



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Erik Säll

36 § AvtL i en internationellt privaträttslig kontext

En studie kring internationellt tvingande svensk rätt

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ulf Maunsbach

Termin för examen: Period 1 VT2022

Till min syster

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	7
1 INLEDNING	9
1.1 Ämnesintroduktion och bakgrund	9
1.2 Syfte	12
1.3 Frågeställning	13
1.4 Metod och material	13
1.5 Avgränsningar	16
1.6 Disposition	17
2 OM TILLÄMPNINGEN AV FRÄMMANDE RÄTT — EN TILLBAKABLICK	19
2.1 Inledning	19
2.2 Den holländska skolan och comitas gentium	19
2.2.1 Johannes Voet	20
2.2.2 Ulric Huber	21
2.2.3 Holländska premisser för tyskt framåtskridande	22
2.3 Friedrich Carl von Savigny	23
2.3.1 Savignys lagvalssystem	23
2.3.2 Savignys arv i modern IP-rätt	24
2.3.3 Begränsningar i tillämpningen av främmande rätt	25
3 INTERNATIONELLT TVINGANDE REGLER	27
3.1 Inledning	27
3.2 Internationellt tvingande regler och ordre public	28
3.3 Artikel 9 Rom I-förordningen	30
3.3.1 Allmänt om bestämmelsen	30
3.3.2 En systematisk tolkning av förordningen	31
3.3.3 Arblade och artikel 9 (1)	32
3.3.4 Privata eller allmänna intressen	36
3.3.5 Lagstiftarens uttalanden	38

4	INTERNATIONELLT TVINGANDE SVENSK RÄTT	40
4.1	Inledning	40
4.2	Begreppsbildningen	41
4.3	Anknytningsmomentet	42
4.4	Den allmänna avtalsrättsliga generalklausulen i 36 § AvtL	45
4.4.1	Allmänt om bestämmelsen	45
4.4.2	36 § AvtL som internationellt tvingande i doktrinen	47
4.4.3	Den svenska lagstiftarens uttalanden	48
4.4.4	Bestämmelsens syfte och betydelse	50
5	ANALYS OCH SLUTDISKUSSION	54
5.1	Inledning	54
5.2	Kvalifikationsmomentet	54
5.2.1	Unionsrättsliga begränsningar	54
5.2.2	Relevanta kriterier för kvalifikationen	55
5.3	36 § AvtL som internationellt tvingande	58
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	63
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	68

Summary

The answer to the question why courts in state A should consider and apply laws belonging to the legal system of state B is still debated. As early as the 17th and 18th centuries, Dutch jurists such as Johannes Voet and Ulric Huber launched the idea of *comitas gentium* - international courtesy to foreign states. During the 19th century, the ideas advocated by the Dutch school of thought were further developed by the German lawyer Carl Friedrich von Savigny, whose legacy is most evident in modern international private and procedural law even today. An important aspect of Savigny's teaching was the idea of *Gesetze von streng positiver, zwingender Natur*. These were laws which, by their nature, were of such importance that they claimed immediate and superior application. Superior in the sense that the law required priority over the foreign law which, according to the principles of private international law, would have been applied to the legal matter, and immediate because the application of foreign law was precluded from the outset. Today, more than 150 years later, private international law is still faced with the problem of identifying these special laws.

Article 9 of the Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations regulates overriding mandatory provisions. According to the text, these are mandatory provisions the respect of which is deemed by a country to be so crucial to the safeguard of its public interests, such as its organisation on a political, social and economic level, that it requires their application to any situation falling within their scope of application, regardless of the law applicable according to the Regulation and whether the otherwise applicable law has been assigned by virtue of referral by the parties or by objective rules.

How the phrase *public interest* is to be interpreted according to the Regulation has been debated in the doctrine, and the national courts of the EU Member States have made different assessments. There are good arguments for assuming that rules which, through the protection of fundamental private

interests of weaker parties in a contractual relationship, also indirectly safeguard a public interest and thus should fall within the scope of application of the article.

Overriding mandatory provisions constitutes an area of Swedish international private law that is characterized by a lack of judicial precedent and where many issues lack statutory answers. In the case of the Swedish legal system, the general contractual clause in section 36 of the Swedish Contracts Act has been specifically mentioned as a possible rule to be qualified as an overriding mandatory provision. This dissertation aims to determine whether this is the case by examining decisions of the Swedish Labour Court and statements made by the Swedish legislator in government bills and official reports of the Swedish Government, as well as through well-founded assumptions in the light of the purpose of the provision and its dignity within Swedish contract law.

The conclusion is that section 36 of the Swedish Contracts Act is a dynamic provision that embodies a prevailing societal perception of what constitutes fairness and justice from a perspective of Swedish contract law. Due to the general wording of the provision, the qualification should be determined in light of the circumstances of the individual case. In general, however, it can be said that in an international private law context where private interests, attributable to a weaker party, are at stake, section 36 of the Swedish Contracts Act shall be qualified as an overriding mandatory provision in order to protect and safeguard fundamental interests recognised by the Swedish legal system, provided that there is a significant connection to the Swedish legal system. The provision can also be qualified as an overriding mandatory provision in pure business relations, where, however, there are circumstances which require greater caution from the courts.

Sammanfattning

Varför domstolar i staten A ska beakta och tillämpa lagar tillhörande staten B:s rättsordning är fortfarande omdiskuterat. Redan på 1600- och 1700-talet lanserade holländska jurister som Johannes Voet och Ulric Huber idén om *comitas gentium* – internationell artighet gentemot främmande stater. Under 1800-talet vidareutvecklades de idéer som den holländska skolan förespråkade av den tyska juristen Carl Friedrich von Savigny, vars arv är högst påtagligt i den moderna internationella privat- och processrätten än idag. En viktig aspekt av Savignys lära var idén om *Gesetze von streng positiver, zwingender Natur*. Detta var lagar som till sin natur var av sådan betydelse att de gjorde anspråk på en omedelbar och överordnad tillämpning. Överordnad i bemärkelsen att lagen krävde prioritering framför den utländska lag som enligt den internationella privaträttens grunder skulle ha tillämpats på rättsförhållandet, och omedelbar eftersom tillämpningen av främmande rätt var utesluten redan från början. Idag, mer än 150 år senare, tampas den internationella privaträtten fortfarande med problematiken som identifieringen av dessa särskilt betingade lagar är behäftad med.

I artikel 9 i Rom I-förordningen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser regleras internationellt tvingande regler. Enligt lagtexten är detta regler som av ett land bedöms vara så avgörande för att skydda allmänintressen, t.ex. sin politiska, sociala och ekonomiska struktur, att landet kräver att reglerna tillämpas på alla situationer som faller inom deras tillämpningsområde, oavsett vilken lag som enligt förordningen är tillämplig på avtalet och oavsett om denna pekats ut genom partshänvisning eller på objektiv grund genom kollisionsregler. Hur *allmänintressen* ska tolkas enligt förordningen har debatterats i den engelskspråkiga doktrinen och de nationella domstolarna i EU:s medlemsstater har gjort olika bedömningar. Det finns goda argument för att anta att även regler som genom beskyddandet av fundamentala privata intressen för avtalsförhållandets svagare parter indirekt skyddar ett allmänintresse och därmed bör omfattas av artikelns tillämpningsområde.

Internationellt tvingande regler är ett område av den svenska internationella privaträtten som präglas av en brist på prejudikatbildande avgöranden och där många frågeställningar saknar lagfästa svar. För den svenska rättsordningens vidkommande har den allmänna avtalsrättsliga generalklausulen i 36 § AvtL särskilt nämnts som en tänkbar regel att kvalificeras som internationellt tvingande. Arbetet undersöker om så kan vara fallet med ledning i bl.a. Arbetsdomstolens avgöranden och uttalanden från lagstiftaren i förarbetena till andra lagar, samt genom välgrundade antaganden mot bakgrund av bestämmelsens syfte och dignitet inom svensk avtalsrätt.

Slutsatsen blir att 36 § AvtL är en dynamisk bestämmelse som förkroppsligar en rådande samhällsuppfattning om vad som utgör skälighet och rättvisa ur ett svenskt avtalsrättsligt perspektiv. På grund av bestämmelsens generella utformning bör kvalifikationen avgöras mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet. Generellt kan dock sägas att i ett internationellt privaträttsligt sammanhang där privata intressen, hänförliga till en svagare part, står på spel ska 36 § AvtL kvalificeras som en internationellt tvingande svensk regel för att på så vis skydda och tillvarata grundläggande intressen som den svenska rättsordningen erkänner, förutsatt att en inte obetydlig anknytning till den svenska rättsordningen föreligger. Bestämmelsen kan även kvalificeras som internationellt tvingande i rena affärsförhållande, där förekommer dock omständigheter vilka kräver en större försiktighet från domstolarna vid kvalifikationsmomentet.

Förord

Så har även denna period av mitt liv kommit till sitt slut. Föreliggande arbete inleddes redan i januari 2022 då jag fortfarande bedrev studier vid Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Den internationella gemenskap jag fick uppleva där har delvis bidragit till mitt val av avhandlingstema. Jag har att särskilt tacka Amelia, Sten, Clara, Ally, Axel och Stephanos för den roligaste, mest givande och utvecklande perioden i mitt liv. Cuando creías que ya lo habías visto todo, siempre hay otro aspecto a descubrir. Espero que otra vez nos veamos en Icon y por las calles madrileñas. Una parte de mi corazón siempre pertenecerá a esa ciudad y el tiempo que hemos compartido juntos.

Jag vill rikta det varmaste av tack till mina släktingar och familjemedlemmar i Kulturens Tygelsjö. Ni har i alla stunder då ett behov av hjälp eller stöd uppstått funnits där för att omedelbart bistå. Oavsett om det rört husrum, transport, mat eller den så vanligt förekommande "sällskapssjukan" har jag alltid funnit trygghet i vetskapen om att ni ställer upp. Jag vill särskilt tacka min kära farfar som outtröttligt diskuterat allt mellan himmel och jord med mig. Inte minst lag och rättvisa.

Till mina studiekamrater Erik, Lowe, Martin och Oscar vill jag framhäva min yttersta uppskattning för alla roliga stunder tillsammans. Utan er hade studietiden varit enbart det: en tid för studier.

Till min handledare, docent Ulf Maunsbach, vill jag tacka för ett intressant ämne, värdefulla synpunkter och givande diskussioner.

Sist men inte minst har jag även att tacka mina älskade föräldrar och kära syster som ständigt stöttat mig och på otaliga sätt bistått mig under de senaste fem åren. Utan er alla hade det inte varit möjligt.

Under arbetets gång har jag samtidigt bedrivit fortsatta studier i det ryska språket vid Malmö universitet och där kommit i kontakt med flertalet ordspråk, varav ett jag särskilt anser fångar arbetets utgångspunkt och internationella andemening, och som i detta inledande förord får utgöra mina avslutande ord.

В чужой монастырь со своим уставом не ходят.
(V chuzhoy monastyr' so svoim ustavom ne khodyat)

Gå inte till främmande kloster med din egen regelbok.

Erik Säll

Lund i maj 2022

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
AVLN	Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
EU	Europeiska unionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
HD	Högsta domstolen
IATA	International Air Transport Association
JIPL	Journal of Private International Law
KKL	Konsumentköplag (2022:260)
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
LAU	Lag (1949:345) om rätten till arbetstagares uppfinningar
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
Rom I	Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser

Rom II	Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 864/2007 av den 11 juli 2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser
Rt	Norsk Retstidende
SkbrL	Lag (1936:81) om skuldebrev
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

1 Inledning

1.1 Ämnesintroduktion och bakgrund

Det internationella samfundet är inte begränsat till nationella marknader och aktörer och antalet gränsöverskridande transaktioner ökar stadigt i antal. Det genomförs ett ökande antal internationella köp, fler avtal ingås med aktörer i olika länder, arbetstagare i staten A ingår anställningsavtal med arbetsgivare i staten B och rättsförhållanden är generellt behäftade med internationella anknytningar i ökad utsträckning. Därmed ökar även antalet potentiella tvister med internationell anknytning som dras inför domstol. När sådana internationella tvister (d.v.s. tvister som anknyter till mer än ett land, och därmed mer än ett rättssystem) ska hanteras av våra nationella domstolar uppstår inte sällan problematik avseende frågor om forum, lagval, erkännande och verkställighet. Det är i detta sammanhang som den internationella privat- och processrätten får betydelse. I en internationellt präglad tvist uppstår huvudsakligen tre grundläggande frågor som domstolen, enligt följande ordning, behöver ta ställning till:¹

- a) Fråga om domstolen, eller någon annan rättstillämpande myndighet, har behörighet att pröva målet eller ärendet med utlandsanknytning (*domsrättsfrågan*),
- b) Fråga om vilket lands lag som ska tillämpas på den uppkomna tvisten (*lagvalsfrågan*),
- c) Fråga angående erkännande och verkställighet av den utländska domen eller det utländska statusförhållandet i den egna staten (*erkännandefrågan*).

Det här arbetet kommer främst behandla lagvalsfrågan. Beteckningen ”internationell privat- och processrätt” kan i vissa avseenden vara missvisande och leda till förvirring. Rättsområdet brukar traditionellt sett till-

¹ Hämtat från Jänträ-Jareborg (1997), s. 21–22.

skrivs de nationella rättsordningarna och är således inget överordnat och gemensamt harmoniserat lagsystem likt folkrätten. Följaktligen skiljer sig innehållet i svensk internationell privat- och processrätt från innehållet i exempelvis tysk eller rysk internationell privat- och processrätt. I Sverige är det den svenska lagstiftaren med beaktande av svenska rättspolitiska intressen och syften som bestämt reglernas innehåll.

Sedan mitten av 1800-talet har utgångspunkten för den svenska internationella privat- och processrätten varit att rättsverkningarna från ett rättsförhållande ska bedömas i enlighet med det rättssystem som ligger närmast förhållandet.² Det har dock sedan länge stått klart att det inte är helt oproblematiskt att inom vissa områden tillämpa främmande rätt. Den tyska professorn Leo Raape uttalade sig över lagvalsreglernas generella tillämpning och likställde denna med ett språng in i mörkret.³ Ytterligare en tysk professor och jurist som haft anledning att uttala sig över den internationella privat- och processrätten är Friedrich Carl von Savigny, som redan år 1849 talade om *Gesetze von streng positiver, zwingender Natur*.⁴ Detta var lagar som till sin natur var av sådan beskaffenhet att dessa inte kunde tillämpas lika fritt mellan stater som andra lagar.⁵ På svenska betecknas numera sådana lagar som internationellt tvingande regler.

Historiskt sett har läran om internationellt tvingande regler sitt ursprung i läran om *ordre public* och de två brukar beskrivas som två sidor av samma mynt.⁶ I sin traditionella bemärkelse kan *ordre public* beskrivas som en negativ förbehållsklausul som innebär att en viss regel hemmahörande i en främmande rättsordning vägras tillämpning med hänvisning till att konsekvenserna av en sådan tillämpning skulle strida mot domstolslandets *ordre public*. Man talar i dessa fall om *negativ ordre public*. Den andra sidan av myntet, den avseende internationellt tvingande regler, benämns därmed

² Bogdan och Hellner (2020), s. 32–34; Maunsbach, Bramstång och Lindskoug (2021), s. 55–56.

³ Raape och Sturm (1977), s. 90.

⁴ Lagar av strängt positiv, tvingande natur.

⁵ Gihl (1951), s. 212 och s. 484.

⁶ Bogdan och Hellner (2020), s. 86.

ofta som *positiv ordre public* och tar sikte på lagar av särskild vikt och överordnad betydelse som ska tillämpas oavsett vilket lands lag som är tillämplig på rättsförhållandet i fråga.⁷

På senare tid har det internationellt privaträttsliga området genomgått en omfattande harmonisering i och med Sveriges inträde i Europeiska unionen (EU). Genom antagandet av Maastrichtfördraget år 1992 och sedermera Amsterdamfördraget år 1997 har EU:s kompetens utvidgats till att även omfatta vissa civilrättsliga frågor. En direkt följd av detta är att EU kan besluta om direkt tillämpliga förordningar även inom den internationella privat- och processrättsens område.⁸ De tankar Savigny gav uttryck för så tidigt som år 1849 är fortsättningsvis aktuella och den moderna internationella privat- och processrätten har uttryckligen räknat med förekomsten av sådana särskilt betingade regler. I artikel 16 i Rom II-förordningen talas det om *överordnade tvingande bestämmelser*, artikel 9 i Rom I-förordningen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser använder begreppet *internationellt tvingande regler* och äldre svensk doktrin använde sig av diverse termer som *ordre public-lagar* eller *absoluta regler i lex fori*.⁹ I detta arbete kommer Rom I-förordningens begrepp *internationellt tvingande regler* att användas.¹⁰

Det finns inga kodifierade kumulativa eller alternativa kriterier som erbjuder vägledning avseende vilka regler som kan kvalificeras som internationellt tvingande eller i vilken kontext. EU har överlämnat åt medlemsstaterna själva att avgöra vilka regler det kan röra sig om. Lagstiftaren i Sverige har i sin tur väsentligen överlämnat den uppgiften åt rättstillämpningen. Utbudet av rättspraxis inom området är påfallande begränsat i såväl svensk rättstillämpning som på EU-nivå. I den internationellt privat- och processrättsliga debatten, samt i vissa svenska lagförarbeten, har den allmänna avtalsrättsliga generalklausulen i 36 § lagen (1915:218) om avtal

⁷ Bělohávek (2010), s. 1958–1959.

⁸ Maunsbach, Bramstång och Lindskoug (2021), s. 48–51.

⁹ Bogdan och Hellner (2020), s. 87.

¹⁰ Detta förefaller även vara den vedertagna svenska översättningen inom den moderna internationella privaträtten och jag har för avsikt att bidra till en fortsatt konsekvent användning av begreppet.

och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL) angetts som en potentiell kandidat för svensk rätts vidkommande. Frågan om 36 § AvtL ska kvalificeras som internationellt tvingande är dock långt från avgjord och utrymmet för skönsmässiga bedömningar är avsevärt.

1.2 Syfte

Detta arbete har som syfte att undersöka vilka kriterier som är av relevans ur ett svenskt förmögenhetsrättsligt perspektiv vid kvalifikationen av en nationell regel som internationellt tvingande, samt om den svenska allmänna avtalsrättsliga generalklausulen i 36 § AvtL kan kvalificeras som en internationellt tvingande svensk regel och om kvalifikationen är beroende av i vilken kontext regeln tillämpas.

Tidigare akademiska arbeten inom området för internationell privat- och processrätt som behandlat förekomsten av sådana internationellt tvingande bestämmelser är få. De exempel jag lyckats finna där internationellt tvingande regler utgjort fokus för arbetet har gjorts så inom ramen för en kandidatuppsats på grundnivå. För examensarbeten behandlas fenomenet vanligtvis endast som ett översiktligt avsnitt i mer omfattande arbeten beträffande *ordre public*. För att uppnå syftet med arbetet krävs därför ett mer fokuserat förhållningssätt än vad tidigare arbeten på området har haft. Det är mot denna bakgrund jag har valt att fokusera på den svenska allmänna avtalsrättsliga generalklausulen i 36 § AvtL. Det fundamentala syftet med arbetet är således att ta de första stegen mot att fylla glappet i litteraturen beträffande vilka kriterier som är relevanta vid kvalifikationen av internationellt tvingande regler enligt svensk rätt och tillämpningen av 36 § AvtL i ett internationellt privaträttsligt sammanhang.

1.3 Frågeställning

- Vilka kriterier är av relevans vid kvalifikationen av en svensk regel som internationellt tvingande?
- Kan den svenska allmänna avtalsrättsliga generalklausulen i 36 § AvtL kvalificeras som en internationellt tvingande regel och är kvalifikationen beroende av i vilken kontext bestämmelsen tillämpas?

1.4 Metod och material

Arbetet är en rättsvetenskaplig studie vars avsikt är att slå fast vilka kriterier som *de lege lata* är av betydelse vid kvalifikationen av internationellt tvingande regler enligt svensk rätt, samt huruvida den allmänna avtalsrättsliga generalklausulen i 36 § AvtL utgör en sådan regel enligt svensk rättsuppfattning. För att uppnå arbetets syfte kommer den rättsdogmatiska metoden att användas vilket innebär att svaret på dessa frågor sökes med ledning i traditionella och vedertagna rättskällor som förarbeten, rättspraxis och doktrin.¹¹ Med doktrin avses i denna bemärkelse rättsvetenskapliga artiklar, kurser och litteratur. Rättsdogmatiken kan sägas ha två huvuduppgifter som är beroende av varandra. Den första uppgiften är att beskriva gällande rätt. Den andra uppgiften består i att systematisera rätten genom att identifiera likheter, skillnader, principer och samband.¹² Arbetet genomsyras av ett kritiskt och självständigt förhållningssätt gentemot källorna i syfte att säkerställa öppenhet och transparens i den argumentation som lyfts fram.¹³

Internationellt tvingande reglers existens inom den svenska internationella privat- och processrätten är ostridig. Det finns däremot ytterst få uttalanden i förarbeten, rättspraxis och lagstiftning att falla tillbaka på när det gäller frågan om vilka dessa regler är. Detta innebär att tre av våra främsta rättskällor måste tolkas brett för att kunna erbjuda någon form av vägledning. På grund av detta har den rättsvetenskapliga doktrinen intagit en särskilt viktig roll vid

¹¹ Sandgren (2021), s. 51–53.

¹² Ibid, s. 52.

¹³ Kleineman (2018), s. 26.

utförandet av arbetet. Det innebär emellertid inte att doktrin har varit helt oproblematisks att arbeta med. En särskild svårighet har varit den brist på material som den svenska internationellt privaträttsliga litteraturen är behäftad med. Även om rättsläget på senare tid har blivit avsevärt bättre tillgodosett kvarstår en disproportion mellan å ena sidan rättsområdets många problem och dess komplexitet, å andra sidan utbudet av klargörande undersökningsmaterial. Denna disproportion blir särskilt påtaglig vid en jämförelse med litteraturen i andra länder, som t.ex. Tyskland där rättsområdet närmast kommit att bli en s.k. ’’professorsrätt’’. Vid författandet av arbetet har jag i så stor utsträckning som möjligt använt mig av verk skrivna av välrenommerade och erkända jurister inom området för internationell privaträtt. Urvalet av doktrin har skett mot bakgrund av den framlagda argumentationens tyngd och relevans. Annat material, som utländsk rätt och utländska avgöranden, utgör i sig inte svenska rättskällor och dess direkta värde blir marginellt. I den mån sådant material förekommer har det dock berikat analysen genom att tillföra argument.

Beträffande avsnitt två och den internationella privaträttens historiska aspekter och principer finns det inom området för svensk internationellt privaträttslig litteratur ett verk som man med fog kan hävda utgör en auktoritet. Torsten Gihls *Den internationella privaträttens historia och allmänna principer* behandlar på ett genomgripande och systematiskt sätt dessa infallsvinklar. Eftersom nästintill samtliga historiska redogörelser beträffande den internationella privaträtten som jag funnit i andra verk hänvisar till Gihl finns det, i enlighet med god källhantering, inte skäl att använda sig av övrig litteratur i den utsträckning de utgör sekundärkällor. Visserligen utgör Gihls verk i stora delar en sekundärkälla i förhållande till de många franska, tyska och italienska originalverk som legat till grund för hans bok, men beträffande de delar som varit av betydelse för det här arbetet har professor Åke Malmström bekräftat riktigheten i de uppgifter och tolkningar som Gihl framför.¹⁴

¹⁴ Malmström (1953), SvJT 1953 s. 541–551.

Avsnitt tre ägnas åt en genomgång av internationellt tvingande regler enligt artikel 9 i Rom I-förordningen. Eftersom förordningen utgör en del av svensk rätt blir även engelskspråkig doktrin och avgöranden från EU-domstolen av högsta relevans för den vidare diskussionen kring internationellt tvingande regler. Avseende den materiella rättens innehåll och mer generella redogörelser för internationellt tvingande regler enligt Rom I-förordningen hänvisas frekvent till Richard Plender och Michael Wilderspin som tillsammans skapat en omfattande lagkommentar om den europeiska internationella privaträtten för avtalsförpliktelser. Plender och Wilderspins argumentation har fått särskild betydelse beträffande lagstiftarens avsikt vilket motiveras av att Wilderspin var involverad i det principiellt viktiga målet *Unamar* i egenskap av ombud för Europeiska kommissionen och kan enligt mig antas ha en viss auktoritet avseende diskussion av internationellt tvingande regler ur ett EU-rättsligt perspektiv samt vilka avsikter som den europeiska lagstiftaren haft beträffande dessa regler.

För de mer djupgående och analyserande aspekterna av internationellt tvingande regler har jag använt mig av väletablerade och internationellt erkända källor som *Journal of Private International Law*, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* och *Yearbook on Private International Law* i syfte att säkerställa en hög standard vad avser artiklarnas resonemang och källhantering. I den här delen har författare som Andrea Bonomi, Michael Hellner, Michael Bogdan och Frank Vischer särskilt bidragit till diskussionen. För den mer terminologiska och komparativa aspekten av internationellt tvingande regler och *ordre public* har Alexander Bělohávek och Michael Bogdan erbjudit goda analyser.

I det fjärde avsnittet diskuteras kvalifikationen av 36 § AvtL som internationellt tvingande mot bakgrund av de kriterier som är relevanta för bedömningen. I såväl den rättsvetenskapliga litteraturen som i vissa förarbeten pekats bestämmelsen ut som en tänkbar internationellt tvingande svensk regel. Under arbetets gång har det däremot blivit tydligt att någon redogörelse för de bakomliggande skälen till detta påstående ofta saknas samt

att flera av dessa källor har haft Bogdans artiklar som utgångspunkt. På grund av detta blir behovet av att inta ett självständigt och kritiskt förhållningssätt i denna del av arbetet särskilt framträdande.

Vad gäller svensk rättspraxis kan konstateras att det föreligger en påtaglig brist på prejudikatbildande avgöranden beträffande internationellt tvingande regler. Arbetsdomstolen har i ett fåtal avgöranden gjort upplysande uttalanden kring gränsdragningen av internationellt tvingande svensk rätt samt vilka anknytningsmoment som mot bakgrund av omständigheterna ska föreligga för att en regel ska behålla sin ställning som internationellt tvingande i ett arbetsrättsligt sammanhang. Avgöranden från Högsta domstolen (HD) har använts för att belysa och konkretisera de många användningsområdena för 36 § AvtL vilket har bidragit till diskussionen kring bestämmelsens dignitet och ställning i egenskap av generalklausul inom svensk avtalsrätt. För att dra slutsatser och tolka innebörden av HD:s avgöranden har Claes-Robert von Posts avhandling *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden* varit behjälplig.

1.5 Avgränsningar

Som arbetets syftesbeskrivning återspeglar är fokus kvalifikationen av internationellt tvingande regler enligt svensk rätt. Detta utgör en första och grundläggande avgränsning vilket innebär att det är svensk rättsuppfattning som blir styrande avseende tolkningen av begreppet och undersökningen koncentreras till lagar och regler tillhörande den svenska rättsordningen. Mot bakgrund av arbetets avtalsrättsliga inriktning kommer utgångspunkten för begreppsdefinitionen och tolkningen av internationellt tvingande regler att förankras i artikel 9 (1) och (2) i Rom I-förordningen. Därmed kommer inte artikel 9 (3) avseende internationellt tvingande regler tillhörande tredje länder att behandlas. Arbetets resultat kan dock komma att ha betydelse även avseende denna aspekt när utländsk domstol ska tillämpa bestämmelsen. Det kan exempelvis tänkas att en tysk domstol vid tillämpning av spanskt avtalsstatut kan jämka avtalet enligt den svenska 36 § AvtL, förutsatt att det

föreligger en inte obetydlig anknytning till Sverige och 36 § AvtL är en internationellt tvingande regel enligt svensk rättsuppfattning.

Som framgår av syftesbeskrivningen tenderar internationellt tvingande regler och *ordre public* att behandlas tillsammans. Detta på grund av de starka historiska rötter som de två principerna delar. Det här arbetet har internationellt tvingande regler som fokus men principen om *ordre public* behandlas ändå på flera håll i arbetet, främst i syfte att kontrastera den mot principen om internationellt tvingande regler för att belysa likheter och skillnader vilka kan vara av betydelse för gränsdragningen av den senare.

Arbetet har ett klart och tydligt avtalsrättsligt fokus i och med att studien bedrivs kring 36 § AvtL som internationellt tvingande. I den utsträckning hänvisning till lagar tillhörande andra rättsområden förekommer görs detta endast i syfte att jämföra och exemplifiera. Beträffande Arbetsdomstolens rättspraxis är det endast de avtalsrättsliga aspekterna av avgörandena som är av betydelse för arbetet. I den mån arbetsrättsliga redogörelser förekommer i anslutning till behandlandet av Arbetsdomstolens praxis är detta endast i syfte att förse läsaren med en nödvändig bakgrundsbeskrivning av målet. Trots arbetets avtalsrättsliga inriktning kan resultatet erbjuda vägledning och bidra med argument för och emot kvalifikationen av andra svenska regler som internationellt tvingande inom andra rättsområden.

1.6 Disposition

Vid studier av en så historiskt förankrad princip som internationellt tvingande regler är det av värde för den fortsatta framställningen att inleda med en kronologisk redogörelse för relevanta historiska rättsfilosofiska argument och åsikter som lyfts kring den internationella privat- och processrätten i allmänhet och begränsningar i tillämpningen av främmande rätt i synnerhet. Avsnitt två är därför ägnat att ge en förståelse för varför principen internationellt tvingande regler existerar samt hur denna princip i den moderna internationella privat- och processrätten successivt vuxit fram.

Redogörelsen ger förutsättningar för att på ett korrekt sätt dra slutsatser angående principens tillämpningsområde och gränsdragning i nutid.

Avsnitt tre behandlar internationellt tvingande regler med utgångspunkt i Rom I-förordningen och artikel 9. I detta avsnitt redogörs även för de principiellt viktiga avgörandena från EU-domstolen som sätter upp en yttersta gräns för det spelrum medlemsstaterna har beträffande kvalifikationen av internationellt tvingande regler i *lex fori*.

Avsnitt fyra fokuserar på internationellt tvingande regler ur ett svenskt avtalsrättsligt perspektiv. Inledningsvis behandlas begreppsbildningen enligt svensk rätt. Därefter behandlas praxis från Arbetsdomstolen beträffande vilken styrka som krävs avseende de relevanta nationella anknytningsmomenten för att en bestämmelse ska behålla sin internationellt tvingande ställning. Därefter förläggs fokus till den allmänna avtalsrättsliga generalklausulen i 36 § AvtL och undersökningen om denna bestämmelse kan kvalificeras som en internationellt tvingande svensk regel och om kvalifikationen är beroende av vilken kontext bestämmelsen tillämpas i.

I det femte och avslutande avsnittet sammanfattas, analyseras och diskuteras de slutsatser som arbetet har resulterat i. Här kommer även pekas på intressanta aspekter inom detta område som kan vara relevanta att vidareutveckla för att ytterligare klargöra rättsläget.

2 Om tillämpningen av främmande rätt — en tillbakablick

2.1 Inledning

Det är inte enkelt att på ett korrekt och kärnfullt sätt definiera den komplexa internationella privaträtten samt ange vilken dess huvuduppgift är. Torsten Gihl definierar den internationella privaträtten som ”sammanfattningen av de till den nationella rätten hörande regler, i kraft varav ett lands domstolar tillämpa främmande rätt på ett förhållande, som innefattar ett främmande element”.¹⁵ För den svenska internationella privaträttens vidkommande anger Michael Bogdan och Michael Hellner att dess huvudsakliga uppgift är ”att fastställa vilka rättsförhållanden som ska prövas enligt främmande rätt och vilken främmande rättsordning det i så fall ska röra sig om.”¹⁶ Genom historien har åtskilliga förklaringsmodeller och teorier presenterats i syfte att ge svar på frågan varför nationella domstolar i staten A ska tillämpa lagar och regler hemmahörande i staten B:s rättsordning. Något enhetligt och allmänt godtagbart svar på denna fråga är svårt att finna.¹⁷ Vissa av dessa förklaringsmodeller har lett in i en återvändsgränd och förkastats medan andra modifierats av nästkommande juristgenerationer för att bättre överensstämma med den rådande rättsuppfattningen.¹⁸

2.2 Den holländska skolan och *comitas gentium*

Betydande inflytande över utvecklingen av den internationella privat- och processrätten har den holländska skolan haft under 1600- och 1700-talet. De holländska juristerna var inte unika i att ägna sig åt frågor som berörde konflikter mellan olika staters rättsordningar. Både den franska och italienska

¹⁵ Gihl (1955), s. 357–358.

¹⁶ Bogdan och Hellner (2020), s. 29.

¹⁷ Jänträ-Jareborg (1997), s. 50; Vischer (1992), Hague Collected Courses, s. 24.

Onlinekälla: <hagueacademy.brillonline.com>. (Hämtat 28 mars 2022).

¹⁸ Gihl (1951), s. 92, 134 och 159.

statutteorin hade internationellt privaträttsliga inslag men ägnade sig dock huvudsakligen åt interprovinsiella frågor. I och med att de holländska juristerna i större utsträckning än tidigare europeiska jurist-generationer ägnade sig åt lagvalsfrågor med internationell prägel brukar de tillskrivas skapandet av en, i ordets egentliga mening, *internationell* privaträtt.¹⁹ Den holländska skolans betydelse för rättsområdets utveckling ligger i dess grundåskådning, nämligen skapandet och utvecklandet av läran om *comitas gentium* som den internationella privaträttens grundval.²⁰ Särskilt tongivande i utvecklingen av läran var de två juristerna Johannes Voet (1647—1713)²¹ och Ulric Huber (1636—1694)²².

2.2.1 Johannes Voet

I sin första bok av det stora arbetet *Commentarius ad Pandectas* (1698) bestrider Johannes Voet den sedan tidigare etablerade uppfattningen att lagstiftarens kompetens är tillräcklig för att nationell rätt ska vinna tillämplighet vid utländska domstolar. I sitt resonemang återkommer Voet alltjämt till samma skäl: att det saknas grund för att en lagstiftare i en autonom stat ska kunna ålägga lagstiftaren i en annan autonom stat att följa vederbörandes lagar. Voets argumentation grundar sig närmast på staters suveränitet och självbestämmanderätt och han menar att det inte finns någon skyldighet för domstolarna att tillämpa främmande rätt i och för sig.²³ Däremot, menar Voet, borde tillämpandet av främmande rätt ändå ske med hänvisning till internationell hövlighet (artighet gentemot främmande stater — *comitas gentium*). Han utvecklar sin ståndpunkt genom en liknelse och förklarar att såsom de enskilda invånarnas liv skulle vara mindre lyckligt om de vägrade att ömsesidigt utföra tjänster för varandra, även fast ingen skyldighet att utföra sådana tjänster föreligger, skulle myndigheter och andra rättstillämpande organ försvåra livet för enskilda medborgare genom att vägra att ömsesidigt erkänna varandras lagar och beslut. Denna efterfrågade

¹⁹ Gihl (1951), s. 139.

²⁰ Gihl (1951), s. 139–140.

²¹ Professor i Leiden.

²² Professor i Franeker i Friesland, samt under en period ledamot av provinsens domstol.

²³ Gihl (1951), s. 141–144.

reciprocitet regleras lämpligen genom mellanstatliga avtal enligt Voets mening.²⁴

2.2.2 Ulric Huber

En med Voet samtida holländsk jurist som haft stort inflytande över utvecklingen är Ulric Huber, som i ett kort men mycket kärnfullt kapitel i arbetet *Praelectiones juris Romani et hodierni* (1689) problematiserar kring den internationella privaträttens grundproblem.²⁵ Han framhåller att utomlands företagna rättshandlingar inte sällan hamnar inför domstolar i andra stater och att lagstiftningen i de olika staterna i många hänseenden skiljer sig från varandra. Som lösning på problemet ställer Huber upp följande tre axiom:²⁶

- 1) Varje suverän stats lagar äga kraft och verkan inom statens område, men icke därutanför, och äro bindande för alla dem, som äro underkastade ifrågavarande stats herravälde.
- 2) Såsom underkastade statens herravälde betraktas alla, som befinna sig inom dess område vare sig permanent eller tillfälligt.
- 3) Staternas styresmän handla välvilligt så, att varje folks rätt, sedan den kommit till användning inom dess område, bibehåller sin kraft och verkan överallt, för så vitt icke den andre härskaren eller hans undersåtars makt eller rätt därigenom lider skada.

Sistnämnda grundsats motiverar Huber med liknande lämplighetsresonemang som Voet. Ingenting vore mer obekvämt för medborgarnas ömsesidiga handel och samfärdsel än att det som är giltigt enligt ett lands lag ska anses ogiltigt enligt ett annat lands lag med hänvisning till skiljaktigheter mellan de båda rättsordningarna. Huber påpekar fortsättningsvis att rättshandlingar som företagits i enlighet med lagen i ett visst land, ska anses giltiga även i ett annat

²⁴ Gihl (1951), s. 144–145.

²⁵ Om Hubers kapitel uttalar Armand Lainé ”tio sidor som väger lika mycket som tio volymer”, se hänvisning i Gihl (1951), s. 146.

²⁵ Gihl (1951), s. 144–145.

²⁶ Ibid.

land där annan lag gäller och där rättshandlingen egentligen skulle ansetts ogiltig om den företagits under samma förutsättningar som i det första landet.²⁷

2.2.3 Holländska premisser för tyskt framåtskridande

Läran om *comitas gentium* har varit föremål för kritik från flera håll. Jurister som André Weiss och Armand Lainé menar att den idé som begreppet *comitas* ger uttryck för är alldeles för vag och osäker för att det någonsin ska kunna ligga till grund för ett domstolsavgörande, samt att låta tillämpningen av främmande rätt bero av *comitas gentium* vore att låta tillämpningen av främmande rätt bero av domstolarnas godtycke.²⁸ Gihl anser dock att kritiken av läran är felriktad. Han förklarar att läran om *comitas gentium* inte alls beror på domstolarnas godtycke eller egenmäktighet, utan att den *comitas* som holländarna talade om utövades av staten och inte domstolarna. Lagstiftarens makt kunde utövas över statens egna medborgare och främmande människor som uppehöll sig inom territoriet. Den kunde dock inte utsträckas så att omfatta personer i andra stater. Holländarna bestred således att det förelåg någon skyldighet för staten att låta sina domstolar tillämpa främmande rätt.²⁹ Den holländska skolan talar om en nödvändig frivillighet att tillämpa främmande rätt. Det föreligger således ingen skyldighet *stricto jure* eller *de necessitate*. Den samstämmiga uppfattningen bland de holländska juristerna var att stater löpte en avsevärd risk att försvåra medborgarnas liv genom att inte frivilligt erkänna och, i vissa situationer, tillämpa främmande lagar och regler — *necessitas facti*. Kärnan i läran om *comitas gentium* är att den internationella privaträtten är nationell rätt.³⁰

Till skillnad från den tidigare statutteorin, vars fokus legat vid de rättsregler som skulle tillämpas, hamnade nu den domstol som hade att tillämpa reglerna i blickfånget. De holländska juristernas uppfattning av den internationella

²⁷ Gihl (1951), s. 147.

²⁸ Ibid, s. 151–152.

²⁹ Ibid, s. 153–154.

³⁰ Ibid, s. 154–155.

privaträtten och läran om *comitas gentium* betecknar en historisk vändpunkt, vilken banade vägen för vidareutvecklingen av de idéer som den holländska skolan ger uttryck för. För den anglo-amerikanska skolan bildade den holländska skolans doktrin utgångspunkten för läran om välförvärvade rättigheter (*vested rights*). Här i Europa vidareutvecklades den holländska skolans tankegångar och läran om *comitas gentium* främst av den tyske juristen Friedrich Carl von Savigny (1779–1861).³¹

2.3 Friedrich Carl von Savigny

2.3.1 Savignys lagvalssystem

År 1849 utkom det åttonde bandet av Savignys arbete *System des heutigen Römischen Rechts*, i vars första kapitel han behandlar den internationella privaträtten. Han understryker att de internationellt privaträttsliga reglerna utgör en del av den nationella rätten och att de inte grundar sig på någon folkrättslig skyldighet. Med hänsyn till att rättsförhållanden i allt större utsträckning präglas av parter från olika länder och rättskulturer ansluter sig dock Savigny till de holländska juristernas tidigare framförda ståndpunkt: att det föreligger en efterfrågad reciprocitet mellan stater när det kommer till likabehandling av rättsförhållanden. Detta motiveras av folkens och de enskilda individernas gemensamma intressen. Att nationella domstolar uteslutande tillämpar *lex fori* är en ståndpunkt som Savigny menar är omöjlig i praktiken. Från denna utgångspunkt landar han i slutsatsen att lagkollisioner mellan suveräna staters rättssystem bör behandlas på samma sätt som lagkollisioner mellan särskilda rättssystem inom en och samma stat. Det problem som den internationella privaträtten har att lösa formulerar Savigny som att man i varje rättsförhållande bör eftersträva att tillämpa de rättsregler som rättsförhållandet tillhör eller är föremål för enligt dess specifika karaktär.³² Huvuddragen i det av Savigny presenterade lagvalssystemet kan kortfattat beskrivas enligt följande:³³

³¹ Gihl (1951), s. 158–159.

³² Ibid, s. 201–206.

³³ Jänträ-Jareborg (1997), s. 51–52; Se även Gihl (1951), s. 207–210.

- 1) Varje rättsförhållande har sitt säte (*Sitz des Rechtsverhältnisses*) som fastställer dess anknytning till ett särskilt territoriellt rättssystem.
- 2) Ett rättsförhållandes territoriella anknytning kan fastställas enligt allmänt gällande objektiva kriterier.
- 3) Varje stat har en förpliktelse att bedöma rättsförhållandet enligt lagen i det land där den territoriella anknytningen finns.
- 4) Av de enhetliga kriterierna följer internationellt enhetliga avgöranden.

En av de mest revolutionerande aspekterna av Savignys doktrin bygger på det arv som de holländska 1600- och 1700-tals juristerna lämnade efter sig. Till skillnad från den tidigare *statutteorin*, som bekant utgått från den lag eller rättsregel som ska tillämpas, utgår Savigny från det rättsförhållande som ska bedömas.³⁴

2.3.2 Savignys arv i modern IP-rätt

Det inflytande som Savignys lära har haft på den kontinentaleuropeiska internationella privaträtten har varit avsevärt och det arv han har efterlämnat sig är högst påtagligt även i den moderna internationella privaträtten. Idag talar man fortfarande om hans idéer fast i andra synonyma ordalag. I stället för att varje rättsförhållande har ett säte som fastställer dess territoriella anknytning, talar man numera om att utlandsknutna rättsförhållanden ska bedömas enligt lagen i den stat till vilken rättsförhållandet har den närmaste (starkaste) anknytningen.³⁵ Annorlunda uttryckt talar man om tanken att varje privaträttsligt förhållande bör vara underkastat lagen i den stat till vilken det har den starkaste naturliga anknytningen eller där rättsförhållandet närmast hör hemma. En princip som i den nordiska internationella privaträtten brukar betecknas *Irma-Mignon-formeln*, efter ett norskt rättsfall³⁶ där metoden användes särskilt tydligt för att bestämma tillämplig lag efter en kollision mellan fartygen Irma och Mignon.³⁷

³⁴ Jänterä-Jareborg (1997), s. 52.

³⁵ Ibid, s. 52–53.

³⁶ Rt. 1923 II s. 58.

³⁷ Bogdan och Hellner (2020), s. 31.

Att främmande rätt idag skulle tillämpas på grund av *comitas gentium*, d.v.s. en internationell hövlighet gentemot främmande stater, verkar inte vara fallet. Enligt Bogdan kan frågan fortfarande anses något omtvistad, men att den motsatta uppfattningen överväger och att tillämpningen av främmande rätt sker eftersom lagstiftaren i forumlandet anser det lämpligt ur ett rättspolitiskt perspektiv.³⁸

2.3.3 Begränsningar i tillämpningen av främmande rätt

Savignys grundsats var som bekant att den domstol som kommer i kontakt med internationellt präglade rättsförhållanden var tvungen att tillämpa den nationella lag som det omtvistade rättsförhållandet hörde till, oavsett om denna lag var den inhemska lagen eller lagen i en främmande stat. Grundsatsen kunde dock inte tillämpas oinskränkt, varför Savigny i sammanhanget även berör regler som till sin natur motiverar ett avsteg från sagda grundsats. Dessa anser Savigny vara regler vars särart strider mot en så fri behandling av rättssamfundet mellan olika stater och därmed aktualiserar ett antal undantagsfall. Savigny delar in dessa undantagsfall i två övergripande grupper:³⁹

- 1) Lagar av strängt positiv, tvingande natur.
- 2) Främmande rättsinstitut som över huvud taget inte erkänns i domstolslandets rätt.

Den andra gruppen regler syftar på *ordre public* i traditionell negativ bemärkelse. Den första gruppen utgör dock det som vi idag närmast betecknar internationellt tvingande regler, och vilken den fortsatta framställningen kommer att fokusera på. Det är givetvis inte samtliga lagar av tvingande natur som utgör ett undantag. Som exempel på sådana tvingande lagar nämner Savigny lagar som motiveras av etiska skäl som exempelvis förbudet mot polygami, samt lagar av politisk eller ekonomisk art vilka tillgodoser

³⁸ Bogdan (2014), s. 24–25.

³⁹ Gihl (1951), s. 212.

offentliga intressen.⁴⁰ Avgörande för bedömning menar Savigny är lagstiftarens avsikt vid utfärdandet av lagen. För Savigny är det inte den främmande rättens beskaffenhet som motiverar ett avsteg från tillämpningen av densamma. Savigny talar snarare om vissa kategorier av *lex fori*, av sådan beskaffenhet som exemplifierats ovan, att de kräver en prioritering framför den utländska lagen som enligt den internationella privaträttens grunder skulle ha tillämpats på rättsförhållandet. I dessa situationer är alltså tillämpningen av främmande rätt utesluten redan från början.⁴¹ Savigny betraktade identifiering av dessa undantagsregler som den förmodligen svåraste uppgiften i hela hans doktrin.⁴² Mer än 150 år senare kvarstår denna problematik.

⁴⁰ Gihl (1951), s. 212.

⁴¹ Ibid, s. 485–486.

⁴² Vischer (1992), Hague Collected Courses, s. 153. Onlinekälla: <hagueacademy.brillonline.com>. (Hämtat 22 mars 2022).

3 Internationellt tvingande regler

3.1 Inledning

Inom alla rättssystem existerar materiella rättsregler som, på grund av sitt syfte och sin särskilda natur, gör anspråk på en överordnad och omedelbar tillämpning. Det svenska rättssystemet är inget undantag. Internationellt tvingande regler är regler som anses vara av sådan avsevärd betydelse för den ekonomiska, politiska och sociala ordningen i Sverige att de vid en tvist i svensk domstol alltid ska tillämpas, oavsett vilket lands lag som genom parternas eget lagval eller av kollisionsregler pekats ut som tillämplig.⁴³ Vad är det som avgör om en bestämmelse ska kvalificeras som internationellt tvingande, samt vilka regler som möjligtvis kan vara föremål för en sådan prioriterad tillämpning och i vilken kontext, är en öppen fråga som debatterats flitigt. Internationellt tvingande regler är generellt sett ett tämligen oreglerat område inom den internationella privat- och processrätten, där uppgiften att identifiera dessa regler huvudsakligen överlåtits åt rättstillämpningen. Lagstöd för tillämpningen av internationellt tvingande regler för den svenska rättsordningens vidkommande återfinns bland annat i artikel 9 (2) i Rom I-förordningen (som ersatt den tidigare gällande artikel 7 (2) i Romkonventionen⁴⁴), samt artikel 16 i Rom II-förordningen om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser.⁴⁵

⁴³ Maunsbach, Bramstång och Lindskoug (2021), s. 89.

⁴⁴ 1980 års Romkonvention om tillämplig lag på avtalsförpliktelser. Rom I-förordningen har ersatt Romkonventionen i alla medlemsstater förutom Danmark där den fortsättningsvis är gällande för avtalsförpliktelser ingångna före Rom I-förordningens ikraftträdande.

⁴⁵ Den rättsliga grunden för EU:s befogenhet att utfärda förordningar återfinns i artikel 81 FEUF. EU-rättsliga förordningar är med stöd av artikel 288 (2) FEUF direkt tillämpliga i medlemsstaterna.

3.2 Internationellt tvingande regler och *ordre public*

Det har i den svenska internationella privat- och processrätten sedan länge betraktats som en självklar princip att främmande rätt inte får tillämpas om tillämpningen skulle vara uppenbart oförenlig med grunderna för den svenska rättsordningen (s.k. *ordre public*).⁴⁶ För förmögenhetsrättsliga mål med internationell prägel finns de båda principerna kodifierade i Rom I-förordningens artiklarna 9 (internationellt tvingande regler) respektive 21 (*ordre public*).

Internationellt tvingande regler och *ordre public* brukar beskrivas som två sidor av samma mynt, och historiskt sett har principen om internationellt tvingande regler sina rötter i idén om *ordre public*.⁴⁷ Att en regel tillhörande forumlandets rättsordning utgör en internationellt tvingande regel innebär ofta detsamma som att avvikelse från denna regel vore oförenligt med forumlandets värderingar, och därmed landets *ordre public*. Detsamma gäller omvänt, nämligen att forumlandets *ordre public* inte enbart består av en samling generella värderingar utan även mer specifika regler.⁴⁸ De båda rättsinstituten delar flera gemensamma faktorer men skiljer sig åt på kritiska punkter. En analys av dessa likheter och skillnader kan ge vägledning avseende gränsdragningen mellan dem båda.

En första och grundläggande skillnad har att göra med de skyddsintressen som principerna ska tillvarata. *Ordre public* kan beskrivas som en kategori generella, men för forumlandet fundamentala, värderingar som rättsordningen inte på något sätt kan tillåta avsteg från. På grund av dessa mer generella principer är *ordre public* i stor utsträckning också en dynamisk princip styrd av historiska och samhälleliga förändringar.⁴⁹ Internationellt

⁴⁶ Bogdan och Hellner (2020), s. 78.

⁴⁷ Ibid, s. 86.

⁴⁸ Bogdan (2010), Hague Collected Courses, s. 184. Onlinekälla: <hagueacademy.brillonline.com>. (Hämtat: 24 mars 2022).

⁴⁹ Bělohávek (2010), s. 1488.

tvingande regler förefaller däremot kunna förändras eller upphävas när som helst och med omedelbar effekt genom lagstiftningsåtgärder. Att förändra en i samhället rådande värdering på samma vis är inte bara svårare, utan kan även vara direkt olämpligt.⁵⁰ Till skillnad från *ordre public* menar Alexander Bělohávek (som använder den engelska termen *public policy*) att de internationellt tvingande reglernas skyddsintresse måste vara avsevärt mer specifikt, tydligt avgränsat och definierat. Enligt honom ska skyddsintresset alltid vara möjligt att definiera i uttryckliga termer, både vad avser skyddsobjektet samt de bakomliggande orsakerna till varför lagstiftaren valt att implementera en sådan imperativ bestämmelse.⁵¹ Bogdan för ett liknande resonemang men tillägger även att *ordre public* förefaller vara av större relevans inom det familjerättsliga området, medan internationellt tvingande regler förekommer mer frekvent inom t.ex. avtalsrätten.⁵² Bogdan skriver dock att *ordre public*-förbehållets relevans på senare tid verkar minska. Anledningarna till detta är flera men han pekar särskilt på den ökade användningen av flexibla kollisionsregler samt, vad han kallar, en fragmentering av kollisionsreglerna.⁵³

Redan mot bakgrund av sin ställning som skyddsgarant för forumlandets grundläggande värderingar framträder ett krav på en synnerligen återhållsam tillämpning vad avser *ordre public*. Tillämpningen består egentligen endast i ett uteslutande av främmande rätt i och med att principen tar sikte på konsekvenserna som en tillämpning av den främmande lagen skulle få i det konkreta fallet, och inte innehållet i den främmande lagen i sig. Detta innebär att det uppstår ett rättsligt vakuum som domstolen sedan på bästa möjliga sätt får försöka fylla genom att utreda vilken annan regel som ska träda i den uteslutna lagens ställe. De internationellt tvingande reglerna har däremot fördelen att de inte enbart utesluter tillämpningen av

⁵⁰ Bogdan (2010), Hague Collected Courses, s. 184–185. Onlinekälla: <hagueacademy.brillonline.com>. (Hämtat 24 mars 2022); Bělohávek (2010), s. 1488.

⁵¹ Bělohávek (2010), s. 1489.

⁵² Bogdan (2010), Hague Collected Courses, s. 184. Onlinekälla: <hagueacademy.brillonline.com>. (Hämtat 24 mars 2022).

⁵³ Ibid, s. 193–195.

främmande rätt, utan omedelbart ersätter den tilltänkta utländska regeln med en för tillämpningen adekvat bestämmelse ur *lex fori*.⁵⁴

3.3 Artikel 9 Rom I-förordningen

3.3.1 Allmänt om bestämmelsen

Artikel 9 i Rom I-förordningen gör det möjligt för en domstol att tillämpa regler på ett kontrakt som varken utgör den av parterna valda lagen eller lagen som skulle tillämpats i avsaknad av lagval. Artikelns uppbyggnad utgörs av tre punkter som tillsammans skapar en uttömmande reglering av internationellt tvingande regler i förordningen. Artikel 9 (1) behandlar definitionen av internationellt tvingande regler. Artikel 9 (2) anger att övriga bestämmelser i förordningen inte ska begränsa tillämpningen av internationellt tvingande regler i domstolslandet. Artikel 9 (3) anger att de internationellt tvingande reglerna i det land där avtalsförpliktelse ska uppfyllas eller har uppfyllts kan tillerkännas verkan om de gör uppfyllelsen olaglig (*lex loci solutionis*).⁵⁵

Förordningens artikel 9 motsvarar artikel 7 i den tidigare gällande Rom-konventionen men har genomgått en del förändringar och tillägg.⁵⁶ En sådan förändring är definitionen av begreppet i artikel 9 (1) som introducerades genom konventionens omarbetning till förordning. Definitionen är inspirerad av EU-domstolens avgörande i rättsfallet *Arblade*⁵⁷ och definierar internationellt tvingande regler som ”regler som ett land anser vara så avgörande för att skydda allmänintressen, t.ex. sin politiska, sociala och ekonomiska struktur, att landet kräver att de tillämpas oavsett vilken lag som annars ska tillämpas på avtalet enligt denna förordning”.⁵⁸

⁵⁴ Bogdan (2010), Hague Collected Courses, s. 184–185. Onlinekälla: <hagueacademy.brillonline.com>. (Hämtat 24 mars 2022).

⁵⁵ Maunsbach, Bramstång och Lindskoug (2021), s. 89–90.

⁵⁶ För en mer utförlig genomgång av dessa förändringar och tillägg se Hellner (2009), *JiPL*, s. 447–470.

⁵⁷ Förenade målen C-369/96 och C-374/96 *Arblade*, punkt 30.

⁵⁸ Hellner (2009), *JiPL*, s. 457; Plender och Wilderspin (2009), s. 335.

Ett första steg i syfte att klargöra innebörden av internationellt tvingande regler som begrepp enligt förordningen är att se till regelverkets systematik och uppbyggnad.

3.3.2 En systematisk tolkning av förordningen

Rom I-förordningen reglerar tre olika kategorier av tvingande regler. Den första kategorin utgör regler av traditionell indispositiv karaktär och förekommer i t.ex. artiklarna 3 (3) och 3 (4) där de på svenska uttrycks som ”bestämmelser som inte kan avtalas bort”. Med tvingande lagstiftning förstås vanligtvis regler som parterna till ett rent inhemskt kontrakt inte med bindande verkan kan befria sig från eller genom kontraktet kringgå och utgör således en begränsning av avtalsfriheten.⁵⁹ I svensk rätt kan bestämmelser som 2 § andra stycket lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS) och 3 § första stycket konsumentköplagen (2022:260) (KKL) nämnas.

Den andra gruppen regler behandlas under förordningens *ordre public*-förbehåll i artikel 21 som anger att ”tillämpning av bestämmelser i den lag som anvisas i denna förordning får vägras endast om en sådan tillämpning är uppenbart oförenlig med grunderna för domstolslandets rättsordning”. Det rör sig således om *ordre public* i sin sedvanliga denotation, d.v.s. som skyddsgarant för grunderna för forumstatens rättsordning.⁶⁰ Regleringen i artikel 21 är en av flera kodifieringar av en sedan länge väletablerad princip inom den internationella privat- och processrätten och det krävs därmed inte lagstöd för att en tillämpning av *ordre public* ska kunna ske.⁶¹ Däremot kan en begränsning av tillämpningen ske med beaktande av den reglering tillämpningen har sin utgångspunkt i.⁶² Artikel 21 och *ordre public* gör

⁵⁹ Plender och Wilderspin (2009), s. 333–334.

⁶⁰ Bestämmelsen tar således inte sikte på det som ibland beskrivs som *processuell ordre public*, vilket innebär en vägran att erkänna och verkställa utländska domar och beslut.

⁶¹ För en uppräknig av internationella regleringar avseende *ordre public*, se Bělohávek (2010), s. 1938–1943.

⁶² Bogdan och Hellner (2020), s. 77–79.

anspråk på en ytterst restriktiv tillämpning och rättfärdigar en förvägran att tillämpa främmande rätt endast i exceptionella situationer.⁶³

Den tredje och sista gruppen avser de internationellt tvingande reglerna i artikel 9, som redan från ordalydelsen i artikel 9 (2) bör särskiljas från bestämmelserna i artikel 21. Internationellt tvingande regler utgör ofta en aspekt av domstolens lagvalsprocess, medan *ordre public* avser en förvägran från forumlandet att tillämpa en utländsk lagregel.⁶⁴ En systematisk tolkning av förordningen, och de andra grupperna av tvingande regler, erbjuder viss vägledning vad avser tillämpningen av dessa regler och ger vid handen att de internationellt tvingande reglerna bör finnas någonstans mellan traditionell indispositiv rätt och negativ *ordre public*.⁶⁵ En sådan slutsats vinner ytterligare stöd av uttalandet i förordningens preambel som anger att internationellt tvingande regler bör tolkas mer restriktivt än traditionella indispositiva regler.⁶⁶ Avståndet mellan regler av indispositiv karaktär och s.k. *ordre public*-regler är dock avsevärt.

3.3.3 Arblade och artikel 9 (1)

Rättspraxis på området internationellt tvingande regler är sällsynt förekommande, såväl i Sverige som på EU-nivå. Ett rättsfall som dock haft avsevärd inverkan på utformningen av definitionen i artikel 9 (1) är rättsfallet *Arblade*.⁶⁷ I målet var EU-domstolen tvungen att bl.a. ta ställning till frågan om i vilken utsträckning en bestämmelse tillhörande belgisk rätt på området för social trygghet med avseende på insamling, hantering och förvaring av personliga och arbetsrelaterade handlingar, samt minimisättning för byggnadsarbeten var förenlig med artiklarna 56 och 57 FEUF (dåvarande artiklarna 59 och 60 EG-fördraget). Det är framförallt vad domstolen skriver i punkterna 30 och 31 som är av betydelse för tolkningen av internationellt tvingande regler. Olyckligtvis har uttrycket ”*lois de police et de sûreté*”

⁶³ Se Plender och Wilderspin (2009), s. 363; Maunsbach, Bramstång och Lindskoug (2021), s. 86; Bělohávek (2010), s. 1963; Mål C-184/12 *Unamar*, p. 49.

⁶⁴ Plender och Wilderspin (2009), s. 362.

⁶⁵ Maunsbach (2017), s. 201.

⁶⁶ Skäl 37.

⁶⁷ Förenade målen C-369/96 och C-374/96 *Arblade*.

direktöversatts till *''lagbestämmelser om polisiära frågor och säkerhetsfrågor''*.⁶⁸ En översättning Bělohávek anser vara direkt opassande.⁶⁹

Om internationellt tvingande regler skriver domstolen att:

''...detta uttryck [skall] förstås så, att det avser nationella bestämmelser vars iakttagande har ansetts så avgörande för skyddet av den politiska, sociala eller ekonomiska ordningen i den berörda medlemsstaten att det stadgas att dessa bestämmelser skall gälla för alla personer som befinner sig inom denna medlemsstats territorium och för alla rättsförhållanden lokaliserade till denna medlemsstat''.⁷⁰

I efterföljande punkt anges:

''Att nationella regler tillhör kategorin lagar om polisiära frågor och säkerhetsfrågor medför inte att fördragets bestämmelser inte skall iaktas beträffande dessa. I annat fall skulle gemenskapsrättens företräde och enhetliga tillämpning åsidosättas. Enligt gemenskapsrätten kan det tas hänsyn till de skäl som ligger till grund för en sådan nationell lagstiftning enbart genom att det beviljas ett undantag från de gemenskapsrättsliga friheter som uttryckligen föreskrivs i fördraget och i förekommande fall på grund av de utgör tvingande hänsyn av allmänintresse''.⁷¹

EU-domstolens uttalande i punkten 30 utgör inte en juridiskt bindande definition av begreppet utan endast en beskrivning.⁷² EU-domstolen hade inte för avsikt att formulera sin egen denotation av begreppet *internationellt tvingande regler* (frågan som ställdes av den belgiska domstolen krävde nämligen inte att EU-domstolen gjorde det) utan avgränsade sig till att

⁶⁸ Rättegångsspråket är franska.

⁶⁹ Bělohávek (2010), fotnot 26 på s. 1479. Författaren hänvisar till den engelska översättningen som dock är densamma på svenska.

⁷⁰ Förenade målen C-369/96 och C-374/96 *Arblade*, p. 30.

⁷¹ *Ibid*, p. 31.

⁷² Plender och Wilderspin (2009), s. 335; Bonomi (2008), 10 Yearbook of Private International Law, s. 287.

bekräfta principen om unionsrättens företräde över nationell lag, inklusive sådana nationella regler som enligt domstolslandet kvalificerats som internationellt tvingande.⁷³ Detta bekräftas senare i rättsfallet *Mazzoleni*.⁷⁴

Beskrivningen i *Arblade* begränsar dock definitionen till att avse regler vars efterlevnad omfattar alla personer som uppehåller sig inom forumstatens territorium, samt alla rättsförhållanden med stark anknytning till samma stat. I förordningen har lagstiftaren dock uppmärksammat att dessa regler har ett större geografiskt tillämpningsområde än så, varför artikel 9 (1) helt enkelt hänvisar till alla situationer inom reglernas tillämpningsområde.⁷⁵ Syftet med införandet av definitionen var att ytterligare förtydliga distinktionen mellan internationellt tvingande regler och regler av traditionell indispositiv karaktär, eftersom skillnaden mellan dessa två kategorier tidigare skapat förvirring vid tolkning av Romkonventionen.⁷⁶ Tillskapandet av en definition som tydligt hänvisar till regler som är ”avgörande för att skydda allmänintressen” tror Bonomi har en avskräckande effekt på medlemsstaterna. Avskräckande i bemärkelsen att de nationella domstolarna kommer avhålla sig från att tillskriva internationellt tvingande status till alla indispositiva normer och därmed undvika för många avvikelser från förordningens kollisionsregler.⁷⁷

Artikel 9 (1) är subjektivt utformad, vilket framgår av skrivningen ”internationellt tvingande regler är regler som ett land anser vara så avgörande för att skydda allmänintressen” (min kursivering).⁷⁸ Vilka bestämmelser som utgör internationellt tvingande regler är således en nationell angelägenhet som reserverats de nationella domstolarna.⁷⁹ Reglerna bör därmed, i likhet med vad de holländska juristerna anförde redan på 1600- och 1700-talet, betraktas som internationellt tvingande nationell rätt.⁸⁰

⁷³ Bonomi (2008), 10 Yearbook on Private International Law, s. 287.

⁷⁴ Mål C-165/98 *Mazzoleni*, p. 22.

⁷⁵ Hellner (2009), JIPL, s. 457.

⁷⁶ Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation, s. 33–34.

⁷⁷ Bonomi (2008), 10 Yearbook on Private International Law, s. 289.

⁷⁸ Artikel 9 (1) Rom I-förordningen.

⁷⁹ Bogdan och Hellner (2020), s. 87; Plender och Wilderspin (2010), s. 338.

⁸⁰ Maunsbach (2017), s. 200.

En svensk domare har dock inte full diskretion avseende tolkningen eftersom tillämpningen av nationella bestämmelser inte på något sätt får inkräkta på tillämpningen av unionsrätten.⁸¹ I målet *Unamar* bekräftar EU-domstolen den tidigare begränsningen beträffande tillämpningen av internationellt tvingande regler som baseras på bestämmelserna i FEU och i synnerhet de fyra fundamentala friheterna för den europeiska interna marknaden.⁸² I punkten 49 förser dock EU-domstolen tillämpningen av internationellt tvingande regler med ytterligare en begränsning. Inledningsvis betonas vikten av att principen om partsautonomin, som är en av hörnstenarna i Romkonventionen men som även återfinns i Rom I-förordningen, iakttas. För att principen ska kunna tillerkännas full verkan skriver EU-domstolen att internationellt tvingande regler enligt den berörda medlemsstatens lagstiftning måste tolkas restriktivt.⁸³

Genom införandet av en autonom definition blir EU-domstolen behörig att tolka begreppet.⁸⁴ Detta innebär att en nationell domare som är osäker över bestämmelsens tillämpningsområde och gränsdragning kan begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen.⁸⁵ Hellner framhåller dock att artikel 9 (1) i sin nuvarande lydelse lämnar begränsat utrymme för en unionsrättslig tolkning och förklarar att den enda frågan som kräver ett förtydligande avser huruvida bestämmelsens tillämpningsområde endast omfattar internationellt tvingande regler som skyddar allmänna intressen eller om regler som tillvaratar privata intressen också omfattas.⁸⁶ Andrea Bonomi fokuserar på samma tolkningsfråga i sin framställning.⁸⁷

⁸¹ Bonomi (2008), 10 Yearbook on Private International Law, s. 290.

⁸² Mål C-184/12 *Unamar*, p. 46. Jfr även p. 31 i förenade målen C-369/96 och C-374/96 *Arblade*.

⁸³ *Ibid*, p. 49.

⁸⁴ Bonomi (2008), 10 Yearbook on Private International Law, s. 290.

⁸⁵ Rätten att begära ett förhandsavgörande regleras i artikel 267 FEUF.

⁸⁶ Hellner (2009), *JiPL*, s. 458.

⁸⁷ Bonomi (2008), 10 Yearbook on Private International Law, s. 291.

3.3.4 Privata eller allmänna intressen

Hur den i artikel 9 (1) införda skrivelsen ”allmänintressen, t.ex. sin politiska, sociala och ekonomiska struktur” ska tolkas och vad som inryms i dess tillämpning är föremål för stor debatt inom den internationella privaträttsliga doktrinen. Att tvingande offentlighetsrättsliga bestämmelser inom t.ex. export-, valuta- och konkurrenslagstiftning utgör internationellt tvingande regler verkar det föreligga konsensus kring.⁸⁸ Att privaträttsliga bestämmelser även ska omfattas är dock inte lika självklart.⁸⁹

Inledningsvis kan konstateras att en stor del av de frågor som relaterar till skyddet av svagare parter, som konsumenter och arbetstagare, kan hanteras genom artiklarna 6 och 8 i förordningen. Det kan däremot inte försummas att tillämpningen av artikel 9 och internationellt tvingande regler kan erbjuda skydd för enskilda intressen i situationer där förordningens specifika kollisionsregler avseende svagare parter inte gör det.⁹⁰ Eller i situationer där en strikt tillämpning av dessa kollisionsregler leder till egendomliga utfall.⁹¹ Förordningens uppbyggnad och systematik kan även ge sken att konsument- och arbetsrättsliga bestämmelser endast avser att skydda rent individuella intressen eftersom dessa givits en egen, och från artikel 9 skild, reglering.⁹² En genomgång av EU-domstolens praxis talar dock emot en sådan slutsats.

I rättsfallet *Ingmar* konstaterade EU-domstolen att artiklarna 17 och 19 i direktivet⁹³ i målet inte enbart hade som syfte att skydda individuella intressen för kommersiella agenter utan att även skapa enhetliga

⁸⁸ Vischer (1992), Hague Collected Courses, s. 157. Onlinekälla: <hagueacademy.brillonline.com>. (Hämtat 1 april 2022); Maunsbach, Bramstång och Lindskoug (2021), s. 89; Bonomi (2008), 10 Yearbook on Private International Law, s. 291.

⁸⁹ Se exempelvis Vischer (1992), Hague Collected Courses, s. 157–158. Onlinekälla: <hagueacademy.brillonline.com>. (Hämtat 1 april 2022).

⁹⁰ Bonomi (2008), 10 Yearbook on Private International Law, s. 293.

⁹¹ Lando och Arnt Nielsen (2007), JIPL, s. 47.

⁹² Hellner (2009), JIPL, s. 459.

⁹³ Rådets direktiv 86/653/EEG av den 18 december 1986 om samordning av medlemsstaternas lagar rörande självständiga handelsagenter (EGT L 382, s. 17, svensk specialutgåva, område 6, volym 2, s. 150).

konkurrensvillkor inom EU.⁹⁴ EU-domstolen har dessutom tidigare bekräftat att socialt skydd för arbetstagare⁹⁵ och konsumentskydd⁹⁶ båda utgör legitima skäl av allmänt intresse som i princip kan motivera hinder för de grundläggande friheterna som unionsrätten garanterar. I *Arblade*, som var inspirationskälla för definitionen i artikel 9 (1), var de belgiska reglerna som var föremål för bedömning av arbetsrättslig karaktär. Det vore därmed underligt om EU-domstolen vid en framtida tolkning av begreppet valde att utesluta dessa och andra liknande regler som tillvaratar sådana intressen.⁹⁷

Hellner menar att en allt för snäv tolkning av lagtexten är problematisk och använder två exempel för att belysa de bekymmer som uppstår när man ska utvärdera vilket intresse eller ändamål en regel har att tillgodose. En regel som förbjuder försäljningen av narkotika utan erforderligt tillstånd kan sägas ha som huvudsyfte att beskydda enskilda individer från de fysiska och psykologiska faror som ett narkotikamissbruk är behäftat med. Ytterligare ett viktigt ändamål med implementering av en sådan regel vore att skydda samhället från ökad kriminalitet och ökade kostnader till följd av behandling av sådant missbruk. Hellner skriver också att en regel om hyreskontroll har som primär uppgift att åtgärda en obalans i styrkeförhållandet mellan en hyresvärd och en hyresgäst, men kan samtidigt sägas ha ett socialt ändamål som består i att förse samhället med prisvärda bostäder och på så vis motverka segregation.⁹⁸

Både Hellner och Bonomi menar att lagtexten bör tolkas som uteslutande av bestämmelser som skyddar rent individuella intressen, men att utrymme för en motsatt slutsats finns avseende bestämmelser som skyddar och tillvaratar intressen för den svagare parten i ett rättsförhållande (konsumenter, arbetstagare, kommersiella agenter, hyresgäster osv.). Detta eftersom sådana

⁹⁴ Mål C-381/98 *Ingmar*, p. 20, 23 och 24.

⁹⁵ Förenade målen C-369/96 och C-374/96 *Arblade*, p. 36; Mål C-58/98 *Josef Corsten*, p. 38; Mål C-164/99 *Portugaia Construções L.da*, p. 20.

⁹⁶ Mål C-390/99 *Canal Satélite Digital SL v Administración General del Estado, and Distribuidora de Televisión Digital SA (DTS)*, p. 34.

⁹⁷ Hellner (2009), *JiPL*, s. 459; Bonomi (2008), 10 *Yearbook on Private International Law*, s. 294.

⁹⁸ Hellner (2009), *JiPL*, s. 458–459.

skyddsnormer även kan ha en fundamental betydelse för ett lands politiska, sociala och ekonomiska struktur, och därmed indirekt skydda ett allmänintresse.⁹⁹ De tyska domstolarna förespråkar en mer restriktiv tolkning av internationellt tvingande regler och den tyska federala Högsta domstolen (*Bundesgerichtshof*) har i ett avgörande från 13 december 2005 kommit fram till att skyddsnormer beträffande vissa personkategorier, särskilt normer hänförliga till den svagare parten i ett avtal, inte faller under definitionen av internationellt tvingande regler även fast sådana skyddsnormer tenderar att indirekt främja allmänna kollektiva intressen (*Belange der Allgemeinheit reflexartig mitgeschützt werden*).¹⁰⁰ Att utesluta regler som skyddar sådana kollektiva intressen från kategorin internationellt tvingande regler är enligt Bonomi ”overly strict and unacceptable”.¹⁰¹

3.3.5 Lagstiftarens uttalanden

Avgörande vid bedömningen huruvida s.k. *Gesetze von streng positiver, zwingender Natur* utgjorde överordnade regler var enligt Savigny lagstiftarens avsikt vid utfärdandet av lagen.¹⁰² EU-domstolen har slagit fast att lagstiftarens avsikt kan utgöra en indikation angående vilket syfte en lag ska uppnå, men att denna avsikt däremot inte kan vara avgörande för bedömningen.¹⁰³ Även fast fler aspekter spelar in, är lagstiftarens avsikt vid utfärdandet något som fortfarande väger tungt.¹⁰⁴

Med avstamp i EU-domstolens uttalanden i *Arblade* argumenterar Richard Plender och Michael Wilderspin för sin uppfattning avseende tolkningen av internationellt tvingande regler. Den engelska versionen av artikel 9 (1) innehåller en skrivning som av någon anledning utelämnats i den svenska

⁹⁹ Hellner (2009), *JiPL*, s. 458–459; Bonomi (2008), 10 *Yearbook on Private International Law*, s. 291–293.

¹⁰⁰ Bonomi (2008), 10 *Yearbook on Private International Law*, s. 292.

¹⁰¹ *Ibid.*, s. 293.

¹⁰² Gihl (1951), s. 485–486.

¹⁰³ Mål C-49/98 *Finalarte Sociedade de Construção Civil L.da*, p. 40.

¹⁰⁴ Vischer (1992), *Hague Collected Courses*, s. 162. Onlinekälla: <hagueacademy.brillonline.com>. (Hämtat 15 april 2022); Jfr även Ungerer (2021), *JiPL*, s. 399–400 som behandlar lagstiftarens uttryckliga avsikt vid införlivandet i nationell lagstiftning av EU-rättsliga direktiv.

översättningen. Det rör sig om ”to such an extent that they are applicable...”.¹⁰⁵ Författarna menar att formuleringen ger upphov till viss tvetydighet avseende kriterierna för internationellt tvingande regler enligt artikeln. Tvetydigheten består i huruvida en tvingande regel måste ha en uttalad status som avgörande för att skydda allmänna intressen eller om det räcker med att regelns karaktärsdrag återspeglar en sådan dignitet.¹⁰⁶

Författarna landar slutligen i att den mest lämpliga tolkningen av artikel 9 (1) är följande. När en regel i *lex fori* uttryckligen anger att den gör anspråk på en omedelbar tillämpning, ska detta uttalande ses som starkt *prima facie* bevis för att forurolandets lagstiftare ansett tillämpningen av regeln som avgörande för beskyddandet av allmänna intressen. Således, om det inte uppenbart kan visas att regeln vore helt orimlig att betrakta som avgörande för beskyddandet av dessa intressen, ska regeln anses vara en internationellt tvingande regel i enlighet med definitionen i artikel 9 (1).¹⁰⁷ Härvid betonar författarna hur de tyska domstolarna, som vanligtvis är mycket restriktiva med att bedöma regler som internationellt tvingande, hanterat sådana bestämmelser (på tyska *Eingriffsnormen*). Tysk rättspraxis visar nämligen att i situationer då lagstiftaren pekat ut en nationell indispositiv bestämmelse som överordnad godtar domstolarna denna karakterisering.¹⁰⁸ Vid avsaknad av sådan uttrycklig vägledning från lagstiftaren blir det upp till rättstillämpningen att avgöra huruvida en nationell regel kan kvalificeras som internationellt tvingande.

¹⁰⁵ Artikel 9 (1) på engelska lyder ”Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation”.

¹⁰⁶ Plender och Wilderspin (2009), s. 335.

¹⁰⁷ Ibid, s. 337.

¹⁰⁸ Ibid, fotnot 21 på s. 337.

4 Internationellt tvingande svensk rätt

4.1 Inledning

I den svenska internationella privat- och processrätten har såväl förarbeten som flertalet framstående jurister inom området pekat ut 36 § AvtL som en potentiell kandidat att utgöra en svensk internationellt tvingande regel. I fall där rättsförhållandet på ett eller annat sätt har en internationell karaktär uppstår frågor kring hur långt tillämpningen av 36 § AvtL sträcker sig. Är det avgörande för tillämpningen att rättsförhållandet är underkastat svensk rätt, eller motiverar generalklausulens syfte och karaktär en överordnad tillämpning oavsett tillämplig lag. För att avgöra detta krävs en analys av de kriterier som förefaller vara av betydelse för kvalifikation. Av relevans blir att undersöka i vilken utsträckning den svenska lagstiftaren uttalat sig om bestämmelsens genomslagskraft i en internationell kontext och i så fall under vilka omständigheter uttalandet gäller. I brist på sådan vägledning får kvalifikationen närmast grundas på en tolkning av bestämmelsen samt välgrundade antaganden mot bakgrund av bestämmelsens syfte och sammanhang.¹⁰⁹ Det är samtidigt av värde för vägledningen att i komparativt syfte behandla andra svenska rättsregler vars internationellt tvingande karaktär redan är fastslagen.

Som bekant är det i enlighet med artikel 9 (1) Rom I-förordningen domstolslandets uppfattning som är avgörande för bedömningen av vilka bestämmelser som utgör internationellt tvingande nationell rätt. För att kunna genomföra nämnda bedömning krävs dock inledningsvis en redogörelse och tolkning av begreppet i enlighet med svensk rättsuppfattning. Utbudet av vägledande uttalanden från lagstiftaren och de prejudikatbildande domstolarna är knapphändigt.

¹⁰⁹ Jfr Pålsson (1998), s. 116; Prop. 1992/93:222, s. 50.

4.2 Begreppsbildningen

I den proposition som föregick Sveriges anslutning till Romkonventionen diskuteras synen på internationellt tvingande bestämmelser i svensk rätt i förhållande till konventionens artikel 7, samt vilka svenska bestämmelser som kan utgöra exempel på sådana tvingande regler.¹¹⁰ Propositionen konstaterar kort och gott att det är högst ovanligt att den svenska lagstiftaren uttryckligen angett en regel som internationellt tvingande, men att det ändå finns exempel som 15 kap. 35 § tredje stycket sjölagen (1994:1009) (dåvarande 15 kap. 29 § andra stycket sjölagen).¹¹¹ Ytterligare ett exempel är 25 a § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL), som tillsammans med 31 a § och 42 § tredje stycket i samma lag bildar den s.k. *Lex Britannia*.¹¹² Utöver dessa mer eller mindre självklara exempel på svenska internationellt tvingande bestämmelser nämns även 36 § AvtL som en tänkbar kandidat. I sammanhanget anges dock ingen ytterligare precisering av begreppet och någon generell definition enligt svensk rätt saknas. En ytterligare precisering föranleder därmed doktrinstudier.

Bogdan och Hellner kategoriserar de internationellt tvingande reglerna i två grupper. Den första gruppen utgör privaträttsliga skyddsregler vars syfte är att skydda avtalsförhållandets svagare part. Den andra gruppen är offentlig-rättsliga föreskrifter som ofta är förenade med sanktionsavgifter.¹¹³ Bogdan utvecklar resonemanget och anför att de flesta internationellt tvingande reglerna av privaträttslig natur har den svagare parten i ett avtal som skyddsobjekt. Däremot kan även mer generellt utformade skyddsbestämmelser som 36 § AvtL komma på tal.¹¹⁴

¹¹⁰ Se vidare prop. 1997/98:14 Romkonventionen — tillämplig lag för avtalsförpliktelser.

¹¹¹ Prop. 1997/98:14, s. 27.

¹¹² Pålsson (1998), s. 118.

¹¹³ Bogdan och Hellner (2020), s. 362; Bogdan (2009), TfR, s. 442–465.

¹¹⁴ Bogdan (2010), Hague Collected Courses, s. 183–184. Onlinekälla: <hagueacademy.brillonline.com>. (Hämtat 27 april 2022).

Lennart Pålsson diskuterar tvingande regler som ”inte bara är internt tvingande utan har en sådan inneboende kompetensvilja att de kräver sin egen tillämpning oavsett vilken lag som i övrigt är tillämpligt på avtalet”.¹¹⁵ Enligt Hilding Eek, som benämner dessa *absoluta regler*, rör det sig om regler som enligt domstolslandets uppfattning ska gälla obetingat och han exemplifierar med offentligrättslig lagstiftning som karantänbestämmelser samt import- och valutalagstiftning.¹¹⁶ När det handlar om att karakterisera civilrättsliga bestämmelser som internationellt tvingande menar Jänterä-Jareborg att det ofta handlar om regler med uttalad social skyddskaraktär.¹¹⁷ Ett sådant exempel går att finna i 1973 års proposition till anställningsskyddslagen där det konstateras att ”lagens karaktär av social skyddslagstiftning torde medföra att i princip allt arbete som utförs i landet blir underkastat lagen”.¹¹⁸ Arbetsdomstolen har i AD 2000 nr 45 hänvisat till anställningsskyddslagens indispositiva bestämmelser som *ordre public*-regler.¹¹⁹

4.3 Anknytningsmomentet

Inom den internationella privat- och processrätten är anknytningsmomentet (eller anknytningsfaktum), som t.ex. hemvist eller medborgarskap, en fråga som rättstillämpningen måste ta ställning till vid bedömningen av vilken lag som i det enskilda fallet ska tillämpas. Ett rättsförhållande kan ha starkare eller svagare anknytning till en viss rättsordning.¹²⁰ Anknytningsmomentet är högst närvarande vid tillämpningen av internationellt tvingande regler och ett rättsförhållandes starka eller svaga anknytning till en rättsordning kan inverka avsevärt på huruvida nationella bestämmelser tillhörande sagda rättsordning utgör internationellt tvingande regler eller inte.¹²¹ Det framgår exempelvis av den ovan nämnda regeln i 15 kap. 35 § tredje stycket sjölagen att bestämmelserna i paragrafens andra stycke är internationellt tvingande vid

¹¹⁵ Pålsson (1998), s. 114.

¹¹⁶ Eek (1972), s. 265–266.

¹¹⁷ Jänterä-Jareborg (1995), SvJT 1995 s. 376.

¹¹⁸ Prop. 1973:129, s. 229; se även AD 2000 nr 45 och AD 2001 nr 110.

¹¹⁹ AD 2000 nr 45.

¹²⁰ Bogdan och Hellner (2020), s. 45.

¹²¹ Bogdan (1996), Lov og Rett, s. 114–122; Pålsson (1998), s. 115; Jfr Lando och Arnt Nielsen (2007), JIPL, s. 47.

inrikes trafik. Således är bestämmelserna endast internationellt tvingande i situationer som har den specificerade anknytningen till Sverige och när denna anknytning saknas gäller de allmänna lagvalsreglerna fullt ut.¹²²

Stöd för att inhemska privaträttsliga regler kan utgöra exempel på internationellt tvingande svensk rätt finns i såväl doktrin som förarbeten. I de flesta av dessa källor erinras dock läsaren om att detta gäller i situationer då anknytningen till den svenska rättsordningen är av en viss kvalificerad beskaffenhet. Pålsson menar att det bör röra sig om ”en mera påtaglig anknytning”.¹²³ Avseende 36 § AvtL är Bogdan av uppfattningen att det rör sig om fall då rättsförhållandet har en nära anknytning till Sverige, men att det dock inte behöver vara den absolut närmaste.¹²⁴ Omständigheter som kan spela in vid bedömningen av rättsförhållandets anknytning till en viss rättsordning ur ett förmögenhetsrättsligt perspektiv är parternas nationalitet, avtalsorten, uppfyllelseorten, avtalat myntslag, avtalets språk med mera.¹²⁵ Hur stark anknytningen till en rättsordning ska vara för att en nationellt tvingande regel ska få genomslag även i en internationell kontext får närmast lösas av rättstillämpningen.

Exempel i svensk rättspraxis där internationellt tvingande regler behandlats är få. Angående anknytningsmomentet finns dock några intressanta avgöranden från Arbetsdomstolen. Den omständigheten att arbetet, annat än helt tillfälligt, utförs i Sverige har ansetts vara tillräckligt stark anknytning för att bestämmelserna i anställningsskyddslagen ska behålla sin karaktär som internationellt tvingande.¹²⁶ Mer vägledning avseende styrkan i anknytningsmomentet erbjuds dock genom ett mål där kopplingen till Sverige var svagare.

¹²² Jfr Pålsson (1998), s. 117.

¹²³ Ibid, s. 119.

¹²⁴ Bogdan (1996), Lov og Rett, s. 114–122.

¹²⁵ Jfr Bogdan och Hellner (2020), s. 351.

¹²⁶ AD 2000 nr 45 och AD 2001 nr 110.

I mål AD 2004 nr 45 var tingsrätten tvungen att genom en mellandom ta ställning till vilket lands lag som skulle tillämpas beträffande huruvida en uppsägning varit osakligt grundad och därmed ogiltig. Den enda omständigheten i målet som talade för att svensk rätt skulle tillämpas var arbetsgivarbolagets säte i Sverige. Tingsrätten kom fram till att rysk lag skulle tillämpas eftersom käranden varaktig utfört sitt arbete i Ryssland och stadigvarande bott där. Frågan blev därefter om det fanns vissa internationellt tvingande svenska regler som skulle bryta igenom den ryska lagens tillämplighet. Tingsrätten besvarade frågan nekande och framhävde att det vore ”att föra principen om internationellt tvingande regler för långt” eftersom anknytningen till Sverige är för svag när arbetet utförs utomlands. Åtminstone när båda parterna är utländska rättssubjekt. Mot bakgrund av de svaga anknytningsmomenten, säger tingsrätten, förlorar anställningskyddslagen sin internationellt tvingande karaktär. Arbetsdomstolen fastställde tingsrättens dom i sin helhet.¹²⁷

Arbetsdomstolen har i ytterligare ett intressant avgörande behandlat anknytningsmomentet avseende svenska internationellt tvingande regler. Tvisten i mål AD 1976 nr 101 avsåg huruvida en i anställningsavtalet införd prorogationsklausul utgjorde hinder för tingsrätten att ta upp ett mål om osaklig uppsägning till prövning eller inte. Prorogationsklausulen angav schweizisk domstol som korrekt forum för lösning av tvister. Inledningsvis konstaterade Arbetsdomstolen att huvudregeln avseende giltiga prorogationsklausuler enligt svensk internationell processrätt är att de ska tillerkännas verkan och därmed utgöra rättegångshinder för svensk domstol. I det aktuella målet förelåg dock omständigheter som enligt Arbetsdomstolen motiverade ett avsteg från sagda huvudregel. I fallet hade en i Sverige bosatt svensk medborgare anställts för att utföra arbete i Sverige. Det förelåg således en stark anknytning till Sverige medan anknytningen till Schweiz var obetydlig. Eftersom tvisten avsåg tillämpningen av indispositiva bestämmelser tillhörande en social skyddslagstiftning menade Arbetsdomstolen att det inte var

¹²⁷ AD 2004 nr 45.

tillräckligt att schweizisk domstol tillämpade de materiella rättsreglerna i svenska anställningsskyddslagen. För att i betryggande utsträckning tillgodose skyddsintresset skriver Arbetsdomstolen att arbetstagaren måste få möjlighet att ”få tvisten prövad vid domstol här i landet”.¹²⁸ Prorogationsklausulen lämnades därför utan avseende och tingsrätten bedömdes behörig att pröva målet.

4.4 Den allmänna avtalsrättsliga generalklausulen i 36 § AvtL

4.4.1 Allmänt om bestämmelsen

Den stora generalklausulen om oskäliga avtalsvillkor i 36 § AvtL infördes år 1976 och tillåter domstolen att jämka eller lämna utan avseende ett avtalsvillkor som är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt.¹²⁹ Den innebär således ett undantag till den grundläggande avtalsrättsliga principen om *pacta sunt servanda*.¹³⁰ 36 § AvtL åberopas flitigt i tvister som en grund för jämkning, men den kanske största betydelsen ligger i den karaktär bestämmelsen tilldelar avtalsrättsliga principer. Bestämmelsen kan betecknas som den allmänna avtalsrättsliga generalklausulen i syfte att särskilja den från generalklausuler inom andra rättsområden, t.ex. associationsrätten.¹³¹

Bestämmelsen består av fyra stycken. Första stycket anger förutsättningarna för oskälighetsprövningen och de olika rättsföljderna. Andra stycket betonar den hänsyn som bedömaren måste ta till behovet av skydd för en part i underlägsen ställning, t.ex. i egenskap av konsument. Tredje stycket vidgar bestämmelsens tillämpningsområde till att omfatta villkor även vid annan rättshandling än avtal, vilket överensstämmer med lagens rubrik som hänvisar

¹²⁸ AD 1976 nr 101.

¹²⁹ Prop. 1975/76:81.

¹³⁰ Ramberg och Ramberg (2019), s. 148.

¹³¹ Grönfors och Dotevall (2016), s. 255.

till ”avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område”. Det kan exempelvis röra sig om villkor tillhörande en faktura, följesedel till försändning eller kvitto.¹³² Fjärde stycket utgör en hänvisning till lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (AVLK).¹³³ I egenskap av generalklausul avser bestämmelsen att fånga in ett stort antal olika situationer varför lagtexten givits en öppen och generell formulering, till skillnad från de mer kasuistiska ogiltighetsparagraferna i avtalslagen.¹³⁴ Mot bakgrund av dess karaktärsdrag och den medvetet öppna formuleringen som givits 36 § AvtL bör inte bestämmelsens förarbeten tillmätas allt för stor betydelse vid tillämpningen.¹³⁵

På grund av den generella och öppna formuleringen har domstolarna tilldelats en särskild uppgift i sin vägledande roll. Förarbetena betonar vikten av att domstolarnas avgöranden ges en principiell prägel så att praxis kan bidra till en typbildning och till uppdragande av riktlinjer för framtiden. För att avgörandena ska kunna ha en vägledande funktion, eller åtminstone en upplysande funktion beträffande frågeställningar och intresse motsättningar, måste avgörandena bli kända för allmänheten. På detta område anser förarbetena det önskvärt att inte endast de högre instansernas avgöranden tillmäts betydelse utan även underrätternas eftersom det kan antas att i många fall kommer talan stanna i första eller andra instans.¹³⁶

Bestämmelsens kärna utgörs av ett oskälighetsrekvisit och vid tillämpningen ska bedömningen av ett avtalsvillkors oskälighet vara *klausulinriktad* och därmed ta sikte på ett särskilt enskilt avtalsvillkor.¹³⁷ Högsta domstolen (HD) har bedömt den klausulinriktade bedömningen som en begränsning i möjligheterna att tillämpa 36 § AvtL och att oskäligheten måste kunna härledas till ett specifikt avtalsvillkor.¹³⁸ Vid oskälighetsprövningen av ett

¹³² SOU 1974:83, s. 198.

¹³³ Grönfors och Dotevall (2016), s. 255.

¹³⁴ Ramberg och Ramberg (2019), s. 148.

¹³⁵ Grönfors och Dotevall (2016), s. 257.

¹³⁶ SOU 1974:83, s. 130; Prop. 1975/76:81 s. 57–58.

¹³⁷ Lehrberg (2020), s. 252.

¹³⁸ NJA 1989 s. 614.

visst avtalsvillkor måste en helhetsbedömning ske där samtliga relevanta omständigheter utgör kumulativa element.¹³⁹ Genom den skälighetsstandard som bestämmelsen är behäftad med får domaren i det enskilda fallet ett stort handlingsutrymme. Bestämmelsen gör det möjligt att såväl förändra redan existerande avtalsförpliktelser som att införa nya. Det är även möjligt att jämka avtalet om de sociala eller ekonomiska omständigheterna förändras på ett sätt att avtalsbalansen rubbas i särskilt tyngande riktning för en av parterna.¹⁴⁰ I likhet med vad som gäller för övriga ogiltighetsbestämmelser tillhörande avtalslagens tredje kapitel är generalklausulen tillämplig inom hela förmögenhetsrätten. Bestämmelsen är således tillämplig på alla avtalstyper och partskonstellationer.¹⁴¹ Det finns även exempel där 36 § AvtL tillämpats retroaktivt för att jämka långvariga avtal.¹⁴²

4.4.2 36 § AvtL som internationellt tvingande i doktrinen

En majoritet av de rättsvetenskapliga artiklar där 36 § AvtL diskuteras eller framhålls som potentiellt internationellt tvingande är skrivna av Bogdan. Enligt honom brukar bestämmelsen beskrivas som karaktäristisk för de nordiska ländernas avtalsrätt, där möjligheten att jämka eller helt åsidosätta oskäligen avtalsvillkor till fördel för den svagare parten möjligtvis är så central att svenska domstolar bör tillämpa bestämmelsen oaktat den i övrigt styrande *lex causae*.¹⁴³ År 1982 skrev han att det kunde tänkas att bestämmelsen utgör en internationellt tvingande svensk regel i vissa situationer.¹⁴⁴ 14 år senare var han kluven inför frågan men lutade ändå åt att 36 § AvtL ska anses vara internationellt tvingande, men enbart i situationer där rättsförhållandet har en stark koppling till Sverige.¹⁴⁵ Pålsson verkar vara av samma uppfattning som Bogdan, även om han uttrycker sig på motsatt vis. Han skriver att det är minst lika tänkbart att 36 § AvtL inte ska betraktas som internationellt tvingande,

¹³⁹ Lehrberg (2020), s. 252.

¹⁴⁰ Grönfors och Dotevall (2016), s. 260.

¹⁴¹ von Post (1999), s. 30.

¹⁴² NJA 1994 s. 359.

¹⁴³ Bogdan (2010), Hague Collected Courses, s. 183–184. Onlinekälla: <hagueacademy.brillonline.com>. (Hämtat 29 april 2022).

¹⁴⁴ Bogdan (1982), TfR, s. 35.

¹⁴⁵ Bogdan (1996), Lov og Rett, s. 114–122.

åtminstone inte i alla situationer.¹⁴⁶ Något vidare resonemang kring frågan för han dock inte.

I sin artikel *Kan man styra tvistelösning i internationella anställningsavtal* skriver författaren Erik Sinander att 36 § AvtL utgör en ”betydelsefull internationellt tvingande regel i svensk rätt”.¹⁴⁷ Han skriver att vid anställningsförhållanden som har en stark anknytning till Sverige, exempelvis då arbetet utförs här, bör oskälighetsbedömningen avseende ett skiljeavtal göras med tillämpning av 36 § AvtL oavsett tillämplig lag. Författaren formulerar sig på ett sätt som jag inte kan tolka annorledes än att frågan om generalklausulens karaktär som internationellt tvingande vore slutligt avgjord. Till stöd för påståendet att 36 § AvtL och arbetstagar skydd utgör internationellt tvingande regler i Sverige hänvisar Sinander till Bogdan. I den utpekade litteraturen skriver dock Bogdan att mer allmänna bestämmelser *kan tänkas* (min kursivering) vara internationellt tvingande och exemplifierar med 36 § AvtL.¹⁴⁸ Det kan tänkas att Sinander helt enkelt missförstått Bogdan, eller så vet han något jag inte gör. Oavsett hur det förhåller sig med den saken erbjuder hans artikel i övrigt goda resonemang för att 36 § AvtL är av en viss särskild rang inom svensk rätt.¹⁴⁹

4.4.3 Den svenska lagstiftarens uttalanden

Inom svensk rätt är utbudet av vägledande rättspraxis, lagbestämmelser och uttalanden från lagstiftaren vid bedömningen av internationellt tvingande regler synnerligen begränsat. I förarbetena till andra lagar anges att det i doktrinen existerar en diskussion kring 36 § AvtL som tänkbar kandidat att utgöra en internationellt överordnad svensk bestämmelse.¹⁵⁰ Ett sådant påpekande kan knappast tas till intäkt för att lagstiftaren uttryckligen gett sin syn på saken. Frågan uppstår huruvida svensk domstol i sin tillämpning av generalklausulen med utgångspunkt i ”omständigheterna i övrigt” bör

¹⁴⁶ Pålsson (1993), SvJT 1993 s. 60.

¹⁴⁷ Sinander (2016), SvJT 2016 s. 173.

¹⁴⁸ Bogdan (2014), s. 73.

¹⁴⁹ Se vidare Sinander (2016), SvJT 2016 s. 173–190.

¹⁵⁰ Jfr prop. 1992/93:222, s. 50; Prop. 1997/98:14, s. 27.

beakta ett rättsförhållandes internationella karaktär. För besvarandet av den frågan finns uttalanden i bestämmelsens förarbeten som kan vara vägledande. Uttalandena är däremot få till antalet och inte helt enkla att tyda.

I betänkandet beträffande en ny svensk avtalsrättslig generalklausul listar utredningen flera skäl som talar för och emot att vid tillämpningen ta hänsyn till ett avtals internationella karaktär. För skälen emot ett sådant hänsynstagande framhåller utredningen att svenska domstolar i sådana fall måste iaktta återhållsamhet vid jämkning av avtalsvillkor i internationella rättsförhållanden eftersom en allt för obegränsad tillämpning kan leda till att parter i större utsträckning förser avtalen med prorogationsklausuler som anger utländsk domstol. Utredningen menar även att det vid jämkning av avtalsvillkor till fördel för svensk part kan föreligga risk för återverkningar på svenska intressen i utlandet.¹⁵¹

De farhågor utredningen beskriver är inte helt obefogade. Det har stundvis funnits en oro bland utländska jurister att den svenska allmänna avtalsrättsliga generalklausulen erbjuder allt för stort utrymme vid jämkning av avtal. Detta är dock en oro som Grönfors och Dotevall anser vara en aning överspelad. De menar att utländska jurister ibland uppvisar en hemmablindhet för de jämkningsklausuler som deras egen rättsordning innehåller. Exempelvis bör en tysk jurist som uttrycker oro för jämkningsmöjligheterna enligt den svenska 36 § AvtL upplysas om att vederbörandes egen 242 § BGB till och med kan användas för att ”korrigera” lagstadganden. Något som inte är möjligt enligt den svenska motsvarigheten. Grönfors och Dotevall konstaterar dock avslutningsvis att problemet finns, vilket kräver att svenska domstolar vid tillämpningen uppvisar en god balans som för det internationella samfundet framstår som seriös.¹⁵²

Utredningen konstaterar även att det finns goda skäl för att låta avtalets internationella prägel spela in vid tillämpningen. Internationella avtal är

¹⁵¹ SOU 1974:83, s. 161–162.

¹⁵² Grönfors och Dotevall (2016), s. 295–296.

många gånger präglade av att en överlägsen part utnyttjar sin ställning till att införa avtalsvillkor som ur vederbörandes perspektiv är mer förmånliga men som missgynnar motparten. I syfte att komplettera indispositiv lagstiftning eller ersätta domstolarnas dolda kontroll av avtal, genom t.ex. oklarhetsregeln, med en öppen kontroll talar starka skäl för att medge jämkning enligt 36 § AvtL även i internationella förhållanden.¹⁵³

I den efterföljande propositionen ansluter sig föredragande statsrådet i stora drag till de av utredningen framförda synpunkterna, men med ett tillägg att det för vederbörande framstår som självklart att generalklausulen ska tillämpas på internationella avtal i de situationer då svensk rätt utgör avtalsstatut.¹⁵⁴ Däremot behandlar förarbetena inte lika uttryckligt frågan om generalklausulens tillämpning i situationer då svensk rätt inte utgör avtalsstatut. För att kunna avgöra om 36 § AvtL bör betraktas som avgörande för beskyddandet av allmänintressen i Sverige och därmed internationellt tvingande krävs en undersökning av bestämmelsens syfte och betydelse.

4.4.4 Bestämmelsens syfte och betydelse

I doktrinen har inställningen gentemot 36 § AvtL varit kluven. Grönfors och Dotevall menar att den möjligtvis är avtalslagens mest betydelsefulla bestämmelse.¹⁵⁵ De skriver att generalklausulen ger domaren en möjlighet att betrakta utomrättsliga sociala ordningsmönster och ta hänsyn till värdeuppfattningar som är gemensamma inom en viss grupp men som inte kommer till uttryck i några lagregler.¹⁵⁶ Lehrberg anser däremot att bestämmelsen har en ”intetsägande karaktär av en fullmakt åt domstolarna att göra i princip vad de finner befogat när de finner det befogat”.¹⁵⁷ Lehrberg menar även att så nära en hänvisning till den ”nakna rättvisan” har svensk avtalsrättslig lagstiftning aldrig kommit, och syftar på bristen på relevanta skäl och riktlinjer beträffande oskälighetsbedömningen.¹⁵⁸

¹⁵³ SOU 1974:83, s. 162.

¹⁵⁴ Prop. 1975/76:81, s. 130.

¹⁵⁵ Grönfors och Dotevall (2016), s. 255.

¹⁵⁶ Ibid, s. 259.

¹⁵⁷ Lehrberg (2020), s. 252–253.

¹⁵⁸ Ibid, s. 253.

Det viktigaste motivet bakom tillskapandet och införandet av 36 § AvtL var att stärka konsumentskyddet genom att öka möjligheterna till jämkning och åsidosättande av avtalsvillkor i konsumentförhållanden.¹⁵⁹ Detta framgår bland annat av bestämmelsens andra stycke som uttryckligen anger konsumenter eller andra som eljest intar en underlägsen ställning som en personkategori att särskilt beakta vid bedömningen. Bestämmelsens syfte och betydelse sträcker sig däremot längre än bara konsumentskyddet och gör sig gällande avseende fler skyddsvärda avtalsparter. Detta framgår inte minst av att den nuvarande 36 § AvtL, vid implementeringen, ersatte ett flertal tidigare generalklausuler vars huvudsakliga målgrupper utgjordes av andra personkategorier än just konsumenter. 36 § AvtL har bland annat ersatt den äldre 36 § AvtL om vitesjämkning och därmed tagit dennas plats. Bland andra generalklausuler som blivit ersatta kan nämnas 8 § lagen (1936:81) om skuldebrev (SkbrL), 9 § lagen (1949:345) om rätten till arbetstagares uppfinningar (LAU) samt 29 § lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL).¹⁶⁰

Som exempel på skyddsvärda personer anger förarbetena fiskare, hantverkare, skogsarbetare och lantbrukare. För dessa personer kan en ny avtalsrättslig generalklausul låta redan erkända skyddsprinciper inom konsumentområdet få giltighet och genomslag även inom andra områden där samma eller liknande skyddsbehov finns. Bestämmelsen blir även relevant beträffande ekonomiskt och kunskapsmässigt jämstarka parter. Förarbetena konstaterar att det finns ett påtagligt behov av att kunna jämka otillbörliga avtalsklausuler även i affärsförhållanden mellan näringsidkare och andra med dem likställda parter.¹⁶¹ Särskilt avseende klausuler som inte kan anses ”vinna rättsordningens gillande”^{162, 163}

¹⁵⁹ Jfr SOU 1974:83, s. 103; Lehrberg (2020), s. 254.

¹⁶⁰ Jfr Prop. 1975/76:81, s. 37–38.

¹⁶¹ Ibid, s. 28–30.

¹⁶² NJA 1951 s. 138.

¹⁶³ SOU 1974:83, s. 162.

Vid tillämpning av 36 § AvtL i rena affärsförhållanden krävs dock en större försiktighet än vid avtal mellan näringsidkare och konsumenter eftersom det finns skäl att ta hänsyn till det affärsskick som utarbetats mellan parterna vid just internationella avtal.¹⁶⁴ Bogdan ansluter sig till förarbetets uttalande och skriver att det vore anmärkningsvärt om exempelvis Internationella handelskammarens rembursvillkor eller IATA:s transportvillkor jämkades av svensk domstol. Det vore nämligen att helt åsidosätta poängen med enhetliga och för internationella transaktioner underlättande avtalsvillkor.¹⁶⁵

Utredningen lyfter också möjligheten att tillgripa generalklausulen som ett alternativ till avtalstolkning och att bestämmelsen kan utgöra ett rättstekniskt medel för att upprätthålla ”de rättsprinciper som på allmänna grunder är erkända här i landet”.¹⁶⁶ Det är dock viktigt att samma objektivitet upprätthålls vid tillämpningen av generalklausulen som vid avtalstolkning så att inte bestämmelsen uppfattas som ett medel att gynna svenska parter på bekostnad av utländska.¹⁶⁷ Utredningen verkar med andra ord tillstyrka användandet av 36 § AvtL för att upprätthålla svensk *ordre public*, utan att för den delen direkt tillgripa principen om just *ordre public*. Det kan tänkas vara en adekvat lösning med tanke på att de svenska domstolarna helst undviker att tillämpa *ordre public* för att utesluta främmande rätt, åtminstone i situationer där alternativa (och mindre ingripande) tillvägagångssätt står till buds.¹⁶⁸

I praxis har bestämmelsen även fått betydelse avseende upprätthållandet av rättssäkerheten. I NJA 1982 s. 853 hade medlemmar i Svenska kommunalarbetsareförbundet ansökt om utträde men nekats. Vid en senare tvist menade förbundet att målet skulle avvisas och hänvisade till en skiljeklausul i stadgarna. Stadgarnas innehåll, beträffande skiljeförfarandet, var enligt HD ”ägnade att inge allvarliga betänkligheter från rättssäkerhetssynpunkt”. Med stöd av 36 § AvtL lämnade HD skiljeklausulen utan avseende. Även i NJA

¹⁶⁴ Prop. 1975/76:81, s. 131.

¹⁶⁵ Bogdan (1996), Lov og Rett, s. 114–122.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Jfr Bogdan och Hellner (2020), s. 80.

1992 s. 143 och NJA 1994 s. 712 fanns rättssäkerhetsaspekter som HD primärt hanterade genom en tillämpning av 36 § AvtL.

Claes-Robert von Post kommer till slutsatsen att det verkar krävas avsevärda övertramp för att rättssäkerhetsaspekter ska leda till en tillämpning av 36 § AvtL.¹⁶⁹ Det kan te sig märkligt att generalklausulen används på detta sätt eftersom det vid kritik av användandet av generalklausuler ofta hänvisas till just faran för rättssäkerheten. Von Post skriver ”utan tvekan ligger det mycket kloket i att allvarligt beakta riskerna för vådliga resultat till följd av sådan lagstiftning”.¹⁷⁰ Han är dock av uppfattningen att det inom just civilrätten och avtalsrätten är nödvändigt med ett korrektionsinstrument som 36 § AvtL.¹⁷¹ Mot bakgrund av den ökade betydelse som Europadomstolens praxis fått för svenska domstolar ser Sinander större möjligheter än tidigare att anlita generalklausulen i syfte att värna om det processuella rättsskyddet.¹⁷²

¹⁶⁹ von Post (1999), s. 123.

¹⁷⁰ Ibid, s. 122.

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Sinander (2016), SvJT 2016 s. 187.

5 Analys och slutdiskussion

5.1 Inledning

Arbetets sista avsnitt består av en slutlig sammanfattning, analys och diskussion av de slutsatser som arbetet har resulterat i mot bakgrund av arbetets frågeställningar och syftesbeskrivning. Inledningsvis behandlas kvalifikationen av internationellt tvingande regler och frågan om vilka kriterier som är relevanta, samt vilka begränsningar som kvalifikationsmomentet är behäftat med. Avslutningsvis besvaras frågan om 36 § AvtL kan kvalificeras som en internationellt tvingande svensk regel och om kvalifikationen är beroende av i vilken kontext regeln tillämpas. I anslutning till denna del framförs även vissa aspekter inom området som kan vara relevanta att vidareutveckla för att ytterligare klargöra rättsläget.

5.2 Kvalifikationsmomentet

5.2.1 Unionsrättsliga begränsningar

Artikel 9 (1) är subjektivt utformad och kvalifikationen av inhemska regler som internationellt tvingande är, i den mån lagstiftaren avhållit sig från att uttala sig, en uppgift för de nationella domstolarna. Förhållandet att nationella regler tillhör kategorin internationellt tvingande regler medför dock inte att unionsrättens regler inte ska iaktas även beträffande dessa. Det är medlemsstaternas skyldighet att säkerställa de internationellt tvingande nationella reglernas konformitet med unionsrätten och i den mån en internationellt tvingande nationell regel inkräktar på unionsrättens företräde och enhetliga tillämpning kommer regeln att underkännas av EU-domstolen vid en rättslig prövning. Följaktligen bör en svensk domare som känner avsevärd osäkerhet beträffande artikelns tillämpningsområde utnyttja de alternativ som står till buds i syfte att förvissa sig om regelns förenligt genom att t.ex. begära ett förhandsavgörande med stöd av artikel 267 FEUF.

Inom svensk avtalsrätt är avtalsfriheten fortfarande huvudregel och förekomsten av internationellt tvingande regler utgör ett undantag. En allt för generös tillämpning av 36 § AvtL vid internationella rättsförhållanden riskerar inte endast att leda till ett ökat antal prorogationsklausuler som anger utländsk domstol, det kan även få som konsekvens att parternas avtalsfrihet blir illusorisk och på så vis tillerkänns inte den grundläggande unionsrättsliga principen om partsautonomin full verkan. För att säkerställa upprätthållandet av principen om partsautonomin kräver EU-domstolen att det undantag som förekomsten av internationellt tvingande regler utgör ska tolkas restriktivt och precis som artikel 9 (1) föreskriver kan ett sådant undantag från unionsfriheterna enbart beviljas med hänsyn till skyddet för allmänintressen.

5.2.2 Relevanta kriterier för kvalifikationen

Kriterierna för kvalifikationen av en nationell regel som internationellt tvingande enligt Rom I-förordningens artikel 9 handlar i grund och botten om att utröna vilket intresse ifrågavarande regel har att beskydda, om detta intresse kan utgöra ett allmänintresse i förordningens mening och om den nationella regeln är avgörande för beskyddandet av intresset. Exakt vilka intressen som inryms i begreppet *allmänintresse* enligt artikel 9 (1) är omtvistat och det centrala spørsmålet blir således hur *allmänintresse* ska tolkas för att artikeln ska tillämpas på ett korrekt sätt i det enskilda fallet. Förespråkar man en restriktiv tolkning av artikeln, likt de tyska domstolarna, blir resultatet att enbart normer som skyddar ett rent allmänintresse omfattas. Exempelvis offentligrättsliga bestämmelser tillhörande konkurrens- och valutalagstiftning. Intar man däremot en mer extensiv utgångspunkt vid tolkningen, likt Hellner och Bonomi, blir utfallet att bestämmelser som tillvaratar både ett privat och ett allmänt intresse omfattas. Därmed kan regler, vars syfte är att tillvarata intressen för svagare parter, inom exempelvis konsument-, hyres- och arbetsrättslig lagstiftning omfattas av artikelns tillämpningsområde.

I likhet med Bonomi och Hellner är jag övertygad om att regler som tillvaratar privata intressen för olika kategorier av svagare parter kan ha en markant inverkan på mer övergripande kollektiva intressen i samhället och *vice versa*. Vid en analys av rättspraxis från EU-domstolen förstärks min övertygelse. I fallet *Ingmar* skriver EU-domstolen sammanfattningsvis i punkterna 20, 23 och 24 att direktivets syfte är att skydda handelsagenter, d.v.s. en personkategori som typiskt sett intar en underlägsen ställning i avtalsförhållanden, men att direktivet även har som ändamål att skydda etableringsfriheten och en sund konkurrens på den inre marknaden, d.v.s. självklara övergripande och kollektiva intressen. Genom avgörandena i *Arblade*, *Josef Corsten* och *Portugaia Construções* bekräftar EU-domstolen att socialt skydd för arbetstagare utgör ett ändamål som hänför sig till allmänintresset. I rättsfallet *Canal Satélite Digital SL* skriver EU-domstolen att skyddet av konsumenter utgör ett legitimt skäl av allmänt intresse. Två slutsatser som kan dras mot bakgrund av dessa avgöranden är dels att privata och allmänna intressen regelbundet överlappar och assimileras med varandra, dels att kategorisera de skyddsintressen en regel har att tillvarata som allmänna eller privata inte bara är svårt utan närmast omöjligt med hänsyn till att det underliggande antagandet att det skulle existera en motsättning mellan allmänna och privata intressen förefaller vara högst diskutabelt. Vid en samlad bedömning blir slutsatsen att regler som tillvaratar privata intressen till skydd för svagare parter ska omfattas av tillämpningsområdet för artikel 9.

Det här innebär inte nödvändigtvis att de tyska domstolarnas tolkning och tillämpning av artikel 9 är inkorrekt eftersom kvalifikationen av nationella regler som internationellt tvingande är en nationell angelägenhet. Vad EU-domstolens praxis visar är att det finns utrymme för medlemsstaterna att kvalificera nationella regler som tillvaratar både privata och allmänna intressen, i den här aspekten har de tyska domstolarna helt enkelt valt att begränsa sig inom det utrymme som EU-domstolens praxis tillerkänner kvalifikationsmomentet. Nästa fråga blir i vilken utsträckning den svenska lagstiftaren och de svenska domstolarna utnyttjar utrymmet för nationella

regler som internationellt tvingande och vad som är den rådande rättsuppfattningen.

Den svenska lagstiftaren är generellt sett mycket obenägen att uttala sig om kvalifikationen av svenska regler som internationellt tvingande, vilket kan tolkas som att man konkludent överlämnat uppgiften åt domstolarna som i stort sett övertagit rollen som lagstiftare beträffande kvalifikationsmomentet. Det finns dock exempel på uttalanden från lagstiftaren och det tydligaste återfinns i propositionen till anställningsskyddslagen. När tillräckligt stark anknytning till Sverige föreligger menar den svenska lagstiftaren att allt arbete som utförs blir underkastat anställningsskyddslagens tvingande regler med hänsyn till lagens karaktär av social skyddslagstiftning. Uttalandet får närmast tolkas som att en lags karaktär av social skyddslagstiftning motiverar kvalifikationen av lagens tvingande regler som internationellt tvingande i syfte att säkerställa reglernas fulla genomslag även vid internationella rättsförhållanden. Arbetsdomstolen har tolkat uttalandet på samma vis men verkar även ha gått ett steg längre.

I mål AD 1976 nr 101 var det inte tillräckligt att den schweiziska domstolen tillämpade de materiella reglerna i den svenska anställningsskyddslagen, arbetstagaren var tvungen att ges möjlighet att få tvisten prövad av svensk domstol för att i tillfredställande utsträckning få sitt skyddsintresse tillgodosett. I målet tillämpades inte internationellt tvingande regler *per se* men avgörandet visar ändå att Arbetsdomstolen, när stark anknytning till Sverige föreligger, betraktar tvingande regler tillhörande svensk social skyddslagstiftning som så avgörande för beskyddandet av den svagare partens intressen att en giltig prorogationsklausul, och därmed i viss utsträckning parternas avtalsfrihet, får ge vika i syfte att tillerkänna skyddsreglerna fullt genomslag.

Mot bakgrund av uttalandena i propositionen, samt hur Arbetsdomstolen (som prejudikatbildande instans) valt att tolka och tillämpa dessa i internationella situationer talar för slutsatsen att regler som tillvaratar den

svagare partens intressen är, enligt svensk rättsuppfattning, att anse som avgörande för att skydda ett allmänintresse. Åtminstone när anknytningen till den svenska rättsordningen är av viss beskaffenhet, i likhet med vad Pålsson och Bogdan skriver.

5.3 36 § AvtL som internationellt tvingande

Den svenska lagstiftaren har inte uttryckligen uttalat sig beträffande kvalifikationen av 36 § AvtL som internationellt tvingande utan har nöjt sig med att i förarbetena till andra lagar uppmärksamma den debatt som förekommit kring generalklausulen som en internationellt tvingande svensk regel. Därmed saknas det starka *prima facie* beviset för regelns omedelbara tillämpning i internationella situationer som Plender och Wilderspin samt, i viss utsträckning, Savigny talar om. Svaret på frågan om 36 § AvtL ska kvalificeras som en internationellt tvingande svensk regel får därmed sökas mot bakgrund av bestämmelsens syfte och dignitet inom svensk avtalsrätt.

Generalklausulens generella utformning och mycket breda tillämpningsområde är både en styrka och en svaghet när det kommer till att kvalificera bestämmelsen som internationellt tvingande. Med tanke på alla parts-konstellationer, situationer och sakförhållanden som kan föreligga blir det nödvändigt att avgöra bestämmelsens internationellt tvingande karaktär mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet. Parternas avtalsfrihet är huvudregel och domstolen måste, med beaktande av principen om parts-autonomin, varsamt hantera frågan om en svensk regel ska bryta igenom den i övrigt tillämpliga lagen. Som tidigare konstaterats riskerar avtalsfriheten att framstå som illusorisk för parter som med noggrannhet och varsam eftertanke träffat avtal om tillämplig lag på sina rättsliga mellanhavanden. I ett scenario där parterna inte valt att uttryckligen ange tillämplig lag, utan i stället valt att konsultera kollisionsreglerna i Rom I-förordningen för att på så vis förvissa sig om vilka regler som, i händelse av tvist, kan komma att tillämpas på deras avtal kan förutsebarheten bli lidande på grund av att en generalklausul som

36 § AvtL kvalificeras som en internationellt tvingande regel. Risken föreligger givetvis oaktat vilken regel som är föremål för en internationellt tvingande kvalifikation men ovissheten blir synnerligen påtaglig beträffande en generalklausul med avsevärt utrymme för skilda bedömningar.

Den generella utformningen är dock som sagt även en styrka. Trots att Lehrbergs liknelse av 36 § AvtL vid den ”nakna rättvisan” var ett kritiskt ställningstagande bidrar Lehrberg ändå med ett viktigt argument. Det faktum att bestämmelsen är avsedd att tillämpas på i princip samtliga avtal och rättshandlingar, samt att vid oskälighetsbedömningen ta hänsyn till samtliga relevanta omständigheter, ger viss tyngd åt argumentet att regeln förkroppsligar en rådande samhällsuppfattning om vad som är rättvisa och skälighet ur ett svenskt avtalsrättsligt perspektiv. Härvid framträder en särskilt intressant aspekt med tanke på det resonemang som Bogdan och Bělohlávek för kring skillnaderna mellan principen om internationellt tvingande regler och principen om *ordre public*. Författarna skriver att internationellt tvingande regler är föremål för omedelbara förändringar genom t.ex. lagstiftningsåtgärder, medan *ordre public* är en mer dynamisk princip som styrs av historiska och samhälleliga förändringar. 36 § AvtL intar därmed en särställning redan mot bakgrund av sin roll som generalklausul.

Argumentet vinner ytterligare stöd med hänsyn till att förarbetena framhåller vikten av att domstolarna utformar sina avgöranden principiellt och att även underrätternas domar kan få prejudikatverkan och bidra till uppdragandet av riktlinjer för den framtida bedömningen. 36 § AvtL blir på så vis mer mottaglig för skiftande uppfattningar i de ”utomrättsliga sociala ordningsmönstren”, som Grönfors och Dotevall talar om, än om målet varit tvunget att ta sig hela vägen upp till HD för att tillerkännas prejudikatverkan.

Om man godtar att generalklausulen förkroppsligar en rådande samhällsuppfattning om skälighet och rättvisa ligger det nära till hands att dra slutsatsen att 36 § AvtL också är avgörande för beskyddandet av ett svenskt allmänintresse. Det främsta syftet med införandet av en ny allmän avtals-

rättslig generalklausul var att stärka konsumentskyddet och öka möjligheterna till jämkning och åsidosättande av oskäligen avtalsvillkor i konsumentförhållanden. Bestämmelsen får dock betydelse även för andra skyddsvärda personer som intar en underlägsen ställning genom att låta redan erkända skyddsprinciper få genomslag inom områden där liknande eller samma skyddsbehov finns. Det starkaste argumentet för att bestämmelsen ska kvalificeras som internationellt tvingande är dock att förarbetena tillstyrker användandet av 36 § AvtL som ett rättstekniskt medel för att upprätthålla ”de principer som på allmänna grunder är erkända här i landet”. Närmare *ordre public* än så kommer man inte utan att åberopa just *ordre public*. HD:s praxis visar dessutom att anlita 36 § AvtL i syfte att upprätthålla rätts-säkerheten redan påbörjats. Enligt Sinander kommer utvecklingen bara att fortsätta med hänsyn till den ökade betydelse som Europadomstolens praxis fått för Sverige.

Vid en samlad bedömning blir slutsatsen att 36 § AvtL ska kvalificeras som en internationellt tvingande svensk regel med stöd av artikel 9 Rom I-förordningen. Kvalifikationen är dock beroende av i vilken kontext bestämmelsen tillämpas. Först och främst måste anknytning till Sverige föreligga. Det är svårt att med ledning i Arbetsdomstolens avgöranden uttala sig med någon större säkerhet kring vilken styrka som fordras beträffande anknytningsmomentet för att en svensk regel ska kvalificeras som, eller bibehålla, sin internationellt tvingande karaktär i ett avtalsrättsligt sammanhang. Vissa analoga slutsatser kan möjligtvis dras.

En skillnad mellan 36 § AvtL och övriga svenska bestämmelser som vi med säkerhet vet är internationellt tvingande är förekomsten av ett uttryckligt anknytningsmoment. 15 kap. 35 § tredje stycket sjölagen är förenad med en skrivelse (*vid inrikes trafik*) som anger förutsättningen för bestämmelsens internationellt tvingande karaktär. I förarbetena till anställningsskyddslagen uttalar lagstiftaren att allt arbete som utförs i Sverige bör underkastas lagen. Med utgångspunkt i uttalandet har Arbetsdomstolen sedan slagit fast att omständigheten att arbetet, annat än helt tillfälligt, utförs i Sverige är

tillräckligt för att reglerna ska behålla sin internationellt tvingande karaktär. Beträffande 36 § AvtL verkar både Pålsson och Bogdan vara av uppfattningen att anknytningen ska vara någorlunda stark. Bogdan talar om fall då rättsförhållandet har en nära anknytning men inte nödvändigtvis den närmsta. I AD 2004 nr 45 skrev Arbetsdomstolen att det vore att föra principen om internationellt tvingande regler för långt när arbetet utförs utomlands, åtminstone då båda parterna är utländska rättssubjekt. Utgången i målet blev att rysk lag var tillämplig och mot bakgrund av styrkan i anknytningsmomenten kunde inte anställningsskyddslagens tvingande regler behålla sin internationellt tvingande karaktär. Eftersom Arbetsdomstolen här talar specifikt om *principen* om internationellt tvingande regler kan en potentiell slutsats *é contrario* vara att då arbetet utförs utomlands men en av parterna är ett svenskt rättssubjekt blir utfallet det omvända, särskilt om det svenska rättssubjektet dessutom tillhör en personkategori som typiskt sett intar en underlägsen ställning.

Kvalifikationen är också beroende av partskonstellationen i det enskilda fallet. Som förarbetena föreskriver krävs det en större försiktighet vid rena affärsförhållanden eftersom det finns skäl att beakta det partsbruk som utarbetats mellan parterna. Om parterna dessutom använder sig av internationella standardavtal eller avtalsvillkor som har utformats för att underlätta vid internationella transaktioner, t.ex. IATA:s transportvillkor, fordras ytterligare försiktighet. Omvänt, d.v.s. om en av parterna är en konsument, hyresgäst eller annan svagare part finns desto fler skäl att faktiskt kvalificera 36 § AvtL som internationellt tvingande. Återigen bör 36 § AvtL eventuella kvalifikation som internationellt tvingande avgöras mot bakgrund av de situationsunika omständigheterna i det enskilda fallet. Det går givetvis att vidareutveckla undersökningen avseende den här frågan genom att mer utförligt se till hur utländska domstolar valt att hantera internationellt tvingande regler, samt inkludera doktrin som behandlar situationen i andra länder.

För att ytterligare klargöra rättsläget är vidare studier beträffande styrkan i de relevanta anknytningsmomenten i internationellt avtalsrättsliga sammanhang påkallat. En analys av artikel 9 (3) Rom I-förordningen kan även bidra med goda slutsatser beträffande internationellt tvingande regler enligt artikel 9 (1) och (2).

Savigny betraktade som bekant identifiering av dessa regler som den förmodligen svåraste uppgiften i hela hans doktrin, mer än 150 år senare är min förhoppning att jag genom det här arbetet bidragit till att underlätta den uppgiften en aning och tagit de första stegen mot att fylla glappet i svensk internationellt privaträttslig doktrin beträffande principen om internationellt tvingande regler.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Propositioner

Prop. 1973:129 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om anställningsskydd m.m.

Prop. 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m. m.

Prop. 1992/93:222 om ändringar i svensk försäkringsavtalsrätt med anledning av EES-avtalet.

Prop. 1997/98:14 Romkonventionen — tillämplig lag för avtalsförpliktelser.

Utredningsbetänkanden

SOU 1974:83 Generalklausul i förmögenhetsrätten

Europeiska unionen

Europeiska kommissionen

Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation, COM (2002) 604 final, 14 January 2003.

Litteratur

Andrea, Bonomi (2008), "Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts". I: Bonomi, Andrea, Volken, Paul och Šarčević, Petar (red.), *10 Yearbook of Private International Law*, Lausanne.

Bělohlávek, Alexander J. (2010): *Rome Convention, Rome I Regulation: Commentary: New EU-conflict-of-laws Rules for Contractual Obligations*. Vol. 2. New York.

Bogdan, Michael (1982): "1980 Års EG-konvention om tillämplig lag på kontraktsrättsliga förpliktelser – synpunkter beträffande den svenska inställningen". I: *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 96 nr. 1 s. 3–49.

Bogdan, Michael (2009): "Den nya Rom I-förordningen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser". I: *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 121 nr. 4-05 s. 442–465.

Bogdan, Michael (2010): "Private International Law as Component of the Law of the Forum General Course on Private International Law". I: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 348 s. 9–252. Tillgänglig på <hagueacademy.brillonline.com>.

Bogdan, Michael (2014): *Svensk internationell privat- och processrätt*. Uppl. 8. Stockholm.

Bogdan, Michael (1996): "Tillämplighet av avtalslagen 36 § i internationella rättsförhållanden". I: *Lov og Rett*, vol. 35 nr. 2 s. 114–122.

Bogdan, Michael och Hellner, Michael (2020): *Svensk internationell privat- och processrätt*. Uppl. 9. Stockholm.

Eek, Hilding (1972): *Lagkonflikter i tvistemål*. Stockholm.

Gihl, Torsten (1951): *Den internationella privaträttens historia och allmänna principer*. Stockholm.

Gihl, Torsten (1955): *Studier i internationell rätt*. Stockholm.

Grönfors, Kurt och Dotevall, Rolf (2016): *Avtalslagen: En kommentar*. Uppl. 5. Stockholm.

Hellner, Michael (2009): "Third Country Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation: Old Wine in New Bottles?". I: *Journal of Private International Law*, s. 447–470.

Jänträ-Jareborg, Maarit (1995): "Internationellt tvingande civilrättsregler, fastighetsförmedling och konsumenter – några reflexioner". I: *SvJT 1995 s. 374–384*.

Jänträ-Jareborg, Maarit (1997): *Svensk domstol och utländsk rätt: En internationellt privat- och processrättslig studie*. Uppsala.

Kleineman, Jan (2018): 'Rättsdogmatisk metod'. I: Korling, Fredric och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. Uppl. 2. Lund.

Lando, Ole och Arnt Nielsen, Peter (2007): "The Rome I Proposal". I: *Journal of Private International Law*, s. 29–51.

Malmström, Åke (1953): "Från den internationella privaträttens arbetsfält". I: *SvJT 1953 s. 541–551*.

Maunsbach, Ulf (2017): 'Om internationella kontrakt och illusorisk avtalsfrihet'. I: Nyström, Birgitta, Arvidsson, Niklas och Flodgren, Boel (red.), *Modern affärsrätt: En antologi*. Stockholm.

Maunsbach, Ulf, Bramstång, Gunnar och Lindsoug, Patrik (2021): *Grundläggande svensk internationell privat- och processrätt*. Uppl. 1. Stockholm.

Plender, Richard och Wilderspin, Michael (2009): *The European Private International Law of Obligations*. Uppl. 3. London.

von Post, Claes-Robert (1999): *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*. Stockholm.

Pålsson, Lennart (1993): "Nya lagvalsregler för försäkringsavtal". I: *SvJT 1993 s. 43–63*.

Pålsson, Lennart (1998): *Romkonventionen: Tillämplig lag för avtalsförpliktelser*. Uppl. 1. Stockholm.

Raape, Leo och Sturm, Fritz (1977): *Internationales Privatrecht*. Band I: Allgemeine Lehren. 6., neubearbeitete Auflage von Fritz Sturm. München.

Ramberg, Jan och Ramberg, Christina (2019): *Allmän avtalsrätt*. Uppl. 11. Stockholm.

Sandgren, Claes (2021): *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod, argumentation och språk*. Uppl. 5. Stockholm.

Sinander, Erik (2016): "Kan man styra tvistelösning i internationella anställningsavtal". I: *SvJT 2016 s. 173–190*.

Ungerer, Johannes (2021): "Explicit legislative characterisation of overriding mandatory provisions in EU Directives: Seeking for but struggling to achieve legal certainty". I: *Journal of Private International Law*, s. 399–420.

Vischer, Frank (1992): "General Course on Private International Law". I: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 232 s. 9–255. Tillgänglig på <hagueacademy.brillonline.com>.

Rättsfallsförteckning

Sveriges Högsta domstol

NJA 1951 s. 138.

NJA 1982 s. 853.

NJA 1989 s. 614.

NJA 1992 s. 143.

NJA 1994 s. 359.

NJA 1994 s. 712.

Arbetsdomstolen

AD 1976 nr 101.

AD 2000 nr 45.

AD 2001 nr 110.

AD 2004 nr 45.

Norges Høyesterett

Rt. 1923 II s. 58.

Europeiska unionens domstol

Förenade målen C-369/96 och C-376/96: *Brottmål mot Jean-Claude Arblade och Arblade & Fils SARL (C-369/96) och Bernard Leloup, Serge Leloup och Sofrage SARL (C-376/96)*, EU:C:1999:575.

C-381/98: *Ingmar GB Ltd mot Eaton Leonard Technologies Inc.*, EU:C:2000:605.

C-165/98: *Brottmål mot André Mazzoleni och Inter Surveillance Assistance SARL, civilrättsligt ansvarig, i närvaro av: Eric Guillaume m.fl.*, EU:C:2001:162.

C-390/99: *Canal Satélite Digital SL mot Administración General del Estado, i närvaro av Distribuidora de Televisión Digital SA (DTS)*, EU:C:2002:34.

C-164/99: *Portugaia Construções Lda*, EU:C:2002:40.

C-58/98: *Josef Corsten*, EU:C:2000:527.

C-184/12: *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV mot Navigation Maritime Bulgare*, EU:C:2013:663.

C-49/98: *Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda m.fl.*, EU:C:2001:564.