sluts.

Till sist uttalade sig domstolen om när vetskap om sådant handelsbruk existerar eller kan presumeras. Så är fallet när parterna i kontraktet har haft affärer med varandra tidigare eller inom den branschen tidigare, eller om det i den specifika branschen existerar ett handelsbruk vid ingående av en viss avtalstyp som är så välkänt att det kan sägas utgöra vedertagen praxis.

Det andra fallet som rörde internationellt handelsbruk var *Trasporti Castelletti ./. Trumpy*,¹⁵² som gällde när villkoren i c) är uppfyllda i relation till ett antal konossement. Målet gav inte så mycket nytt, det mesta hade redan besvarats av EG-domstolen i tidigare domar. Av intresse var dock att domstolen fastslog att det inte är nödvändigt att konstatera att handelsbruket existerar i vissa länder, eller i synnerhet att det måste existera inom alla konventionsstater. Det är inte heller nödvändigt att detta handelsbruk finns publicerat i någon form, exempelvis av en branschorganisation. Om så är fallet är det dock ett starkt tecken på att handelsbruket faktiskt existerar. Vidare är det inte tillräckligt att handelsbrukets existens sätts i fråga inför domstolar, för att handelsbruket ska upphöra att finnas. Medvetenheten om handelsbruket som parterna kände till eller borde ha känt till ska avgöras i förhållande till de ursprungliga parterna i avtalet.¹⁵³

Det mesta av innehållet i domen var alltså inte nytt, men en del preciseringar gavs av EG-domstolen. Det är som Pålsson påpekar, dock fortfarande upp till de nationella domstolarna att inom tämligen vida ramar fastställa handelsbrukens existens och parternas vetskap därom.¹⁵⁴ Klart är i vart fall att införandet av c) har gjort att formkraven i art. 17 inte längre kan ses som alltför formalistiska när det gäller internationell handel.

¹⁵² *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA ./. Hugo Trumpy* [1999] ECR I-1597. För en svensk kommentar av fallet se Pålsson i SvJT 2000 s. 709.

¹⁵³ Jfr Tilly Russ ./. Nova.

¹⁵⁴ Se Pålsson i SvJT 2000, s. 723.

4.4.2.4 Luxemburgska undantaget

Med tanke på det stora antal internationella avtal som personer domicilierade i Luxemburg ingår, har intagits i art. 1 andra stycket av protokoll 1 en specialbestämmelse. Den innebär att det råder ett extra högt formkrav för prorogationsavtal som ingåtts med personer boende i Luxemburg. Det kan tyckas av marginellt intresse för oss i Sverige, men EG-domstolens praxis avseende undantaget får betydelse för hur man tolkar art. 17 generellt. En sådan luxemburgsk part blir bunden av ett prorogationsavtal endast om han uttryckligen och särskilt har godkänt avtalet.

I fallet *Porta-Leasing* ./ . Prestige¹⁵⁵ fick EG-domstolen ta ställning till det extra formkravet i det luxemburgska undantaget. Domstolen uttalade att det är nödvändigt att prorogationsklausulen finns i en särskild klausul, som är ägnad endast åt jurisdiktionsvalet. Denna klausul måste vidare den luxemburgska parten ha särskilt undertecknat. Det räcker inte att han undertecknat avtalet som helhet. Det kan emellertid inte krävas att prorogationsklausulen återfinns i en separat handling.

Fallet torde innebära att alternativ b) bara kan vara uppfyllt om den luxemburgska parten har bekräftat avtalet skriftligen.

Om man läser fallet och i stället har *art. 17* i åtanke kan konstateras att det inte kan krävas att prorogationsklausulen återfinns i en särskild handling. Det kan heller inte krävas att klausulen undertecknats speciellt. Det torde i alla lägen räcka med en underskrift av avtalet som helhet. Det kan inte krävas att klausulen är särskilt och endast ägnad åt jurisdiktionsvalet. En kombination av lag- och jurisdiktionsval måste exempelvis accepteras.

4.4.3 Domsrättsförordningen

Det som har anförts ovan för art. 17 i Bryssel- och Luganokonventionerna gäller också för art. 23 i domsrättsförordningen. Det sagda har dock undantag. I art. 23 har man tagit hänsyn till utvecklingen av nya kommunikationsteknologier. "Behovet av att avtal ska vara 'skriftliga eller skriftligen bekräftade' ska inte ogiltigförklara avtal som inte nedpräntats på papper men som kan läsas på en bildskärm."¹⁵⁶ Möjligheten att sluta sådana avtal stämmer överens med det direktiv som antagits på området, Direktiv 2000/31/EG om elektronisk handel.

¹⁵⁵ *Porta-Leasing* ./ . Prestige, [1980] ECR 1517.

¹⁵⁶ Com (1999) 348 final.

4.4.4 Svensk intern rätt

För att diskussionen ska bli lättare att föra kan det vara på sin plats att citera stadgandet som sätter ramen för svensk intern rätt:

10 kap. 16 § RB

Har skriftligt avtal slutits därom, att uppkommen tvist eller framtida tvist, härflytande ur angivet rättsförhållande, må väckas vid viss domstol eller att för tvisten viss domstol ensam skall vara behörig, lände det till efterrättelse, om ej annat är stadgat.

Som synes uppställs ett skriftlighetskrav för ett forumvals giltighet. I detta avsnitt ska utredas vad kravet innebär mer exakt. Först av allt kan det vara på sin plats att konstatera att stadgandet tycks ha tillkommit med endast interna forumavtal i åtanke – vilken teori stöds av kravet på att "viss domstol" ska utpekas. Beträffande interna forumavtal brukar man säga att det minst kan krävas att prorogationen ska ha materialiserats i en skriftlig handling. Däremot brukar inte krävas att det ska finnas en av båda parter undertecknad handling avseende just prorogationsavtalet.¹⁵⁷ Här ska kort också anmärkas att eftersom det finns ett sådant krav på skriftlighet är all bevisning om att det skulle finnas ett muntligt prorogationsavtal poänglös.

Att stadgandet inte är direkt tillämplig som domsrättsgrund har konstaterats ovan och står också klart sedan rättsfallet *Morrill* NJA 1949 s. 724,¹⁵⁸ trots att det handlade om derogationsverkan av ett prorogationsavtal, eftersom HD uttalande att frågan inte kan anses reglerad i svensk lag.¹⁵⁹ Vidare har också konstaterats att det står klart att stadgandet analogiskt använt kan grunda svensk domsrätt.¹⁶⁰ Frågan är då om det också för internationella prorogationsavtal uppställs ett krav på skriftlighet – och vad i så fall det kravet innebär.

Det är inte så svårt att komma fram till åsikten att skriftlighetskravet i någon form bör upprätthållas även för internationella forumavtal. Det kan till och med anses vara extra befogat i de internationella fallen, i vilka det handlar om att skapa eller undvika svensk domsrätt och inte endast att göra en annan tingsrätt behörig.¹⁶¹

Hela frågeställningen kan egentligen uppdelas i tre delar, för det *första* om skriftlighetskravet innebär att det ska föreligga en av båda parterna undertecknad handling som rör just prorogationsklausulen (inte nödvändigtvis endast denna, dock). Om svaret på den frågan är nej, för det *andra*, om det räcker med en accept av säljarens allmänna leveransvillkor vari ingår en

¹⁵⁷ Se *Dennemark, a.a.*, s. 253 ff.

¹⁵⁸ Se NJA 1949 s. 724 (s. 727).

¹⁵⁹ Se ovan i avsnitt 4.3.

¹⁶⁰ Se ovan i avsnitt 4.3.

¹⁶¹ Se *Dennemark, a.a.*, s. 257.

prorogationsklausul, eller om accepten måste klart avse även just den klausulen. För det *tredje* måste undersökas verkan av passivitet hos köparsidan – kan den medföra bundenhet beträffande prorogationsklausulen?

Till besvarande av *första* frågeställningen kan anföras att det finns skäl som talar för att det ska uppställas ett krav på att det ska finnas en av båda parter undertecknad handling som behandlar jurisdiktionsklausulen. Det viktigaste skälet härför torde vara att det rör sig om en synnerligen viktig fråga, vilken kan få mycket långt gående konsekvenser och att det därför måste anses som fördelaktigt om parterna verkligen förhandlar om frågan och på förhand noggrant tänker igenom dess fördelar och nackdelar. Mot kravet talar emellertid, enligt de flestas mening, mer än vad som talar för. HD har också i ett antal fall antagit en linje som måste antas stödja teorin om att det inte krävs en handling som undertecknats av båda parter. Det första är det redan omtalade *Morrill* NJA 1949 s. 724, där prorogationsklausulen ingick i ett konossement. Fallet rörde i och för sig om den skulle ges derogativ verkan, men eftersom HD medgav sådan för en prorogationsklausul i ett konossement som inte undertecknats av båda parter och anförde att det inte förekommit något i fallet som medförde att klausulen inte skulle tillerkännas sådan verkan, måste det rimligtvis antas att HD funderat över spørsmålet. Det finns inget skäl att ställa lägre formella krav på en klausul som har till effekt att beröva annars behöriga svenska domstolar domsrätt, än en klausul som har till effekt att skapa svensk domsrätt.¹⁶² I fallet *Elektro* NJA 1969 s. 529¹⁶³ har HD också tillerkänt verkan för en prorogationsklausul som inte hade undertecknats av båda parter, utan som ingick i leverantörsvillkor. Fallet rörde emellertid primärt frågan om klausulen enbart kunde återopas av den till vilkens fördel som den hade tillkommit.¹⁶⁴ Kravet på skriftlighet ska alltså upprätthållas för internationella prorogationsavtal och får anses medföra att prorogationsklausulen ska ha materialiserats i en skriftlig handling, men att denna inte behöver ha undertecknats av båda parter.

Det leder över till *fråga nummer två*, det vill säga den om huruvida det räcker med en allmänt hållen accept beträffande leverantörens allmänna leveransvillkor, eller om det krävs att accepten rör också just prorogationsklausulen. Återigen hamnar forumvalets långtgående verkningar i fokus: det är ingen som betvivlar att det för vanliga avtalsbestämmelser såsom pris, leveransdatum eller dylikt räcker med en allmänt hållen accept, men prorogationsklausulen står i en särställning eftersom den kan få så kännbara konsekvenser men ändå kanske inte utgör en del av avtalet som parterna nödvändigtvis funderar mycket över. Det anses som viktigare att pressa priset eller få rätt kvantitet vid ett avtalsslut – frågan om var framtida tvister ska slitas

¹⁶² Se Dennemark, a.a., s. 257.

¹⁶³ Se mer om fallet *Karlgren*, Hj. i SvJT 1972 s. 111 f, Pålsson I s. 96-98 och Welamson, L. i SvJT 1977 s. 14 f.

¹⁶⁴ Se mer om det nedan i avsnitt 4.3.2, 4.10.4 och 4.11.4.

är inget man vill tänka på. I en sådan situation kan det anses lämpligt att upprätthålla vissa krav, exempelvis att det klart ska framgå av accepten att den avser även prorogationsklausulen. Problemet kan inte anses löst genom *Morrill* eftersom det avsåg en så pass speciell handling som ett konossement. Det finns emellertid senare fall, vilka rör området. I *Ljungs* NJA 1962 s. 354¹⁶⁵ var fråga om en svensk exklusiv återförsäljare (Scandinavia) av ett tyskt företags (Ljungs) produkter. Scandinavia ansåg att Ljungs hade brutit mot det exklusiva återförsäljaravtalet och ansökte om stämning i Sverige. Ljungs invände att svensk domsrätt var utesluten på grund av en prorogationsklausul som ingått i alla de orderbekräftelser som utgått på de order som Scandinavia lagt på grundval av återförsäljningsavtalet. HD konstaterade att Scandinavia inte kunde anses ha blivit bundet av prorogationsklausulen i dessa orderbekräftelser för tvister som rörde huvudavtalet, det vill säga återförsäljaravtalet. Det kan alltså tyckas som HD accepterade bundenhet för Scandinavia beträffande den enskilda order som lagts inom ramen för huvudavtalet. Frågan ställdes emellertid aldrig på sin spets.

I ett fall som inte rör prorogations- utan skiljeklausuler, *Maskinmekano* NJA 1969 s. 285¹⁶⁶ kom HD fram till ett restriktivt slut. Emellertid har HD i ett senare fall, *Lastbilscentralen* NJA 1980 s. 46 tagit ett stort steg mot en mer liberal linje. Här poängteras att näringslivet förändras och standardavtal och allmänna leveransvillkor används i allt högre grad. Det påpekas att för näringsidkare kan inte en skiljeklausul komma som en överraskning och att det därför torde vara tillräckligt att skiljeklausulen ingår i allmänna leveransbestämmelser som det är möjligt för motparten att få ta del av hos leverantören. Något annat skulle, i vart fall om parterna är svenska, te sig verklighetsfrämmande.

Frågan är då vilka slutsatser som kan dras beträffande internationella prorogationsavtal av dessa två fall som bägge rör skiljeavtal, och varav det ena var ett svenskt internt sådant. Det finns en del argument som talar för att man kan bedöma frågan på ungefär samma sätt för båda instituten. Ett som talar för att så kan ske är det nämnts ovan,¹⁶⁷ nämligen att det i princip rör sig om samma saker som man kan prorogera om, som man kan dra inför skiljenämnd. En andra sak som talar för en likartad bedömning är att avtalen inte sällan torde ingås på samma sätt, nämligen det som beskrivits ovan: genom hänvisning till allmänna leveransvillkor. En tredje sak är att effekten, i vart fall i derogationsfallen, är densamma eftersom den medför att svensk domstol blir obehörig. I prorogationsfallen är effekten ju den, att behörighet skapas för svensk domstol, varför det finns skäl som talar för att man skulle kunna ställa ännu lägre krav på tydlighet vid avtalets ingående, vilket i sin tur torde tala för att man kan acceptera de krav som ställts i *Lastbilscentralen* även för prorogationsavtal.

¹⁶⁵ Se om fallet i Pålsson I s. 64-65 och 99.

¹⁶⁶ Se om fallet i Pålsson I s. 171-173.

¹⁶⁷ Se ovan i avsnitt 4.3.

Emellertid är det inte säkert att det alltid är lämpligt att bedöma skilje- och prorogationsavtal på samma sätt. Ett skäl som talar mot att göra det är att det inte är lätt att få en i utlandet meddelad dom verkställd här i Sverige och vice versa torde också vara fallet. Skiljedomar, däremot, erkänns och verkställs i mycket hög grad, på grund av en i det närmaste universell anslutning till konventioner som reglerar frågan.

Min uppfattning är emellertid att man i de flesta fall torde kunna utgå från att det är tillräckligt att prorogationsklausulen ingår i de allmänna leveransbestämmelserna och att motparten accepterar dessa, det vill säga en allmänt hållen accept. Denna bedömning kan givetvis behöva nyanseras, exempelvis om det visar sig att leveransvillkoren knappast diskuterats och de dessutom endast finns avfattade på svenska, om motparten inte behärskar det språket.

Den *tredje* och sista frågeställningen rör om prorogationsavtal kan ingås genom passivitet, det vill säga vilken effekt exempelvis köparens underlåtenhet att protestera mot allmänna leveransvillkor vilka säljaren tillskicker denne i samband med avtalsförhandlingar. I det fall som här avses finns alltså ingen accept beträffande standardvillkoren överhuvudtaget, till skillnad från ovan då det inte fanns en accept beträffande en i dessa ingående prorogationsklausul, men väl en allmän accept av dem.

Inledningsvis kan här nämnas att det står helt utom tvivel att bundenhet kan uppstå beträffande "vanliga" avtalsklausuler såsom pris och dylikt, genom passivitet. Emellertid är som ovan påpekats en prorogationsklausul knappast en sådan "vanlig" klausul. Det finns ett rättsfall, som nämnts ovan, *Elektro* NJA 1969 s. 529, i vilket man diskuterat huruvida en part som inte protesterat mot motpartens leveransvillkor blivit bunden av en prorogationsklausul som ingått i orderbekräftelser. För att avgöra fallet behövdes emellertid inte tas ställning till den frågan och man kan därför inte utgå från att HD, som i *Elektro* synbarligen accepterade denna som giltig, skulle i ett annat fall göra samma bedömning. Svaret på frågan är svårt att göra entydigt: problemet ingår i hela det problemkomplex som har med passivitetsverkan i standardavtal överhuvudtaget att göra. Detta område är för stort för att kunna redogöras för utförligt här. Endast några korta anmärkningar kan därför komma i fråga.¹⁶⁸

Bundenhet vid passivitet är principiellt möjlig, vilket också konstaterats ovan. En rad faktorer påverkar bedömningen för om så ska ske i det enskilda fallet. En av de viktigaste faktorerna är parternas tidigare förhållande – om det utvecklats ett partsbruk. Parternas vana och kunskap i de aktuella frågorna har också stor betydelse. Det kan antas att internationella affärsmän har betydande

¹⁶⁸ För vidare läsning beträffande standardavtal, se exempelvis Bernitz, a.a., hela.

vana vid att bedöma allmänna leveransvillkor och att de inte torde förbise sådana saker som lagval och prorogations- eller skiljeklausuler. Andra faktorer som påverkar bedömningen är exempelvis om klausulen varit markerad på ett tydligt sätt i villkoren, om det i branschen är vanligt med sådana klausuler och så vidare. Att ge några mer precisa riktlinjer för bedömningen i det enskilda fallet är inte möjligt här.

Det finns också ett krav på att en prorogationsklausul ska vara *klart och tydligt formulerad*. Denmark uttrycker det så att "den ska vara så klart och otvetydigt avfattad att dess innebörd vid en objektiv tolkning framstår som uppenbar".¹⁶⁹ Med det menas exempelvis att en lagvalsklausul inte kan uppfattas som också varande en prorogationsklausul och inte heller kan ett avtal om uppfyllelseort tolkas som en prorogationsklausul.¹⁷⁰

Sammanfattningsvis kan sägas att kravet på skriftlighet torde kräva att prorogationsklausulen ska ha materialiserats i en skriftlig handling, men den behöver inte ha undertecknats av båda parter. Huruvida svenska domstolar skulle acceptera en elektronisk skriftlig handling kan inte sägas med säkerhet, men enligt min mening är det lämpligt. En allmän accept av motpartens allmänna leveransvillkor bör räcka för bundenhet även beträffande prorogationsklausulen. Huruvida man kan bli bunden av en prorogationsklausul då man inte ens accepterat motpartens leveransvillkor överhuvudtaget är mer osäkert, men inte i och för sig omöjligt. Till sist måste prorogationsklausulen vara klart och tydligt formulerad.

Samma formkrav torde gälla för att ett avtal ska tillmätas derogativ verkan som för att det ska tillmätas prorogativ sådan.¹⁷¹

Till sist ska anföras att när svensk eller utländsk lag ska tillämpas på prorogationsavtal och närliggande frågor diskuteras i avsnitt 4.3.2 och 4.9.3.

4.5 Viss tvist

4.5.1 Bryssel- och Luganokonventionerna

Det råder ett krav, enligt art. 17, att prorogationsklausulen avser en redan uppkommen (vilket torde vara mycket ovanligt)¹⁷² eller en framtida tvist avseende ett *bestämt rättsförhållande*. Begränsningen är ett exempel på hur konventionerna arbetar för att skydda svagare parter från heltäckande

¹⁶⁹ Se Denmark, a.a., s. 259.

¹⁷⁰ Se Denmark, a.a., s. 259 f. Jfr ovan avsnitt 2.3.

¹⁷¹ Se Denmark, a.a., s. 319.

¹⁷² Se Pålsson II, s. 149.

jurisdiktionsavtal utfärdade av starkare motparter, särskilt mot sådana som finns i standardformulär.¹⁷³ Det är svårt att ge några klara riktlinjer för vad som kan anses tillräckligt bestämt enligt artikeln. Pålsson anför att det är möjligt att sluta ett ramavtal, innehållande en prorogationsklausul, angående framtida köp eller transaktioner, såvida dessa framtida transaktioner är angivna med tillräcklig precision så att man klart kan avgöra att en transaktion omfattas av ramavtalet.¹⁷⁴ Ett svarbedömt exempel i det sammanhanget har anförts av Gjelsten och O'Malley/Layton,¹⁷⁵ där ett ramavtal (innehållande en prorogationsklausul) har slutits mellan A och B där A fortlöpande förser B med en viss produkt, exempelvis virke. Efter en tid börjar A också förse B med en annan slags produkt, exempelvis verktyg, utan att ett nytt ramavtal ingås eller förändringar av det existerande företas. Ska köp avseende denna nya produktkategori omfattas av ramavtalet? Det måste bero på omständigheterna i fallet, och det är inte möjligt att uppställa några klara riktlinjer på förhand.

I Powell Duffryn ./. Peterreit¹⁷⁶ fick EG-domstolen uttala sig om en prorogationsklausul i ett bolagsavtal var angiven med tillräcklig precision. Domstolen uttalade att så var fallet, beträffande tvister mellan bolaget och aktieägarna, i deras egenskap som aktieägare.

4.5.2 Domsrättsförordningen

Ingen ändring i detta avseende är införd i domsrättsförordningens art. 23.

4.5.3 Svensk intern rätt

Även i svensk intern rätt finns ett krav på att prorogationsavtalet ska hänföra sig till antingen en redan uppkommen tvist eller en framtida tvist som härflyter ur ett bestämt rättsförhållande. Samma skyddsskäl som anförts för Bryssel- och Luganokonventionerna kan anföras för 10 kap. 16 § RB.¹⁷⁷ Vidare kan samma argument anföras i derogations-sammanhang.

4.6 Viss domstol

4.6.1 Bryssel- och Luganokonventionerna

Art. 17 är utformad så att den till ordalydelsen kräver att en viss domstol utpekas, eller att ett visst lands domstolar utpekas. Vilken av de två möjligheterna som väljs styr parterna över. Domstolen, eller domstolarna, som

¹⁷³ Se O'Malley/Layton, a.a., s. 575.

¹⁷⁴ Se Pålsson II, s. 149.

¹⁷⁵ Se Gjelsten, a.a., s. 41 och O'Malley/Layton, a.a., s. 576.

¹⁷⁶ Se också ovan avsnitt 4.4.2.

¹⁷⁷ Se Danmark, a.a., s. 281.

utpekats ska vara ensamt behöriga att slita eventuella tvister. Om parterna väljer att utpeka ett visst lands domstolar uppstår ett problem, nämligen om parten som stämmer ska få välja vilken domstol som helst i det utpekade landet, eller om det landets internationella processrätt ska avgöra. Troligen är det sistnämnda alternativet det korrekta.¹⁷⁸

I fallet Meeth ./.. Glacetal¹⁷⁹ fick EG-domstolen ta ställning till en något annorlunda utformad prorogationsklausul. Parterna hade slutit avtal om att Glacetal, ett franskt företag, skulle leverera glas till ett tyskt företag, Meeth. Till avtalet fogades en prorogationsklausul, som stadgade att vardera parten endast kunde stämmas vid sin hemvistdomstol. Meeth betalade inte fullt ut och därför stämde Glacetal Meeth inför den enligt prorogationsklausulen utpekade domstolen i Tyskland. Frågan var om jurisdiktionsklausulen var giltig enligt Brysselkonventionen. Ytterligare en fråga som uppkom i målet var huruvida den tyska domstolen skulle vara behörig att pröva en invändning om kvittning av en konnex motfordran (som ju enligt prorogationsklausulen bara kunde prövas i Glacetals hemvistdomstol). Anledningen till den första frågans uppkomst är att ordalydelsen av art. 17 stadgar att parterna kan välja en domstol, eller domstolarna i en stat som exklusivt behöriga. I fallet blev flera staters domstolar behöriga. EG-domstolen inledde med att slå fast att ordalydelsen inte kan ha till verkan att beröva parterna att utpeka flera domstolar som behöriga. Den bygger nämligen på att parternas autonomi ska respekteras. En klausul som den i fallet kan inte heller ses som meningslös eftersom den, trots att den utpekar en domstol som skulle ha varit behörig enligt konventionen utan klausulen, också utesluter andra behörighetsgrunder (art. 5-6) som annars kunde ha aktualiserats beroende på omständigheterna i fallet.

I fallet C-387/98 Coreck Maritime GmbH ./.. Handelsveem BV mfl,¹⁸⁰ fick EG-domstolen elaborera vidare med frågan. Prorogationsklausulen som låg bakom frågan lød: "Alla tvister som uppkommer till följd av detta avtal skall avgöras i det land där transportören har sin huvudsakliga verksamhet, och lagen i detta land skall därvid tillämpas, såvida inte annat följer av detta konossement." Klausulen utpekade med andra ord inte direkt ut en viss domstol, utan det fick avgöras med ledning av transportörens hemvist. Klausulen ingick i ett konossement, som också innehöll en klausul som syftade till att klargöra parternas identitet. Den nationella domstolen, *Hoge Raad*, var tveksam över huruvida klausulen tillräckligt klart och tydligt utpekade behörig domstol. EG-domstolen svarade, i linje med tidigare praxis, att art. 17 ska säkerställa att ett avtal om forumfrågan faktiskt har ingåtts. Vidare påpekades

¹⁷⁸ Se Gjelsten, a.a., s. 39, O'Malley/Layton, a.a., s. 573 och Pålsson II, s. 145. Jämför dock Kaye, a.a., s. 1084, som är av uppfattningen att käranden ska få fritt välja domstol i det utpekade landet. Kanske beror hans uppfattning på att engelsk rätt stadgar att så är fallet?

¹⁷⁹ Meeth ./.. Glacetal, [1978] ECR 2133.

¹⁸⁰ Se ovan avsnitt 4.2.2.

att parternas autonomi ska respekteras (jfr Meeth ./.. Glacetal strax ovan). Därför kan det inte krävas att den domstol som klausulen utpekar ska framgå redan av dess ordalydelse. Det räcker att den kan fastställas med hänsyn till ordalydelsen och mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet.

En prorogationsklausul kan alltså, trots ordalydelsen av art. 17, utpeka flera länders domstolar och det är inte ett krav att den utpekade domstolen ska kunna fastställas enbart mot bakgrund av ordalydelsen av prorogationsklausulen, utan det räcker den tillsammans med omständigheterna i fallet klart utpekar den behöriga domstolen.

4.6.2 Domsrättsförordningen

Ingen förändring jämfört med Bryssel- och Luganokonventionerna har införts.

4.6.3 Svensk intern rätt

10 kap. 16 § RB uppställer också enligt sin lydelse ett krav på att en viss domstol ska utpekas i forumklausulen. Det har dock länge framhållits i doktrinen och det har också bekräftats i praxis att så långt gående krav inte ställs på internationella prorogationsklausuler, på vilka ju stadgandet endast är analogiskt tillämpligt.

Det är givetvis naturligt att man vid prorogation inom ett land utpekar en viss domstol. Så är emellertid inte alltid fallet i internationella förhållanden, viktigast där kan ofta vara att ett visst lands domstolar avgör frågan. De invändningar man har om att det skulle vara särdeles betungande för motparten att svara vid ett annat forum i interna fall, gör sig inte lika starkt gällande i internationella. En avtalspart kanske måste resa från USA för att gå i svaromål i Sverige, varvid det knappast är av avgörande vikt om det är tingsrätten i Stockholm eller Göteborg som sliter tvisten.

Det primära som parterna vill åstadkomma med ett jurisdiktionsval utan hänvisning till viss domstol torde oftast vara att skapa domsbehörighet för svensk domstol och därmed (i de flesta fall) utesluta utländsk behörighet. I sådana fall är det onödigt att upprätthålla kravet i det analogiskt tillämpliga stadgandet. Det har heller inte gjorts i praxis.

I *Foodco* NJA 1980 s. 188¹⁸¹ fastslogs det ovan hävdade. Fallet rörde en tvist mellan Alfa-Laval AB och ett schweiziskt och ett liechtensteinskt bolag på grund av ett avtal om tekniskt och kommersiellt samarbete. I det avtalet hade parterna intagit följande klausul. "Alla tvister i anledning av detta avtal, vilka ej kan göras upp i godo genom förhandling, skall avdömas av vederbörande

¹⁸¹ För en kommentar av fallet se Pålsson I, s. 103 f.

domstol i Sverige efter svensk lag.” HD godkände klausulen och framhöll att man inte kan uppställa ett absolut krav på att viss domstol ska anges i klausulen, när det gäller internationella affärsrelationer.

Om parterna i avtalet inte har utpekat viss domstol får man lösa den frågan genom tolkning av avtalet, enligt allmänna regler om tolkning och utfyllnad av avtal. HD gav flera möjliga alternativ till hur man skulle kunna resonera sig fram till ett behörigt forum. HD anförde vidare att alla alternativen tedde sig rimligare än att helt förvägra klausulen verkan – och därmed utesluta svensk domsrätt, trots att parterna ju velat avtala fram en sådan. HD gav i sina skäl till domen exempel på omständigheter att ta hänsyn till vid bedömningen, ett var kärandens hemvist. En annan möjlighet var att käranden skulle ha rätt att välja vilken tingsrätt som helst i Sverige. Man har i litteraturen menat att det kan vara lämpligt att tolka forumreglerna extensivt eller att på annat sätt tillhandahålla ett forum, när som i detta fall svensk domsrätt föreligger, men ingen enskild domstol utpekas som behörig enligt 10 kap. RB.¹⁸² Vid en jämförelse med Bryssel- och Luganokonventionerna kan konstateras att, eftersom alla stater är skyldiga att ställa en domstol till buds om konventionerna utpekar en domstol i landet som behörig, ett reservforum nu finns i Stockholms TR. Det torde dock knappast kunna tillämpas analogiskt, utan kräva lagstiftningsåtgärd.

Beträffande derogationsavtal kan följande anföras. Kravet på att viss domstol ska utpekas i 10 kap. 16 § RB kan inte uppehållas. Det finner stöd av följande uttalande i *Morrill* NJA 1949 s. 724¹⁸³ av RR. ”Att i klausulen ej anvisats någon bestämd domstol i England kan ej tillmätas någon betydelse, enär hänvisningen måste avse den domstol som enligt engelsk lag är behörigt forum för tvisten.” HD berörde inte frågan uttryckligen, men det kan antas att den var av samma uppfattning. Den tillmätte ju derogationsverkan åt prorogationsklausulen.

Man menar i litteraturen emellertid att man torde kunna gå ännu längre i hur obestämd en derogationsklausul får vara. Man hävdar nämligen att det inte ens kan krävas att en viss stat har utpekats som behörig.¹⁸⁴ Vad det här rör sig om är renodlade derogationsavtal, som inte syftar till att skapa behörighet för ett visst land, utan endast att utesluta ett lands domsrätt. I de flesta fall torde det ändå framgå av avtalet vilket land som åsyftats få domsrätt. Vidare ska här påpekas att godkännandet av renodlade derogationsavtal bör vara beroende av i vad mån ett annat lands domstolar accepterar domsrätt, eftersom det annars inte skulle stå någon domstol alls till buds för parterna.

¹⁸² Se Bogdan I, s. 109 f.

¹⁸³ För redogörelse av fallet se ovan avsnitt 4.4.4.

¹⁸⁴ Se Bogdan I, s. 109 f., *Dennemark, a.a.*, s. 321 och *Eek, a.a.* s. 30 f.

4.7 Anknyningskrav

4.7.1 Bryssel- och Luganokonventionerna

Det har hävdats på en del ställen i doktrinen, i vart fall förr, att det måste finnas någon form av sakligt samband mellan den domstol som en jurisdiktionsklausul utpekar och tvisten i fråga. Det stämmer inte för Bryssel- och Luganokonventionernas del.

Det torde endast ställas låga krav för att tvisten ska anses som internationell (jfr diskussionen ovan). Det finns inte något i konventionstexten som tyder på att ett sådant sakligt samband skulle krävas. I målet *Zelger* ./.. *Salintri* har domstolen också klargjort att så inte heller är fallet.¹⁸⁵

4.7.2 Domsrättsförordningen

Ingen ändring jämfört med Bryssel- och Luganokonventionerna är införd.

4.7.3 Svensk intern rätt

Även beträffande svensk intern rätt har frågan varit föremål för en del diskussion i doktrinen.

Den mest extrema uppfattningen är att ingen som helst anknytning krävs – ett giltigt prorogationsavtal medför alltid domsrätt för den domstol som utpekas av klausulen. Man menar att det är vettigt att parterna ges möjlighet att välja helt neutrala domstolar, för att undvika att någon av parterna ska få fördel av att bättre känna till reglerna. Uppfattning är ovanlig nuförtiden. Numer tycks det i stället allmänt anses rimligt att det krävs någon form av anknytning till det land som man prorogerar till.¹⁸⁶ Bogdan uttrycker det som "[g]lodkännande av dylikt uttryckligt [...] val av svensk domstol torde dock måhända ändå förutsätta någon, låt vara liten, anknytning till Sverige, eftersom det inte finns någon anledning varför svenska domstolar skulle ställa upp och pröva tvister där det inte finns något svenskt rättskipningsintresse."¹⁸⁷ Det argumentet kan i princip godtas. Man kan också finna stöd för den uppfattningen i *Levante* (RH 1984:125).¹⁸⁸

Det kan dock tänkas situationer där det skulle innebära att parterna inte har möjlighet att vända sig till någon domstol alls, kanske på grund av att den

¹⁸⁵ Se också *MSG* ./.. *Gravieres Rhénanes*, [1997] ECR I-911, *Benincasa* ./.. *Dentalkit*, [1997] ECR I-3767 och *Trastporti Castelletti* ./.. *Hugo Trumpy*, [1999] ECR I-1597.

¹⁸⁶ Se *Denmark*, a.a., s. 289 ff.

¹⁸⁷ Se *Bogdan I*, s. 121.

¹⁸⁸ Se också nedan i avsnitt 4.10.4.1.

utländska domstolen ger prorogationsklausulen derogativ effekt samtidigt som den svenska domstolen inte accepterar domsrätt på grund av att för svag anknytning till Sverige finns. Det är en form av *déni de justice*, som bör undvikas så långt det är möjligt. I ett sådant läge kan det alltså vara påkallat att ge prorogationsklausulen verkan trots frånvaron av anknytning till Sverige. Mer om allmänna överväganden avseende det lämpliga i att, i det enskilda fallet, tillåta domstolarna att göra en lämplighetsbedömning nedan.¹⁸⁹

Kan det samma antas gälla för derogationsavtal? Krävs det att avtalsförhållandet har någon anknytning till det land, vartill jurisdiktionsklausulen hänvisar? Inledningsvis kan konstateras att prorogationslandet själv avgör, enligt sin internationella processrätt om den anser att tillräcklig anknytning föreligger för att prorogationsklausulen ska medges verkan. Derogationslandet kan inte underkänna prorogationsklausulens verkan på den grunden att den finner för svag anknytning föreligga till prorogationslandet.¹⁹⁰ Den frågans avgörande ligger alltså på den utpekade domstolens bord.

Klart torde vara att svensk rätt inte uppställer ett krav på att endera parten ska ha sitt hemvist i prorogationslandet för att derogationsverkan ska medges här.¹⁹¹

Mer tveksamhet råder då båda parter har sitt hemvist i Sverige och avtalet i övrigt inte har anknytning till ett annat land – avtalet är inte internationellt, utan internt. Principiellt kan anföras att det bör föreligga någon form av internationell anknytning, för att derogation av svensk domsrätt ska accepteras, men att det knappast kan vara nödvändigt att anknytningen till utlandet föreligger just till det land vartill parterna har prorogerat. Som ovan anförts är det vanligt att man prorogerar till engelska domstolar på det sjörättsliga området. Om exempelvis två företag med säte i Sverige sluter ett transportavtal genom företagets fasta driftställen utomlands, säljarens i Taiwan och köparens i Tyskland, om leverans av varor till Norge, synes det inte vara meningsfullt att vägra derogationsverkan till en klausul som stadgar att engelsk domstol ska vara exklusivt behörig bara på den grunden att avtalet inte har anknytning till England. Avtalet är i exemplet så pass internationellt att svensk domsrätt måste kunna derogeras.

Om däremot två svenska företag sluter ett avtal i Sverige med leverans i Sverige och betalning ska ske här med svenska kronor, det vill säga avtalet är ett rent internt, svenskt avtal, är rättsläget inte lika klart. Man kan på den ena sidan anföras att svensk domsrätt inte borde kunna derogeras i tvister rörande ett rent internt, svenskt avtal. På den andra sidan kan anföras att man

¹⁸⁹ Se avsnitt 4.10.4.1

¹⁹⁰ Se *Dennemark, a.a.*, s. 322 f.

¹⁹¹ Se *Dennemark, a.a.*, s. 321 ff.

beträffande tvister som hänskjuts till skiljenämnd, har rätt att välja en nämnd utomlands även för tvister som rör rent interna avtal. Det följer av fallet *Kol och Koks* NJA 1924 s. 620.¹⁹² Den ståndpunkten har fått en, i och för sig tveksam, men likväl, bekräftelse i ett senare fall, *Billings* SvJT 1979 RF s. 1.¹⁹³ I det fallet fränkandes förvisso en skiljeklausul verkan i ett rent internt avtal, men det berodde på att det inte kunde anses klart att klausulen intagits som en del av avtalet överhuvudtaget. När detta var tveksamt är det inte märkligt att HovR:n fann det för gott att fränkanna klausulen effekt. Det tycks dock vara rimligt att anta att om HovR:n funnit att klausulen var en del av avtalsinnehållet skulle den ha låtit klausulen få effekten att utesluta svensk jurisdiktion (skiljenämnden som utpekades var sovjetisk). Pålsson menar att fallet måste tolkas som att en sådan klausul kan få effekt, men att särskilda beviskrav uppställs för att den ska ses som en del av avtalet.

Som ovan har framförts på ett flertal ställen kan man ofta dra analogier från de regler och den praxis som gäller för skiljeklausuler, för att komma till rimliga slutsatser beträffande prorogationsavtal. Detta är emellertid ett fall då det kanske kan vara mindre rimligt eftersom man kan vänta sig att det blir svårare att få en dom erkänd och verkställd om den meddelats av en utländsk domstol, jämfört med om den meddelats av en skiljenämnd.¹⁹⁴ Trots det kan det ändå vara rimligt att låta en prorogationsklausul få derogativ effekt i dessa fall.

4.8 Partsobalans

4.8.1 Bryssel- och Luganokonventionerna

Bryssel- och Luganokonventionerna har extra skydd för konsumenter, arbets- och försäkringstagare. För försäkrings- och konsumenttvister finns särskilda avsnitt, medan specialregleringen av anställningsavtalen är insprängd i de andra, vanliga artiklarna. Vad gäller de två förstnämnda kan sägas att de regler som aktualiseras träder i stället för huvudregeln i art. 2 och komplementen i art. 5-6.

Ingenstans i konventionerna står något om formella krav på dessa speciella prorogationsavtal. Det tycks emellertid råda enighet om att art. 17:s formkrav gäller för alla prorogationsavtal, även de som regleras separat i försäkrings- och konsumenttvisterna.¹⁹⁵

¹⁹² För kommentarer av fallet se Dennemark, a.a., s. 324 f, och Pålsson I, s. 174.

¹⁹³ För en kommentar av fallet se Pålsson I, s. 175 f.

¹⁹⁴ Se Dennemark, a.a., s. 325 f.

¹⁹⁵ Se Byrne, a.a., s. 95 och 107, Gaudemet-Tallon, a.a., s. 175 och 184, O'Malley/Layton, a.a., s. 483 och 513.

4.8.1.1 Försäkringstvister

Försäkringstvisterna behandlas i avsnitt tre av andra avdelningen av konventionen, i artiklarna 7-12 a. Det är inte alla sorters försäkringstvister som omfattas av skyddet i avsnitt tre, utan endast de som uppräknas i artiklarna.¹⁹⁶ Det kan sägas råda ett principiellt förbud mot prorogationsavtal i försäkringstvister. Den lösningen har valts för att förhindra att försäkringsgivaren utnyttjar sin förhandlingsposition för att undkomma konventionernas regler.¹⁹⁷

I ett antal undantagsfall är prorogationsavtal emellertid tillåtna, enligt art. 12. Det *första* är om avtalet ingås efter det att tvisten har uppstått. Undantaget bygger på en rättsgrundsats som är känd inom hela konventionsområdet, nämligen att man kan fransäga sig sina rättigheter efter att de utfallit, även om man befinner sig vara extra skyddsvärd – men inte innan så har skett. Det *andra* undantaget gör det möjligt att sluta sådana prorogationsavtal som ger försäkringstagaren vidare möjligheter att stämma motparten än vad konventionerna utan avtalet skulle bjuda. Det *tredje* undantaget godkänner prorogationsavtal mellan en försäkringstagare och en –givare som har sina hemvist i samma konventionsstat och som har till effekt att domstolarna i den staten ska ha domsrätt även i fall då skadan har ägt rum utomlands. Ett ytterligare krav i sådana fall är att ett sådant avtal inte strider mot hemvistlandets lag. Det *fjärde* undantaget godkänner prorogationsavtal som ingåtts med en försäkringstagare som inte har hemvist i en konventionsstat, såvida inte försäkringen är obligatorisk eller avser fast egendom i en konventionsstat. Undantaget har tillkommit på initiativ från Storbritannien, vars försäkringsväsende har en stark ställning på världsmarknaden.¹⁹⁸ Det *femte* och sista undantaget gör prorogationsavtal godkända såvida de täcker vissa i art. 12 a uppräknade risker, exempelvis skador på fartyg eller på anläggningar som är belägna offshore.

4.8.1.2 Konsumentavtal

I avdelning två, avsnitt fyra (artiklarna 13-15) regleras särskilda jurisdiktionsregler för konsumentavtal.¹⁹⁹ Det är emellertid inte alla avtal där en

¹⁹⁶ I ett relativt nyligen avgjort mål har EG-domstolen, i linje med praxis i andra liknande fall, avgjort att dessa särskilda skyddsregler inte ska tillämpas på *återförsäkringsavtal*, eftersom de varken uppräknas i artiklarna eller det skyddsintresse som artiklarna tar sikte på kan sägas göra sig gällande i dessa tvister. Se C-412/98 Group Josi Reinsurance Company ./. UGIC.

¹⁹⁷ Se Gaudemet-Tallon, a.a., s. 176 och Pålsson II, s. 121.

¹⁹⁸ Se O'Malley/Layton, a.a., s. 482 och Pålsson II s. 122.

¹⁹⁹ En annan viktig rättsakt med skydd för konsument är Rådets Direktiv 93/13/EEC om oskäliga villkor i konsumentavtal. Av artiklarna 3 och 6 däri framgår att avtalsvillkor som har till effekt att inskränka en konsuments rätt att gå till domstol ska sakna verkan. Det är i och för inte direkt tillämpligt på prorogationsavtal, men kan få betydelse för sådana ändå. Se Pålsson II, s. 125. Svensk (kanske tveksam) implementering har skett genom lagen 1994:1512 om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.

konsument är inblandad som omfattas av det extra skyddet i avsnitt fyra, se art. 13.

I likhet med situationen beträffande försäkringstvister kan det sägas råda ett principiellt förbud mot prorogationsavtal i konsumenttvister. Regeln har emellertid en del undantag, enligt art. 15. Ett prorogationsavtal godkänns om det:

har ingåtts efter tvistens uppkomst, eller
tillåter konsumenten att stämma näringsidkaren i fler domstolar än konventionens övriga regler medger, eller
har ingåtts mellan en konsument och en näringsidkare, som vid avtalslutet hade sina hemvist i samma konventionsstat och som ger domsbehörighet till domstolarna i den staten (under förutsättningen att sådana avtal accepteras av det landets lag).

4.8.1.3 Anställningsavtal

En tredje kategori som har fått extra skydd i konventionerna är anställda. Denna kategori av skyddsvärda avtalsparter har emellertid inte i konventionerna tilldelats ett särskilt avsnitt, utan de regler som finns hittar man i konventionens allmänna regler.

Huvudregeln är givetvis art. 2, som stadgar att behörig domstol är svarandens hemvist. I art. 5 första stycket finns en speciell regel som gäller avtal (det så kallade *forum solutionis*). I detta stycke finns också en andra sats som handlar om anställningsavtal, och som preciserar den första satsen beträffande just anställningsavtal. Den domstol som är belägen i den ort där den anställde vanligen utför sitt arbete är behörig, eller om han inte vanligen utför sitt arbete i ett visst land kan talan mot arbetsgivaren också väckas vid den domstol som är belägen där den affärsverksamhet som ingick anställningsavtalet var eller nu är belägen.

De ovan stadgade reglerna kan i princip inte frångås genom ett prorogationsavtal. Det gäller emellertid inte utan undantag. Det finns dessutom härvid en skillnad mellan konventionerna. Beträffande Brysselkonventionen gäller att ett prorogationsavtal medges verkan om det, enligt art. 17 sjätte stycket, har ingåtts efter tvistens uppkomst eller om arbetstagaren åberopar det för att väcka talan vid andra domstolar än domstolarna som utpekats i art. 2 och 5 första stycket. Luganokonventionen är inte lika flexibel och medger enligt dess sjätte stycke endast verkan till prorogationsavtal som ingåtts efter tvistens uppkomst. Att prorogationsavtalet i det enskilda fallet ger arbetstagaren större valmöjligheter än konventionen spelar härvid ingen roll.

4.8.2 Domsrättsförordningen

Även domsrättsförordningen uppställer skydd för de tre kategorier av avtalsparter som Bryssel- och Luganokonventionerna skyddar.

Vad gäller försäkringstvister, avsnitt tre av kapitel II (numer art. 8-14), gäller i stort sett samma regler som tidigare. Art. 9 (f d art. 8) andra punkten har ändrats att omfatta inte bara försäkringstagaren som tidigare, utan nu även den försäkrade eller en förmånstagare. Däremot är prorogationsartikeln intakt (numer art. 13), så när som på den sista punkten, som hänvisar till art. 14 (f d art. 12 a). Den artikelns sista punkt är ändrad.²⁰⁰

Beträffande konsumenttvisterna har ingen materiell ändring införts. Endast artikelnumreringen är ändrad, numer är det artiklarna 15-17.

Anställningsavtalen har tillägnats ett eget avsnitt i domsrättsförordningen, avsnitt fem av kapitel II, artiklarna 18-21. För fall som omfattas av avsnittet (se art. 18 och art. 4 [svarande utan hemvist i konventionsstat] samt art. 5 femte punkten [filialforum]) gäller enligt art. 19 samma regler som gällde tidigare – jfr tidigare art. 2 och art. 5 första punkten andra satsen. Enligt art. 20 har arbetsgivaren rätt att väcka talan endast vid domstolarna där arbetstagaren har hemvist. Det sista gäller emellertid inte rätten att väcka genkärsmål. Dessa regler kan frångås genom prorogationsavtal i samma utsträckning som tidigare, enligt art. 21 (f. d. art. 17 sista stycket), det vill säga efter det att tvisten uppstått eller då arbetstagaren får rätt att väcka talan vid fler domstolar än avsnitt fem i övrigt medger.

4.8.3 Svensk intern rätt

Det finns hinder för att införa prorogationsklausuler i vissa avtal då den ena parten intar en utsatt ställning eller är en svagare part, även i svensk intern rätt och då främst i anställnings- och konsumentavtal. De begränsningar som uppställs för sådana tvister torde inte främst röra rätten att prorogera till svensk domstol, utan rätten att derogera svensk domsrätt. Ovan har exempelvis nämnts 3 § i lagen 1978:152 om svensk domstols behörighet på patenträttens område, som stadgar ett derogationsförbud.

Beträffande anställningsavtal finns ett rättsfall från Arbetsdomstolen, *Mona Mårtensson* AD 1976 nr 101.²⁰¹ I fallet blev Mona M, som var anställd av ett schweiziskt företag, uppsagd utan saklig grund. I avtalet fanns en prorogationsklausul, som hänvisade till en domstol i Zug, Schweiz, som

²⁰⁰ Ändringen avser att nå överstämmelse beträffande alla "stora risker" enligt rådets direktiv 73/239/EEG, 88/357/EEG och 90/618/EEG.

²⁰¹ Se för kommentarer till fallet Bogdan I, s. 120, Bogdan i SvJT 1979 s. 85 och Pålsson I, s. 100 ff.

exklusivt forum. Trots klausulen väckte Mona M talan i svensk tingsrätt för att få uppsägningen ogiltigförklarad och för att utfä ersättning för viss ideell skada. AD fann att prorogationsklausuler i princip godkännes även i anställningsavtal. Bara det faktum att en tvist rör tvingande arbetsrättslig lagstiftning kunde inte medföra att klausulen skulle fränkännas verkan. Men den kunde ändå inte ges derogativ effekt på grund av följande skäl. Hon hade utfört arbetet i Sverige, ingått avtalet i Sverige, var bosatt i Sverige och hon var också svensk medborgare. Anställningsavtalet föll under de tvingande reglerna i anställningsskyddslagen (1982:80), LAS. Det fanns alltså en stark anknytning till Sverige, men ingen nämnvärd anknytning till Schweiz. AD menade vidare att lagstiftningen kanske i och för sig skulle komma att tillämpas av den schweiziska domstolen, men att det inte var tillräckligt för att tillgodose Mona M:s skyddsintresse. Hon skulle också ha rätt att väcka talan i Sverige.

Prorogationsklausuler accepteras alltså i princip beträffande individuella anställningsavtal, som faller under LAS. Det sker dock inte helt utan undantag. Vad som ska krävas i det enskilda fallet framkommer med relativ tydlighet i fallet, även om det har ifrågasatts om alla de anknytningsfaktorer till Sverige som AD uppräknar krävs. Framförallt har medborgarskapet ifrågasatts.²⁰² Bogdan har anfört att man torde kunna acceptera en prorogationsklausul i ett anställningsavtal mellan en verkställande direktör och ett stort multinationellt företag. Han menar också, på goda grunder, att skepsisen inte är lika berättigad beträffande kollektivavtal på arbetsmarknaden.²⁰³ AD har i sin dom *Ove Lundström* AD 1997 nr 27 bekräftat att prorogationsavtal i princip tillmäts verkan även i anställningsförhållanden.²⁰⁴

De skäl som talar för att en anställd som omfattas av viss skyddslagstiftning ska ha rätt att föra sin process i Sverige, i vart fall om det finns stark anknytning hit, kan i mångt och mycket anföras för att en konsument ska ha rätt att föra process här i landet.²⁰⁵ Vad gäller uttrycklig lagstiftning finns på området 21 kap. 4 § Sjölagen, angående tvister om ansvarighet på grund av avtal om befordran av passagerare och resgoods.

Det ska kort sägas att prorogation till Sverige kanske skulle kunna tyckas böra accepteras i större utsträckning än derogation av svensk domsrätt i dessa fall. Man bör dock hålla i minnet att det är lika svårt för en utländsk arbetstagare eller konsument att föra process i Sverige som för en svensk att föra process utomlands. Dennes skyddsintresse i det andra landet bör alltså tas hänsyn till. Att exempelvis svensk konsumentskyddslagstiftning ger ett bättre skydd ska man inte ta hänsyn till vid behörighetsprövningen, eftersom sådana

²⁰² Se Pålsson I, s. 102.

²⁰³ Se Bogdan i SvJT 1979 s. 85.

²⁰⁴ Fallet finns kommenterat nedan i avsnitt 6.1.3.

²⁰⁵ Se Bogdan I, s. 120 och prop. 1982/83:117 s. 23 f.

avväganden i princip hamnar i bestämningen av *lex causae* och i själva det materiella avgörandet av saken.

Sammanfattningsvis kan konstateras att svensk intern rätt accepterar prorogation och derogation av svensk domsrätt *i princip* i individuella anställningsavtal, men så länge det föreligger en stark anknytning till Sverige kommer sådan knappast godtas. Samma argument torde kunna anföras vad gäller konsumenter, men där är rättsläget mer osäkert på grund av bristen på prejudikat.

4.9 Avtalets materiella giltighet

4.9.1 Bryssel- och Luganokonventionerna

Den fråga som ska behandlas i detta avsnitt är enligt vilket eller vilka regelkomplex som avtalets materiella giltighet (det rör sig alltså om andra krav än de som hänför sig till jurisdiktionsavtalens form) ska bedömas enligt. Det finns två möjligheter.

- (1) Avtalets giltighet ska bedömas uteslutande mot konventionernas regler (alltså i princip art. 17), eller
- (2) avtalet ska bedömas mot konventionernas regler och tillämplig nationell lag kumulativt, men bara i den utsträckning som nationell rätt inte går mot kraven i konventionerna.

Det första alternativet innebär att alla krav som nationell rätt ställer på jurisdiktionsavtal, oavsett vilka de är, är uteslutna. Det andra alternativet lämnar ett visst utrymme för nationell rätt att ställa vissa krav, exempelvis på hur standardvillkor kan inkorporeras i ett kontrakt överhuvudtaget.

Den praxis som finns på området är inte helt lättolkad, något som torde bero på att EG-domstolen aldrig uttryckligen har tagit ställning till frågan. Man får alltså bedöma om domstolen har haft endera åsikten som grund för ställningstaganden i andra frågor.

Kaye och O'Malley/Layton förespråkar alternativ (2).²⁰⁶ Kaye menar att kraven i nationell rätt kompletteras av art. 17. Artikeln uppställer alltså *ytterligare* krav för att ett giltigt jurisdiktionsval ska ha ägt rum. Han menar att nationell rätt har följande roll att spela i detta sammanhang. För det *första* undantränger art. 17 alla formella krav som nationell rätt kan tänkas uppställa. Denna åsikt måste rimligen vara den rätta med hänvisning till all praxis från EG-domstolen angående formkraven i art. 17. Det kanske viktigaste fallet härvid är Elefanten Schuh ./ Jacqmain,²⁰⁷ i vilket EG-domstolen bland annat fick svara på frågan

²⁰⁶ Se Kaye, a.a., s. 1070 ff och O'Malley/Layton, a.a., s. 568 ff.

²⁰⁷ Elefanten Schuh ./ Jacqmain, [1981] ECR 1671.

om nationell rätt kunde uppställa ett krav på vilket språk en prorogationsklausul var utformad på. Klausulen ingick i ett anställningsavtal. EG-domstolen uttalade att art. 17 själv uppställer kraven som ett jurisdiktionsval ska uppfylla, i syfte att säkerställa parternas rättssäkerhet och för att tillse att parterna givit sitt samtycke till klausulen. Alltså kan inte nationell rätt uppställa andra formella krav än de som finns i konventionen. För det *andra* undantränger art. 17 alla andra speciella krav (det vill säga icke-formella) som nationell rätt uppställer på just prorogationsavtal. Det torde också vara den korrekta uppfattningen, med hänvisning återigen till den restriktiva praxis som finns på området. För det *tredje* fortsätter nationella allmänna avtalsregler att gälla, exempelvis den svenska avtalslagen. Härvid gäller det alltså frågor om huruvida parterna har bundit *sig själva*. Även om parterna har uppfyllt alla krav som ställs i art. 17 kan väl ett avtal knappast vara gällande, om det ingåtts på grund en partens svikliga förledande (jfr avtalslagens 30 §). Stöd för det kan *enligt min mening* hämtas i målet Iveco Fiat *./. van Hool*.²⁰⁸ I det målet lät EG-domstolen nationell rätt uttryckligen spela en avgörande roll för utgången, och det rörde sig om hur den nationella rättens allmänna avtalsregler såg på förnyelse av avtal. Dessa regler får dock inte sätta kraven i art. 17 ur spel.

I Benincasa *./. Dentalkit*²⁰⁹ hade Benincasa, en italiensk medborgare, slutit ett franchisingavtal med Dentalkit, ett italienskt företag, som innebar att Benincasa skulle upprätta en affär i München. I avtalet fanns en prorogationsklausul, som klargjorde att domstolarna i Florens, Italien, skulle vara exklusivt behöriga. Benincasa betalade aldrig franchiseavgiften, startade aldrig affären och upphörde helt att handla med Dentalkit. Han stämde sedan Dentalkit inför *Landgericht München* och sökte få hela avtalet ogiltigförklarat. EG-domstolen fick därför tillfälle att uttala att en prorogationsklausul inte kan sättas ur spel bara på den grunden att ena parten hävdar att hela avtalet är ogiltigt. Det är alltså upp till den i klausulen utpekade domstolen att avgöra om den har jurisdiktion, även om ena parten hävdar att avtalet är materiellt ogiltigt.

Sammanfattningsvis kan alltså följande sägas. Nationell rätt kan inte uppställa formella krav utöver de i art. 17. Inte heller kan andra krav som hänför sig speciellt till jurisdiktionsval uppställas i nationell rätt. Däremot gäller andra nationella regler, som har med vanlig avtalsrätt att göra parallellt med art. 17. Att art. 17 tillåter att nationell rätt spelar en viss roll klargör dock inte vilken nationell rätt som ska användas. Det besvaras nedan.²¹⁰ Att avtalets materiella giltighet sätts ifråga av endera parten gör inte att den utpekade domstolen automatiskt blir obehörig, tvärtom är det just den som ska undersöka om klausulen är gällande.

²⁰⁸ Se ovan avsnitt 4.4.2.1.

²⁰⁹ Benincasa *./. Dentalkit*, [1997] ECR I-3767. För en svensk kommentar av fallet se Pålsson i SvJT 1998 s. 552.

²¹⁰ Se avsnitt 4.9.3.

4.9.2 Domsrättsförordningen

Beträffande domsrättsförordningen torde vad som anförts ovan avseende Bryssel- och Luganokonventionerna gälla fullt ut.

4.9.3 Svensk intern rätt

Art. 17 i Bryssel- och Luganokonventionerna tillmäter nationell rätt en viss roll, som konstaterats strax ovan. Här ska utredas vilken lag som svenska domstolar ska tillämpa. I avsnitt 4.3.2 diskuteras närliggande frågor.

Frågan om vilken lag som ska tillämpas på frågan om ett giltigt prorogationsavtal ingåtts är relativt svarbedömd när det gäller intern svensk rätt. Ett problem har varit att man tidigare har lagt vikt vid hur man klassificerat prorogation som rättshandling, det vill säga om det ska ses som en civilrättslig eller en processrättslig rättshandling. Danmark menar att det kanske inte är av avgörande vikt hur man klassificerar rättshandlingen, utan anser det i stället vara mer fruktbart att anlägga en mer pragmatisk attityd och se vilka frågor som vanligtvis måste avgöras i förevarande sammanhang. Som han ser det är följande tre frågor aktuella: för det *första* vilken lag som ska reglera frågor avseende formkrav; för det *andra* i vad mån man kan genom passivitet (det vill säga underlåtenhet att protestera mot prorogationsklausulen i motpartens standardformulär) bli bunden av en prorogationsklausul; för det *tredje* kraven på en prorogationsklausuls tydlighet och klarhet.²¹¹ Till sist kan frågan om vilken lag som ska gälla om hela avtalets giltighet sätts i fråga.

Beträffande den *första* problemställningen anses det vara lämpligt att använda sig av *lex fori*, oavsett om frågan uppkommer i *forum prorogatum* eller *derogatum*. Det skulle nämligen vara konstigt att en svensk domstol skulle bedöma ett forumval som giltigt fastän det var muntligt på grund av att det ingåtts i ett land som inte uppställer formkrav på prorogationsavtal, men ett annat muntligt forumval skulle fränkännas giltighet för att det ingåtts i Sverige.

Avseende den *andra* problemställningen om passivitetens betydelse anser Danmark att en svensk domstol bör använda sig av svensk rätt, oavsett om den är *forum derogatum* eller *prorogatum* i den aktuella tvisten. Skälet för detta är framförallt att det inte är säkert att prorogationsklausulen måste dela huvudavtalets öde – den part som yrkar på exempelvis ogiltighet av huvudavtalet kanske inte menar att själva forumvalet är ogiltigt. Detta stöds av att det inte på något vis är orimligt att se forumvalet som en från de mer allmänna klausulerna i avtalet väsensskild del (det är många som ser det som en ren processhandling).

²¹¹ Se Danmark, a.a., s. 248 ff.

Den tredje delfrågan menar Danmark att det utan vidare motivering måste vara *lex fori prorogati* i prorogationslandet och *lex fori derogati* i derogationslandet, som ska reglera frågan om en prorogationsklausul är tillräckligt klar och tydlig.²¹²

Om ena parten hävdar att hela det avtal vari prorogationsklausulen ingår som en del är ogiltigt menar Danmark återigen att man ska använda sig av *lex fori*.²¹³

Sammanfattningsvis kan konstateras att *lex fori* ska användas i samtliga fall som uppräknats här.

4.10 Tredje land

4.10.1 Allmänt

I detta avsnitt ska diskuteras frågor som rör tredje land, exempelvis hur man bedömer frågan då domstolarna i ett land som inte är konventionsstat utpekats.

4.10.2 Bryssel- och Luganokonventionerna

Det finns en rad tänkbara situationer då ett eller flera tredje länder berörs av ett prorogationsavtal. Hur konventionerna påverkar sådana avtal skiljer sig beroende på vilken situation som är för handen. Vad det framförallt handlar om är ett avtal som utpekar domstol utanför konventionsområdena som behörig kan ges derogativ verkan i konventionsområdet.

En tänkbar situation, som inte nämns i konventionstexterna, är då parterna har valt en domstol i ett tredje land som exklusivt behörig. Frågan om ett sådant avtal ska ges derogativ verkan styrs inte av konventionerna utan av domstolslandets lag. Om alltså en prorogationsklausul stadgar att domstolarna i Ukraina ska vara exklusivt behöriga, men en part väcker talan inför svensk domstol, ska den avgöra om avtalet ska ges derogationsverkan enligt svensk intern internationell processrätt, det vill säga i stort sett 10 kap. 16 § RB. Konventionerna saknar i princip betydelse härvid,²¹⁴ dock inte helt. Det är nämligen rimligt att anta att i de fall som konventionen inte tillåter prorogation av domsrätten till en domstol i en konventionsstat (det vill säga de som uppräknas i art. 17 fjärde och sjätte styckena), tillåter den heller inte prorogation till domstolar utanför konventionsområdena.²¹⁵ Om alltså en

²¹² Se Danmark, a.a., s. 250 f.

²¹³ Se Danmark, a.a., s. 291 f.

²¹⁴ Exempelvis torde inte krävas att formkraven i art. 17 har iakttagits. Se Pålsson II, s. 164.

²¹⁵ Se O'Malley/Layton, a.a., s. 557.

prorogationsklausul söker prorogera till ukrainsk domstol i fall som rör registrering av patent torde en svensk domstol inte kunna ge klausulen derogativ verkan. Det är i sammanhanget oväsentligt om den ukrainska domstolen ger klausulen prorogationsverkan. Då uppstår en positiv kompetenskonflikt. Om klausulens giltighet ska undersökas av den svenska domstolen ska det ske enligt *lex fori*, det vill säga svensk rätt.²¹⁶

Konventionerna har givetvis inte något att säga om jurisdiktionsvals derogativa effekt i tredje land. Om domstolarna i Ukraina är behöriga enligt sin nationella rätt, kan det faktum att parterna har slutit ett prorogationsavtal som tillerkänns verkan enligt art. 17 inte påverka deras behörighet. Den eventuella derogativa effekt som avtalet tillmäts i Ukraina stammar från ukrainsk rätt, och inte från konventionerna. Därför kan positiva kompetenskonflikter uppkomma.²¹⁷

4.10.3 Domsrättsförordningen

Ingen ändring jämfört med Brysselkonventionen är införd.

4.10.4 Svensk intern rätt

Svensk rätt har sedan länge accepterat derogation av svensk domsrätt. Det framgår av *Morill* NJA 1949 s. 724. I princip kan allt som sagts ovan angående prorogation till Sverige sägas gälla beträffande derogation av svensk domsrätt. Här ska dock vissa anmärkningar göras.

När en svensk domstol ska pröva om ett derogationsavtal ska erkännas verkan ska den använda *lex fori derogati*, det vill säga svensk lag.²¹⁸

En intressant fråga i sammanhanget är om svensk rätt uppställer ett krav på att forum prorogatum accepterar domsrätt, för att svensk domsbehörighet ska kunna derogeras.

Frågan har ett tämligen enkelt och klart svar. Anledningen till att frågeställningen finns med i framställningen är den att det finns en uppenbar risk för att parterna står utan möjlighet att få tvisten sliten av en domstol överhuvudtaget, om domstolarna i ett land vars domsrätt derogeras genom ett jurisdiktionsavtal hårdnackat framhårdar att avtalet utgör rättegångshinder och forum prorogatum inte upptar tvisten till prövning av ett eller annat skäl. Det är knappast rimligt att utgå från att parterna som avtalat om jurisdiktion för en viss stat hellre ser att tvisten inte kan slitas av en domstol alls, än att en domstol i derogationslandet sliter tvisten.

²¹⁶ Se mer om dessa lagvalsfrågor i svensk rätt i avsnitt 4.3.2 och 4.9.3.

²¹⁷ Se Pålsson II, s. 164.

²¹⁸ Mer om tillämplig lag finns i avsnitt 4.3.2 och 4.9.3.

Det ovan anförda medför att en prorogationsklausuls derogativa verkan är avhängig av att den domstol vartill har prorogerats, också accepterar domsrätt. Om så inte är fallet måste den svenska domstolen agera som om prorogationsklausulen inte alls finns och alltså undersöka om domsrätt föreligger på annan grund. Stöd för denna uppfattning finns i praxis, genom *Morrill* NJA 1949 s. 724,²¹⁹ vari HD anförde som ett av skälen till att låta prorogationsklausulen utgöra rättegångshinder i Sverige, att det var uppenbart att behörig domstol inte saknades i England.²²⁰ Den praxisen har bekräftats i det senare fallet, *Elektro* NJA 1969 s. 529,²²¹ där HD uttalade beträffande huruvida ett avtal kunde medges derogationsverkan, att käranden inte ens anført att det skulle saknas forum tillgängligt i Tyskland. Huvudfrågan i fallet var i och för sig inte den, men att HD utgick från att det var en förutsättning för att ge derogationsverkan åt prorogationsklausulen torde stå klart. *Det krävs alltså att prorogationslandet accepterar domsrätt för att derogationsverkan ska uppstå i Sverige.*

I ett senare fall, *Jungner* RH 1997:100,²²² väckte ett amerikanskt företag, Grinding Technology, talan mot ett svenskt, Jungner, och stödde sig på 10 kap. 1 § RB (hemvistforum). Jungner invände att avtalet som tvisten grundade sig på innehöll en forumklausul, som innebar att en fransk domstol i Paris skulle vara exklusivt behörig. Klausulen var emellertid problematisk. Den hade följande lydelse: "This contract shall be governed by the laws of the International Court of Commerce in Paris, France." Den hade som rubrik "APPLICABLE LAW". Det fanns därför skäl att fråga sig om den skulle anses vara en prorogationsklausul överhuvudtaget, eller om den enbart var en lagvals-klausul. HovR:n fann att den också var en prorogationsklausul, vilket väl kan tyckas tveksamt med tanke på de relativt höga krav som ställs på att det ska framgå att det faktiskt rör sig om just en prorogationsklausul. Som ovan har påpekats menar exempelvis Danmark att det måste framstå som uppenbart klart att det rör sig om en prorogationsklausul, och att en lagvals-klausul därför inte kan tolkas som att också vara en prorogationsklausul.²²³ HovR:n tillmätte klausulen derogativ verkan, fastän det vidare var mycket tveksamt om den utpekade domstolen skulle komma att ta upp tvisten till prövning (inte minst med tanke på att domstolen förmodligen inte existerar). HovR:n anförde att det låg på Grindings bord att visa att behörigt forum inte fanns i Frankrike och att så inte skett. Man följde alltså praxis i detta avseende, men domen kan kritiseras också på andra sätt. Bland

²¹⁹ För en redogörelse av omständigheterna i fallet, se ovan s. 4.4.4.

²²⁰ Se också JustR Karlrens tilläggsyttrande till domen, NJA 1949 s. 724 (s. 731), där han anför att svensk domstol måste anses behålla behörigheten, om den utländska domstolen fann sig förhindrad att uppta tvisten.

²²¹ För en redogörelse av omständigheterna i fallet, se ovan avsnitt 4.4.4.

²²² För en kommentar av fallet se Pålsson i SvJT 1998 s. 552.

²²³ Se ovan avsnitt 4.4.4 och Danmark, a.a., s. 259 f.

annat uppmärksammades inte Luganokonventionen, som vid tvistens avgörande var tillämplig.

4.10.4.1 Forum non conveniens

Forum non conveniens är en rättsgrundsats som stammar från de anglosaxiska rättssystemen. Den innebär att en domstol har en rätt att i det enskilda fallet avvisa en talan, trots att domsrätt egentligen är för handen enligt en eller annan domsrättsgrund. Anledningen till att talan i vissa sådana fall avvisas är att det finns ett forum som är klart bättre lämpat att slita tvisten och att det medför en tämligen stor belastning på svaranden att svara inför den aktuella domstolen.

Man skulle kunna anföra att det för svensk rätts del inte blir tal om egentlig *forum non conveniens*, eftersom reglerna som grundar domsrätt inte är direkt tillämpliga, utan endast genom analogi. Man bör i varje fall då en analogisk lagtolkning aktualiseras göra en lämplighetsbedömning för det enskilda fallet. Det gör egentligen kanske *forum non conveniens* som särskild lära onödig.²²⁴ Det kan dock vara pedagogiskt att använda termen, eftersom den används i doktrinen (framförallt den utländska) och effekterna av att man använder lämplighetsbedömningen vid analogislutet och använder rättsfiguren *forum non conveniens* torde bli de samma. Det är alltså lämplighetsbedömningen som är det intressanta i bägge fallen. Problemställningen betecknas ibland i doktrinen som frågan om det föreligger en diskretionär prövningsrätt av domsrättsfrågan.

Det tycks stå klart att man i svensk rätt har en viss möjlighet att utföra en sådan diskretionär bedömning.²²⁵ Dänemark menar att man i och för sig bör ge parterna en så stor möjlighet som möjligt att på förhand avgöra var tvisten ska slitas, men att det inte får gå så långt att en mer allmän lämplighetsbedömning utesluts. Han menar att en sådan bedömning, som ska ske inom snäva gränser för att inte träda förutsebarheten för mycket för nära, ska ta fasta på var den huvudsakliga bevisansamlingen finns. Exekutionssynpunkter bör också tas med i bedömningen. Det kan heller inte, menar han vidare, anses felaktigt att ta hänsyn till om det skulle medföra en orimligt hård belastning på svaranden att föra processen i Sverige. Framförallt när det gäller prorogationsavtal kan en ekonomiskt starkare part tänkas ha valt forumet i syfte att försvåra en framtida process för motparten.²²⁶ Även Bogdan ställer sig positiv till en sådan diskretionär prövningsrätt, låt vara i ett avsnitt som inte direkt avser prorogation.²²⁷ Pålsson är av samma uppfattning.²²⁸

²²⁴ Se Pålsson I, s. 54 ff.

²²⁵ Till skillnad från vad som gäller enligt Bryssel- och Luganokonventionerna.

²²⁶ Se Dänemark, a.a., s. 66 ff. För vidare diskussion se *ibid.*, s. 173 ff. och s. 289 ff.

²²⁷ Se Bogdan I, s. 113.

²²⁸ Se Pålsson I s. 54 ff.

Uppfattningen finner också stöd i praxis. I NJA 1966 s. 450 och NJA 1981 s. 386 fann domstolarna sig böra avböja jurisdiktion trots att det fanns lagrum i 10 kap. RB som var tillämpliga. Dessa fall rörde inte 10 kap. 16 § RB, men det gjorde det ovan beskrivna *Levante* (RH 1984:125), där domstolarna i och för sig accepterade jurisdiktion, men klart framhöll att en prorogationsklausul inte kunde anses medföra en ovillkorlig skyldighet att pröva tvisten, om den inte har någon anknytning i övrigt till Sverige.²²⁹ I fallet ingick den ospecificerade klausulen i ett konossement. TR:s dom, som inte ändrades av HovR, gick ut på att den aktuella klausulen måste erkännas verkan i enlighet med tidigare praxis (jfr *Foodco* ovan), men att det inte därför med nödvändighet var så att TR därför var tvungen att ta upp talan. TR ansåg sig med andra ord ha ett visst handlingsutrymme i det ledet av bedömningen. Stöd för den uppfattningen kan hämtas hos Denmark s. 289-291 och i *Foodco*. Trots en relativt svag anknytning till Sverige ansåg sig TR behörig att uppta tvisten till prövning. HD meddelade inte prövningstillstånd.

Det kan emellertid vara värt att notera att prorogation som domsrättsgrund skiljer sig från andra domsrättsgrunder, eftersom den ju grundar sig på parternas frivilliga överenskommelse. Det kan därför vara på sin plats att vara extra skeptisk till en svarandes invändning om att det skulle vara en orimlig belastning för honom att föra processen inför svensk domstol. Det argumentet bör kanske snarare framhållas av honom i avtalsförhandlingen – och han bör alltså vägra att ingå ett avtal med en sådan prorogationsklausul. Om hans motpart har förmått honom att ingå avtalet trots en sådan invändning kan det kanske angripas med andra medel. Det är plausibelt att 36 § AvtL skulle kunna medföra att klausulen fränkänns verkan, eftersom det är mycket tänkbart att det föreligger obalans i partsförhållandet om en sådan klausul tillkommit trots ena partens ovilja att ingå den. Om den sålunda inte tillmäts verkan blir svensk domsrätt i de här diskuterade fallen inte aktuell.

I alla dessa fall är det emellertid mycket viktigt att hålla i minnet att man bör sträva efter att undvika negativa kompetenskonflikter och i synnerhet *déni de justice*. Om sådan riskerar uppkomma är det rimligare att acceptera domsrätt, trots att svenska skattepengar går till att slita tvister som inte har annat med Sverige att skaffa än prorogationsklausulen. Man får nämligen anta att det kan väntas uppkomma i ytterst få fall – det torde inte vara ofta som parter prorogerar till Sverige om de inte har någon annan anknytning hit. Alltså kommer inte den tjänsten som domstolarna gör de utländska parterna tära särdeles hårt på statsbudgeten.

²²⁹ Jfr ovan avsnitt 4.7.3.

4.11 Övrigt

4.11.1 Allmänt

I detta avsnitt ska diskuteras bland annat avtalets derogativa verkan, frågor om exklusivitet av prorogationsklausuler och möjligheten till en diskretionär bedömning av domstolen i ljuset av ett prorogationsavtal.

4.11.2 Bryssel- och Luganokonventionerna

Ett prorogationsavtal har enligt art. 17 såväl *prorogativ* som *derogativ* effekt. Om ett avtal stämmer överens med övriga krav i artikeln måste andra domstolar än den utpekade *ex officio* avstå från att ta upp en tvist till prövning, enligt artiklarna 19 och 20. Reglerna i konventionerna är tvingande och alltså finns ingen plats för *forum non conveniens* i tillämpningen av deras regler.²³⁰ Att artikeln är avfattad så att den presumerar ett prorogationsavtal att vara exklusivt hindrar, som vi snart ska se, dock inte att även andra typer av avtal ges effekt.

I fallet *Meeth* ./.. *Glacetal*²³¹ hade en exklusiv klausul ingåtts, men flera domstolar var likväl utpekade. Klausulen stadgade nämligen att om *Meeth* stämde *Glacetal* skulle *Glacetal*s hemvistdomstol vara exklusivt behörig och omvänt skulle *Meeth*s hemvistdomstol vara exklusivt behörig om *Glacetal* stämde. Den första frågan, om sådana avtal kan ingås enligt konventionerna har besvarats ovan (jakande). Den andra frågan rörde emellertid huruvida den domstol inför vilken talan initieras skulle anses behörig att pröva en konnex motfordran som gjordes gällande kvittningsvis. Om den frågan hade prövats självständigt skulle domstolen enligt prorogationsklausulen inte ha varit behörig, men EG-domstolen fann att det var lämpligt att göra ett undantag i fall som detta – om den nationella domstolen finner det vara förenligt med klausulens ordalydelse och andemening.

I fallet *Anterist* ./.. *Crédit lyonnais*²³² fick EG-domstolen ta ställning till frågan om hur man ser på avtal till förmån endast för en part, enligt art. 17 femte stycket (dävarande tredje stycket). *Anterist*, bosatt i Tyskland, hade gått i borgen för ett företag som var bildat enligt fransk rätt, gentemot den franska banken *Crédit lyonnais*. I det avtalet fanns en klausul som stadgade att domstolen i den domsaga som det lokala bankkontor som slutit avtalet var beläget i, skulle ha exklusiv jurisdiktion (vilket i fallet var domstolen i *Sarreguemines*, Frankrike). *Anterist* betalade inte sin skuld och då stämde banken honom inför *Landgericht Saarbrücken*. *Anterist* gjorde jurisdiktionsvändning, förlitande sig på jurisdiktionsklausulen. Banken invände

²³⁰ Se *O'Malley/Layton*, a.a., s. s. 575.

²³¹ Se ovan avsnitt 4.6.1.

²³² *Anterist* ./.. *Crédit lyonnais*, [1986] ECR 1951.

att klausulen var ingången till förmån endast för den, och menade sig därför ha rätt att avstå avtalets tillämpning. Målet hamnade hos *Bundesgerichtshof* som ställde frågan till EG-domstolen, om en prorogationsklausul som utpekar domstolarna i ena partens hemvistland kan anses, redan på den grunden, som ingången endast till förmån för den med hemvist i det landet. Domstolen svarade att artikelns tredje stycke (nuvarande femte) bygger på att parternas autonomi ska respekteras och alltså måste det tolkas så att deras vilja vid avtalslutet ges verkan. Med tanke på alla de skäl som parterna kan ha för att sluta ett sådant avtal är det inte tillräckligt, för att man ska kunna sluta sig till att en klausul har ingåtts till förmån endast för ena parten, att domstolarna i dennes hemvistland utpekats som exklusivt behöriga.

Fallet lämnar öppet vad man kan ta hänsyn till i den bedömningen. Är en klausul sluten till förmån för endast ena parten när han är den ende som drar nytta av den, men motparten gick med på klausulen då han i stället fick köpa varor till ett mycket bra pris? Ska avtalet ses som en helhet i detta sammanhang, eller ska prorogationsklausulen bedömas för sig? Ska endast processuella aspekter tas med i bedömningen?²³³

Kaye är mycket kritiskt till stadgandet och anser att det inte borde finnas med i konventionstexten – det lämnar för mycket oklart och motverkar därför det viktigaste skälet till att sluta ett prorogationsavtal, nämligen ökad förutsebarhet. Stadgandet bygger också, påpekar han enligt min mening riktigt, på en felaktig tankegång. Ett avtal till förmån för endast en part ska bygga på parternas gemensamma vilja därtill (även om ena parten helst inte skulle ha ingått avtalet, ska han ha samtyckt till det). Om man har fastställt att så faktiskt är fallet, stadgar artikelns nu diskuterade stycke att den parten ska ha rätt att frångå avtalet. Det skapar en hög grad av osäkerhet. Det är mer rimligt att kräva att det uttryckligen ska framgå av jurisdiktionsklausulen om ena parten ska ha rätt att frångå avtalets tillämpning ensidigt.²³⁴

Konventionen torde acceptera rena derogationsavtal.²³⁵ En sådan tankegång ligger i linje med EG-domstolens avgörande i *Meeth* ./.. *Glacetal*. Vidare torde även icke-exklusiva jurisdiktionsval accepteras.²³⁶

Den derogationsverkan som avtalet får mellan parterna kan också hävas genom att ena parten går i sakligt svaromål utan jurisdiktionsinvändning, enligt art. 18.

Sammanfattningsvis kan sägas att parterna kan utforma ett jurisdiktionsval tämligen fritt, trots ordalydelsen i art. 17. Det beror på att stadgandet i helhet bygger på att parternas autonomi ska respekteras.

²³³ Se vidare Kaye, a.a. s. 1090 ff.

²³⁴ Se Kaye, a.a., s. 1091.

²³⁵ Se Kaye, a.a., s. 1083 f, och O'Malley/Layton, a.a., s. s. 577 f.

²³⁶ Se O'Malley/Layton, a.a., s. 577 ff.

4.11.3 Domsrättsförordningen

Vad som anförts beträffande Bryssel- och Luganokonventionerna gäller även för domsrättsförordningen, men man har anpassat stadgandets lydelse efter EG-domstolens praxis. Det sägs nu uttryckligen att en prorogationsklausul är exklusiv om inget annat avtalats. En presumtion för exklusivitet råder alltså.

4.11.4 Svensk intern rätt

10 kap. 16 § RB föreskriver inte en presumtion för att prorogationsavtalet är exklusivt. I likhet med fallen i art. 17 Bryssel- och Luganokonventionerna och art. 23 domsrättsförordningen accepteras även icke-exklusiva avtal.

Precis som gäller för art. 17 Bryssel- och Luganokonventionerna bör en svensk domstol kunna uppta spörsmål avseende konnexa motfordringar till prövning, även om de omfattas av prorogationsavtal som gör svenska domstolar obehöriga. Att resonera på något annat sätt vore processekonomiskt felaktigt.

Det finns enligt min mening ingen anledning att inte acceptera ett rent derogationsavtal, som stadgar att inga svenska domstolar ska vara behöriga att slita en viss tvist. Däremot torde man inte kunna sträcka sig så långt som att acceptera derogationsavtal som omöjliggör alla rättsmedel för parterna. En klausul som stadgar att ingen domstol i hela världen ska vara behörig, samtidigt som avtalet i övrigt inte heller innehåller en skiljeklausul kan knappast ges verkan, om inte mycket speciella förhållanden föreligger.

Accepterar även svensk rätt att avtal som ingåtts till förmån för endast ena parten ska kunna frångås av denne? Ståndpunkten skulle överensstämja rättsgrundsatsen att en part inte kan tvingas utnyttja en förmån som han utverkat åt sig själv. Dess egentliga tillämpningsområde är emellertid det rent civilrättsliga och här är givetvis även processrättsliga aspekter inblandade. Alltså kan man inte acceptera den utan vidare utredning.

Det finns ett rättsfall på området, det ovan beskrivna *Elektro* NJA 1969 s. 529. I det yrkade ett svenskt bolag, som i målet var svarande, på avvisning av det tyska käredebolagets talan på grundval av en prorogationsklausul, som utpekade en domstol i Tyskland som exklusivt behörig. Det tyska bolaget invände att klausulen tillkommit endast till dess förmån och att det därför skulle ha rätt att avstå dess tillämpning, om det så önskade. Rent praktiskt ville det tyska sälj företaget indriva en utebliven köpeskilling från det svenska bolaget, och bedömde chanserna som större att lyckas med det i Sverige eftersom det svenska bolaget givetvis primärt hade sina tillgångar här.

HD uttryckte att det visserligen kunde antas att den tillkommit i det tyska bolagets intresse, men att det inte kunde automatiskt medföra att bolaget kunde, oberoende av om den svenska motparten hade något berättigat intresse

i motsatsen, bestämma om forumklausulen skulle tillämpas eller inte. Det svenska bolaget hade visat att det hade visst intresse av att få saken prövad i tysk domstol och det tyska bolaget hade inte anfört att tysk domstol skulle anse sig obehörig på någon grund. Alltså förelåg inte risk för att det skulle stå rättslöst.²³⁷

Det sätt varpå HD avgjorde målet stämmer överens Dennemarks tankar på området.²³⁸ Karlgren är i SvJT 1972 s. 106 (s. 111 f.) kritisk mot HD:s avgörande, inte i sak, men mot hur det motiverades. Han menar att man blandade in för många omständigheter i skälen. När HD avgjorde om det tyska bolagets invändning om att klausulen endast gällde mellan det och tyska motparter skulle vinna bifall, höll sig HD till en bokstavstrogen tolkning av avtalet. Man menade att den även gällde i avtalet mellan det tyska bolaget och den svenska motparten, bland annat eftersom den ingått i alla de orderbekräftelser som det tyska bolaget tillställt det svenska. När HD sedan avgjorde frågan om det tyska bolaget ensidigt kunde bestämma om klausulen skulle tillämpas, fanns ingen sådan möjlighet enligt klausulen. Han menar att HD borde ha varit konsekvent i sin tolkning av avtalet och redan därmed borde ha dragit slutsatsen att det tyska bolaget inte kunde ensidigt avstå från dess tillämpning. Ett starkt skäl för detta är dessutom att i prorogationsklausuler är det vanligt att ett så kallat indrivningsförbehåll skrivs in. Ett sådant medför alltså att tvister alltid ska avgöras av den i avtalet utpekade domstolen (oftast då säljarens hemvistdomstol) med undantag för det fall att säljaren önskar anhängiggöra talan om betalning av köpeskilling. Anledningen till att man tar in ett sådant undantag, som ju är tänkt att gagna säljaren, är att man slipper problem med att få en utländsk dom verkställd i det land där köparen förmodligen har mest tillgångar.

Sammanfattningsvis kan alltså konstateras att även om en prorogationsklausul tillkommit i ena partens intresse kan denne inte helt fritt disponera över den. Om motparten har ett berättigat intresse i att den tillämpas ska den i princip också göra det. Däremot tycks det vara lite oklart hur mycket bevisning som han måste presteras – räcker det att han gör sannolikt att han har ett berättigat intresse, eller måste det till mer?

Den kritik som gör sig gällande beträffande Bryssel- och Luganokonventionerna och avtal till förmån för endast en av parterna gör sig

²³⁷ HD anförde till sist något som skulle kunna förebåda vad man slutit sig till i fallet *Vakis* NJA 1973 s. 628, nämligen att det inte heller i övrigt skulle medföra orimliga svårigheter för det tyska bolaget att få sin rätt genomdriven, vilket skulle kunna tolkas som att HD gav en vink om att en utländsk dom meddelad på grundval av en prorogationsklausul kan sägas medföra materiell rättskraft i Sverige. Den skulle alltså kunna läggas till grund för en dom i Sverige, utan att materiell prövning företogs i Sverige. Det skulle i så fall stämma överens med det yttrande som sammanstälts av medlemmar i handelskammrarna som redogjordes för i målet.

²³⁸ Se Danmark, a.a., s. 335 ff.

givetvis gällande även här. Man bör alltså enligt min mening hålla fast vid avgörandet i *Elektro* NJA 1969 s. 529 och inte låta det faktum att en klausul synbarligen endast verkar till förmån för ena parten styra. Den andra parten kan dels ha ett berättigat intresse i att förlita sig på klausulen, och om inte annat är det som anförts ovan, knappast vettigt att låta ena parten ensidigt frångå ett ingånget avtal.²³⁹ Karlgrens åsikt att en sådan möjlighet till ensidigt avstående måste skrivas in i klausulen är riktig.

²³⁹ Se ovan avsnitt 4.10.2.

5 Tyst prorogation

5.1 Allmänt

Detta avsnitt ska behandla det som brukar kallas för tyst prorogation. Med det menar man att svaranden, sedan han har blivit stämd inför en domstol (vilken som helst), går i sakligt svaromål, det vill säga ger sig in och argumenterar i själva saken. Ett sådant agerande av svaranden utgör både i Bryssel- och Luganokonventionerna och i svensk intern rätt, en grund för internationell jurisdiktion. Alltså skapar svarandens agerande i sig behörighet för domstolen, som med andra ord inte behöver ha varit behörig innan svarandens svaromål i sak.

Det kan vara vilseledande att använda begreppet prorogation, eftersom sådan kräver en överenskommelse mellan parterna i jurisdiktionsfrågan. Avseende tyst prorogation finns inget sådant krav. Det spelar ingen roll varför svaranden går i svaromål – han kanske inte ens är medveten om domstolens obehörighet. Därför är kanske domsbehörighet på grundval av underkastelse en mer korrekt benämning.²⁴⁰

5.1.1 Bryssel- och Luganokonventionerna

Tyst prorogation regleras i art. 18 i Bryssel- och Luganokonventionerna. Stadgandet återfinns alltså i avdelning tvås sjätte avsnitt, det vill säga i samma avsnitt som art. 17. Det får betydelse för artikelns tolkning.

För att artikeln ska kunna tillämpas krävs att tvisten hamnar inom konventionernas generella tillämpningsområde²⁴¹, det vill säga privaträttens område, enligt art. 1. Vidare krävs att tvisten har internationell karaktär. Vad som utgör internationell karaktär är omdiskuterat.²⁴²

Enligt art. 17 krävs att åtminstone en av parterna har hemvist inom konventionsområdet. Det sägs inget om vad som krävs beträffande hemvist i art. 18. Vad kan då tänkas gälla? Det är i viss mån omstritt och tre teorier tycks göras gällande. Den *första* hävdar att eftersom inget hemvistkrav är utsatt i artikeln, krävs heller inte att någon av parterna har hemvist i konventionsområdet.²⁴³ Den *andra* teorin utgår från art. 4. Om svaranden inte

²⁴⁰ Se Kaye, a.a., s. 1116. Se också Pålsson I, s. 105.

²⁴¹ Jfr ovan avsnitt 3.2.4.

²⁴² Se O'Malley/Layton, a.a., s. 605 f. och Pålsson s. 166. Jfr ovan avsnitt 4.2.1.

²⁴³ Se Kaye, a.a., s. 1125.

har hemvist i en konventionsstat faller frågan om jurisdiktion utanför konventionerna och får i stället avgöras enligt domstolslandets internationella processrätt.²⁴⁴ Den tredje teorin hävdar istället att hemvistkravet i art. 17 ska gälla även för art. 18. Detta skulle vara lämpligt eftersom art. 18 är ett komplement till art. 17 och artiklarna återfinns i samma avsnitt av konventionen.²⁴⁵ Problemet menar Pålsson emellertid vara i princip akademiskt eftersom resultatet i jurisdiktionsfrågan i de allra flesta fall torde bli detsamma med användning nationell rätt.²⁴⁶ O'Malley/Layton anför å andra sidan att det i flera konventionsstater är brukligt att alltid ange vad som gjort domstolen behörig och i de fallen kan hemvistkravet i art. 18 bli avgörande.²⁴⁷

Art.18 går före samtliga artiklar i konventionen, utom art. 16. Det betyder att även sådana exorbitanta domsrättsregler som återges i art. 3 kan användas mot en svarande som har hemvist i en konventionsstat, så länge han inte protesterar mot domstolens behörighet.

Det betyder också att exklusiva prorogationsavtal kan sättas åt sidan genom att svaranden går i sakligt svaromål. Den frågan fick EG-domstolen ta ställning till i *Elefanten Schuh* ./ Jacqmain.²⁴⁸ I fallet ingick en prorogationsklausul i ett anställningsavtal, men stämning söktes vid en annan domstol än den av klausulen utpekade. EG-domstolen anförde som svar på frågan om art. 18 var tillämplig då parterna slutit prorogationsavtal enligt art. 17, att art. 18 inte gör undantag för art. 17 vilket den däremot gör beträffande art. 16 (exklusiv jurisdiktion). Det verkar inte heller meningsfullt att uppställa ett hinder för parterna att frivilligt slita tvisten inför en annan domstol än de tidigare valt. Det gäller inte minst då de själva kan välja att upphäva eller ändra prorogationsavtalet när de så önskar.

Artikeln går också före de fall då partsobalans föreligger, det vill säga med konventionernas synsätt i försäkrings-, konsument- och anställningsavtal.²⁴⁹ Precis som man i de fallen kan sluta ett vanligt prorogationsavtal efter det att tvisten har uppstått kan parterna välja att i stället gå i sakligt svaromål. Skälen till att inte uppehålla skyddet i dessa fall är desamma som för vanliga prorogationsavtal.

Behörigheten grundas som sagts på det faktum att svaranden går i sakligt svaromål. Orsaken till att så sker är oväsentlig. Att svaranden förhåller sig helt passiv är inte att gå i svaromål. För det fall svaranden inte agerar alls ska domstolen avgöra sin behörighet *ex officio* enligt artiklarna 19 och 20.

²⁴⁴ Se Gaudemet-Tallon, a.a., s. 96 f. och Pålsson II, s. 166.

²⁴⁵ Se Pålsson II, s. 166 not 304.

²⁴⁶ Se Pålsson II, s. 166.

²⁴⁷ Se O'Malley/Layton, a.a., s. 609.

²⁴⁸ Se också ovan avsnitt 4.9.1.

²⁴⁹ Jfr ovan avsnitt 4.8.1.

Svaranden har rätt att agera i vissa frågor, utan att det anses som sakligt svaromål. Han har rätt att agera i processen i syfte att bestrida domstolens jurisdiktion. I *Elefanten Schuh* ./.. Jacqmain klargjorde EG-domstolen dessutom att svaranden har rätt att subsidiärt gå i svaromål i sak.²⁵⁰ Det stämmer inte överens med artikelns ordalydelse i flera språkversioner, så exempelvis den svenska som använder ordet ”endast”. Emellertid är det den enda rimliga lösningen. Det skulle vara onödigt att först ha en hel process angående jurisdiktionsfrågan för att sedan börja om från början, om jurisdiktionsinvändningen inte vinner bifall.²⁵¹

I fallet *Spitzley* ./.. *Sommer Exploitation S. A.*²⁵² fick EG-domstolen ta ställning till en mer udda variant av tyst prorogation. Art. 18 föreskriver att jurisdiktion kan skapas då *svaranden* underkastar sig domstolens jurisdiktion frivilligt. I det aktuella målet var det emellertid *käranden* som gjorde det. *Sommer* stämde *Spitzley* för utebliven betalning av vissa fakturor avseende leverans av tyger. Köpavtalet reglerades av en prorogationsklausul som utpekade en domstol i Frankrike som exklusivt behörig. Trots det väckte *Sommer* talan i Tyskland. *Spitzley* genmälde att hon hade rätt att dra av vissa belopp på skulden, eftersom hon hade övertagit en del fordringar som hennes make hade haft på *Sommer* enligt ett agentavtal och som hon sedermera övertagit. *Sommer* svarade, trots prorogationsklausulen, i sak på detta genkärsmål. Efter överklagande från båda sidor hamnade målet hos *Oberlandsgericht Koblenz*, som fann för gott att rådfråga EG-domstolen om art. 18 gav den jurisdiktion i ett fall som detta. EG-domstolen svarade att, trots att artikeln endast använder ordet svarande, måste tyst prorogation vara tillåten i ett fall som detta, eftersom käranden då är i en position som är mycket lik den som svaranden är i beträffande huvudmålet. Det spelar därvid ingen roll att svarandens genkärsmål är grundat på ett avtal som inte är konnext med huvudmålet.

En sista fråga är den om när jurisdiktionsinvändningen senast ska komma. I *Elefanten Schuh* ./.. Jacqmain påpekade EG-domstolen att domstolen och käranden måste kunna utläsa av svarandens ”*first defence*” att han ämnar bestrida domstolens behörighet. Vad det närmare innebär är dock oklart. Eftersom konventionen inte närmare reglerar frågan får man falla tillbaka på nationell

²⁵⁰ Se också *Rohr* ./.. *Ossberger*, [1981] ECR 2431, *C. H. W.* ./.. *G. J. H.*, [1982] ECR 1189 och *Gerling* ./.. *Amministrazione del Tesoro*, [1983] ECR 2503.

²⁵¹ Dessutom förlorar den som gör behörighetsinvändning, men inte subsidiärt svarar i sak, rätten att senare komma med argument i själva saken enligt vissa länders processordningar. Det skulle strida mot en grundläggande princip om svarandens rätt till försvar. Se domens premiss 14.

²⁵² *Spitzley* ./.. *Sommer Exploitation, S. A.*, [1985] ECR 787.

processrätt för att utröna detaljerna.²⁵³ För svensk rätts del innebär det att 34 kap. 2 § RB blir tillämpligt, varom mer strax nedan.

5.1.2 Domsrättsförordningen

Ingen materiell ändring jämfört med Brysselkonventionen kan förutses. Man har dock ändrat den svenska ordalydelsen till att överensstämja med EG-domstolens praxis, i och med att man tagit bort ordet "endast". Stadgandet återfinns nu i art. 24.

5.1.3 Svensk intern rätt

Domstolen ska, innan den utfärdar stämning, i princip kontrollera sin egen behörighet *ex officio*. Att den saknar behörighet är ett rättegångshinder och sådana ska beaktas självmant, enligt 34 kap. 1 § RB. En part i målet kan emellertid göra rätten uppmärksam på att rättegångshinder föreligger. Om han önskar göra det är i 34 kap. 2 § RB föreskrivet inom vilken tid han ska göra det. Han måste göra det första gången han ska föra talan i målet. Dessa regler har betydelse för tyst prorogation enligt svensk intern rätt.

Att svarandens sakliga svaromål kan medföra intern kompetens för en svensk tingsrätt framgår klart av 10 kap. 18 § RB, som stadgar:

10 kap. 18 § RB

Är rätten av annan grund än i 17 § sägs obehörig att upptaga tvist, som där väckes, skall tvisten dock anses väckt vid rätt domstol, om ej svaranden gjort invändning om domstolens behörighet eller uteblivit från första inställelsen eller, då förberedelsen är skriftlig, underlåtit att inkomma med svaromål. Har svaranden uteblivit eller underlåtit att inkomma med svaromål, skall kärandens uppgifter om de omständigheter, som betinga domstolens behörighet, tagas för god, om svaranden erhållit del därav och anledning ej förekommer, att den är oriktig.

Paragrafen grundar också internationell behörighet enligt rättsfallet *Loppersum* NJA 1928 s. 149. I fallet hade ett nederländskt fartyg som strandat utanför Finlands kust bärgats av ett svenskt bärgningsbolag till finsk hamn. Det svenska bärgningsbolaget väckte talan om utfående av bärgarlön i Stockholm och svaranden gick i svaromål utan jurisdiktionsinvändningar. Det fanns ingen tillämplig jurisdiktionsregel utöver den tidigare motsvarigheten till 10 kap. 18 § RB, men HD bedömde att svensk domsrätt likväl förelåg. Det råder inget tvivel om att fallet har bärkraft även efter det att "nya" RB trätt i kraft.²⁵⁴ Detta trots rättsfallet *Horowitz* NJA 1942 s. 385. I det fallet rörde frågan rätten till medel som fanns nedsatta dels i Norge och dels i Sverige. Pengarna stammade från ett judiskt-ägt österrikiskt företag som satts under tvångsförvaltning efter tyskarnas invasion och som hade försatts i konkurs. Den judiske ägaren yrkade

²⁵³ Se O'Malley/Layton, a.a., s. 611 och Pålsson II, s. 168.

²⁵⁴ Se Bogdan I, s. 120 f., Danmark, a.a., s. 302 f., Pålsson I, s. 105 f.

vid RR i Stockholm på rätt att utfä medlen, och den österrikiske konkursförvaltaren ingick i svaromål utan att göra domsrättsinvändning. RR fann sig emellertid inte behörig att pröva tvisten såvitt avsåg medlen i Norge – ett beslut som inte ändrades av HovR:n eller HD. Fallet var emellertid speciellt, det rörde konkurs och medel som nedsatts utomlands. Det faktum att frågan rörde Nazitysklands administration och att Norge under den tiden var under tysk ockupation kan också tänkas ha påverkat utgången.²⁵⁵

Principiellt finns alltså ett utrymme för sådan tyst prorogation, även för att skapa internationell behörighet för svenska domstolar. Frågan är då när en invändning om domstolens behörighet senast ska göras och i vilka sorters tvister svarandens ingående i svaromål beträffande själva saken medför att behörighet skapas.

Man bör hålla i minnet beträffande vad som nu diskuteras att det rör sig om fall då svaranden faktiskt går i svaromål beträffande själva saken. Det rör sig inte om de fall då svaranden förhåller sig helt passiv och alltså inte inkommer med svaromål alls, eller inte inställer sig till förhandling. Sådant agerande kan knappast konstitueras, inte ens konkludent, ett prorogationsavtal, som kräver i vart fall någon form av partsvilja. Vad som gäller beträffande fall av fullkomlig passivitet från svarandens sida diskuteras nedan i avsnittet om domstolens behörighetsprövning *ex officio*.²⁵⁶

Beträffande frågan när invändning måste göras, kan konstateras att det måste ske tidigt i processen. Om den inte kommer, föreligger inte rättegångshinder. Det är likgiltigt om invändningen inte har gjorts på grund av okunskap eller av bristande uppmärksamhet.²⁵⁷ Det framgår av 34 kap. 2 § RB när fristen för foruminvändning löper ut. Invändning ska framställas när han för första gången ska föra talan i målet (jämför ovan). Stadgandet har prövats i praxis.

I fallet *Hoffman* NJA 1973 s. 126 rörde tvisten en fullgörelsetalan, väckt av en svensk arbetstagare mot sina danska arbetsgivare. I målet yrkades på kvarstad för av arbetsgivaren ägd i Sverige belägen egendom. Svaranden yttrade sig över kvarstadsansöknings, men inte om själva käromålet. När sedan svaranden inkom med skriftligt svaromål beträffande själva käromålet gjorde han foruminvändning på grund av ett prorogationsavtal, som utpekade dansk domstol som exklusivt behörig. Käranden invände att foruminvändningen hade inkommit för sent. TR:n menade emellertid att svarandens yttrande beträffande kvarstadsansökan inte kunde förta honom rätten att göra foruminvändning i huvudmålet. HovR:n och HD gjorde inte ändring. I övrigt bör svaranden invända redan under förberedelsen och i synnerhet senast i samband med att han inkommer med skriftligt svaromål.

²⁵⁵ För kommentar av fallet se Dennemark, a.a., s. 303 och Pålsson I, s. 106 f.

²⁵⁶ Se nedan avsnitt 6.1.

²⁵⁷ Se Dennemark, a.a., s. 296 f.

Om vi så går över till frågan för vilka tvister det är möjligt att skapa domsbehörighet med tyst prorogation kan följande anmärkas. Det föreligger en viss parallellism mellan vanlig prorogation och tyst prorogation i den meningen att när det går att sluta ett prorogationsavtal enligt 10 kap. 16 § RB, kan man också ingå tyst prorogation. För en redogörelse av de fallen hänvisas till framställningen ovan. Det är emellertid så att tyst prorogation accepteras i en del fall då vanlig prorogation inte accepteras. Man godtar nämligen tyst prorogation då prorogationsförbud föreligger, om förbudet avser avtal som träffas innan tvist uppkommit.²⁵⁸ Exempel på sådana tvister är konsument- och arbetstagar tvister. Anledningen till att man godtar tyst, men inte vanlig prorogation i dessa tvister, har att göra med principen som klargör att en svagare och skyddsvärd part inte får lov att disponera över sina rättigheter innan de har utfallit och han därmed lättare kan överblicka vad hans disposition får för konsekvenser.

Sammanfattningsvis kan konstateras att reglerna i Bryssel- och Luganokonventionerna/domsrättsförordningen och 10 kap. 18 § RB är mycket lika.

²⁵⁸ Se Denmark, a.a., s. 302.

6 Övrigt

6.1 Behörighetsprövningen

6.1.1 Bryssel- och Luganokonventionerna

Det som diskuteras i detta avsnitt är i princip i vilken utsträckning som domstolarna självmant ska undersöka sin domsbehörighet, utan att parterna själva behöver argumentera i frågan.

Enligt art. 19 ska domstolen *ex officio* förklara sig obehörig om en annan domstol är exklusivt behörig enligt art. 16. Det gäller alltså även om parterna har prorogert till den domstolen (ett sådant prorogationsavtal är inte giltigt enligt art. 17) och om svaranden går i sakligt svaromål enligt art. 18.

I fall som hamnar utanför art. 16 gäller följande, enligt art. 20 första stycket. Om en person med hemvist i en konventionsstat stäms inför en annan domstol än den i hans hemvist och denne inte går i svaromål ska domstolen *ex officio* förklara sig obehörig, såvida den inte finner sig behörig på andra grunder enligt konventionen.²⁵⁹ En svarande som förhåller sig passiv kan alltså inte *antas* samtycka till domstolens jurisdiktion, enligt någon sorts resonemang om konkludent tyst prorogation. Regeln medför med andra ord att det inte är nödvändigt för den som blir stämd inför en obehörig domstol att bestrida dess jurisdiktion. Han kan lugnt förhålla sig passiv.

Domstolen ska vidare enligt art. 20 andra stycket, om den finner sig behörig enligt någon grund i konventionen, vilandeförklara målet till dess det är visat att svaranden blivit delgiven stämningen i rimlig tid för att han ska ha kunnat ordna sitt försvar.

6.1.2 Domsrättsförordningen

I princip gäller samma regler, men nu har införts en Rådsförordning 1348/2000 angående delgivning i medlemsstaterna som påverkar delgivningsaspekterna. Artiklarna har nummer 25 och 26.

²⁵⁹ Om han går i sakligt svaromål i ett fall som detta behöver domstolen inte undersöka sin jurisdiktion alls, eftersom tyst prorogation föreligger.

6.1.3 Svensk intern rätt

Huvudregeln i svensk rätt är att domstolen ska beakta eventuella rättegångshinder *ex officio*, enligt 34 kap. 1 § andra stycket RB. För rättegångshinder som utgörs av att tvisten väckts vid fel forum är huvudregeln den motsatta.²⁶⁰ Det framgår av 10 kap. 18 § RB. Det är där som tyst prorogation möjliggörs, som ju innebär att domstolen blir behörig genom att svaranden ingår i sakligt svaromål.

Om svaranden förhåller sig helt passiv, det vill säga han inkommer varken med foruminvändning eller med svaromål beträffande huvudfrågan, ska domstolen emellertid undersöka sin behörighet *ex officio*. Att detta måste gälla analogt också för internationella tvister förefaller uppenbart, eftersom besvären som kan uppkomma för utomlands domicilierade parter torde bli större än för i Sverige bosatta.²⁶¹ För att käranden inte ska ställas i en alltför svår sits föreskrivs emellertid att domstolen i princip ska godta kärandens uppgifter om de faktiska omständigheter som utgör grunden för dess behörighet, 10 kap. 18 § andra meningen RB.

I ett relativt nytt fall, *Ove Lundström* AD 1997 nr 27, har AD bekräftat möjligheten att skapa behörighet för svensk domstol genom tyst prorogation. I fallet hade en svensk medborgare bosatt i Sverige anställts som maskinparkschef för ett byggnadsprojekt i Etiopien. Arbetet utfördes både i Sverige och i Etiopien. Efter en tid sades Ove L upp. Han ansåg att arbetsgivaren hade brutit mot anställningsavtalet genom uppsägningen. Han ansökte därför om stämning mot denne i Stockholms TR. TR:n sade sig, efter företagen officialbedömning, vara obehörig och avvisade därför stämningensansökan. Ove L överklagade till AD. AD menade emellertid att i fall som detta, då alltså svaranden tycks ha förhållit sig helt passiv och då det inte är helt orimligt att tvisten har tillräcklig anknytning för att svensk domsrätt skulle föreligga, det inte är möjligt att redan på det tidiga stadiet i målet avvisa stämningensansökan.

I fallet förelåg vissa relevanta anknytningsgrunder till Sverige. När AD anförde att det inte kunde sägas att målet överhuvudtaget taget inte skulle kunna komma att prövas av svensk domstol, måste den ha syftat på det faktum att det förelåg tillräcklig anknytning till Sverige för att tyst prorogation skulle ha varit möjlig. Givetvis under förutsättning att svaranden ingick i svaromål i sak, utan att göra foruminvändning. Att då avvisa talan innan man utfärdat stämning var att göra behörighetsprövningen på ett för tidigt stadium.

²⁶⁰ Se Pålsson I, s. 118.

²⁶¹ Dessutom finns det speciella aspekter på så kallade tredskodomar beträffande erkännande och verkställighet av dem.

Domstolen är alltid skyldig att kontrollera sin behörighet mot vad som stadgas i 10 kap. 17 §. Enligt vad som har framförts ovan²⁶² är det inte helt klart i vilken utsträckning paragrafen äger analogisk tillämpning i internationella frågor. I vissa frågor är det emellertid klart.

Domstolen är skyldig att kontrollera sin behörighet *ex officio*, oavsett att svaranden ingått i huvudsakligt svaromål, om tvisten enligt svenska internationellt processrättsliga regler överhuvudtaget faller utanför svensk domsbehörighet. Sådana kan vara tvister som faller under utländsk domstols exklusiva kompetens (exempelvis tvister rörande i utlandet registrerat patent), tvister som det skulle strida mot svensk *ordre public* att uppta till prövning, tvisten avser tillgodose ett utländskt offentlighetsrättsligt intresse, tvisten är sådan att parterna inte har dispositionsrätt över den eller att tvisten helt enkelt har för svag anknytning till Sverige.²⁶³

En naturlig följdfråga är vad domstolen efter officialbedömningen av sin behörighet ska göra, om den sluter sig till att den inte är behörig. En möjlighet är att avvisa målet, utan att utfärda stämning, eftersom rättegångshinder föreligger, enligt 42 kap. 4 § 2 st. RB. För att denna väg ska vara framkomlig måste emellertid rättegångshindret vara uppenbart, alltså ett mycket högt krav. Bestämmelsen kan därför bli aktuell mycket sällan. Den kan givetvis inte alls tillämpas på alla de hinder som får beaktas endast efter invändning. Bestämmelsens betydelse är för dessa internationella fall alltså begränsad. Man har tidigare framfört att en stats folkrättsligen grundade immunitet skulle utgöra ett uppenbart hinder, bland annat i *Bolin* NJA 1934 s. 206. Denna doktrin kan emellertid inte tillämpas fullt ut, med tanke på den utveckling som skett i synen på främmande staters rätt att åberopa sin immunitet. I senare praxis har man haft ett i viss mån annat tillvägagångssätt, som i och för sig har lett till att talan har avvisats, men som till handlingsmönstret ligger nära en vanlig behörighetsinvändning. Man har nämligen låtit UD höra sig för med den främmande staten för att se om den önskat åberopa sin immunitet. Om staten så önskat har käromålet avvisats.²⁶⁴

Det är viktigt att hålla i åtanke i detta sammanhang, att en stat inte har rätt att åberopa immunitet beträffande alla sina handlingar. Det torde gälla endast handlingar som ingåtts då den agerat just som stat och inte då den agerat som ett vanligt privat rättssubjekt.²⁶⁵

²⁶² Se ovan avsnitt 4.3.2.

²⁶³ Se *Dennemark, a.a.*, s. 300 f. och *Pålsson I*, s. 118 f.

²⁶⁴ Se *Pålsson I*, s. 121 ff. med där anförda rättsfall.

²⁶⁵ Se exempelvis *Bogdan I*, s. 121. Jämför med diskussionen ovan kring vad som faller inom privaträttens område i avsnitt 3.2.4.

6.2 Överklagande av beslut beträffande behörigheten

I detta avsnitt krävs ingen uppdelning mellan konventionerna och svensk intern rätt, eftersom det är svensk intern rätt som styr i båda fallen. Enligt inkorporeringslagarna till konventionerna gäller RB:s regler om överklagande av beslut.

Domstolen ska, om part har gjort behörighetsinvändning, så snart det kan ske meddela beslut i den frågan, enligt 34 kap. 3 § RB. Ett bifall till invändningen överklagas enligt 49 kap. 2 § RB, såvitt avser tingsrätts dom och enligt 54 kap. 2 § RB, såvitt avser hovrätts dom. Om däremot invändningen ogillas av tingsrätten, ska missnöje anmälas och tingsrätten ska då besluta på grundval av omständigheterna i fallet om besvär ska få föras särskilt beträffande beslutet eller endast i samband med överklagande av domen, se 49 kap. 3 § RB för tingsrätts dom och 54 kap. 3 § RB för hovrätts dom. Det finns emellertid en specialregel i 54 kap. 7 § RB som stadgar att man inte får klaga på beslut av hovrätten, där den funnit underrätten behörig, om inte invändningen mot underrättens beslut grundas på en omständighet som hovrätten haft att självmant beakta. Denna sistnämnda regel är utformad med interna frågor för ögonen och har i praxis, *Dymo* NJA 1969 s. 179 förklarats inte vara tillämplig på "[...]den internationellt-processrättsliga frågan om huruvida svensk domstol överhuvudtaget är behörig att upptaga viss talan till prövning [...]" Denna linje har HD i senare fall hållit fast vid, se exempelvis *Foodco* NJA 1980 s. 188.

6.3 Kumulation

6.3.1 Bryssel- och Luganokonventionerna

I art. 6 finns regler om förening av mål då det föreligger skäl att anta att en behandling av dem i ett sammanhang skulle vara att föredra. Inte minst ser man då till risken att motstridiga domar kan komma att meddelas om de behandlas i olika domstolar. Sådan förening av mål brukar kallas *kumulation*. För hela art. 6 gäller som en grundförutsättning att den svarande som kåranden åberopar artikeln mot ska ha hemvist inom konventionsområdena. Annars faller frågan utanför konventionernas tillämpning och får istället avgöras enligt *lex fori*.

I art. 6 punkt ett föreskrivs att svaranden kan stämmas, då han är en av flera svaranden, inför den domstol där en av de andra svarandena har sitt hemvist.²⁶⁶ Det kallas *subjektiv* kumulation. Denna regel kan emellertid sättas ur

²⁶⁶ Ett outtalat krav i sammanhanget är att det måste föreligga ett sådant samband mellan målen att de kan sägas stödja sig på väsentligen samma grund.

spel av ett prorogationsavtal. Givetvis kan en svarande inte tvingas svara inför en annan domstol än *forum prorogatum* bara på den grunden att käranden stämmer flera på en gång i mål som rör ungefär samma sak.

I art. 6 punkt två finns regler om *ad citation*, det vill säga om en talan om återgångskrav eller liknande kan väckas vid den domstol där huvudkärömet är anhängigt. Också denna regel kan sättas ur spel av ett prorogationsavtal som den tredje man som stäms in är bunden av.

I art. 6 punkt tre finns regler om genkärömet som är baserade på samma grund som huvudkärömet. Det föreskrivs ett starkare krav på konnexitet mellan kärömet enligt denna punkt än i de två tidigare, vilket påverkar prorogationsavtalens roll. Principiellt torde nämligen även denna punkt kunna sättas ur spel av ett prorogationsavtal, men det torde knappast vara ett praktiskt förekommande fall att ett genkärömet inte kan tas upp till prövning vid den domstol inför vilken huvudkärömet är anhängigt, på grund av EG-domstolens praxis i Meeth ./ Glacetal.

6.3.2 Svensk intern rätt

Det första stycket i 10 kap. 14 § RB stadgar:

Kärömet mot flera svarande må väckas vid den rätt, där någon av dem enligt vad förut i detta kapitel är stadgat har att svara, om det sker samtidigt och kärömet stödja sig på väsentligen samma grund. Är saken sådan, att endast en dom kan givas mot alla, som hava del i saken, må talan ock väckas vid den rätt, där någon av dem ha att svara.

Stadgandet rör alltså domsrätt i mål då flera kärömet väckts och ska handläggas i en och samma rättegång enligt 14 kap. RB. Detta påverkar givetvis möjligheten att medge verkan åt prorogationsavtal.²⁶⁷

Rörande första meningen i stadgandet kan konstateras att ett prorogationsavtal mellan käranden och en av svarandena inte kan medföra att övriga svaranden måste svara inför *forum prorogatum*, precis som beträffande art. 6 första punkten Bryssel- och Luganokonventionerna. Det gäller dock bara i den utsträckning som dessa inte annars har att svara inför detta forum enligt någon annan regel i 10 kap. RB. Det kan emellertid ofta inte väntas vara fallet beträffande internationella prorogationsavtal. På den andra sidan kan en svarande med vilken käranden slutit prorogationsavtal inte tvingas svara inför annan domstol än *forum prorogatum* på grund av kumulationsstadgandet. Om någon av svarandena ingår i svarömet utan att göra kompetensinvändning, det vill säga ingår tyst prorogation med käranden, medför givetvis inte heller det skyldighet för annan svarande att svara inför den domstol som på grund av den

²⁶⁷ Se om detta Danmark, a.a., s. 220 ff, med hänvisningar.

tysta prorogationen blivit behörig, så tillvida han inte har att svara inför denna på grund av en annan forumregel.

Den andra meningen reglerar kumulation när det råder så kallad nödvändig processgemenskap, det vill säga de fall då endast en dom kan meddelas mot flera svarande. För att ett prorogationsavtal ska vara giltigt i dessa fall krävs att samtliga svaranden biträtt avtalet. Det samma kan sägas gälla för tyst prorogation, i den meningen att ingen av svarandena får ha gjort kompetensinvändning.

Enligt 10 kap. 14 § andra stycket RB får genkärsmål tas upp av den domstol inför vilken huvudkärålet är anhängigt. För att så ska få ske måste sakerna vara besläktade på så sätt som föreskrivs i 14 kap. 3 § RB. Precis som beträffande Bryssel- och Luganokonventionernas art. 6 andra punkten gäller att denna regel kan sättas ur spel på grund av ett prorogationsavtal.²⁶⁸ Danmark menar emellertid att om ett exklusivt prorogationsavtal föreligger för utländsk domstol, kan svensk domstol aldrig uppta saken till prövning. Det är tveksamt om det är riktigt. Det är rimligare att anföra samma argument härvid som för Bryssel- och Luganokonventionerna, inte minst på grund av HD:s slut i NJA 1994 s. 81.

6.4 Tredje mans ställning

6.4.1 Allmänt

Den fråga som behandlas i detta avsnitt är i korthet följande. Under vilka förutsättningar kan en prorogationsklausul åberopas *av eller mot* en person som inte är part i avtalet?

6.4.2 Bryssel- och Luganokonventionerna

En person som inte var part i det ursprungliga prorogationsavtalet kan bli bunden av det, under förutsättning att hans samtycke därtill har visats klart och tydligt. EG-domstolen har haft tillfälle att ta ställning till spörsmålen kring tredje mans ställning i två fall.

I fallet *Gerling* ./.. *Amministrazione del Tesoro*²⁶⁹ var frågan om en förmånstagare i ett försäkringsavtal, som inte var part i det ursprungliga avtalet, skulle ha rätt att förlita sig på en prorogationsklausul som ingåtts mellan försäkringsgivaren och försäkringstagaren. EG-domstolen fann att så var fallet under förutsättning att dels kraven i art. 17 var uppfyllda mellan

²⁶⁸ Se Danmark, a.a., s. 228.

²⁶⁹ *Gerling* ./.. *Amministrazione del Tesoro*, [1983] ECR 2053.

försäkringsgivaren och försäkringstagaren, dels att det klart och tydligt framgick att försäkringsgivaren hade visat sitt samtycke därtill i prorogationsklausulen. Stöd för uppfattningen fann domstolen också i art. 12 andra stycket, där det är förutsett att en annan än den ursprungliga avtalsparten ska kunna förlita sig på ett jurisdiktionsavtal.

I fallet Tilly Russ ./.. Nova²⁷⁰ gällde frågan om bortfraktaren kunde förlita sig på en jurisdiktionsklausul i ett konossement mot en tredje man, som var innehavare av konossementet. De skyddsskäl som gjorde sig gällande i Gerling ./.. Amministrazione del Tesoro (försäkringstvist) kunde inte sägas gälla i detta fall, som handlade om sjötransporter. En första förutsättning för att någon överhuvudtaget skulle kunna förlita sig på klausulen var att kraven i art. 17 var uppfyllda mellan de ursprungliga avtalsparterna. För att svara på frågan om klausulen kunde göras gällande mot en tredje man såg EG-domstolen till nationell rätt. Om innehavaren av konossementet enligt tillämplig nationell rätt hade trätt i den ursprungliga avtalspartens ställe, kunde motparten förlita sig på en prorogationsklausul gentemot honom. Det vore nämligen inte rimligt att innehavaren av konossementet skulle ha erhållit mer rättigheter än den ursprungliga avtalsparten.²⁷¹

Det kan alltså sägas att både när man vill förlita sig på en klausul mot en tredje man, eller då en tredje man vill förlita sig på klausulen, måste *kraven i art. 17 ha varit uppfyllda mellan de ursprungliga parterna i avtalet*. Nationell rätt styr om en parts efterträdare genom transaktionen verkligen har trätt i den tidigare partens ställe.

6.4.3 Domsrättsförordningen

En ändring har införts beträffande försäkringstvister. Försäkrade och förmånstagare uppräknas nu uttryckligen i försäkringsavsnittet, och kan därför förlita sig direkt på prorogationsavtal som de inte ingått själva. Det är alltså en kodifiering av EG-domstolens praxis i Gerling ./.. Amministrazione del Tesoro.

6.4.4 Svensk intern rätt

Ett prorogationsavtal tycks i svensk intern rätt bara ha verkan mellan parterna och inte för andra, som inte är bundna av det.

Att så är fallet har belysts i rättsfallet *Despina GK NJA 1977 s. 796*. Det rörde verkningar av en jurisdiktionsklausul i ett konossement. En belgisk lastägare, van den Bergh, väckte talan vid Stockholms TR mot en grekisk

²⁷⁰ Jfr ovan avsnitt 4.4.2.1-3.

²⁷¹ Pålsson påpekar mycket riktigt att avtalet numer troligen skulle ses som gällande mellan bortfraktaren och innehavaren redan på grund av art. 17 första stycket c), se Pålsson II, s. 164.

undertransportör. Den grekiske undertransportören hade lämpat lasten, ett parti torrmjölkl, över bord under förevändning att den på grund av bakterieansättning var otjänlig som människoföda. Undertransportören invände att svensk domstol inte var behörig på grund av en prorogationsklausul, som ingick i ett konossement som slutits mellan van den Bergh och huvudtransportören, Getradco – också ett belgiskt företag, van den Bergh menade dock att dess talan inte grundades på konossementet, utan på det vårdansvar undertransportören ådrog sig då han tog ombord godset på Despina GK och att svensk domstol var behörig på grund av en regel i Sjölagen. En komplikation i målet var att Getradcokonossementet innehöll en substitutionsklausul och att ett annat konossement ingåtts mellan van den Bergh och Despina GK:s befälhavare. HD fann emellertid att inget av konossementen skulle påverka jurisdiktionen eftersom tvisten grundades på befälhavarens vårdnadsansvar och inte på Getradcokonossementet. Det domsförslag som revisionssekreteraren lämnade bör läsas, eftersom det innehåller en mer utförlig motivering än HD:s domskäl.

Det kan därför antas att om en svensk domstol ska avgöra tredje mans ställning i förhållande till ett prorogationsavtal (som kan komma att krävas enligt art. 17 Bryssel- och Luganokonventionerna eller art. 23 domsrättsförordningen, enligt EG-domstolens praxis i Gerling ./ Amministrazione del Tesoro och Tilly Russ ./ Nova), i vart fall ett som ingår i ett konossement, mycket ogärna kommer den låta tredje man förlita sig på klausulen.

6.5 Erkännande- och verkställighetsfrågor

Dessa frågor hamnar väsentligen utanför ramen för denna framställning och därför ska bara några mycket korta anmärkningar göras.

Bryssel- och Luganokonventionerna och domsrättsförordningen reglerar dels domsrätten och dels erkännande och verkställighet av domar meddelade i konventionsstaterna. Principiellt kan sägas att alla domar som meddelats i en konventionsstat ska erkännas och verkställas i de andra, oavsett vilken domsrättsgrund som domstolen i det aktuella fallet har grundat sin behörighet på. Inga större problem torde därför uppstå härvid.

Beträffande svensk intern rätt gäller som huvudregel att utländska domar inte kan erkännas och verkställas i Sverige utan stöd i lag. Avseende prorogationsavtal förändras det dock i viss mån. Om svensk rätt medger derogation anser man det vara ett måste att parterna ska på något sätt kunna få sin rätt utkrävd här ändå, vilket man uppnått genom att svenska domstolar lågger utländska domar till grund för ett svenskt avgörande utan att företa en

materiell prövning. Den utländska domen blir så att säga domskälen, medan den svenska domstolens dom är den som egentligen blir gällande i landet.²⁷²

Detta gäller dock inte för tyst prorogation enligt 10 kap. 18 § RB. Härvid tycks svensk rätt inta ställningen att en utländsk dom inte kan läggas till grund för en dom här utan materiell prövning, enligt *Kinnegrip* NJA 1986 s. 119. Frågan är om det är lämpligt att hålla fast vid det avgörandet, i synnerhet nu sedan Bryssel- och Luganokonventionerna (och domsrättsförordningen snart) är gällande för svensk rätt. Det torde finnas argument för att hålla samma syn för både uttrycklig och tyst prorogation.

²⁷² Se *Vakis* NJA 1973 s. 628.

Litteraturförteckning

Offentligt tryck:

Svenskt.

Ds. 1991:54

prop. 1982/83:117

prop. 1988/89:95

Utländskt.

Com (1999) 348 final

Litteratur:

- Beckman, Nils *Svensk praxis i internationell rätt*, P. A. Nordstedt & söner, Stockholm, 1959
- Bernitz, Ulf *Standardavtalsrätt*, 6 uppl., Juristförlaget, Stockholm, 1993
- Bogdan, Michael *Svensk internationell privat- och processrätt*, 5:e uppl., Nordstedts juridik, Stockholm, 1999 (Citerad Bogdan I)
- Bogdan, Michael (ed.) *The Brussels Jurisdiction and Enforcement Convention – an EC Court Casebook*, Kluwer, Nordstedts juridik, Stockholm 1996 (Citerad Bogdan II)
- Byrne, Peter *The European Union and Lugano Conventions on jurisdiction and the enforcement of judgements*, Delgany Baikonur, 1994
- Bolding, P.O & Stenberg, H. *Affärstvister och skiljedom i Exporträtt 4*, Exportföreningens Serviceaktiebolag, Stockholm, 1970
- Darmon, Marco *La mission de Cour et le système de la Convention de Bruxelles*, publicerad i *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe – Actes du colloque sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles par la Cour de justice européenne dans la perspective de l'espace judiciaire européen*, Butterworth, Gosport, Hampshire, Storbritannien, 1993 (Duijntjer Tebbens, Kennedy och Kohler [eds.])
- Dennemark, Sigurd *Om svensk domstols behörighet i internationellt förmögenhetsrättsliga mål*, P. A. Nordstedt & söner, Stockholm, 1961

- Eek, Hilding *Svensk eller utländsk lag? i Exporträtt 4, Exportföreningens Serviceaktiebolag, Stockholm, 1970*
- Gaudemet-Tallon, Hélène *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Competence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe, L. G. D. J., Paris, 1993*
- Gjelsten, Gaute *Formkrav i internasjonale vernetingsavtaler – Særlig om Luganokonvensjonen art. 17 (1) og tvistemålsloven § 36 (3), Universitetsforlaget AS, Oslo, 1997*
- Hultmark, Christina *Elektronisk handel och avtalsrätt, Nordstedts juridik, Stockholm, 1998*
- Karlgren, Hjalmar *Kortfattad lärobok i internationell privat- och processrätt, 5:e uppl., Gleerups, 1974*
- Kaye, Peter *Methods of execution of orders and judgements in Europe, Chichester Wiley, 1996*
- Lindberg, Agne och Westman, Daniel *Praktisk IT-rätt, 2:a uppl., Nordstedts juridik, Stockholm, 1999*
- Moloney & Robinson (eds) *The Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Foreign Judgments: Papers and Precedents from the Joint Conference with the Union des Avocats Européens held in Cork, September 1989, Irish Centre for European Law, Dublin, 1989*
- O'Malley, S. & Layton, A. *European Civil Practice, Sweet & Maxwell, London, 1989*
- Pålsson, Lennart *Bryssel- och Luganokonventionerna, Nordstedts juridik, Stockholm, 1995 (Citerad Pålsson II)*
- Pålsson, Lennart *Svensk rättspraxis i internationell processrätt, Nordstedts juridik, Stockholm, 1989 (Citerad Pålsson I)*

Tidsskrifter:

Nordiskt immateriellt rättsskydd:

- Bogdan, Michael *Patent och varumärke i den svenska internationella privat- och processrätten, NIR, 1980 s. 269-286*

Lexlundensis

- Pålsson, Lennart *Revisionen av Bryssel- och Luganokonventionerna (uppdaterad version av artikeln), 2001-06-28, Lexlundensis*

Svensk Juristtidning

- Bogdan, Michael *Den svenska internationella arbetsrättsrätten grunder,* SvJT, 1979 s. 81-121
- Karlgren, Hjalmar *Svensk rättspraxis – Internationell privat-, straff- och processrätt 1961-1965,* SvJT 1967 s. 513-528
- Karlgren, Hjalmar *Svensk rättspraxis – Internationell privat-, straff- och processrätt 1966-1970,* SvJT 1972 s. 106-116
- Pålsson, Lennart *Nyare rättspraxis till Bryssel- och Luganokonventionerna,* SvJT 1998 s. 552-572
- Pålsson, Lennart *Nyare rättspraxis till Bryssel- och Luganokonventionerna,* SvJT 2000 s. 709-726
- Welamson, Lars *Svensk rättspraxis – Civil- och straffprocessrätt,* SvJT 1977 s. 13-49

Rättsfallsförteckning

Svenska rättsfall:

NJA 1909 s. 638
NJA 1914 s. 409
NJA 1924 s. 620
NJA 1928 s. 149
NJA 1933 s. 486
NJA 1934 s. 206
NJA 1935 A 217
NJA 1942 s. 385
NJA 1949 s. 724
NJA 1954 s. 268
NJA 1955 C 682
NJA 1961 s. 145
NJA 1962 s. 354
NJA 1966 s. 450
NJA 1969 s. 179
NJA 1969 s. 285
NJA 1969 s. 529
NJA 1973 s. 126
NJA 1973 s. 628
NJA 1977 s. 796
NJA 1980 s. 46
NJA 1980 s. 188
NJA 1981 s. 386
NJA 1985 s. 832
NJA 1986 s. 119
NJA 1989 s. 36
NJA 1994 s. 81

RH 1984:125
RH 1977:100

AD 1976 nr 101
AD 1997 nr 27

SvJT 1979 RF s. 1

Rättsfall från EG-domstolen:

Tessili ./ Dunlop, [1976] ECR 1473
LTU ./ Eurocontrol, [1976] ECR 1541
Estasy Salotti ./ RÜWA, [1976] ECR 1831

Segoura ./ Bonakdarian, [1976] ECR 1851
Meeth ./ Glacetal, [1978] ECR 2133
Zelger ./ Salintri, [1980] ECR 89
de Cavel ./ de Cavel, [1980] ECR 731
Porta-Leasing ./ Prestige, [1980] ECR 1517
Elephanten Schuh ./ Jacqmain, [1981] ECR 1671
Rohr ./ Ossberger, [1981] ECR 2431
C. H. W. ./ G. J. H., [1982] ECR 1189
Peters ./ ZNAV, [1983] ECR 987
Gerling ./ Amministrazione del Tesoro, [1983] ECR 2503
Duijnsteer ./ Goderbauer, [1983] ECR 3663
Tilly Russ ./ Nova, [1984] ECR 2417
Spitzley ./ Sommer Exploitation, S. A. [1985] ECR 787
F. Berghoefler GmbH & Co. KG ./ ASA SA, [1985] ECR 2699
Anterist ./ Crédit lyonnais, [1986] ECR 1951
Iveco Fiat ./ van Hool, [1986] ECR 3337
Kalfelis ./ Bankhaus Schröder, [1988] ECR 5565
Six Constructions ./ Humbert, [1989] ECR 341
Rich ./ Impianti, [1991] ECR 3855
Powell Duffryn plc ./ Wolfgang Petereit, [1992] ECR I-1745
Mulox ./ Geels, [1993] ECR I 4075
MSG ./ Gravieres Rhénanes, [1997] ECR I-911
Benincasa ./ Dentalkit, [1997] ECR I-3767
Trastporti Castelletti ./ Hugo Trumpy, [1999] ECR I-1597
Group Josi Reinsurance Company ./ UGIC, [2000] ECR I-5925
Coreck Maritime GmbH ./ Handelsveem BV mfl, [2000] ECR I-9337