

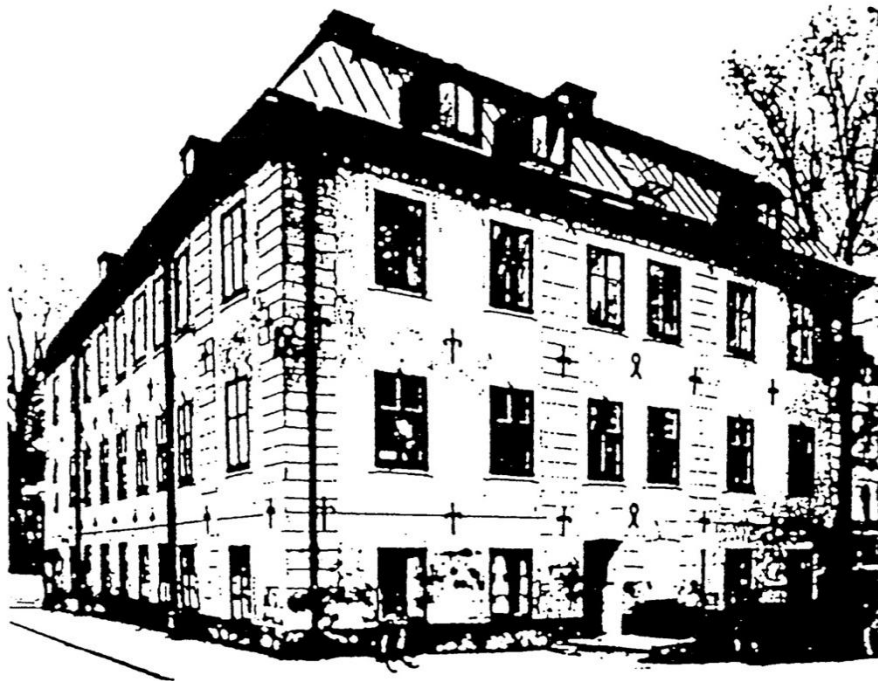
# Jurisdiktionsreglernas utveckling på den gemenskapsrättsliga IP-rättens område

- mot ett forum necessitatis?

Examensarbete i Internationell Privat- och Processrätt, 30 hp

Författare: Marcus Grahn  
Handledare: Docent Michael Hellner

HT 2009



JURIDISKA FAKULTETEN – INSTITUTIONEN  
UPPSALA UNIVERSITET

Riddartorget 5/Trädgårdsgatan 1, Uppsala. Postadress: Box 512,751 20 Uppsala, Tel 018-4710000



## *Dedicatio*

*Denna framställning tillägnas de levande,  
som stöttat mig under arbetets gång,  
och de som ej längre är,  
må de vila i frid*

## *Gratiarum actio*

Mein herzlicher Dank geht an Ricarda Fahrbach,  
die unschätzbare Hilfe mit dem deutschen Recht geleistet hat.

Je suis également très reconnaissant envers Sandrine Francis,  
qui m'a aidé concernant la législation belge.

Merci aussi à Julie Lohner d'avoir fourni des informations sur le droit français.

En een warme dank aan Stefanus Campmans,  
die heeft geholpen met Nederlands recht.

Sist, men inte minst, ett stort tack till Michael Hellner,  
som väckte intresset för ämnet, bidragit med värdefulla synpunkter  
och visat stort tålamod med mig under arbetets gång.

## Sammanfattning

Två av de viktigaste instrumenten på IP-rättens område i dagsläget utgörs av Bryssel I- resp. Bryssel II a-förordningarna, som reglerar domstols behörighet samt erkännande och verkställighet av avgöranden på privaträttens område resp. i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar. I denna framställning fokuseras på de bestämmelser som reglerar domstols internationella behörighet, och i synnerhet på frågan hur den situationen bör hanteras då reglerna ej utpekar någon domstol såsom behörig.

Efter att det inledningsvis konstateras att den nu rådande ordningen hanterar problemet genom att hänvisa till nationella internationellt privaträttsliga bestämmelser undersöks huruvida denna metod är tillfredsställande. Vid denna granskning uppdagas några problematiska situationer för vilka regleringen ej tillhandahåller någon lösning. Samtidigt noteras att problemen skulle bli än mer akuta vid ett avskaffande av dessa hänvisningar till nationell rätt samtidigt som regelverket görs universellt. Dessa iakttagelser föranleder slutsatsen att en annan lösning fordras. Mot bakgrund av att en sådan regel nyligen införts i underhållsförordningen riktas blickarna mot institutet *forum necessitatis*.

Efter att nämnda institut kortfattat introducerats företas, i syfte att tillhandahålla en bakgrund till den efterföljande diskussionen, en översiktlig komparativ studie av motsvarande bestämmelser i nationella rättsordningar. I samband därmed framkommer att, även om de enskilda rekvisiten varierar i betydande utsträckning, vissa gemensamma drag kan identifieras. I synnerhet framgår att den folkrättsliga principen om förbud mot *déni de justice* och artikel 6 EKMR, i dessa länder, anses nödvändiggöra institutets existens.

I ljuset av den komparativa studien granskas och utvärderas underhållsförordningens *forum necessitatis*. Konstaterandet blir att, även om bestämmelsen i vissa avseenden skulle förbättra rättsläget, denna regel är behäftad med vissa brister som gör det olämpligt att utan vidare kopiera och överföra den till Brysselinstrumenten. Om en motsvarande regel överhuvudtaget bör införas i de senare så bör denna följaktligen ges en annorlunda utformning. Genom att granska och förstå den särskilda problematik som frågan aktualiserar är det emellertid möjligt att dra lärdom av misstag som gjorts vid utformningen av underhållsförordningens *forum necessitatis*.

Emedan det är till föga gagn att ge sig i kast med att försöka utforma en regel innan det fastlagts, dels att ett behov finns av en sådan, dels att rättsliga förutsättningar föreligger för att dess införande, läggs fokus sedan på dessa två frågeställningar. Härvidlag

konstateras att det kan diskuteras om inte stöd för ett forum necessitatis står att finna redan i det förhållandet att såväl principen om förbud mot déni de justice som mänskliga rättigheter i allmänhet, och EKMR i synnerhet, numera utgör en del av unionens mer allmänna och övergripande principer. I vart fall, hävdas det tentativt, föreligger ett behov av institutet med hänsyn till medlemsstaternas internationella åligganden, och det påstås även att det ankommer på gemenskapslagstiftaren, som har rättsliga förutsättningar härför, att tillse att detta behov tillgodoses. Då emellertid frågan huruvida ett behov av en regel om forum necessitatis föreligger är distinkt åtskild från, och väsentligen en annan än, den huruvida en regel om forum necessitatis *bör* införas förs en diskussion kring det senare. Denna diskussion utmynnar i slutsatsen att en regel om forum necessitatis är önskvärd och kan motiveras utifrån åtminstone två grunder. Det konstateras vidare att en sådan regel visserligen kan få återverkningar i fråga om kompetensfördelningen mellan medlemsstaterna och gemenskapslagstiftaren, men att den framförallt skulle skapa ett heltäckande system av behörighetsregler som både säkerställer enhetlighet i rättstillämpningen och en gång för alla sätter stopp för tillämpningen av s.k. exorbitanta behörighetsregler.

Efter dessa konstateranden presenteras ett förslag till en bestämmelse om forum necessitatis. Förslaget föregås av en allmänmotivering och åtföljs av en relativt utförlig lagkommentar. Det kan konstateras att förslaget söker stöd i de nationella internationellt privaträttsliga lösningarna och i väsentlig grad avviker från underhållsförordningens motsvarande regel. I synnerhet är värt att uppmärksamma den distinktion som görs mellan fall då en behörig domstol helt saknas och fall då en sådan i och för sig finns men är oförmögen att uppta målet till prövning. En annan nymodighet som förtjänar att särskilt lyftas fram är anknytningsrekvisitets konstruktion; styrkan av detta har nämligen uttryckligen gjorts avhängigt intresset av att undvika déni de justice. Fråga är om en relativt komplex reglering, som i sin tur aktualiserar en rad ytterligare frågor, bl.a. den om *forum non conveniens*. En fiktiv tillämpning visar emellertid att regeln förmår tillhandahålla lösningar för i dagsläget problematiska situationer. Vid en avslutande utvärdering av regeln bemöts (en del) tänkbar kritik och det görs därvidlag gällande att förslaget har goda skäl för sig, samtidigt som det framhålls att sista ordet i frågan ännu är långtifrån sagt.

## Beteckningar och förkortningar

BCIP	16 juillet 2004 - Loi portant le Code de droit international privé (Mon. 27 juillet 2004)
Brysselkonventionen	Brysselkonventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område
Bryssel I-förordningen	Rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område
Bryssel II a-förordningen	Rådets förordning (EG) nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och om föräldraansvar samt om upphävande av förordning (EG) 1347/2000
CPC	Código de Processo Civil (Decreto-Lei n.º 183/2000, de 10 de Agosto)
ED	Europadomstolen
EGD	EG-domstolen
EG-fördraget; EGF	Fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen av den 25 mars 1957 (Romfördraget)
EKMR	Europeiska konventionen av den 4 november 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

EUFF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (infört genom Lissabonfördraget av den 13 december 2007 om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen)
EU-stadgan	EU:s stadga om av den 7 december 2000 om de grundläggande rättigheterna
FEU	Fördraget om Europeiska unionen (efter beaktande av Lissabonfördraget av den 13 december 2007 om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen)
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights of December 16, 1966
IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (18 dez., 1987); IPR-Gesetz
Jenard-rapporten	Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgements in civil and commercial matters, OJ 1979 C 59/1
JN	Jurisdiktionsnorm (JN): Gesetz vom 1.8.1895, RGBI 111, über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen
Luganokonventionen	Luganokonventionen av den 16 september 1988 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område
REG	Rättsfallssamling från EG-domstolen

RB	Rättegångsbalken (1942:740)
Underhållsförordningen	Rådets förordning (EG) nr 4/2009 av den 18 december 2008 om domstols behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet av domar samt samarbete i fråga om underhållsskyldighet
Unionsfördraget	Fördraget om Europeiska unionen av den 7 februari 1992 (Maastrichtfördraget)
WBR	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
ZPO	Zivilprozessordnung



# Innehållsförteckning

Dedicatio et Gratiarum actio.....	i
Sammanfattning.....	ii
Beteckningar och förkortningar.....	iv
<b>Inledning.....</b>	<b>ix</b>
<b>1 Från Brysselkonventionen till Bryssel I-förordningen.....</b>	<b>1</b>
1.1 Brysselkonventionen - ett första steg mot enhetliga jurisdiktionsregler.....	1
1.2 Bryssel I-förordningens grundläggande systematik.....	4
1.3 Särskild problematik och behovet av ytterligare reglering.....	6
<b>2 Bryssel II a-förordningen - en ny systematik.....</b>	<b>11</b>
2.1 Den grundläggande behörighetskatalogen.....	11
2.2 Exklusiv behörighet och negativa behörighetsregler.....	12
2.3 Särskild problematik och behovet av ytterligare reglering.....	13
<b>3 Forum necessitatis.....</b>	<b>17</b>
3.1 Innebörden av forum necessitatis.....	17
3.2 Forum necessitatis i europeiska rättsordningar.....	20
3.2.1 Schweizisk rätt.....	21
3.2.2 Belgisk rätt.....	23
3.2.3 Holländsk rätt.....	25
3.2.4 Portugisisk rätt.....	27
3.2.5 Österrikisk rätt.....	29
3.2.6 Fransk rätt.....	31
3.2.7 Spansk rätt.....	32
3.2.8 Tysk rätt.....	32
3.3 Den svenska situationen.....	35

3.4 Forum necessitatis i underhållsförordningen.....	38
3.4.1 Fiktiv tillämpning av artikel 7 underhållsförordningen.....	38
3.4.2 Närmare granskning av artikel 7 underhållsförordningen.....	42
<b>4 Behov och rättslig grund.....</b>	<b>47</b>
4.1 Behovet av ett forum necessitatis i Bryssel-förordningarna.....	47
4.2 De rättsliga förutsättningarna för en regel om forum necessitatis.....	54
4.3 Bör en regel om forum necessitatis införas?.....	54
4.4 Betydelsen av att ett forum necessitatis införs.....	56
<b>5 Uppbyggnaden av en forum necessitatis-regel.....</b>	<b>58</b>
5.1 Allmänmotivering.....	58
5.2 Förslag till en forum necessitatis-reglering.....	61
5.2.1 Hindersrekvisitet: omöjlighet.....	65
5.2.2 Hindersrekvisitet: orimlighet.....	67
5.2.3 Hindersrekvisitet: uppenbart obilligt.....	69
5.2.4 Den andra punkten - behöriga domstolar oförmögna att uppta målet.....	71
5.2.5 Anknytningsrekvisitet.....	72
5.2.6 Beviskravet och bevisbördans placering.....	77
5.3 Fiktiv tillämpning av den föreslagna regeln.....	77
5.4 Utvärdering.....	81
<b>6 Avslutande reflektioner.....</b>	<b>84</b>
<b>Käll- och litteraturförteckning.....</b>	<b>86</b>
<b>Bilaga I - relevant gemenskapsrätt.....</b>	<b>95</b>
<b>Bilaga II - relevanta bestämmelser i internationella konventioner.....</b>	<b>103</b>
<b>Bilaga III - nationella bestämmelser.....</b>	<b>104</b>
<b>Bilaga IV - föreslagna bestämmelser m.m. ....</b>	<b>108</b>

## Inledning

Med IP-rätt, eller internationell privat- och processrätt som utgör ämnets fullständiga beteckning, avses traditionellt sett frågor hänförliga till domstolars behörighet, lagvalsfrågor samt frågor avseende erkännande och verkställighet av domar. Till detta ämnesområde har med tiden blivit alltmer vanligt förekommande att hänföra även frågor rörande internationell rättslig hjälp. Mot bakgrund av denna vidsträckta definition av IP-rättens område säger det sig självt att det, av utrymmestekniska skäl, ej är möjligt att inom ramen för den följande framställningen behandla alla tänkbara aspekter. Av denna anledning har författaren således valt att, om än med ett icke obetydligt mått av beklagande, begränsa framställningen till att avse frågor gällande, eller med nära anknytning till, jurisdiktionsreglerna, dvs. frågor kring domstolars (internationella) behörighet i gränsöverskridande situationer.

Emellertid är det inte, ens med denna inledande begränsning, möjligt att göra anspråk på att den följande framställningen skall vara fullständig. I enlighet härmed tar denna, åtminstone huvudsakligen, sikte på den speciella problematik som riskerar att uppstå då någon tillämplig behörighetsregel ej står att finna i de EG-rättsliga instrumenten. Det regelsystem som successivt utarbetats inom EU, och några problematiska situationer som riskerar att uppstå vid tillämpningen av detta, presenteras inledningsvis i syfte att ge en bakgrund till den efterföljande diskussionen (kapitel 1).

Som redan angivits är författarens avsikt dock ej att tillhandahålla någon fullständig överblick över jurisdiktionsreglerna, utan framställningen är, tvärtom, inriktad på den speciella problematik som uppstår när gemenskapsrätten och de nationella internationellt privaträttsliga reglerna sammanstrålar. I skrivande stund är detta främst fallet då de gemenskapsrättsliga instrumenten på området innehåller uttryckliga hänvisningar till nationell rätt; ett fenomen som med en allmänt vedertagen term, på engelska, brukar benämnas *residual jurisdiction* (författaren veterligen saknas en lämplig svensk motsvarighet till begreppet). Dessa regler utgör följaktligen ett undantag från, mer eller mindre, preciserade huvudregler. De senare kommer, om än i korthet, regelbundet beröras när det är av betydelse för läsarens förståelse av framställningen. Däremot kommer befintliga regler om s.k. specialfora eller särskilda jurisdiktionsgrundande regler ej att beröras annat än i rena undantagsfall, och då blott i den utsträckning som det är oundgängligen nödvändigt att läsaren bekantas med dessa regler.

Utöver de nu gjorda avgränsningarna bör redan här nämnas att författaren ej har för avsikt att behandla reglerna om föräldraansvar som återfinns i artiklarna 8-15 i Bryssel II a-förordningen.

Med de ovan gjorda avgränsningarna i åtanke ställer sig läsaren måhända frågan vad som återstår att behandla inom ramen för ämnet jurisdiktion samt vad som *är* syftet med framställningen. Det kan därför vara på sin plats med en kortfattad förklaring av framställningens syfte och den samhälleliga bakgrunden till denna.

I dagens alltmer internationella samhälle har gränsöverskridande tvister blivit allt vanligare förekommande. Vad som för blott några decennier sedan var en raritet är idag relativt normalt, inte bara i företagsvärlden utan även för den enskilda privatpersonen. Den senare bekymrar sig emellertid inte särskilt mycket därom... förrän han eller hon befinner sig mitt i tvisten. Plötsligt aktualiseras frågor om vilket lands domstolar som är behöriga att pröva dennes anspråk, vilket kan vara nog så svårt att besvara. I vissa fall, förvisso av undantagskaraktär det medges, blir problematiken dock än besvärligare, nämligen då det saknas en tillämplig jurisdiktionsregel, då en i och för sig behörig domstol är oförmögen att uppta målet till prövning eller då det av någon annan anledning är omöjligt att föra talan vid utländska domstolar. För domstolarna, lagstiftaren och rättsväsendet i stort är situationen besvärande med hänsyn till bl.a. internationella åtaganden. För den enskilde är situationen emellertid långt mer besvärande; denne riskerar att stå rättslös, dvs. utan tillgång till domstolsprövning.

Hittills har detta från EG-håll lösts genom hänvisning till nationell rätt för det fall avsaknad på gemenskapsrättsliga regler råder. Emellertid har detta klara nackdelar, bl.a. kan lika fall komma att behandlas olika beroende på vilket medlemsland som berörs. På senare tid har därför fråga uppstått kring avskaffandet av hänvisningarna till nationella regler. En följdfråga blir emellertid vilken lösning som skall träda i dessas ställe. Det är i detta skede som diskussionen om *forum necessitatis*, nödvändighetsforum, kommer in i bilden och det är i ljuset av den kontexten som detta arbete skall ses. Framställningen syftar till att belysa den i det föregående berörda problematiken för att utmyнна i en diskussion om ett *forum necessitatis* bör införas och, i sådana fall, hur en sådan regel bör utformas.

Framställningen har utformats på så sätt att i de inledande kapitlen belyses och diskuteras tekniken med hänvisningar till nationell rätt utifrån den nuvarande regleringen i Brysselinstrumenten (kapitel 1-2).

I det efterföljande kapitlet förklaras vad som avses med forum necessitatis innan en översiktlig studie av befintliga forum necessitatis-bestämmelser inom Europa genomförs. Även den svenska situationen granskas, med särskilt fokus på regeln i 10:3 st. 1 RB. Mot bakgrund av ovan nämnda studie granskas och utvärderas den regel om forum necessitatis som upptagits i underhållsförordningen (kapitel 3).

Därpå diskuteras behovet, och verkningarna, av en eventuell forum necessitatis-regel varvid även frågan om tänkbara alternativ ställs (kapitel 4).

I nästföljande kapitel förs en diskussion kring utformningen av en eventuell forum necessitatis-regel och vad som skall krävas för dess tillämpning. Denna diskussion utmynnar i att ett förslag till en regel motiveras, presenteras och slutligen kommenteras (kapitel 5).

I det sista kapitlet ges utrymme för författarens avslutande reflektioner (kapitel 6).

Inledningsvis skall emellertid, som ovan nämnts, något sägas om framväxten och utformningen av de nu rådande jurisdiktionsreglerna.



# 1 Från Brysselkonventionen till Bryssel I-förordningen

Det första riktigt betydelsefulla instrumentet på den europeiska privaträttens område dateras tillbaka till den 27 september 1968 då de sex ursprungliga medlemsstaterna antog Brysselkonventionen. Konventionen trädde i kraft 1973 och är uppbyggd som en s.k. ”dubbel konvention”<sup>1</sup>, behandlande såväl domstols behörighet som erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område. Trots att det inte är särskilt svårt att föreställa sig att det som föresvävade konventionsstaterna vid tiden för antagandet var att underlätta erkännande och verkställighet av domar dessa stater emellan, framhålls i den juridiska doktrinen att det är behörighetsreglerna som varit av störst betydelse i praktiken.<sup>2</sup>

Koncepten i Brysselkonventionen kom att bli så framgångsrika att en i de flesta avseenden likalydande konvention, 20 år senare, kom att antas för att reglera förhållandet mellan EG-staterna och EFTA-staterna, nämligen 1988-års Luganokonvention. Denna konvention, som alltjämt är i kraft, reglerar bl.a. medlemsstaternas förhållanden till Schweiz och Island. Även om behandlingen av Luganokonventionen faller utanför ramen för denna framställning bör läsaren dock hålla i minnet att, då reglerna i Bryssel- resp. Luganokonventionen i princip är identiska, det som sägs avseende Brysselkonventionen, *mutatis mutandis*, äger bäring även på Luganokonventionen.

Brysselkonventionen ersattes, vad avser förhållandet mellan medlemsstaterna, den 1 mars 2002 av Bryssel I-förordningen. Det sagda gäller dock med ett viktigt undantag; i förhållande till Danmark kvarstår och gäller Brysselkonventionen alltjämt oförändrad.<sup>3</sup> Då Brysselkonventionens principer fortfarande är de som ligger till grund för nu rådande ordning är emellertid EG-domstolens rättspraxis alltjämt av intresse för tolkningen av Bryssel I-förordningen.<sup>4</sup> Med beaktande därav, samt med hänsyn till den historiska utvecklingen, är det således även av intresse att inledningsvis granska hur reglerna i Brysselkonventionen är uppbyggda.

## 1.1 Brysselkonventionen - ett första steg mot enhetliga jurisdiktionsregler

Brysselkonventionens jurisdiktionsregler utgår från den huvudregel som återfinns i artikel 2 och som stadgar att en svarande som har sitt hemvist i en konventionsstat, oavsett

---

<sup>1</sup> Om terminologin, se Jenard-rapporten, s. 7.

<sup>2</sup> Se ex. Bogdan, Michael, Concise Introduction to EU Private International Law [Bogdan, EU PIL], s. 33 f. samt Bogdan, Michael, Svensk Internationell Privat- och Processrätt [Bogdan, SIPP], s. 131.

<sup>3</sup> Se artikel 1.3 Bryssel I-förordningen.

<sup>4</sup> Se ex. Bogdan, EU PIL, s. 35.

nationalitet, skall stämmas i den statens (hemviststatens) domstolar om annat ej uttryckligen följer av konventionen. Regels karaktär av huvudregel framgår inte bara av verbet ”skall” utan även av den semi-officiella kommentaren där det betonas att en sådan svarande ’[...] must in general be sued in the courts of that State [...]’<sup>5</sup>. Vidare framgår av regeln att personer som ej är medborgare i sin hemviststat inte får ges en sämre ställning än medborgare av staten i fråga. I detta sammanhang är av särskild vikt att lägga märke till regelns konstruktion; huvudregeln är i sig behörighetsgrundande. Att särskilda komplikationer kan uppstå då så ej är fallet, utan behörigheten istället är negativt definierad, skall belysas i ett senare sammanhang.<sup>6</sup>

Av det i det föregående sagda följer att stor betydelse givits åt hemvistbegreppet<sup>7</sup>. Bakgrunden härtill synes huvudsakligen vara negativt angiven. Med detta avses att det närmast synes ha varit befarade olägenheter med att nyttja nationalitet som anknytningsfaktor som ledde fram till att hemvistbegreppet gavs en central roll. För det första ansågs det innehålla ett icke obetydligt mått av självmotsägelse att låta gemensamma regler vara beroende av nationalitet som ju i sig kan sägas utgöra en differentierande faktor och det ansågs även innebära ett tillbakasteg i förhållande till (då) redan befintliga konventioner. För det andra förutsågs en dylik anknytningsfaktor riskera att leda till icke obetydliga praktiska tillämpningssvårigheter, dels genom att olika regler hade blivit nödvändiga för att hantera olika situationer beroende på partssammansättningen, dels på grund av att detta skulle ha medfört problem vid dubbla medborgarskap. Detta hade i sin tur medfört att konventionsstaterna hade tvingats lösa problem som, strikt taget, föll utanför syftet och målsättningen med konventionen. För det tredje ansågs det svårmotiverat och betänkligt att undanhålla personer, etablerade inom konventionsstaterna utan att vara medborgare av någon av dessa, Brysselkonventionens förmåner.<sup>8</sup>

Samtidigt framhölls, som ett positivt skäl för nyttjandet av svarandens hemvist som anknytningsfaktor, den latinska sentensen *actor sequitur forum rei* som ger uttryck för uppfattningen att behörigheten i regel bestäms av partsställningen.<sup>9</sup> Detta synes föga anmärkningsvärt och ligger även i linje med principen om *favor defensionis*.

---

<sup>5</sup> Jenard-rapporten, s. 13. Jfr även Bogdan, SIPP, s. 134 samt Byrne, Peter, The EEC Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements, s. 25.

<sup>6</sup> Se nedan avsnitt 2.3.

<sup>7</sup> Om annat ej uttryckligen anges görs i framställningen ej någon skillnad mellan å ena sidan ’domicile’ och å andra sidan ’habitual residence’. Distinktionen är främst av intresse i common-law länderna och översätts enligt vedertaget bruk till svenska med nyttjande av hemvistbegreppet.

<sup>8</sup> Se till det i stycket sagda, Jenard-rapporten, s. 14 f.

<sup>9</sup> Jenard-rapporten, s. 18.



I artikel 3 Brysselkonventionen anges att avvikelser från huvudregeln endast är tillåtna i den mån så medges av reglerna i avsnitt 2-6 i konventionen. Strängt taget framstår denna regel som en (överflödig) erinran, ty detta följer redan, *e contrario*, av huvudregeln. Av större intresse är emellertid bestämmelsens andra stycke, vari en uppräkningslista av vissa s.k. exorbitanta fora företas i samband med en erinran om att i synnerhet dessa regler ej skall äga tillämpning mot en svarande som har sitt hemvist i en medlemsstat. Ånyo kan konstateras att en sådan erinran strikt taget ej är nödvändig, utan endast synes ha intagits i klagorand, pedagogiskt, syfte. Det sagda till trots är det av alltjämt av intresse för denna framställning att notera konventionsstaternas tidiga motvilja till att låta svaga anknytningsfaktorer grunda jurisdiktion.

Slutligen, men för framställningen kanske av allra störst betydelse, återfinns, i artikel 4 Brysselkonventionen, en negativ behörighetsregel som hänvisar till nationella bestämmelser. Regelns innebörd är, i korthet, att behörigheten att pröva ett mål mot en svarande, som inte har sitt hemvist i en konventionsstat, bestäms, med de begränsningar som följer av bestämmelserna om exklusiv jurisdiktion i artikel 16, av konventionsstaternas nationella regler (för det fall artikel 16 äger tillämpning följer emellertid av hänvisningen att nationella behörighetsregler ej får användas för att grunda jurisdiktion). Sådana svaranden står således, i princip, skyddslösa gentemot de enskilda konventionsstaternas nationella internationellt privaträttsliga regler.<sup>10</sup> Härvidlag råder inga begränsningar, åtminstone inte till svarandens skydd. Den enda regel som uppställts tar, tvärtom, sikte på diskriminering av käranden, och förbjuder en tillämpning av de nationella reglerna på ett sådant sätt att käranden diskrimineras på grund av sin nationalitet.<sup>11</sup>

Som nämndes i inledningen av föregående stycke är bestämmelsen i artikel 4 första stycket Brysselkonventionen av negativ karaktär, dvs. det rör sig här ej om någon jurisdiktionsgrundande regel i sig, utan, tvärtom, en tillåtelse (och, vid en granskning av bestämmelsens ordalydelse, till och med en skyldighet) för konventionsstaterna att begagna sig av eljest ej tillåtna regler. Huruvida domstolarna i de enskilda konventionsstaterna *de facto* har behörighet att höra det specifika fallet är en fråga som faller utanför Brysselkonventionen. Faktum är att, sedd i ljuset av den i artikel 2 begagnade formuleringen, artikel 4 synes sakna självständig betydelse (bortsett från andra stycket) emedan begränsningen i den förra bestämmelsen ej omfattar det fall då svaranden ej har

---

<sup>10</sup> Se Bogdan, SIPP, s. 134.

<sup>11</sup> Se art. 4 andra stycket Brysselkonventionen och jfr artikel 18 EUFF (artikel 12 EGF). Se även Byrne, a.a.s. 28 och jfr Paul Vlas i Magnus, Ulrich & Mankowski, Peter, European Commentaries on Private International Law Brussels I Regulation, s. 73 f.

sitt hemvist inom en konventionsstat. Det har emellertid framhållits att denna uttryckliga hänvisning till nationella behörighetsregler har två syften; för det första innebär den att frågor om erkännande och verkställighet av domar i mål där jurisdiktion grundats på *de facto* nationella regler kommer att styras av Brysselkonventionens regler, för det andra blir Brysselkonventionens litispensregler tillämpliga genom att de nationella reglerna härleder sin tillämplighet från konventionen.<sup>12</sup>

Med hänsyn till det nu sagda förefaller distinktionen mellan negativa resp. positiva nationella behörighetsregler svårare att upprätthålla. Icke desto mindre är det av betydelse att här framhålla denna distinktion, ty medan en regel av det förra slaget ej är jurisdiktionsgrundande i sig skulle en regel av det senare slaget vara det. Det hela kan kanske uttryckas som att, med den konstruktion som nyttjas i Brysselkonventionen, tillerkänns en *i och för sig redan befintlig behörighet* en särskild ställning.<sup>13</sup> Distinktionen kan tyckas hårfin men torde äga betydelse, inte minst vad avser kompetensfördelningen mellan EU och medlemsstaterna.<sup>14</sup> Vidare är distinktionen av intresse för den vidare framställningen; i synnerhet för frågan om ett forum necessitatis, då det istället rör sig om en behörighetsgrundande regel, skulle medföra någon skillnad för medlemsstaterna.<sup>15</sup>

## 1.2 Bryssel I-förordningens grundläggande systematik<sup>16</sup>

Bryssel I-förordningen ersatte, som ovan framgått, Brysselkonventionen den 1 mars 2002 mellan samtliga EU:s medlemsstater med undantag för Danmark. Mot denna bakgrund är det föga förvånande att grundtankarna som genomsyrar Brysselkonventionen kvarstår, i relativt oförändrat skick, i Bryssel I-förordningen. Antagandet av den senare synes således främst haft andra skäl än önskan att åstadkomma en materiell reform, bl.a. att tillse att gemenskapen skaffade sig exklusiv kompetens på området i fråga.

Huvudregeln i Bryssel I-förordningen återfinns, precis som i Brysselkonventionen, i artikel 2 och har i princip samma innebörd som i denna, dvs. som huvudregel gäller att domstolarna i den medlemsstat där svaranden har sitt hemvist är behöriga (*forum*

---

<sup>12</sup> Jenard-rapporten, s. 20 f. Se även Byrne, a.a.s. 27 f., Pålsson, Lennart, Bryssel I-förordningen jämte Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 73 och Paul Vlas i Magnus & Mankowski, a.a.s. 76 f.

<sup>13</sup> Jfr Paul Vlas i Magnus & Mankowski, a.a.s. 75 f.

<sup>14</sup> Jfr EGD i yttrande 1/03 [REG 2006 s. I-01145], särskilt p. 148. Se även Krueger, Thalia, Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States, s. 30 f. och 89 samt Pålsson, a.a.s. 73.

<sup>15</sup> Se vidare nedan avsnitt 4.4.

<sup>16</sup> För en mer ingående överblick över hela regelsystemet, se ex. Fawcett & Carruthers, Private International Law, samt Krueger, a.a. ovan not 14.

*domicilii*).<sup>17</sup> Regelns tvingande karaktär framgår, förutom av artikelns ordalydelse, även av EG-domstolens rättspraxis där det understrukits att en domstol, behörig enligt artikel 2, ej äger underlåta att uppta målet till prövning ens om det skulle finnas en betydligt mer lämpad domstol (*forum non conveniens*).<sup>18</sup> På motsvarande sätt som i Brysselkonventionen gäller att huvudregeln i artikel 2 även skall tillämpas i förhållande till en svarande som inte är medborgare i hemviststaten. I detta avseende kan därför hänvisas till vad som ovan sagts i fråga om Brysselkonventionen.<sup>19</sup>

Även artikel 3 i Brysselkonventionen har sin motsvarighet i Bryssel I-förordningen. Således återfinns i artikel 3 i Bryssel I-förordningen en regel med innebörden att huvudregeln i artikel 2 endast får frångås i den mån så uttryckligen är tillåtet enligt förordningen.<sup>20</sup> På motsvarande sätt som i Brysselkonventionen innehåller den korresponderande artikeln i Bryssel I-förordningen en (hänvisning till) en ”svartlista” över vissa exorbitanta behörighetsregler som särskilt inte får nyttjas mot en svarande som har sitt hemvist i en medlemsstat. Även i detta avseende kan därför huvudsakligen hänvisas till vad som ovan sagts om Brysselkonventionen.<sup>21</sup>

Två aspekter förtjänar emellertid att nämnas särskilt. För det första bör noteras att för svenskt vidkommande återfinns bestämmelsen i 10 kap. 3 § första stycket första meningen RB på den nämnda svartlistan över exorbitanta forumregler, vilket innebär att regeln om *förmögenhetsforum* ej får tillämpas.<sup>22</sup> Vidare förtjänar att framhållas att uppräkningslistan av svartlistade behörighetsregler ej är avsedd att vara uttömmande; alla behörighetsregler som inte uttryckligen är tillåtna enligt Bryssel I-förordningen måste ge vika för huvudregeln i artikel 2.<sup>23</sup> Detta till trots har det i den juridiska doktrinen höjts röster som förespråkar motsatsen. Bogdan menar till exempel att det är tänkbart att nationella behörighetsgrundande regler som ej är tillåtna enligt Bryssel I-förordningen, till och med sådana som återfinns på svartlistan och därmed är uttryckligen förbjudna, i undantagssituationer kan tillämpas för att undvika vad han kallar för ett rättsligt tomrum; som exempel på en sådan undantagssituation nämner denne att svaranden har tillgångar i en medlemsstat som är oåtkomliga för dennes borgenärer till följd av

---

<sup>17</sup> Se Jenard-rapporten, s. 13 och 18-19. Se även Fawcett & Carruthers, a.a.s. 227, Paul Vlas i Magnus & Mankowski, a.a.s. 71 och Wild, Charles, Conflict of Laws, s. 95.

<sup>18</sup> Se EGD mål C-281/02 *Owusu mot Jackson*.

<sup>19</sup> Se ovan avsnitt 1.1.

<sup>20</sup> Se vidare, Fawcett & Carruthers, a.a.s. 223 f., Wild, a.a.s. 95 f. samt Stone, Peter, EU Private International Law, s. 45 ff. och 54 ff.

<sup>21</sup> Se ovan avsnitt 1.1.

<sup>22</sup> Se mer om förmögenhetsforum, nedan avsnitt 3.3.

<sup>23</sup> Jfr EGD mål C-412/98 *Group Josi*, p 35. Jfr även Fawcett & Carruthers, a.a.s. 223 och Paul Vlas i Magnus & Mankowski, a.a.s. 71 och 75.

verkställighetshinder.<sup>24</sup> Utan att här närmare diskutera påståendets sanningshalt låter det sig konstateras att resonemanget bär en tydlig forum necessitatis-prägel. Detta kommer att diskuteras i senare sammanhang.<sup>25</sup>

Artikel 4 Bryssel I-förordningen innehåller, än en gång i paritet med Brysselkonventionens regler, en negativ behörighetsregel. Den till synes enda skillnaden gentemot regeln i Brysselkonventionen består i att undantag görs, inte blott för regeln om exklusiv behörighet i artikel 22,<sup>26</sup> utan även för artikel 23 som behandlar verkan av avtal om domstols behörighet.<sup>27</sup> Enligt artikel 23 i Bryssel I-förordningen, vartill artikel 4 hänvisar, har ett avtal om att en medlemsstats domstolar skall vara behöriga, under förutsättning att minst en av parterna har sitt hemvist i en medlemsstat, den verkan att exklusiv behörighet tillkommer dessa domstolar, för det fall annat ej uttryckligen avtalats.<sup>28</sup> Detta innebär således att för det fall ett avtal finns, som tillerkänner en medlemsstats domstolar behörighet att döma över tvisten (och avtal ej ingåtts om icke-exklusivitet eller ett sådant avtal finns men ej uppfyller formkraven enligt artikel 23), kan detta avtal ej sättas ur spel med stöd av hänvisningen till nationella jurisdiktionsregler. Som kommer att framgå av den senare framställningen är detta undantag betydelsefullt för frågan om behovet av en regel om forum necessitatis.<sup>29</sup> I övrigt må i fråga om bestämmelsen i artikel 4 Bryssel I-förordningen hänvisas till vad som ovan anförts i anslutning till motsvarande regel i Brysselkonventionen.<sup>30</sup>

### 1.3 Särskild problematik och behovet av ytterligare reglering

Som framgått ovan har i den juridiska doktrinen gjorts uttalanden som indikerar att rättsläget, trots den gemenskapsrättsliga regleringen på området, inte är helt tillfredsställande. Klart är att gemenskapslagstiftaren, genom att begagna sig av tekniken

---

<sup>24</sup> Se Bogdan, EU PIL, s. 43 f.

<sup>25</sup> Jfr nedan avsnitt 1.3 och kapitel 3.

<sup>26</sup> Av 14 p. i ingressen till Bryssel I-förordningen följer att exklusiviteten som följer av artikel 22 "tar över" övriga jurisdiktionsgrunder - till och med om jurisdiktion skulle följa av ett av parterna ingånget avtal. Se även Fawcett & Carruthers, a.a.s. 275, Krueger, a.a.s. 184 f. och Stone, a.a.s. 133.

<sup>27</sup> I den juridiska doktrinen har ibland framhållits att även om artikel 4 blott hänvisar till nämnda artiklar så följer av regelsystemets systematik att undantag även är förutsatta för ett flertal av bestämmelserna under avsnitt II Bryssel I-förordningen, se ex. Stone, a.a.s. 57 f.

<sup>28</sup> Se bl.a. Fawcett & Carruthers, a.a.s. 283 ff., Clarkson, C.M.V. & Hill, Jonathan, The Conflict of Laws, s. 66 ff., Krueger, a.a.s. 216 f. och Stone, a.a.s. 169. Behörigheten är exklusiv även då fråga är om huruvida forumklausulen är giltig, se EGD mål C-269/95 *Benincasa*. Forumvalet behöver inte framgå av kontraktet i sig, se EGD mål C-214/89 *Powell Duffryn plc mot Petereit*, och forumet i fråga kan framgå indirekt av omständigheterna, se EGD mål C-387/98 *Coreck Maritime GmbH*.

<sup>29</sup> Se nedan avsnitt 1.3 och 4.1.

<sup>30</sup> Se ovan avsnitt 1.1.

med negativa behörighetsregler innehållande hänvisningar till nationell rätt, i praktiken delvis frånhänt sig kontrollen över regelverket.

Att detta kan vålla betänkligheter är tydligt. För det första skiljer sig de nationella reglerna, vartill vilka hänvisning sker, avsevärt åt sinsemellan, något som framgår vid en granskning av de såsom särskilt exorbitanta uppräknade reglerna, och som innebär att olika fall kan, och kommer att, behandlas olika beroende på det berörda medlemslandets utformning av dess internationellt privaträttsliga regler. För det andra ges, som ovan nämnts, ingen garanti för att de nationella reglerna *de facto* kan nyttjas för att grunda behörighet för domstolen i fråga; faktum är att systemet överhuvudtaget ej förmår garantera att den enskilde har tillgång till en domstol i de (i och för sig relativt fåtaliga) situationer där frågan aktualiseras, något som i sig vållar betänkligheter.<sup>31</sup> Att fråga i dessa situationer är om en lagteknisk lapsus synes uppenbart. Emellertid är detta av betydligt mindre allvarlig beskaffenhet här än i de fall som skall behandlas i nästföljande stycke, emedan utrymme i den här diskuterade situationen (åtminstone teoretiskt sett) kvarstår för den nationella lagstiftaren att åtgärda problemet.<sup>32</sup>

En betydligt allvarligare situation uppstår då den gemenskapsrättsliga regleringen uttryckligen lägger hinder i vägen för att åtgärda ”hål i regleringen” genom nationell lagstiftning. Denna situation synes främst kunna uppstå i två situationer, nämligen då 1) en medlemsstats domstolar är exklusivt behörig enligt artikel 22 Bryssel I-förordningen (artikel 16 Brysselkonventionen) och 2) ett jurisdiktionsavtal ingåtts av parterna i enlighet med förutsättningarna i artikel 23 Bryssel I-förordningen.

Artikel 4 Bryssel I-förordningen lyder:

”1. Om svaranden inte har hemvist i en medlemsstat bestäms domstolarnas behörighet i varje medlemsstat i enlighet med den medlemsstatens lag, *om inte annat följer av bestämmelserna i artiklarna 22 och 23.* [...]” [författarens kursivering]

I artikel 22 Bryssel I-förordningen föreskrivs:

”1. Följande domstolar skall, oberoende av parternas hemvist, ha *exklusiv behörighet.* [...]” [författarens kursivering]

---

<sup>31</sup> Se nedan avsnitt 2.3 och 4.1.

<sup>32</sup> Jfr Pålsson, a.a.s. 73.

## Enligt artikel 23 Bryssel I-förordningen stadgas:

- ”1. Om parterna har träffat avtal om att en domstol eller domstolarna i en medlemsstat skall vara behöriga att avgöra en redan uppkommen tvist eller framtida tvister i anledning av ett bestämt rättsförhållande, och minst en av parterna har sitt hemvist i en medlemsstat, skall *endast* den domstolen eller domstolarna i den medlemsstaten *ha behörighet*. En sådan behörighet *skall vara exklusiv* om parterna inte träffat avtal om annat. Ett sådant avtal om behörighet skall vara antingen a) skriftligt eller muntligt och skriftligen bekräftat, eller b) i en form som överensstämmer med den praxis som parterna utbildat mellan sig, eller c) i internationell handel, i en form som överensstämmer med handelsbruk eller annan sedvänja som parterna kände till eller borde ha känt till och som är allmänt känd och regelmässigt iakttagas av parter i avtal av föreliggande typ vid det ifrågavarande slaget av handel.
2. Ett elektroniskt meddelande som möjliggör en varaktig dokumentation av avtalet, skall anses vara likvärdigt med skriftligt.
3. Om ett sådant avtal har ingåtts mellan parter av vilka ingen har sitt hemvist i en medlemsstat, är *domstolarna i andra medlemsstater inte behöriga att pröva tvisten så länge den eller de utvalda domstolarna inte har förklarat sig obehöriga. [...]*” [författarens kursiveringar]

För att belysa problematiken kan följande exempel ges. Antag att parterna ingått ett avtal om domstols behörighet, men samtidigt (medvetet eller omedvetet) underlåtit att uttryckligen ingå avtal om att den valda domstolen ej skall vara exklusivt behörig (eller, för den delen, att ett sådant avtal ingåtts utan att uppfylla de i artikel 23 angivna formkraven). Antag vidare att käranden har sitt hemvist i en medlemsstat, medan svaranden har sitt hemvist tredje land samt att avtalet skall fullgöras i tredje land. Antag slutligen att den valda domstolen, som är en domstol i ett medlemsland, vägrar eller är oförmögen att pröva kärandens talan. I detta fall kan käranden ej förlita sig på huvudregeln i artikel 2 eftersom svaranden ej har sitt hemvist i en medlemsstat. Käranden kan inte heller begagna sig av den speciella behörighetsregeln i artikel 5.1 Bryssel I-förordningen eftersom prestation ej skall ske i en medlemsstat. (En tillämpning är f.ö. utesluten redan av det skälet att behörighetens enligt artikel 23 är exklusiv, jfr nedan).<sup>33</sup> Eftersom svaranden inte har sitt hemvist i en medlemsstat söker käranden, under åberopande av artikel 4.1 Bryssel I-förordningen, få till stånd en prövning i sin hemviststat med stöd av detta lands nationella behörighetsregler. Emellertid följer av hänvisningen i artikel 4.1 att tillämpligheten av nationella behörighetsregler ej får ske i strid med artikel 23. Då minst en

---

<sup>33</sup> Här må även erinras om att ett jurisdiktionsavtal utesluter tillämpning av artikel 2, se Paul Vlas i Magnus & Mankowski, a.a.s. 71.

av parterna (käranden) har sitt hemvist i en medlemsstat och parterna ej ingått något avtal till motsatt verkan är den valda domstolen exklusivt behörig enligt artikel 23. Käranden är i denna situation beroende av att svaranden antingen träder i svaromål (jfr artikel 24 Bryssel I-förordningen) eller att den utpekade domstolen prövar målet. I övriga fall saknar käranden möjlighet att få till stånd en domstolsprövning. Det må här noteras att motsvarande problematik (åtminstone i teorin) kan uppstå i de situationer då behörigheten är exklusiv enligt artikel 22 Bryssel I-förordningen.

Den uppmärksamma läsaren invänder nu att det följer av EG-domstolens praxis att en medlemsstats domstol som är behörig att uppta ett mål enligt artikel 2 Bryssel I-förordningen också har en skyldighet att göra så,<sup>34</sup> samt att motsvarande bör gälla för det fall behörigheten i det specifika fallet grundar sig på artiklarna 22 eller 23 Bryssel I-förordningen. Att det nog förhåller sig på det viset, eller att EG-domstolen kan förmodas anse så vara fallet, synes vara en välgrundad ståndpunkt, ty såväl artikel 22 som artikel 23 förutsätter att det rör sig om en domstol i en medlemsstat.<sup>35</sup> *E contrario* torde även följa att ett avtal om att en domstol i tredje land skall vara behörig ej hindrar medlemsstaternas domstolar från att uppta ett fall till prövning, och detta oavsett om behörigheten grundas på bestämmelserna i Bryssel I-förordningen eller nationella behörighetsregler. Det förtjänar emellertid att understrykas att dessa slutsatser ingalunda är säkra.

Oaktat hur det förhåller sig med detta, dvs. oavsett om det sannolikt är så att en domstol i en medlemsstat ej äger vägra att uppta ett mål till prövning under nämnda förutsättningar, besvarar det emellertid inte frågan vad som gäller när en exklusivt behörig domstol är förhindrad att pröva målet på grund av *force majeure*-liknande omständigheter. Varken artikel 22 eller artikel 23 behandlar denna problematik. Artikel 22 fastslår blott den behöriga domstolens exklusivitet, medan artikel 23.1 går steget längre och positivt fastslår såväl den behöriga domstolens exklusivitet som övriga domstolars icke-behörighet.<sup>36</sup> Om någon skillnad i sak torde visserligen ej vara fråga, ty det får anses följa redan av exklusivitetsbegreppet att andra domstolar per definition ej äger behörighet att pröva målet. Emellertid tjänar formuleringarna i artikel 23 till att ytterligare understryka det förhållandet att några undantag ej gjorts för det fallet att den behöriga domstolen är förhindrad att *de*

---

<sup>34</sup> Se EGD mål C-281/02 *Owusu mot Jackson*. Jfr även Briggs, Adrian, Agreement on Jurisdiction and Choice of Law, s. 291, Byrne, a.a.s. 24, Paul Vlas i Magnus & Mankowski, a.a.s. 71 f. samt Lindell, Bengt, Civilprocessen, s. 188.

<sup>35</sup> Jfr Stone, a.a.s. 169.

<sup>36</sup> Jfr EGD mål C-116/02 *Gasser*. I sammanhanget må särskilt noteras att artikel 23.3 är mer begränsad än artikel 23.1. Medan den senare är behörighetsgrundande och fastslår denna behörighets exklusivitet så fastslår den senare enbart övriga domstolars icke-behörighet; huruvida den valda domstolen är behörig eller ej i denna situation beror på domstolslandets nationella jurisdiktionsregler, se Briggs, a.a.s. 295, Fawcett & Carruthers, a.a.s. 283 ff. samt Stone, a.a.s. 169 och 171. Annorlunda uttryckt så är jurisdiktion enligt artikel 23.3 ej tvingande, se Briggs, a.a.s. 290 ff. samt Krueger, a.a.s. 217.

*facto* uppta talan till prövning.<sup>37</sup> Det torde därför följa att den lagtekniska lösning som valts genom den negativa behörighetsregeln i artikel 4, på grund av hänvisningen till artiklarna 22-23, ej tillhandahåller en lösning för det fall en dylik situation skulle uppstå. I denna situation är den exklusivt behöriga domstolen *oförmögen*, medan övriga domstolar är *obehöriga*. En sådan ståndpunkt ligger väl i linje med den huvudregel som kommer till uttryck i artiklarna 2 och 3, och som innebär att avvikelser från huvudregeln om svarandens *forum domicilii* endast medges i den mån så uttryckligen är tillåtet enligt Bryssel I-förordningen (det sagda gäller dock under förutsättning att svaranden har sitt hemvist i en medlemsstat). Detta förhållande hindrar emellertid ej konstaterandet att den valda konstruktionen inte bara är oförmögen att lösa alla tänkbara problem, utan tvärtom, i vissa fall, till och med hindrar tillämpningen av lösningar som eljest varit möjliga att tillgripa.

Utöver det i föregående stycke sagda förtjänar än en gång att understrykas att, även för det fall tillämpningen av nationella behörighetsregler i enlighet med den negativa behörighetsregeln i artikel 4 ej hindras av hänvisningen till artiklarna 22-23, det ej finns någon garanti för att behörighet föreligger, ty om så är fallet beror, som ovan framhållits, på dessa reglers materiella innehåll vilket ligger utom gemenskapslagstiftarens kontroll.

Av det sagda följer att den valda lösningen ej är heltäckande. Åtminstone i teorin finns således en risk att situationer uppstår där ingen domstol är behörig, eller *de facto* förmår, att uppta ett mål till prövning. Det låter sig följaktligen konstateras att den underliggande problematiken i det av Bogdan förda resonemanget är verklig (dock alltså utan något ställningstagande till riktigheten i dennes resonemang som sådant).<sup>38</sup>

Avslutningsvis må, som Michael Hellner påpekat för författaren, understrykas att även om den här diskuterade problematiken visar på ett *visst* behov av en annan lösning, detta behov blir påtagligt och akut först då regelverket görs universellt tillämpligt samtidigt som hänvisningen till nationell rätt avskaffas. Det hela hänger emellertid samman, ty här görs gällande att det fordras en anledning för att frångå nu rådande ordning och denna anledning består (delvis) i att den lösning som i dagsläget återfinns i artikel 4 Bryssel I-förordningen ej förmår lösa tänkbara problem på ett tillfredsställande sätt samtidigt som den riskerar att leda till en oenhetlig rättstillämpning.

---

<sup>37</sup> Måhända uppstår inte något problem i det fall som avses i artikel 23.3 Bryssel I-förordningen, emedan ingen av parterna har sitt hemvist i en medlemsstat, se p. 9 i ingressen samt jfr artiklarna 2-3 Bryssel I-förordningen *e contrario*. Detta gäller särskilt som det förhållandet att en dom meddelats i strid med avtal om exklusiv behörighet enligt avdelning 7 i kapitel 2, under vilken (såväl artikel 22 som) artikel 23 återfinns, ej utgör en giltig grund för vägran av erkännande och verkställighet, se artikel 35.1 Bryssel I-förordningen *e contrario*. Det låter sig förvisso hävdas att hinder för erkännande och verkställighet ej heller föreligger då fråga är om parter med hemvist inom gemenskapen, men det synes i en sådan situation (än mer) otillfredsställande att domstolarna skulle nödgas bryta mot jurisdiktionsreglerna för att kringgå en lagteknisk lapsus.

<sup>38</sup> Se för en mer ingående beskrivning av dennes resonemang, ovan avsnitt 1.2.



## 2 Bryssel II a-förordningen - en ny systematik

Frågor om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål samt i mål om föräldraansvar regleras numera, för medlemsländernas vidkommande, av Bryssel II a-förordningen. Vid en första anblick kan det tyckas som att samma konstruktion som i Bryssel I-förordningen nyttjats; exempelvis framgår tydligt att en betydande vikt tillmäts hemvistbegreppet. Vid en närmare granskning framgår emellertid ett antal betydelsefulla skillnader, vilka skall beröras i de följande avsnitten.

Som redan inledningsvis framhållits kommer frågor rörande jurisdiktion i mål om föräldraansvar ej beröras inom ramen för denna framställning.

### 2.1 Den grundläggande ”behörighetskatalogen”

Bryssel II a-förordningens avsnitt om jurisdiktion i mål om äktenskapsskillnad inleds med en generell bestämmelse i artikel 3. Denna bestämmelse är uppbyggd som en katalog, varigenom behörighet att uppta mål om äktenskapsskillnad, hemskillnad och annullering av äktenskap tillerkänns domstolarna om någon av de uppräknade förutsättningarna är förhandenvarande. Jurisdiktionsgrunderna är alternativa och har följaktligen ej heller någon inbördes rangordning.<sup>39</sup> De specifika behörighetsgrunderna skall här ej närmare undersökas; tillfyllest för syftet med denna framställning är att göra följande observationer.

Inledningsvis bör noteras att samtliga strecksatser i artikel 3.1(a) upptar endera av, eller båda, parternas hemvist, eller tidigare hemvist, som anknytningsfaktor för att grunda jurisdiktion. Av dessa behörighetsgrunder må särskilt noteras att tredje strecksatsen anknyter till svarandens hemvist (jfr huvudregeln i artikel 2 Bryssel I-förordningen). Parternas nationalitet saknar härvidlag betydelse för frågan om jurisdiktion; faktum är att regleringen inte ens begränsas till att avse EU-medborgare utan, tvärtom, gäller i förhållande till varje person som uppfyller kriterierna i någondera av strecksatserna.<sup>40</sup> I artikel 3.1(b) återfinns emellertid en regel som anknyter till parternas nationalitet. Bestämmelsen gäller endast för fall där *båda parter är medborgare* (eller, i fråga om Storbritannien och Irland, har sitt ”domicil”) *i en och samma medlemsstat*.

---

<sup>39</sup> Se Fawcett & Carruthers, a.a.s. 946, Krueger, s. 90 ff., Stone, a.a.s. 391 samt Bogdan, EU PIL, s. 97.

<sup>40</sup> Se ex. Bogdan, EU PIL, s. 97.

## 2.2 Exklusiv behörighet och negativa behörighetsregler

I artikel 6 Bryssel II a-förordningen föreskrivs att talan mot en make som har sitt hemvist i, eller är medborgare av (eller, i fråga om Storbritannien och Irland, har sitt "domicil" i), en medlemsstat endast får stämmas vid en annan medlemsstats domstolar i den mån så uttryckligen medges av artiklarna 3-5 Bryssel II a-förordningen.<sup>41</sup> Denna ordning motsvarar således regleringen i artiklarna 2-3 Bryssel I-förordningen, med undantag för en subtil skillnad som behandlas i ett senare sammanhang.<sup>42</sup>

På motsvarande sätt som i Bryssel I-förordningen återfinns i artikel 7 Bryssel II a-förordningen en negativ behörighetsregel samt en icke-diskrimineringsregel. Vad avser den förra bestämmelsen anknyter den, till skillnad från motsvarande regel i Bryssel I-förordningen, inte till svarandens hemvist utan till de uttryckliga behörighetsgrunderna listade i artikel 3-5 i Bryssel II a-förordningen. Den senare bestämmelsen är komplicerad till sin utformning, men åtminstone två tolkningar låter sig göras.

För det första klargörs att diskriminering ej är tillåten mellan käranden från olika medlemsstater vid tillämpning av nationella behörighetsregler. Således äger varje medborgare av en annan medlemsstat åberopa samma regler som gäller för forumstatens medborgare för att grunda jurisdiktion gentemot en svarande som varken har sitt hemvist i, eller är medborgare av (eller, i fråga om Storbritannien och Irland, har sitt "domicil" i), en medlemsstat.<sup>43</sup>

Det sagda inbjuder emellertid, för det andra, till den ytterligare slutsatsen att artikel 7.2 Bryssel II a-förordningen, läst *e contrario*, innebär att nationella behörighetsregler aldrig får tillämpas gentemot en svarande som har sitt hemvist i, eller är medborgare av (eller, i fråga om Storbritannien och Irland, har sitt "domicil" i), en medlemsstat.<sup>44</sup> Det är emellertid tveksamt om en sådan slutsats kan upprätthållas med hänsyn till lydelsen av artikel 7.1 Bryssel II a-förordningen.<sup>45</sup>

Avslutningsvis bör i detta sammanhang framhållas att det här, precis som i motsvarande bestämmelser i Bryssel I-förordningen (och Brysselkonventionen), snarare rör sig om att tillerkänna en *i och för sig redan befintlig behörighet* en särskild ställning än om att grunda behörighet. I denna del kan därför hänvisas till vad som ovan anförts.<sup>46</sup>

---

<sup>41</sup> Detta anses även innebära att i dessa situationer *måste* Bryssel II a-förordningen nyttjas, se Clarkson & Hill, a.a.s. 329.

<sup>42</sup> Se nedan avsnitt 2.3.

<sup>43</sup> Se Fawcett & Carruthers, a.a.s. 950.

<sup>44</sup> Jfr Fawcett & Carruthers, a.a.s. 950.

<sup>45</sup> Jfr nedan avsnitt 2.3.

<sup>46</sup> Se ovan avsnitt 1.1.

## 2.3 Särskild problematik och behovet av ytterligare reglering

I inledningen till detta kapitel framhölls att vissa betydelsefulla skillnader finns mellan regleringen i, å ena sidan, Bryssel I-förordningen och, å den andra, Bryssel II a-förordningen. Den tydligaste, och kanske mest betydelsefulla, skillnaden framgår vid en närmare granskning, och jämförelse, av artiklarna 2-3 Bryssel I-förordningen och artiklarna 3 och 6 i Bryssel II a-förordningen. Medan jurisdiktionen definieras, dvs. avgränsas, negativt i de förra bestämmelserna sker detta positivt i de senare. Skillnaden visar sig först då fråga uppstår om tillämpning av de negativa behörighetsreglerna i respektive förordning och inverkar då på storleken av det utrymme som återstår för tillämpning av de nationella behörighetsreglerna. Det hela kan illustreras genom ett exempel.

I artikel 6 Bryssel II a-förordningen stadgas:

”Talan mot en make som a) har *hemvist* inom en medlemsstats territorium, eller b) är *medborgare* i en medlemsstat, eller, när det gäller Förenade kungariket och Irland, har ”domicil” inom en av de senare medlemsstaternas territorium, får väckas vid en *annan* medlemsstats domstolar *endast i enlighet med artiklarna 3, 4 och 5.*” [författarens kursiveringar]

I artikel 7 Bryssel II a-förordningen föreskrivs vidare:

”1. Om *ingen* medlemsstats domstol är *behörig enligt artiklarna 3, 4 och 5* skall behörigheten i varje medlemsstat bestämmas enligt den statens lag.

2. *Mot en svarande som inte har hemvist* inom en medlemsstats territorium och som varken är *medborgare* i medlemsstaten, eller, när det gäller Förenade kungariket och Irland, har ”domicil” inom någon av dessa medlemsstaters territorium, får varje medlemsstats medborgare som har hemvist inom en annan medlemsstats territorium, liksom medborgarna i den staten, åberopa de behörighetsregler som gäller där.” [författarens kursiveringar]

Antag nu att A och B, efter att alltför hastigt och oövertänt ha gift sig, lever ett mycket olyckligt liv. Efter många års misär och elände är måttet slutligen rågat för B, som beslutar sig för att försöka få till stånd en skilsmässa. A, som uppvisar ett ej obetydligt mått av sado-masochism, vägrar emellertid att medverka härtill. Antag i denna situation att A är italiensk medborgare medan B har ett svenskt medborgarskap. Antag vidare att parterna bott tillsammans i tredje land i många år, där A alltjämt har sitt hemvist medan B däremot

flyttat till hem till Sverige. Vilka möjligheter har B att föra talan om skilsmässa mot A:s vilja?

Klart är att B under dessa förutsättningar inte kan förlita sig på artikel 3 Bryssel II a-förordningen för att grunda jurisdiktion för någon domstol inom gemenskapen. B väljer då att väcka talan inför svensk domstol under åberopande av den negativa behörighetsregeln i artikel 7.1 Bryssel II a-förordningen. B känner sig säker på sin sak eftersom det i svensk rätt återfinns en bestämmelse som medger prövning av äktenskapsmål bl.a. i fall då käranden är svensk medborgare och har, eller efter 18-års ålder har haft, hemvist i Sverige.<sup>47</sup> Den svenska domstolen konstaterar emellertid att A är italiensk medborgare och avvisar målet med hänvisning till artikel 6 Bryssel II a-förordningen.

Här synes närmast röra sig om en lagteknisk lapsus, och denna synes, som ovan nämnts, ytterst stamma från det faktum att den exklusiva behörigheten definierats positivt i Bryssel II a-förordningen. Problematiken kan renodlas på följande vis. Enligt artikel 6 Bryssel II a-förordningen får talan mot en make som har sitt hemvist i en medlemsstat eller är medborgare i en medlemsstat (från domicilfallet bortses i detta sammanhang) väckas i en *annan* medlemsstat *endast* i enlighet med artiklarna 3, 4 och 5. Detta vållar uppenbarligen inte några bekymmer i hemvistfallet, eftersom en däremot korresponderande regel, som tillerkänner domstolarna vid svarandens hemvist jurisdiktion, finns upptagen i artikel 3 tredje strecksatsen. Någon motsvarande regel finns emellertid ej för medborgarskapsfallet.<sup>48</sup> I detta fall innebär en ordagrann läsning av artikel 6 att bestämmelsen hindrar att svaranden stäms i någon annan stat än nationalitetsstaten, samtidigt som någon regel som medger att svaranden stäms i den statens domstolar ej återfinns i artikel 3. Äger artikel 7.1 tillämpning i detta fall? Så tycks onekligen fallet om artikel 7.1 läses för sig. En sådan läsning är dock svårförenlig med lydelsen av artikel 6.

Under ett seminarium inom ramen för kursen EU Private International Law föreslogs tre olika tolkningar.<sup>49</sup> Den första innebär att artikel 6 Bryssel II a-förordningen måste anses vara jurisdiktionsgrundande i sig och således alltid tillerkänner domstolarna i nationalitetsstaten behörighet. Denna tolkning är emellertid behäftad med två problem. För det första är den svårförenlig med såväl rubriken till artikel 6 som med systematiken i avsnitt 1 Bryssel II a-förordningen. För det andra uppstår fråga om hur denna regel i sådana fall förhåller sig till förordningens artikel 7.1, som ju ej hänvisar till artikel 6 och

---

<sup>47</sup> Se 3 kap. 2 § 2 p. lagen (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmyndarskap.

<sup>48</sup> Problematiken har även uppmärksammats av Stone, a.a.s. 393 f. och (möjligen) av Krueger, a.a.s. 95 ff.

<sup>49</sup> Seminarium i EU Private International Law under Michael Hellners ledning vid Uppsala Universitet den 24 april 2009.

således, åtminstone teoretiskt sett, tillåter tillämpning av nationella behörighetsregler så snart behörighet ej kan grundas på artiklarna 3, 4 eller 5.

Den andra tolkningen innebär att artikel 6 ej är jurisdiktionsgrundande men helt utesluter att artikel 7 tillämpas av i ett fall som det förevarande eftersom talan vid en annan medlemsstats domstolar i ett dylikt fall endast får väckas i enlighet med artiklarna 3, 4 och 5. En sådan strikt tolkning vinner möjligen stöd i EG-domstolens praxis,<sup>50</sup> och harmonierar även med en *e contrario*-läsning av artikel 7.2, men synes emellertid göra artikel 7.1 mer eller mindre verkningslös.<sup>51</sup>

Ett tredje tolkningsalternativ består i att artiklarna 6 och 7 Bryssel II a-förordningen, lästa tillsammans, medger tillämpning av nationella behörighetsregler i ett fall som det i exemplet, men blott för det begränsade syftet att tillerkänna nationalitetsstatens domstolar behörighet.<sup>52</sup> Fokus ligger vid en sådan tolkning på ordet *annan* i artikel 6. Tolkningen förutsätter dock dels att ingen domstol är behörig enligt artiklarna 3-5,<sup>53</sup> dels att artikel 7.2 ej är avsedd att läsas *e contrario*.<sup>54</sup> Det säger sig självt att en sådan tolkning, även om den är förenlig med bestämmelsernas ordalydelse, avsevärt skulle inskränka den praktiska betydelsen av artikel 7 Bryssel II a-förordningen i fall som det här diskuterade.<sup>55</sup>

Oaktat vilken av de nämnda lösningarna som förordas må framhållas att ingen av dessa skulle tillåta den svenska domstolen att pröva målet i exemplet. Den första lösningen innebär att italienska domstolar skulle vara behöriga. Den andra lösningen leder till att ingen domstol inom gemenskapen vore behörig. Den tredje lösningen medger att de italienska domstolarna *kan* ha behörighet beroende på det materiella innehållet i de italienska internationellt privaträttsliga reglerna.

Det ovan anförda föranleder slutsatsen att den valda lösningen i Bryssel II a-förordningen, med en negativ behörighetsregel, ger upphov till komplexa frågeställningar samt, i bästa fall, förmår tillhandahålla en lösning i en del av de tänkbara problematiska situationerna, något som är avhängigt det materiella innehållet i nationella internationellt

---

<sup>50</sup> Jfr EGD mål C-68/07 *Sundelind Lopez*. I målet hade svaranden hade svaranden varken hemvist i, eller var medborgare av, någon medlemsstat. Käranden gjorde därför gällande att artikel 6 ej hindrade tillämpningen av nationella behörighetsregler. Detta till trots fastslog EG-domstolen att artikel 7.1 (trots artikel 7.2) ej ägde tillämpning eftersom en annan medlemsstats domstol ägde behörighet enligt artikel 3 (och denna behörighet var då även automatiskt exklusiv enligt artikel 6). Ett dylikt *e contrario*-slut som det i fallet, utifrån artikel 6, är således uteslutet. Se i sammanhanget även NJA 2008 s. 71 (om förfarandet inför de nationella domstolarna). Se vidare om fallet, Fawcett & Carruthers, a.a.s. 950 f.

<sup>51</sup> Tolkningen går tvärtemot vad Krueger anser kunna utläsas av förslaget till revidering av Bryssel II a-förordningen (KOM (2006) 399 slutlig). Krueger menar att förslaget indikerar att artikel 7 avsetts äga företräde framför artikel 6 i händelse av konflikt dessa emellan, se Krueger, a.a.s. 98 (p. 2.94).

<sup>52</sup> Denna tolkning synes förordas av Stone som menar att nationalitetsstatens domstolar i ett dylikt fall har möjlighet, men ingalunda är förpliktigade, att nyttja nationella behörighetsregler för att grunda jurisdiktion, se Stone, a.a.s. 393 f. Jfr även Krueger, a.a.s. 98 f.

<sup>53</sup> Se artikel 7.1 Bryssel II a-förordningen samt EGD mål C-68/07 *Sundelind Lopez*.

<sup>54</sup> Se ovan avsnitt 2.2.

<sup>55</sup> Jfr ovan not 51.

privaträttsliga regler.<sup>56</sup> Mot bakgrund härav synes behovet av ytterligare reglering uppenbart.

I sammanhanget må än en gång framhållas att, även om problematiken med nuvarande lösning synes verklig, behovet av en annan lösning framträder först då hänvisningen till nationell rätt avskaffas samtidigt som reglerna görs universellt tillämpliga. Annorlunda uttryckt kan den här diskuterade problematiken närmast liknas vid toppen på isberget; först i avsaknad av någon lösning överhuvudtaget (och att det finns goda skäl att avskaffa den nu rådande lösningen följer bl.a. av det i kapitlet anförda) gör sig behovet av en annan lösning gällande mer påtagligt och akut.

---

<sup>56</sup> Regelverkets komplexitet har uppmärksammats och beklagats av Stone, a.a.s. 393 ff. Jfr även KOM (2006) 399 slutlig, s. 8, samt Krueger, a.a.s. 95 ff. (särskilt s. 99 f.).

### 3 Forum necessitatis

Som ovan framgått har i tidigare instrument på området valts en lagstiftningsteknik med negativa behörighetsregler, dvs. hänvisningar till nationella regler. Som påvisats förmår emellertid denna lagstiftningsteknik ej lösa alla tänkbara problem samtidigt som ett avskaffande av denna lösning fordrar att ett annat alternativ införs. I ett senare instrument, underhållsförordningen, har istället en regel om *forum necessitatis* introducerats.<sup>57</sup> Innan en närmare granskning av denna bestämmelse företas kan det vara på sin plats att närmare presentera institutet.

#### 3.1 Innebörden av forum necessitatis

En svårighet med en framställning som den förevarande är att å ena sidan krävs för förståelsen av en komparativ överblick av forum necessitatis-regler i nationella rättsordningar att forum necessitatis såsom institut definieras. Å andra sidan är en sådan definition svår att ge utan hänvisning till just nationella rättsregler, med hänsyn till att det rör sig om ett institut som, i mångt och mycket, är okänt för den EG-rättsliga IP-rätten. En annan svårighet är att den juridiska doktrinen på området är ovanligt tystlåten i fråga om forum necessitatis. För det första existerar institutet i relativt få rättsordningar och har, för det andra, ägnats förvånansvärt lite uppmärksamhet i de rättsordningar där det väl förekommer. Med detta sagt skall ändå ett försök göras att ange de karaktäristiska dragen hos forum necessitatis.

Begreppet *forum necessitatis* härstammar, som så mycket annat, från latinet och betyder ungefär ”nödvändig plats”.<sup>58</sup> Forum necessitatis kan ytterst sägas vila på den allmänt vedertagna grundtanken att det ej är möjligt att förutse alla tänkbara fall som rättstillämparen kan komma att ställas inför. Med hänsyn härtill har vissa lagstiftare (eller, för de fall institutet vilar på rättspraxis, rättskipare) ansett sig nödsakade att tillhandahålla en säkerhetsventil, eller, om man så önskar, en ”slasktratt”. Traditionellt sett har detta skett med hänvisning till endera, eller båda, av två grunder; nämligen rätten till domstolsprövning (access to court/justice) som för europeisk del anses nedlagd i artikel 6 EKMR och den folkrättsliga principen om förbud mot déni de justice.<sup>59</sup> Tydligt är att de två grunderna överlappar varandra i betydande mån, men medan den förra är av sådan

---

<sup>57</sup> Se art. 7 underhållsförordningen.

<sup>58</sup> Ursprungligen stammar begreppet från latinets ’*forum -i*’ ((offentlig) plats) och ’*necessitas -atis*’ (nödvändighet).

<sup>59</sup> Se Study on Residual Jurisdiction (General Report), s. 64 och 130.

karaktär att den grundar en rättighet för den enskilde synes den senare (huvudsakligen) ta sikte på en skyldighet för staterna.

Vad gäller de materiella förutsättningarna kan institutet sägas bestå av två huvudsakliga delkomponenter, nämligen *nödvändighet* och *anknytning*. Det förra av dessa rekvisit kan i sin tur delas upp i *omöjlighet* respektive *orimlighet*.<sup>60</sup>

Nödvändighetsrekvisitet innebär i princip att det skall finnas ett behov av att tillåta käranden att föra talan vid den aktuella domstolen. Med behov avses i sammanhanget att något slags hinder, rättsligt eller faktiskt, skall föreligga som hindrar käranden att föra sin talan vid det ”rätta” forumet. Detta hinder skall vara antingen oöverkomligt (omöjlighetsgrunden) eller åtminstone orimligt svåröverkomligt (orimlighetsgrunden).<sup>61</sup> Vad särskilt avser omöjlighetsgrunden är denna (ofta) förknippad med ett åläggande för käranden att visa på de faktiska omständigheter som gör omöjligheten förhandenvarande; denne måste ex. visa att (alla andra) domstolar saknar behörighet att pröva målet eller att talan redan avvisats pga. bristande behörighet.<sup>62</sup> Vad gäller orimlighetsgrunden kommer denna till uttryck på olika sätt i de nationella rättsordningarna; gemensamt för dessa är emellertid att det i dessa fall ej rör sig om en faktisk eller rättslig *omöjlighet* men att det ändå anses vara alltför betungande att kräva av käranden att denne vänder sig till den (egentligen) behöriga domstolen i den aktuella situationen.<sup>63</sup>

Här må ytterligare två generella observationer göras. För det första synes omöjlighetsgrunden, strängt taget, uteslutande ta sikte på rättsliga hinder, medan orimlighetsgrunden även inkluderar faktiska hinder.<sup>64</sup> Detta är måhända föga förvånande emedan ett rättsligt hinder alltid torde inbegripas i det vidare begreppet faktiskt hinder, men ej vice versa. Vad avser rättsliga hinder kan sådana föreligga då (den utländska) domstolen avvisat talan pga. av bristande behörighet, då det, trots avsaknad av ett formellt beslut, står klart att (den utländska) domstolen saknar jurisdiktion,<sup>65</sup> då det ej kan anses klarlagt att käranden kan erhålla en rättvis rättegång vid (den utländska) domstolen,<sup>66</sup> eller

---

<sup>60</sup> Jfr Study on Residual Jurisdiction (General Report), s. 64 ff.

<sup>61</sup> Se till det sagda, Study on Residual Jurisdiction (General Report), s. 64 f.

<sup>62</sup> Se ex. Study on Residual Jurisdiction (General Report), s. 65, Study on Residual Jurisdiction (Belgium), s. 14, Study on Residual Jurisdiction (Portugal), s. 14 f., Study on Residual Jurisdiction (Poland), s. 15 och Study on Residual Jurisdiction (Romania), s. 12.

<sup>63</sup> Se ex. Study on Residual Jurisdiction (General Report), s. 65, Study on Residual Jurisdiction (Austria), s. 11, Study on Residual Jurisdiction (Belgium), s. 14, Study on Residual Jurisdiction (Estonia), s. 9 f., Study on Residual Jurisdiction (Netherlands), s. 24 samt Study on Residual Jurisdiction (Portugal), s. 14.

<sup>64</sup> Jfr Study on Residual Jurisdiction (General Report), s. 64 f.

<sup>65</sup> Se Study on Residual Jurisdiction (General Report), s. 65 och ex. Study on Residual Jurisdiction (Belgium), s. 14, Study on Residual Jurisdiction (Estonia), s. 9 f. samt Study on Residual Jurisdiction (Romania), s. 12.

<sup>66</sup> Se Study on Residual Jurisdiction (General Report), s. 65, Study on Residual Jurisdiction (Belgium), s. 14 samt Study on Residual Jurisdiction (Netherlands), s. 24.



då det står klart att hinder föreligger för verkställighet av den utländska domen.<sup>67</sup> I fråga om faktiska hinder rör det sig om extraordinära situationer, närmast av *force majeure*-karaktär, såsom ex. att det är förenat med livsfara för käranden att beträda den främmande statens territorium,<sup>68</sup> eller att den främmande staten befinner sig i krig eller har drabbats av en omfattande naturkatastrof.<sup>69</sup> I ett land, Belgien, anses rekvisitet till och med, under vissa förutsättningar, vara uppfyllt om det skulle visa sig alltför ekonomiskt betungande för käranden att föra talan i den främmande staten.<sup>70</sup>

För det andra bör i sammanhanget en måhända självklar synpunkt framhållas, nämligen att det vid bedömningen av huruvida nödvändighetsrekvisitet är uppfyllt alltid rör sig om en bedömning *in casu*; även om forum necessitatis-reglerna till sin utformning är generella kan de aldrig grunda generell jurisdiktion, detta ligger så att säga i sakens natur emedan det trots allt rör sig om en säkerhetsventil avsedd att tillgripas i rena undantagsfall av nödkaraktär.

Vad avser det andra grundrekvisitet, dvs. anknytningsrekvisitet, tjänar detta till att tillhandahålla en negativ avgränsning för forum necessitatis-regelns geografiska tillämpning.<sup>71</sup> Utan en dylik avgränsning skulle möjligheterna till *forum shopping* avsevärt vidgas, åtminstone så länge man ej är beredd att införa en korresponderande regel om *forum non conveniens*.<sup>72</sup> Vad avser kravets materiella innebörd kan noteras att det kommer till uttryck i de nationella rättsordningarna genom en rad skilda formuleringar; gemensamt för dessa är att de alla är, mer eller mindre, löst utformade.<sup>73</sup> Vilka faktorer som är relevanta, samt dessas värde, får bedömas i det enskilda fallet; konsensus synes emellertid råda om att kärandens nationalitet eller hemvist i forumstaten alltid är tillfyllest för att rekvisitet skall vara uppfyllt.<sup>74</sup>

Sammanfattningsvis låter det sig hävdas att, även om de två grundkriterierna i princip är gemensamma för de rättsordningar där institutet förekommer, så förekommer en rad variationer i fråga om institutets närmare innebörd. Med denna översiktliga presentation

---

<sup>67</sup> Se Study on Residual Jurisdiction (General Report), s. 65 och Study on Residual Jurisdiction (Germany), s. 15. Jfr dock Study on Residual Jurisdiction (France), s. 21.

<sup>68</sup> Study on Residual Jurisdiction (General Report), s. 65 och Study on Residual Jurisdiction (France), s. 20.

<sup>69</sup> Se Study on Residual Jurisdiction (General Report), s. 65 samt Study on Residual Jurisdiction (Netherlands), s. 24.

<sup>70</sup> Study on Residual Jurisdiction (General Report), s. 65 och Study on Residual Jurisdiction (Belgium), s. 14.

<sup>71</sup> Anknytningsrekvisitet saknas dock (delvis) i nederländsk rätt, se nedan avsnitt 3.2.3 samt Study on Residual Jurisdiction (General Report), s. 65. Jfr även Study on Residual Jurisdiction (Netherlands), s. 23 f.

<sup>72</sup> Se nedan avsnitt 5.1 (särskilt not 245).

<sup>73</sup> Se Study on Residual Jurisdiction (General Report), s. 66 och ex. Study on Residual Jurisdiction (Belgium), s. 15, Study on Residual Jurisdiction (Germany), s. 15, Study on Residual Jurisdiction (Poland), s. 14 f. samt Study on Residual Jurisdiction (Portugal), s. 14. Enligt österrisk rätt är anknytningsfaktorerna (möjligen) snävare definierade, se nedan avsnitt 3.2.5 och jfr Study on Residual Jurisdiction (Austria), s. 11.

<sup>74</sup> Se Study on Residual Jurisdiction (General Report), s. 66.

som bakgrund skall några av dessa rättsordningar granskas mer utförligt i nästföljande avsnitt.

### 3.2 Forum necessitatis i europeiska rättsordningar

Som framgått av föregående avsnitt återfinns institutet forum necessitatis i flera medlemsstaters nationella rättsordningar.<sup>75</sup> Då man genomför en komparativ studie av forum necessitatis-reglerna i dessa länder kan man välja att indela de granskade länderna efter ett flertal olika kriterier. Exempelvis finns uttryckliga regler om forum necessitatis lagfästa i en knapp majoritet av dessa länder,<sup>76</sup> medan institutet i övriga länder vilar på rättspraxis.<sup>77</sup> En annan möjlighet är att försöka indela bestämmelserna efter hur deras existens motiverats, dvs. med hänvisning till artikel 6 EKMR eller med hänvisning till den folkrättsliga principen om déni de justice. Ett tredje alternativ är att försöka sig på att gruppera bestämmelserna efter de materiella krav som de upptar. Oaktat att strikta indelningar nog kan tjäna en mängd olika pedagogiska syften, kommer i det följande ett försök göras att mer översiktligt granska reglerna utifrån ett helhetsperspektiv, ty det är först vid en sammanvägning av samtliga aspekter som en regels verkliga värde framträder, och för detta ändamål har strikta indelningar knappast något egenvärde.

Syftet med denna komparativa studie är dels att den skall kunna utgöra jämförelseobjekt till, samt ligga till grund för, en utvärdering av den (i skrivande stund) enda forum necessitatis-regel som finns inom gemenskapsrätten, nämligen den i artikel 7 underhållsförordningen, dels att den skall kunna läggas till grund för en analys av behovet av ett forum necessitatis i övriga instrument på området samt utgöra underlag till, och ge vägledning vid, utformningen av reglerna för ett sådant.

Av avsnittets rubrik avses två förhållanden framgå. För det första avser studien ett (i och för sig relativt omfattande) urval av de rättsordningar där forum necessitatis återfinns, dvs. författaren gör ej anspråk på att ha genomfört en uttömmande studie. För det andra markeras därmed att studien i ett fall sträcker sig utom EG-medlemsstaterna. Anledningen härtill är att en av de äldsta reglerna på området återfinns i schweizisk rätt, och det är mot denna regel som uppmärksamheten nu inledningsvis riktas.

---

<sup>75</sup> Totalt är de elva till antalet: Belgien, Estland, Frankrike, Luxemburg, Nederländerna, Polen, Portugal, Rumänien, Spanien, Tyskland och Österrike.

<sup>76</sup> Så är fallet i Belgien, Estland, Nederländerna, Portugal, Rumänien och Österrike.

<sup>77</sup> Om detta är fråga i Frankrike, Luxemburg, Polen, Spanien, och Tyskland.

### 3.2.1 Schweizisk rätt

När det gäller schweizisk rätt återfinns grundregeln om forum necessitatis, eller *notzuständigkeit*<sup>78</sup> i artikel 3 IPRG<sup>79</sup>. Utöver denna grundläggande regel finns emellertid ett flertal bestämmelser spridda i IPRG, som är subsidiära till övriga regler, och som tillerkänner schweiziska domstolar behörighet i fall då det visat sig vara omöjligt för, eller orimligt att kräva av, käranden att föra talan i en annan stat.<sup>80</sup> Dessa bestämmelser bortses emellertid från i det följande.

Av ordalydelsen av artikel 3 framgår tydligt att fråga är om en subsidiär jurisdiktionsgrund ('Sieht dieses Gesetz keine Zuständigkeit [...]'), dvs. regeln är, helt i linje med de traditionella kriterierna för forum necessitatis, avfattad med sikte på sådana fall som faller utanför de specifika jurisdiktionsreglerna.<sup>81</sup> Av uppbyggnaden får vidare anses följa att fråga är om *in casu*-bedömningar; om någon generell jurisdiktionsgrund i snäv bemärkelse är således ej fråga. Som framhålls i den juridiska doktrinen vilar regeln ytterst på principen om förbud mot 'déni de justice' ('Rechtsverweigerungen'),<sup>82</sup> och insikten om att en lagstiftning omöjlig kan täcka alla tänkbara fall.<sup>83</sup> Det betonas särskilt att regeln ej får ges en sådan tillämpning att strängare krav, uppställda i andra behörighetsregler, kringgås.<sup>84</sup>

För bestämmelsens tillämplighet uppställs tre huvudsakliga, kumulativa, rekvisit. För det första får ej finnas någon annan tillämplig behörighetsgrund som tillåter schweiziska domstolar att höra målet. För det andra får någon möjlighet att få talan prövad i något annat land ej stå käranden till buds. Slutligen måste, för det tredje, det omstridda sakförhållandet ha en tillräckligt stark anknytning till Schweiz.<sup>85</sup>

I fråga om det första rekvisitet, att någon behörighet för schweizisk domstol i övrigt ej får föreligga, framhålls i den schweiziska doktrinen att "ingen" verkligen innebär *ingen*.<sup>86</sup> Härvidlag spelar det, som det får förstås, ingen roll om det skulle vara orimligt svårt (eller till och med faktiskt omöjligt) för käranden att begagna sig av en befintlig

---

<sup>78</sup> Fr. 'For de nécessité'. It. 'Foro di necessità'. För enkelhetens skull nyttjas framledes den tyska beteckningen (vid sidan av 'forum necessitatis').

<sup>79</sup> Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (18 dez., 1987); IPR-Gesetz.

<sup>80</sup> Se Schnyder, Anton K., Das neue IPR-Gesetz, s. 10 med där gjorda hänvisningar.

<sup>81</sup> Jfr Karrer, Pierre A. & Arnold, Karl. W., Switzerland's Private International Law Statute 1987, s. 30. Se även Schnyder, a.a.s. 26.

<sup>82</sup> Se Schnyder, a.a.s. 26 samt Kommentar zum IPRG, s. 30.

<sup>83</sup> Se Kommentar zum IPRG, s. 28.

<sup>84</sup> Se Kommentar zum IPRG, s. 32.

<sup>85</sup> Se Kommentar zum IPRG, s. 28 f. Jfr även Schütze, Rolf A., Ausgewählte Probleme des internationalen Zivilprozessrechts, s. 302.

<sup>86</sup> Se Kommentar zum IPRG, s. 29.

jurisdiktionsgrund. Annorlunda uttryckt förefaller bedömningen avseende detta rekvisit vara avsedd att företas före omöjlighets-/orimlighetsbedömningen.

Vad särskilt avser det andra rekvisitet kan detta brytas upp i två stycken underrekvisit. Dessa består av omöjlighetsrekvisitet ('nicht möglich') och orimlighetsrekvisitet ('unzumutbar').<sup>87</sup> Grunden för att omöjlighetskriteriet är uppfyllt kan vara antingen rättslig eller faktisk.<sup>88</sup> Till den förra kategorin hänförs ex. fall då utländska domstolar saknar behörighet pga. att parterna eller sakförhållandet i fråga ej har någon anknytning till dessa,<sup>89</sup> eller pga. att den främmande rättsordningen ej känner rättsinstitutet eller anspråket ej har någon motsvarighet i den främmande rättsordningen.<sup>90</sup> Som exempel på förhållanden hemmahörande i kategorin faktiska omständigheter nämns i doktrinen bl.a. politisk förföljelse.<sup>91</sup> I sammanhanget må (det närmast självklara förhållandet) framhållas, att det inte är tillfyllest att det är enklare eller mer fördelaktigt att föra talan i Schweiz för att artikel 3 IPRG skall kunna tillämpas.<sup>92</sup>

Då det gäller orimlighetsrekvisitet framhålls i doktrinen att detta är ett skönsmässighetsrekvisit ('ein Ermessensbegriff') som inte går att definiera precist. Bedömningen är avsedd att vara restriktiv; som ovan framhållits syftar regeln till att undvika uppkomsten av situationer av déni de justice och detta avses återspeglas i orimlighetsbedömningen.<sup>93</sup>

I fråga om det tredje rekvisitet, anknytningsrekvisitet ('genügenden Zusammenhang mit dem Gerichtsort'), påpekas i den schweiziska doktrinen att det ej är klarlagt vilket slags anknytning som krävs och vilken styrka denna måste ha -sannolikt varierar kravet med omständigheterna; avgörande synes här ånyo vara strävan att undvika déni de justice.<sup>94</sup>

Regeln anses ålägga käranden att förebbringa bevis till styrkande av de omständigheter som medför att rekvisiten är uppfyllda och i fråga om bevisvärderingen har rätten, som ovan framhållits, tillerkänts stor diskretionär frihet. Som Schnyder mycket riktigt påpekar är bestämmelsen en dubbel behörighetsregel, dvs. av ordalydelsen följer att bestämmelsen ej blott tillerkänner schweiziska domstolar domsrätt utan även utpekar vilken nationell

---

<sup>87</sup> Se Kommentar zum IPRG, s. 30 f. samt Schnyder, a.a.s. 26.

<sup>88</sup> Se Schütze, a.a.s. 302.

<sup>89</sup> '[...] weil die beteiligten bzw. Betroffenen Personen oder weil der strittige Sachverhalt keine rechtsgenügende Beziehung zu dem ausländischen Forum aufweist.', se Kommentar zum IPRG, s. 30.

<sup>90</sup> '[...] im ausländischen Recht an einem entsprechenden Rechtsanspruch oder Rechtsinstitut fehlen.', se Kommentar zum IPRG, s. 30. Jfr även Schütze, a.a.s. 302 f.

<sup>91</sup> Se Schnyder, a.a.s. 26.

<sup>92</sup> Se Kommentar zum IPRG, s. 30 och 32 samt Schütze, a.a.s. 303.

<sup>93</sup> Jfr Kommentar zum IPRG, s. 30 f.

<sup>94</sup> Jfr Kommentar zum IPRG, s. 31.

myndighet som är behörig att pröva kändens talan, nämligen den domstol (eller den administrativa myndighet) på den ort med vilken sakförhållandet har en tillräcklig anknytning. Skulle det finnas fler behöriga myndigheter är den myndighet där talan först anhängiggörs behörig.<sup>95</sup>

### 3.2.2. Belgisk rätt<sup>96</sup>

Sedan den 16 juli 2004 återfinns en uttrycklig regel om forum necessitatis ('for de nécessité') i belgisk rätt.<sup>97</sup> Enligt artikel 11 BCIP<sup>98</sup> har belgiska domstolar, i undantagsfall, behörighet att uppta ett mål till prövning om det skulle visa sig omöjligt för känden att föra talan utomlands eller om det ej rimligen kan krävas av denne att så sker.

Inledningsvis må noteras att det av artikel 11 BCIP:s ordalydelse tydligt framgår att fråga är om en subsidiär jurisdiktionsgrund som är avsedd att tillämpas restriktivt ('[...] les juridictions belges sont exceptionnellement compétentes [...]').<sup>99</sup> Bestämmelsen tar sikte på fall då det ej finns någon annan regel som tillerkänner belgiska domstolar behörighet och syftar enligt förarbetena, *les travaux préparatoires*, till att undvika uppkomsten av déni de justice.<sup>100</sup> I motiven anfördes vidare att ett forum necessitatis är nödvändigt för att uppväga den stelbenthet som riskerar att följa med begagnandet av en lagstiftningsteknik med uppräknade fallspecifika jurisdiktionsregler.<sup>101</sup> Vid utformningen av regeln påpekades särskilt att bestämmelsen strikt taget utgör ett utflöde av rätten till domstolsprövning som är nedlagd i artikel 6 EKMR (vartill hänvisas genom artikel 6.3 FEU; artikel 6.2 Unionsfördraget) och som även ansågs innefatta en rätt att höra ett mål.<sup>102</sup>

För att bestämmelsen skall vara tillämplig uppställer artikel 11 BCIP två huvudsakliga rekvisit; för det första måste saken uppvisa en nära anknytning till Belgien ('[...] la cause présente des liens étroits avec la Belgique [...]') och, för det andra, måste hinder föreligga för känden att föra talan vid utländsk domstol ('[...] une procédure à l'étranger se révèle

<sup>95</sup> Se Schnyder, a.a.s. 26 samt jfr Kommentar zum IPRG, s. 31.

<sup>96</sup> Ett stort tack till Sandrine Francis som tillhandahållit värdefull information om innehållet i belgisk rätt.

<sup>97</sup> Det må noteras att såväl artikel 43 (om behörighet i äktenskapsrättsliga mål) som artikel 85 (om internationell behörighet i mål rörande mänskliga rättigheter) innehåller hänvisningar till artikel 11 BCIP. Från dessa bortses emellertid framledes.

<sup>98</sup> 16 juillet 2004 - Loi portant le Code de droit international privé (Mon. 27 juillet 2004).

<sup>99</sup> Se även Documents Parlementaires, Sénat, 2003-2004, n° 3-27/7, s. 31 samt jfr Study on Residual Jurisdiction (Belgium), s. 14.

<sup>100</sup> 'Dans des cas exceptionnels, lorsque les tribunaux belges ne peuvent être compétents en vertu des règles prévues dans le texte, on peut, pour éviter un déni de justice, admettre une compétence subsidiaire des tribunaux belges', Documents Parlementaires, Sénat, 2003-2004, n° 3-27/7, s. 31.

<sup>101</sup> 'Afin de parer à l'excès de rigidité que peut comporter l'établissement d'une liste de compétences internationales [...]', se Documents Parlementaires, Sénat, 2003 n° 3-27/1, s. 35 f.

<sup>102</sup> '[...] qu'il s'agit d'une application de l'article 6 CEDH, qui garantit le droit à un juge', Documents Parlementaires, Sénat, 2003-2004, n° 3-27/7, s. 31.

impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger que la demande soit formée à l'étranger.').<sup>103</sup>

Vad avser det första rekvisitet, anknytningsrekvisitet, har det framhållits att detta krav ej bör tolkas alltför strikt eftersom det ligger i sakens natur att en kärende, då fråga är om tillämpning av en subsidiär jurisdiktionsgrund såsom den förevarande, typiskt sett inte har någon starkare anknytning till forumstaten.<sup>104</sup> I lagmotiven antyds att tillräcklig anknytning i vart fall bör anses föreligga då kärenden är av belgisk nationalitet (synbarligen med den implicita motiveringen att det, ur belgisk synpunkt, skulle vara stötande att i ett sådant fall vägra att uppta målet till prövning).<sup>105</sup> Härutöver har i belgisk doktrin uttryckts att detsamma nog måste anses vara fallet då kärenden har sitt hemvist i Belgien och, förmodligen, även då tvisten rör tillgångar som befinner sig på belgiskt territorium.<sup>106</sup> I sammanhanget bör framhållas att fråga här är om en exemplifiering som ej är uttömmande.

Vad sedan avser det andra rekvisitet följer av artikel 11 BCIP att detta kan delas upp i två stycken underrekvisit; omöjlighet ('une procédure à l'étranger se révèle impossible') resp. orimlighet ('qu'on ne peut raisonnablement exiger que la demande soit formée à l'étranger'). Gränsdragningen mellan dessa båda situationer är emellertid långt ifrån tydlig. I förarbetena görs heller ingen skarp distinktion, utan det anförs enbart att regeln är avsedd att inrymma, inte blott fall då en utländsk domstol saknar jurisdiktion, utan även situationer då kärenden inte kan antas få saken *rättvist* prövad i den främmande statens domstolar.<sup>107</sup> Trots att det sagda närmast leder tankarna till rättsliga omständigheter får det antas att regeln även äger tillämpning i fall då kärenden är förhindrad att föra sin talan pga. faktiska omständigheter, åtminstone bör så vara fallet avseende orimlighetsgrunden.<sup>108</sup> Av särskilt intresse är att det i motiven framhålls att det förhållandet, att det skulle vara orimligt kostsamt för kärenden att föra talan i utlandet, kan medföra att förutsättningarna för tillämpning av artikel 11 BCIP är uppfyllda, under förutsättning att denne förebringat bevisning till styrkande av att han eller hon eljest i praktiken skulle berövas sin rätt till domstolsprövning.<sup>109</sup>

---

<sup>103</sup> Jfr Study on Residual Jurisdiction (Belgium), s. 14 f.

<sup>104</sup> Jfr Study on Residual Jurisdiction (Belgium), s. 15 med där gjorda hänvisningar.

<sup>105</sup> Se Documents Parlementaires, Sénat, 2003-2004, n° 3-27/7, s. 31. Jfr även Study on Residual Jurisdiction (Belgium), s. 15.

<sup>106</sup> Se Study on Residual Jurisdiction (Belgium), s. 15 med där gjorda hänvisningar.

<sup>107</sup> Se Documents Parlementaires, Sénat, 2003, n° 3-27/1, s. 36 samt Study on Residual Jurisdiction (Belgium), s. 14. Jfr även Documents Parlementaires, Sénat, 2003-2004, n° 3-27/7, s. 66.

<sup>108</sup> Jfr härvidlag Documents Parlementaires, Sénat, 2003-2004, n° 3-27/7, s. 66 där det anförs att sådana fall där kärenden, pga. rädsla för att utsättas för övergrepp, är förhindrad att föra talan vid det främmande landets domstolar bör falla under artikel 11 BCIP ('[...] les justiciables qui craindraient d'avoir à subir un mauvais traitement à l'étranger, peuvent tenter une action en Belgique en application de l'article précité [artikel 11 BCIP; förf. anm.]').

<sup>109</sup> Se Documents Parlementaires, Sénat, 2003, n° 3-27/1, s. 36 samt Study on Residual Jurisdiction (Belgium), s. 14.

Artikel 11 BCIP tillerkänner domstolen en stor diskretionär frihet i vad avser bedömningen av huruvida kriterierna för dess tillämpning är uppfyllda. I motiven framhålls emellertid att det ankommer på domaren att noggrant redogöra för de exceptionella omständigheter som föranlett att artikeln ansetts tillämplig,<sup>110</sup> samt att bedömningen måste göras strikt utifrån de i artikeln nedlagda kriterierna.<sup>111</sup>

Slutligen må noteras att det av artikel 7 BCIP följer att ett av parterna ingånget jurisdiktionsavtal *inte* hindrar att domstolen förklarar sig behörig enligt artikel 11 om så skulle krävas. Artikel 11 BCIP utgör, som ovan framgått, en forumregel av nödkaraktär och i enlighet därmed föreskrivs uttryckligen i artikel 7 att den förra artikeln äger företräde.<sup>112</sup> Denna tanke synes i och för sig förnuftig i de flesta fall. Emellertid måste det ifrågasättas om det är rimligt att ovillkorligt upprätthålla denna ordning i fall då orimligheten består i att det skulle bli alltför kostsamt att föra talan vid den främmande domstolen; trots allt har käranden frivilligt ingått ett jurisdiktionsavtal och det ter sig olyckligt om denne sedermera, på motpartens bekostnad, skulle kunna frångå detta avtal med hänvisning till artikel 11 BCIP.<sup>113</sup>

### 3.2.3 Holländsk rätt<sup>114</sup>

Sedan den 1 januari 2002 innehåller holländsk rätt en bestämmelse om forum necessitatis. Regeln, som återfinns i artikel 9 i Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (WBR), och som är subsidiär till andra forumregler, vilar ytterst på artikel 6 EKMR samt förbudet mot *déni de justice*.<sup>115</sup> Artikel 9 WBR kan sägas innehålla två olika slags forum necessitatis-regler: en absolut och en relativ.<sup>116</sup> Den förra återfinns i artikel 9 (b) och föreskriver att en holländsk domstol har domsrätt om det inte finns någon behörig domstol som har möjlighet att pröva kärandens talan tillgänglig utomlands, medan den senare, som återfinns

---

<sup>110</sup> Se Documents Parlementaires, Sénat, 2003-2004, n° 3-27/7, s. 31.

<sup>111</sup> '[...] la compétence de nécessité doit reposer sur l'appréciation des conditions énoncées au texte de l'article.', se Documents Parlementaires, Sénat, 2003, n° 3-27/1, s. 36.

<sup>112</sup> Se artikel 7 BCIP (om internationella jurisdiktionsavtal) som stadgar att behörigheten enligt ett jurisdiktionsavtal är exklusiv men som därefter (i här relevant hänseende) anger: '[...] sauf s'il est prévisible que [...] les juridictions belges sont compétentes en vertu de l'article 11'.

<sup>113</sup> Det må dock i sammanhanget noteras att man under det lagstiftningsarbete som ledde fram till BCIP, och dess forum necessitatis regel, även diskuterade införseln av en regel om *forum non conveniens*, se Bocken, Hubert, Introduction to Belgian Law, s. 431.

<sup>114</sup> Tack till Stefanus Campmans som bistått med information om de holländska reglerna.

<sup>115</sup> Se Ibili, Fatih, Gewogen Rechtsmacht in het IPR – Over forum (non) conveniens en forum necessitatis, s. 107 och 109 f., Grubbs, Shelby R., International Civil Procedure, s. 462 samt Study on Residual Jurisdiction (Netherlands), s. 23.

<sup>116</sup> Se Ibili, a.a.s. 109.

i artikel 9 (c), anger att en holländsk domstol är behörig att uppta ett mål till prövning om det framstår som orimligt att kräva av käranden att denne för sin talan utomlands.<sup>117</sup>

Vad först avser artikel 9 (b) krävs, för att denna skall vara tillämplig, dels att någon holländsk domstol ej är behörig på grundval av någon annan regel, dels att det är omöjligt för käranden att föra sin talan utomlands. Omöjlighetsrekvisitet är det centrala rekvisitet i bestämmelsen.<sup>118</sup> Detta kan vara uppfyllt pga. faktiska omständigheter ('feitelijke onmogelijkheid') eller rättsliga omständigheter ('juridische onmogelijkheid').<sup>119</sup> Som exempel på faktiska omständigheter nämns krig, naturkatastrofer, att käranden vägras tillträde till den främmande staten, eller (möjligen) att svaranden ej kan nås i utlandet (avgörande är i dessa fall att en i och för sig kompetent domstol är oförmögen att höra kärandens talan), medan rättsliga omständigheter inkluderar fall då någon behörig domstol ej står att finna, då det främmande landet helt saknar judiciella myndigheter, då käranden berövas rätten till en rättvis rättegång pga. diskriminering eller då eljest oåtkomliga tillgångar finns på holländskt territorium.<sup>120</sup> Härtill kan möjligen fogas en tredje omöjlighetsgrund, nämligen materiell omöjlighet ('materieelrechtelijke onmogelijkheid') som är för handen då käranden saknar möjlighet att föra sin talan i den utländska domstolen pga. att domstolslandets rättsordning inte känner det, för talan underliggande, materiella anspråket.<sup>121</sup>

I detta sammanhang må noteras att det, för att artikel 9 (b) skall vara uppfylld ej synes krävas att kärandens talan har någon anknytning alls till Holland, utan tillfyllest är att denne saknar möjlighet att föra sin talan utomlands.<sup>122</sup> I doktrinen har som motivering till avsaknaden av ett anknytningskrav angivits att ett sådant rekvisit skulle kunna tänkas stå i strid med art. 6 EKMR. Det må i sammanhanget även framhållas att det *inte* krävs att den utländska domstolen uttryckligen förklarar sig obehörig för att artikel 9 (b) WBR skall vara tillämplig.<sup>123</sup>

---

<sup>117</sup> Se ex. Chorus, J.M.J.; Gerver, P.H.M. & Hondius, E.H. [Chorus, et al.], Introduction to Dutch Law, s. 277, Grubbs, a.a.s. 462 samt Study on Residual Jurisdiction (Netherlands), s. 23.

<sup>118</sup> 'Voor het absolute forum necessitatis van art. 9 sub b RV is het element van de volstreckte onmogelijkheid om in het buitenland te kunnen procederen doorslaggevend.', se Ibili, a.a.s. 113.

<sup>119</sup> Se Ibili, a.a.s. 112 ff., Grubbs, a.a.s. 462 samt Study on Residual Jurisdiction (Netherlands), s. 23.

<sup>120</sup> Se Ibili, a.a.s. 115 ff., Grubbs, a.a.s. 462 samt Study on Residual Jurisdiction (Netherlands), s. 23. Det kan anmärkas att gränsdragningen mellan rättsliga och faktiska omständigheter i vissa fall synes svårgörig. Det har vidare ifrågasatts om rekvisitet skall anses uppfyllt när blott en del av den utländska rättsordningen är satt ur funktion pga. naturkatastrofer etc. Ibili (s. 117) menar för sin del att det förefaller olämpligt att tillämpa artikel 9 (b) WBR i ett dylikt fall.

<sup>121</sup> Detta är dock omdiskuterat. Jfr Ibili (s. 119) som uttalar att 'Wellicht dat in zeer uitzonderlijke gevallen hiervan zou kunnen worden afgeweken, indien de remedie naar buitenlands recht van zodanige aard is dat in het geheel niet van een (redelijke) remedie gesproken kan worden.'

<sup>122</sup> Jfr Ibili (a.a.s. 109) som, *angående artikel 9 (c)* skriver 'Bovendien vereist deze afgezwakte vorm van het forum necessitatis dat de zaak voldoende met de rechtssfeer van Nederland is verbonden.' Se även Study on Residual Jurisdiction (Netherlands), s. 23. Jfr dock Grubbs, a.a.s. 462 samt Chorus, et al., a.a.s. 277.

<sup>123</sup> 'Het is mogelijk voor te stellen dat een dergelijke voorwaarde in strijd is met art. 6 EVRM.', Ibili, a.a.s. 113 f.



Regeln i artikel 9 (c) WBR tar sikte på fall då det ter sig oacceptabelt att kräva av käranden att denne för sin talan vid en, i och för sig behörig, utländsk domstol. Fråga är här om fall där käranden visserligen har möjlighet att föra talan utomlands, men detta möter (exceptionellt) stora svårigheter. Att så är fallet kan bero på ex. krig, naturkatastrofer eller på att käranden inte kan erhålla en rättvis domstolsprövning i det främmande landets *behöriga* domstol(ar). Avgörande är en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet där bevisbördan för att rekvisitet är uppfyllt åvilar käranden.<sup>124</sup>

Emedan artikel 9 (c) WBR innehåller ett ”försvagat” forum necessitatis uppställs för dess tillämpning även ett anknytningsrekvisit. Detta kommer till uttryck genom att det föreskrivs att saken skall ha en tillräcklig anknytning till Holland (’de zaak voldoende binding met Nederland heeft’). Det framhålls att domstolen måste göra en noggrann prövning av om anknytningsrekvisitet är uppfyllt; fråga får under inga som helst omständigheter bli om att skapa ett *forum actoris*. Vad som krävs för att rekvisitet skall vara uppfyllt är inte närmare definierat, men det tycks dock stå klart att så är fallet då käranden har sitt hemvist eller stadigvarande uppehåller sig (’gewone verblijfplaats’) eller, i fråga om juridiska personer, har sitt säte (’zetel’) i Holland. Däremot anser Ibili rekvisitet sällan vara uppfyllt redan på den grunden att käranden är holländsk medborgare.<sup>125</sup>

Slutligen må anmärkas att för det fall käranden har sig själv att skylla för att ha hamnat i en besvärlig situation äger denne ej åberopa sig på bestämmelserna i artikel 9.<sup>126</sup> Detta synes emellertid ej gälla för fall då kärandens ”skuld” består i att denne frivilligt ingått ett jurisdiktionsavtal, ty i denna situation torde regeln om forum necessitatis alltjämt kunna tillämpas.<sup>127</sup>

### 3.2.4 Portugisisk rätt

För portugisiskt vidkommande regleras domstolars internationella behörighet i andra bokens 1-2 kapitel i Código de Processo Civil (CPC). Artikel 61 CPC fastslår att portugisiska domstolar är behöriga i de fall då någon av de i artikel 65 CPC uppräknade

---

<sup>124</sup> Se Ibili, a.a.s. 120 f. samt Study on Residual Jurisdiction (Netherlands), s. 24. Omöjlighetsrekvisitets innebörd och gränser är ännu ej helt klarlagda, se Ibili, a.a.s. 125 f. Även frågan huruvida rekvisitet, i likhet med i belgisk rätt, kan anses vara uppfyllt då käranden skulle åsamkas orimligt höga kostnader för att föra sin talan utomlands är omtvistad och omdiskuterad, se Ibili, a.a.s. 133 f.

<sup>125</sup> Se Ibili, a.a.s. 109 och 121 f. samt Study on Residual Jurisdiction (Netherlands), s. 24.

<sup>126</sup> Se Ibili, a.a.s. 109 där denne fastslår att ’Indien de aanlegger hieraan eigen schuld heeft [...] kan hij zich niet op het Nederlandse forum necessitatis beroepen.’

<sup>127</sup> Se Ibili, a.a.s. 112 där denne påpekar att ’Voor de toepassing van art. 9 sub b Rv geldt niet als voorwaarde dat de zaak op enige wijze is verbonden met de Nederlandse rechtssfeer’ och senare (s. 113) konstaterar att ’De grenzen van de zuivere vorm van forum necessitatis zijn onbeperkt.’

omständigheterna är förhandenvarande. Den senare artikeln upptar, under punkten d), en regel om forum necessitatis som närmast synes vila på den folkrättsliga principen om förbud mot *déni de justice*.<sup>128</sup>

För att portugisiska domstolar skall uppta kärandens talan till prövning i egenskap av forum necessitatis fordras att två förutsättningar är uppfyllda. För det första krävs att käranden varken har någon möjlighet att göra sitt anspråk gällande vid en portugisisk domstol enligt andra jurisdiktionsregler, dvs. att portugisiska domstolar ej är behöriga på annan grund, eller kan föra talan vid en utländsk domstol.<sup>129</sup> För det andra fordras att talan, antingen genom käranden eller tvisteföremålet, uppvisar en stark anknytning till den portugisiska rättsordningen.<sup>130</sup>

Det förra rekvisitet, omöjlighetsrekvisitet, anses (möjligen) vara uppfyllt även i fall då käranden ej kan föra sin talan *utomlands* utan att möta orimligt stora svårigheter.<sup>131</sup> Härav synes, *e contrario*, kunna dras den slutsatsen att i de fall portugisiska domstolar i och för sig är behöriga saknar kärandens eventuella svårigheter att föra talan helt betydelse. Det råder emellertid även vissa andra oklarheter om hur rekvisitet bör förstås. Enligt en uppfattning är rekvisitet endast uppfyllt då någon behörig utländsk domstol överhuvudtaget ej står att finna, medan det enligt en andra uppfattning är tillfyllest att den främmande rättsordningen ej medger att talan förs. Ännu en uppfattning är att rekvisitet är uppfyllt redan då den utländska rättstillämpningen står i strid med portugisisk *ordre public* eller när ett i utlandet meddelat avgörande ej skulle kunna erkännas och verkställas i Portugal. Oaktat vilken av dessa tolkningar som är riktig synes följa av portugisisk praxis att hindret som sådant kan bestå av antingen rättsliga eller faktiska omständigheter; avgörande är att det är av absolut karaktär, dvs. ett visst kvalificeringskrav uppställs för att hindret skall tillmätas betydelse.<sup>132</sup>

Vad särskilt gäller det andra rekvisitet, anknytningsrekvisitet, följer direkt av lagtextens ordalydelse att anknytningen antingen kan vara hänförlig till kärandens person eller till tvisteföremålet och att denna skall vara stark. En viss styrka hos anknytningen förutsätts således. Den exakta innebörden härav är emellertid oklar.

---

<sup>128</sup> Jfr Study on Residual Jurisdiction (Portugal), s. 14 f.

<sup>129</sup> 'Não poder o direito invocado tornar-se efectivo senão por meio de acção proposta em território português, ou não ser exercível ao autor a sua propositura no estrangeiro [...]', se artikel 65.1d första mom. CPC, samt jfr Study on Residual Jurisdiction (Portugal), s. 14.

<sup>130</sup> '[...] desde que entre o objecto do litígio e a ordem jurídica nacional haja algum elemento ponderoso de conexão, pessoal ou real', se artikel 65.1d andra mom. CPC. Se även Study on Residual Jurisdiction (Portugal), s. 14.

<sup>131</sup> Se Study on Residual Jurisdiction (Portugal), s. 14.

<sup>132</sup> Se Study on Residual Jurisdiction (Portugal), s. 14 f.

### 3.2.5 Österrikisk rätt

Även österrikisk rätt innehåller en lagfäst bestämmelse om forum necessitatis (notzuständigkeit). Bestämmelsen, som återfinns i § 28 JN<sup>133</sup>, får anses utgöra den i särklass mest precisa forum necessitatis-regeln i Europa. I doktrinen framhålls att grundtanken bakom bestämmelsen är att det i undantagssituationer, särskilt med artikel 6 EKMR i åtanke, kan finnas ett behov att skydda käranden då denne saknar möjligheter att föra sin talan i utlandet och någon annan inhemska regel ej möjliggör att talan upptas till prövning.<sup>134</sup> Behörighetsgrunden är subsidiär till övriga jurisdiktionsgrundande regler ('[...] die Voraussetzungen für die örtliche Zuständigkeit eines inländischen Gerichts im Sinne dieses Gesetzes oder einer anderer Rechtsvorschrift nicht gegeben [...]'), och bär karaktären av en säkerhetsventil.<sup>135</sup> I doktrinen betonas att fråga definitivt ej är om någon generell behörighetsgrund, utan att en bedömning måste göras av huruvida förutsättningarna för regeln tillämpning är uppfyllda i det enskilda fallet.<sup>136</sup>

För regelns tillämpning uppställs tre kumulativa rekvisit. För det första får ingen österrikisk domstol vara behörig på grundval av någon annan regel.<sup>137</sup> För det andra måste en negativ kompetenskonflikt föreligga, dvs. det måste vara omöjligt ('nicht möglich') eller orimligt ('unzumutbar') att föra talan vid en utländsk domstol. Slutligen måste, för det tredje, sakförhållandet ha en kvalificerad anknytning till Österrike.

Vad avser det första av dessa rekvisit framgår detta direkt av lagtextens lydelse, närmare bestämt av den passus som fastslår regelns subsidiära karaktär (jfr ovan).

Avseende hindersrekvisitet kan följande anföras.<sup>138</sup> Någon skarp distinktion mellan omöjlighet/orimlighet synes ej upprätthållas, åtminstone ej i den juridiska doktrinen. Det synes vidare ej vara möjligt att ge någon bestämd definition av begreppen. Klart är emellertid att blott det förhållandet att det möter svårigheter för käranden att föra sin talan utomlands, eller att denna har en materiellt sett mindre gynnsam position där, ej är tillfyllest för att rekvisitet skall anses uppfyllt.<sup>139</sup> Vad gäller exempel presumeras

---

<sup>133</sup> Gesetz vom 1.8.1895, RGBl 111, über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen; Jurisdiktionsnorm.

<sup>134</sup> Se Burgstaller, Alfred & Neumayr, Matthias, Festschrift für Peter Schlosser, s. 131 samt Aden, Menno, Internationale Notzuständigkeit, s. 2.

<sup>135</sup> Jfr Burgstaller, & Neumayr, a.a. s. 128.

<sup>136</sup> Se Burgstaller & Neumayr, a.a.s. 131.

<sup>137</sup> Se Schütze, a.a.s. 303.

<sup>138</sup> I doktrinen synes anses att fråga kan vara om antingen rättsliga eller faktiska omständigheter, jfr Schütze (a.a.s. 303) som fastslår att: 'Für die Rechtsverfolgung darf [...] keine Zuständigkeit bestehen oder die Prozessführung im an sich gegebenen ausländischen Forum muss unmöglich oder unzumutbar sein.' [förf. kursivering].

<sup>139</sup> Se Schütze, a.a.s. 303 samt Burgstaller & Neumayr, a.a.s. 132. I fråga om det senare påpekas att det ibland möter svårigheter att upprätthålla en skarp gräns mellan å ena sidan materiellt ogynnsamma lägen och, å den andra, formell-processuella sådana, och att detta inte bör tillmätas någon avgörande betydelse, se Burgstaller & Neumayr, a.a.s. 132.

omöjlighet först och främst föreligga i fall då någon behörig domstol ej synes stå att finna utomlands.<sup>140</sup> Inom kategorin omöjlighet/orimlighet faller även sådana fall då talan av någon (annan) anledning ej kan föras vid den utländska domstolen, då det bedöms som utsiktslöst att vinna framgång med talan där eller då en utländsk dom med största sannolikhet skulle nekas erkännande i Österrike.<sup>141</sup>

I fråga om bedömningen har vidare anförts att de omständigheter som anføres till stöd för regelns tillämplighet måste vara av viss styrka, ty eljest, dvs. i avsaknad av en sådan kvalificering, är risken stor att en meddelad dom eller beslut ej kommer att erkännas utomlands. I synnerhet framhålls att fråga ej får bli om att kringgå ett materiellt rättsläge som framstår som hårt eller orättvist; fråga skall vara om en situation där det bedöms som oundgängligen nödvändigt att käranden tillerkänns den egna rättsordningens skydd.<sup>142</sup>

När det gäller anknytningsrekvisitet är den österrikiska regeln särpräglad strikt utformad i det att den i tre punkter uttryckligen nämner i vilka fall tillräcklig anknytning föreligger. Den första punkten tar sikte på staten Österrike som sådan och anger att om en skyldighet att uppta målet till prövning följer av landets internationella åtaganden så föreligger tillräckligt stark anknytning. Enligt den andra punkten föreligger tillräcklig anknytning om käranden har österrikiskt medborgarskap, har sitt hemvist, eller stadigvarande uppehåller sig, i riket eller, i fråga om företag, har sitt säte i Österrike. Den tredje och sista punkten hänför sig till jurisdiktionsavtal och har, strängt taget, inte med forum necessitatis att göra som sådant. Bestämmelsen anger att tillräcklig anknytning föreligger då ett jurisdiktionsavtal ingåtts utan att den lokala behörigheten angivits.<sup>143</sup> Att notera är att, även om detta ej uttryckligen sägs, det synes följa av den lagtekniska konstruktionen att uppräknningen är avsedd att vara uttömmande.<sup>144</sup>

Av § 28 [4] JN följer att prövning av regelns tillämplighet skall ske antingen på kärandens ansökan eller *ex officio*, samt att bevisbördan för omöjlighet/orimlighet åvilar käranden. Slutligen må ytterligare två särpräglade drag hos österrikiska regeln noteras. Det första har att göra med bedömningen av om omöjlighet/orimlighet är förhandenvarande och består i att denna är prospektiv, dvs. spekulativ; skulle denna sannolikhetsbedömning utfalla positivt krävs det ej att av käranden att denne sökt föra sin talan utomlands, ty ett sådant krav skulle, anses det, uteslutande tjäna till att fördröja kärandens tillgång till

<sup>140</sup> Se Study on Residual Jurisdiction (Austria), s. 11.

<sup>141</sup> Se Burgstaller & Neumayr, a.a.s. 131 ff.

<sup>142</sup> Se till det i stycket sagda, Burgstaller & Neumayr, a.a.s. 132 f.

<sup>143</sup> Jfr den distinktion som görs i engelskan mellan 'forum' och 'venue'. Anledningen till punkten står att finna i det faktum att regeln, lagtekniskt, bygger på en anvisningsrätt för Oberste Gerichtshof, se nedan.

<sup>144</sup> Jfr i sammanhanget Schütze (a.a.s. 304) som betonar att det är förenligt med EKMR att inte tillåta prövning av alla mål utan blott de som uppvisar en tillräckligt stark anknytning.

domstolsprövning.<sup>145</sup> Det andra karaktäristiska draget hänför sig till *vem* som är behörig att göra denna bedömning. Av bestämmelsens ordalydelse framgår nämligen att denna rätt *uteslutande* tillkommer Oberste Gerichtshof (Högsta domstolen), som tillerkänts en bindande och behörighetsgrundande anvisningsrätt.<sup>146</sup> Mot bakgrund härav låter det sig således hävdas att behörigheten i här berörda fall, i österrikisk rätt, ytterst grundar sig på Oberste Gerichtshofs beslut (och strängt taget inte på § 28 JN).

### 3.2.6 Fransk rätt<sup>147</sup>

I fransk rätt finns ingen lagstadgad regel om forum necessitatis ('for de nécessité'). I doktrinen framhålls att, som utgångspunkt, kan det förutsättas att då fransk domsrätt saknas har parterna typiskt sett en tillräckligt stark anknytning till något annat land för att finna en behörig domstol där.<sup>148</sup> Fransk rätt känner emellertid institutet forum necessitatis, ty om käranden inte har någon möjlighet att föra sin talan utomlands har de franska domstolarna ansett sig behöriga för att förhindra uppkomsten av déni de justice.<sup>149</sup>

För att de franska domstolarna skall anse sig behöriga med hänvisning till forum necessitatis, måste två förutsättningar vara uppfyllda. För det första åvilar det käranden att bevisa att någon behörig domstol ej står till buds utomlands; härvidlag kan det antingen vara fråga om en faktisk omöjlighet, såsom ex. inbördeskrig eller risk för förföljelse i det främmande landet, eller en rättslig omöjlighet, t.ex. att det utländska landets domstolar saknar behörighet i den aktuella situationen eller det kan förutspås att dessa inte kommer att utöva en i och för sig befintlig behörighet.<sup>150</sup> Huruvida det förhållandet, att ett utländskt avgörande ej kan verkställas i Frankrike, är tillräckligt för att rekvisitet skall anses vara uppfyllt är oklart.<sup>151</sup> Att käranden inte har någon möjlighet att vinna framgång i sak är emellertid inte tillfyllest.<sup>152</sup>

---

<sup>145</sup> Se Burgstaller & Neumayr, a.a.s. 133 f.

<sup>146</sup> Se Schütze, a.a.s. 304.

<sup>147</sup> Tack till Julie Lohner som bistått med hjälp till klarläggande av fransk rätt.

<sup>148</sup> Se Audit, Bernard, Droit International Privé, s. 298.

<sup>149</sup> Se Audit (a.a.s. 298) som uttalar att '[...] les tribunaux français ont accepté dans ce cas d'exercer leur compétence pour éviter un déni de justice.' Se även Schütze, a.a.s. 304 och Study on Residual Jurisdiction (France), s. 20.

<sup>150</sup> Se Audit, a.a.s. 298, Schütze, a.a.s. 304 samt Study on Residual Jurisdiction (France), s. 20 med hänvisning till rättsfallen Aix-en-Provence Cour d'appel, 31 mai 1923, JDI 1924 page 204 och Paris Cour d'appel 10 novembre 1960, JDI 1961 page 426.

<sup>151</sup> Se Study on Residual Jurisdiction (France), s. 21, där det påpekas att rättsfallet Cass. Com., 11 juin 2002, pourvoi no. 00-13.470 indikerar att så *ej* skulle vara fallet.

<sup>152</sup> Se Audit (a.a.s. 298) som konstaterar: '[...] tel n'est pas le cas lorsque le demandeur verrait sa prétention repoussée pour une raison de fond [...]'. Se även Study on Residual Jurisdiction (France), s. 20, där det anförs: 'However, the mere fact that a foreign court would declare the plaintiff's claim inadmissible or dismiss it on the merits does not amount to a denial of justice [...]'.

Det andra kriteriet består i att saken måste ha en tillräcklig anknytning till Frankrike ('un rattachement suffisant').<sup>153</sup> Detta rekvisit anses vara mycket viktigt, och syftar till att förhindra *forum shopping*.<sup>154</sup> Den exakta innebörden av rekvisitet är emellertid oklar. Fastslaget är dock att det förhållandet att käranden stadigvarande uppehåller sig i Frankrike är tillräckligt för att detta skall vara uppfyllt, och den uppfattningen har framförts att rekvisitet även bör kunna anses uppfyllt då anknytningen är svagare.<sup>155</sup>

En intressant säregenskap i den franska forum necessitatis-doktrinen är att denna jurisdiktionsgrund anses få ge vika i fall då franska domstolar fullständigt saknar behörighet,<sup>156</sup> dvs., som det får förstås, i fall då franska domstolar inte under några som helst omständigheter skulle kunna vara behöriga att uppta målet till prövning.

### 3.2.7 Spansk rätt

Inte heller spansk rätt innehåller någon uttrycklig regel om forum necessitatis. Trots detta anses spanska domstolar inte bara ha en möjlighet att, till undvikande av *déni de justice*, uppta ett mål till prövning, utan till och med ha en skyldighet att göra så enligt såväl den spanska konstitutionen som artikel 6 EKMR.

För att de spanska domstolarna skall uppta ett mål till prövning krävs att det antingen är omöjligt för, eller helt orimligt att kräva av, käranden att föra sin talan vid en utländsk domstol. Vad avser den förra grunden, omöjlighetsgrunden, synes denna ta sikte på rättsliga omständigheter, medan den senare, orimlighetsgrunden, hänför sig till faktiska omständigheter, såsom ex. risk för förföljelse, krig eller att undantagstillstånd råder. Som ytterligare förutsättning krävs att det föreligger en tillräckligt stark anknytning till Spanien, ex. genom att käranden är spansk medborgare eller har sitt hemvist i Spanien.<sup>157</sup>

### 3.2.8 Tysk rätt<sup>158</sup>

Tysk rätt innehåller ingen uttrycklig regel om forum necessitatis. Icke desto mindre är institutet erkänt av den tyska rättsordningen, emedan risken för att ett tillstånd av rättsligt

---

<sup>153</sup> Se Audit, a.a.s. 298 samt Study on Residual Jurisdiction (France), s. 20.

<sup>154</sup> Se Audit (a.a.s. 298) som fastslår: 'Cette condition est indispensable si l'on veut éviter de voir les tribunaux nationaux devenir l'objet d'un forum shopping international.' Se även Schütze, a.a.s. 304.

<sup>155</sup> Se Study on Residual Jurisdiction (France) s. 20 med hänvisning till rättsfallet Paris Tribunal de grande instance, 1 octobre 1976, JDI 1976 page 879.

<sup>156</sup> Se Study on Residual Jurisdiction (France), s. 20 med hänvisning till rättsfallet Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janvier 1982, Rev. Crit. DIP, 1983 pages 87 et seq.

<sup>157</sup> Se till det i avsnittet sagda, Study on Residual Jurisdiction (Spain), s. 13.

<sup>158</sup> Ett varmt tack till Ricarda Fahrbach som tillhandahållit ovärderlig hjälp till klarläggande av tysk rätt.

vakuum skall uppstå har ansetts vara oacceptabel.<sup>159</sup> Forum necessitatis ('Notzuständigkeit' eller 'Ersatzzuständigkeit') anses ytterst vila på konstitutionell grund och den folkrättsliga principen om förbud mot déni de justice.<sup>160</sup> I doktrinen synes institutets förefintlighet i tysk rätt anses följa redan av den allmänna behörighetsbestämmelsen i 12 § ZPO<sup>161</sup>, som stadgar att domstolen (på den ort) där en person har sin "allmänna behörighet" är behörig att höra alla mål, så länge behörigheten att höra ett visst mål ej är uteslutande reglerad i en annan bestämmelse.<sup>162</sup> Fråga synes således vara om en forumregel som, med den tolkning som bestämmelsen givits i den tyska doktrinen, ej blott tillerkänner domstolen lokal, utan även internationell, behörighet.<sup>163</sup> Strängt taget är emellertid forum necessitatis ej lagfäst i tysk rätt.<sup>164</sup>

För att det tyska forum necessitatis skall kunna tillämpas krävs, för det första, att det är omöjligt ('unmöglich') eller på något sätt orimligt ('unzumutbar') för käranden att föra talan i utlandet.<sup>165</sup> En sådan (oacceptabel) situation kan uppstå på olika sätt. Dels kan denna vara hänförlig till en s.k. negativ kompetenskonflikt ('negativen internationalen Kompetenzkonflikts'), dvs. springa ur det förhållandet att ingen av domstolarna i två olika stater anser sig behöriga under hänvisning till att den andra statens domstolar är behöriga, dels kan denna utgöra resultatet av faktiska ('tatsächlichen') eller politiska ('politischen Gründen') förhållanden, såsom exempelvis krig, blockader, rättssystemets haveri, den främmande statens upplösning eller att det skulle vara orimligt att begära den utländska rättsordningens anlitande.<sup>166</sup> Från vissa håll har även framförts att detsamma bör gälla då käranden, trots att den utländska domstolen är exklusivt behörig, ej kan erhålla verkställighet av en meddelad dom vare sig i Tyskland eller i utlandet och svarandens tillgångar således blir oåtkomliga för denne om tyska domstolar avvisar talan, samt i fall då en utländsk domstol har att tillämpa tysk rätt och den tyska domstolen på goda grunder kan förutse att tillämpningen kommer att ske felaktigt(!).<sup>167</sup> Motsvarande bör gälla i fall då det

---

<sup>159</sup> Se Study on Residual Jurisdiction (Germany), s. 15, Münchener Kommentar zur ZPO, stycke 100 samt Schütze, a.a.s. 305. Se även rättsfallet RG DR 1942 nr 1286.

<sup>160</sup> Se Münchener Kommentar zur ZPO, stycke 100. En del författare hänvisar även till artikel 6 EKMR, se ex. Zöller, Richard, et al., Zivilprozeßordnung, s. 34.

<sup>161</sup> Zivilprozessordnung.

<sup>162</sup> Jfr Stein, Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, s. 372.

<sup>163</sup> Jfr än en gång engelskans "forum" resp. "venue".

<sup>164</sup> Se Schütze (a.a.s. 313) som poängterar att: '[...] das deutsche Recht die Notzuständigkeit nicht gesetzlich geregelt hat.' Riktigheten i det sagda framgår än tydligare vid beaktande av att 12 § ZPO för sin tillämpning förutsätter att käranden till att börja med faktiskt har en allmänt behörig domstol i Tyskland.

<sup>165</sup> Se Schütze, a.a.s. 306 ff.

<sup>166</sup> Se Münchener Kommentar zur ZPO, stycke 98-99, Rosenberg, Leo; Schwab, Karl Heinz & Gottwald, Peter [Rosenberg, et al.], Zivilprozessrecht, s. 184, Zöller, et al., a.a.s. 34 samt Study on Residual Jurisdiction (Germany), s. 15.

<sup>167</sup> Se Rosenberg, et al., a.a.s. 184 samt jfr även Study on Residual Jurisdiction (Germany), s. 15.

är omöjligt eller orimligt att kräva att kändanden för sin talan vid den, enligt tyska internationellt privaträttsliga behörighetsregler, behöriga utländska domstolen.<sup>168</sup>

Några tyska rättsvetare menar att det är möjligt att indela det tyska forum necessitatis-institutet i underkategorier. En av dessa är Kropholler, som menar att en första sådan skulle bestå av provisorisk behörighet för vidtagande av brådskande åtgärder, medan en andra kategori skulle inrymma fall av ”*ordre public*-behörighet” där det avgörande kriteriet för behörighet skulle vara att den utländska rättens materiella innehåll framstår som oacceptabel från tysk synpunkt. Till en tredje underkategori skulle slutligen hänföras fall där behörigheten uteslutande motiveras av strävan efter att undvika *déni de justice*, ex. då någon behörig utländsk domstol ej kan fastställas eller en sådan finns men är otillgänglig för kändanden.<sup>169</sup>

Även Schütze menar att en indelning bör ske i tre underkategorier, men på ett annat sätt än Kropholler gör gällande. Schütze vill till en första kategori hänföra fall av negativa kompetenskonflikter. Detta, som Schütze menar utgör huvudfallet för när forum necessitatis-institutet kommer till användning, är fallet då de inblandade rättsordningarna antingen uppställer olika anknytningsfaktorer eller tillämpar samma anknytningsfaktorer olika, och detta leder till att kändanden saknar möjlighet att föra talan i någotdera av länderna.<sup>170</sup> I en andra kategori placerar Schütze fall där det i och för sig finns en behörig domstol, men det alltså är omöjligt för, eller orimligt att kräva av, kändanden att föra talan vid denna; i dessa fall rör det sig om att faktiska omständigheter hindrar kändanden. Som exempel härpå nämns bl.a. att den främmande statens domstolssystem helt havererat och detta ej är av tillfällig natur eller då kändanden inte kan påräkna att komma i åtnjutande av en rättvis rättegång i den främmande staten. Gränsdragningsproblem kan härvidlag uppstå. Medan ett korrupt rättssystem eller långa processstider kan innebära att tyska domstolar anser sig behöriga är det ej tillfyllest att kändanden skulle åtnjuta en mer fördelaktig position vid processande i Tyskland. Schützes tredje underkategori tar sikte på fall där ett utländskt avgörande ej kan erkännas och verkställas i Tyskland. Att särskilt notera vad avser detta fall är emellertid att i fall då parterna, genom att ingå ett jurisdiktionsavtal, försatt sig i den aktuella situationen finns, enligt dennes uppfattning, ingen möjlighet för tyska domstolar att förklara sig behöriga på grundval av forum necessitatis-institutet.<sup>171</sup>

---

<sup>168</sup> Se Zöller, et al., a.a.s. 35.

<sup>169</sup> Se till det i stycket sagda, Kropholler, Jan, Internationales Privatrecht, s. 594.

<sup>170</sup> Se Schütze, a.a.s. 306. Se även rättsfallen Tribunal de la Seine Journal Clunet 59 (1932) nr 370 samt RG DR 1942 nr 1286.

<sup>171</sup> Se till det sagda, Schütze, a.a.s. 306 ff.



För institutets tillämpning krävs, för det andra, att en tillräcklig anknytning ('Binnenbeziehung') föreligger till Tyskland.<sup>172</sup> Vid bedömningen av huruvida tillräcklig anknytning föreligger har man att, beroende på omständigheterna, ta i beaktande faktorer som medborgarskap, hemvist, plats för stadigvarande uppehåll, möjlighet att erhålla verkställighet, och om tysk lag skall tillämpas i målet. Schütze framhåller dock att, till syvende och sist, handlar det om huruvida behörighet kan rättfärdigas utifrån ett reellt behov av att skydda käranden.<sup>173</sup>

Sammanfattningsvis låter det sig konstateras att forum necessitatis såsom institut är erkänt i tysk rätt, även om det, strängt taget, ej finns lagfäst. För dess tillämpning förutsätts dels att det är omöjligt för, eller orimligt att kräva av, käranden, pga. rättsliga eller faktiska omständigheter, att föra sin talan utomlands, dels att det föreligger en tillräckligt stark anknytning till Tyskland.

### 3.3 Den svenska situationen

När det gäller den svenska synen på forum necessitatis finns varken någon lagregel eller någon fast praxis att utgå ifrån.<sup>174</sup> Vissa tendenser kan emellertid skönjas, vilka (möjligen) kan tas till intäkt för att institutet erkänns, eller i vart fall skulle kunna vinna erkännande, även i Sverige.

Trots att det för svenskt vidkommande saknas uttryckliga regler om forum necessitatis är den svenska domsrätten ändå relativt vidsträckt enligt den inhemska rättsordningen. Detta kommer inte minst till uttryck genom att den ovan nämnda "svartlistan" som återfinns i bilaga I till Bryssel I-förordningen utpekar bestämmelsen i 10:3 st. 1 RB såsom ett s.k. exorbitant fora.

Just 10:3 st. 1 RB är, tillsammans med 10:4 RB, av intresse i förevarande sammanhang, ty som framhålls i doktrinen åberopas dessa paragrafer ofta för att grunda svensk behörighet i gränsöverskridande mål.<sup>175</sup> Reglerna är visserligen utformade som lokala behörighetsregler, men tillämpas ofta analogt i situationer med internationell

---

<sup>172</sup> Se Schütze, a.a.s. 311 där denne fastslår att: "Einigkeit herrscht heute darüber, dass das Postulat von Neuhaus: 'Wo sonst kein Land zuständig ist, soll jedes Land zuständig sein' so nicht richtig sein kann".

<sup>173</sup> Se härtill och vidare Schütze, a.a.s. 312.

<sup>174</sup> Se Study on Residual Jurisdiction (Sweden), s. 9.

<sup>175</sup> Se ex. Ekelöf, Per Olof, Rättegång II, s. 26 f. Detta har emellertid ifrågasatts av Denmark som uttalat: "Forumkapitlet i RB upptar icke några allmänna regler om svensk domstols behörighet i mål med utländsk anknytning. Vissa av kapitlets stadganden taga dock såtillvida direkt sikte på dylika mål, att de angiva laga forum för talan mot den som icke äger känt hemvist här i riket ävensom för den som saknar känt hemvist såväl här i riket som i utlandet. [...] Även dessa regler äro emellertid tekniskt utformade såsom lokala forumregler, d.v.s. de angiva vid vilken intern svensk domstol talan under angivna förutsättningar må väckas.", se Denmark, Sigurd, Om svensk domstols behörighet i internationellt förmögenhetsrättsliga mål, s. 51 f.

anknytning.<sup>176</sup> Vad avser den förra regeln grundar den svensk behörighet i mål om betalningsskyldighet eller egendom under förutsättning att svaranden ej har något känt hemvist i riket (*allmänt förmögenhetsforum; forum arresti*). För sådana fall föreskrivs i fråga om den lokala behörigheten att svaranden må sökas där dennes egendom finns; av helt avgörande betydelse är således var *egendomen* befinner sig. Den senare regeln tar sikte på fall då parterna ingått någon form av avtal; behörighet tillkommer svenska domstolar då en av svaranden ingången förbindelse eller ådragen gäld uppkommit i Sverige (*kontraktsforum; forum contractus*).<sup>177</sup>

Som inledningsvis framhölls ger dessa regler emellertid, det förhållandet att de tillerkänner svenska domstolar en vidsträckt behörighet på relativt lösa grunder till trots, ej uttryck för forum necessitatis i strikt bemärkelse.<sup>178</sup> Härav får man emellertid ej dra den slutsatsen att stöd helt skulle saknas för institutet i svensk rätt. I den juridiska doktrinen har, tvärtom, som motivering till en analog tillämpning av reglerna om förmögenhets- resp. kontraktsforum, påtalats att käranden kan ha ett berättigat intresse av att föra sin talan vid svensk domstol, samt att så kan vara fallet bl.a. då ett utländskt avgörande skulle sakna praktiskt värde för denne pga. att avgörandet ej skulle kunna erkännas och/eller verkställas här i riket.<sup>179</sup> Det förda resonemanget anknyter tydligt till en sådan omständighet som, åtminstone i vissa rättsordningar, anses konstituera relevant omöjlighet och som följaktligen kan anses höra forum necessitatis-institutet till.<sup>180</sup> Det anförda medför att det, om än med viss tvekan, låter sig hävdas att forum necessitatis har (visst) stöd i den svenska juridiska doktrinen.

Även i Högsta domstolens praxis kan vissa tecken urskönjas som tyder på att institutet erkänns av den svenska rättsordningen. I några fall har de svenska forumreglerna tillämpats analogt och mycket extensivt för att tillerkänna svenska domstolar behörighet, vilket kan, men inte nödvändigtvis behöver, tolkas som att domstolen är beredd att erkänna

---

<sup>176</sup> Som Ekelöf uttrycker det: ”En tvist faller under svensk domsrätt, om svensk lag anvisar ett forum här i landet.”, se Ekelöf, Per Olof & Edelstam, Henrik, Rättegång I, s. 78. Dennemark konstaterar å sin sida att, även om det ofta framhållits att det finns ett samband mellan lokal och internationell behörighet, det inte är givet att RB:s lokala behörighetsregler utan vidare bör tillämpas för att grunda internationell behörighet för svenska domstolar, se Dennemark, a.a.s. 52 ff. och 56 ff.

<sup>177</sup> Se till det sagda, samt för en mer ingående belysning av nämnda regler, Dennemark, a.a.s. 143 ff. (förmögenhetsforum) och 186 ff. (*forum contractus*). Se även Bogdan, SIPP, s. 118 ff., Lindell, a.a.s. 171 ff. samt Ekelöf, Rättegång II, s. 27.

<sup>178</sup> Jfr citatet från Dennemark, ovan not 175.

<sup>179</sup> Se Ekelöf, Rättegång II, s. 27. Resonemanget vinner även stöd i hovrättspraxis, se SvJT 1958 rf. s. 13. Se även NJA 1985 s. 832 (nedan) samt jfr Bogdan, SIPP, s. 120.

<sup>180</sup> Att hinder för erkännande och verkställighet kan innebära att omöjlighetsrekvisiten i de respektive forum necessitatis-reglerna är uppfyllda står klart enligt holländsk, österrikisk och tysk rätt. Motsvarande har hävdats, men är omdiskuterat, i Frankrike och Portugal. Se ovan avsnitt 3.2.

institutet.<sup>181</sup> I ett fall, NJA 1985 s. 832, uttalade sig domstolen dock på ett sätt som klart tyder på att institutet är, eller i vart fall skulle kunna bli, erkänt i svensk rätt. Målet, som rörde bättre rätt till byggnader på finskt (!) territorium, avvisades av de finska domstolarna då dessa ansåg sig obehöriga. Käranden, som liksom svaranden hade sitt hemvist i Sverige, väckte talan vid svensk domstol. Efter att inledningsvis ha konstaterat att en talan som den i det aktuella målet, som principiell utgångspunkt, borde prövas av domstolen där den fasta egendomen är belägen (*forum rei sitae*), fortsatte Högsta domstolen med att konstatera:

”Huvudregeln om fastighetslandets domsrätt bör emellertid inte tillämpas utan undantag. I vissa fall bör nämligen *avsteg* kunna göras om det är *betingat av internationella hänsyn och praktiska lämplighetsskäl*. Att tillgodose en *parts behov av att få en i Sverige exigibel dom* kan vara en anledning till undantag från huvudregeln (jfr SvJT 1958 rf. s. 13). Ett annat skäl kan *vara intresset av att undvika déni de justice* i situationer då domstolarna i det land där egendomen är belägen anser sig sakna behörighet att pröva målet.” [författarens kursiveringar]

Vid en granskning av detta uttalande framstår det inte som osannolikt att svensk rätt redan erkänner forum necessitatis-institutet. Tvärtom låter sig uttalandet tolkas så att det i huvudsak överensstämmer med såväl den traditionella uppbyggnaden av forum necessitatis som med utländska forum necessitatis-regler. Grunden för den fastlagda undantagsregeln är undvikande av *déni de justice*, en motivering som är frekvent återkommande i de länder som erkänner institutet. Vidare kan, som ovan påpekats, hinder för erkännande och/eller verkställighet ses som en omständighet som gör det omöjligt för käranden att föra sin talan utomlands. Slutligen kan kravet på att det skall vara ”betingat av internationella hänsyn och praktiska lämplighetsskäl” möjligtvis anses inrymma ett slags förtunnat eller generaliserat anknytningskrav (och skulle man anse detta vara att dra det hela alltför långt kan här erinras om att detta ej är ett oeftergivligt krav, jfr holländsk rätt (artikel 9 (b) WBR)).<sup>182</sup>

Sammanfattningsvis kan konstateras att även om svensk rätt ej innehåller någon uttrycklig forum necessitatis-regel så finns uttalanden i såväl doktrin som i rättspraxis som tyder på att institutet erkänns, eller förmodligen skulle erkännas, av den svenska rättsordningen. I vart fall låter det sig inte entydigt hävdas att motsatsen är fallet.

---

<sup>181</sup> Se NJA 1971 s. 417, NJA 1980 s. 188, och NJA 1989 s. 143. Jfr även Study on Residual Jurisdiction (Sweden), s. 9.

<sup>182</sup> Jfr ovan avsnitt 3.2.3.

### 3.4 Forum necessitatis i underhållsförordningen

Som redan tidigare nämnts vid ett flertal tillfällen har gemenskapslagstiftaren, i stället för att inkludera en hänvisning till nationella behörighetsregler, valt en annan lösning i underhållsförordningen, nämligen att införa en bestämmelse om forum necessitatis. Bestämmelsen återfinns i artikel 7 och har följande lydelse:

”Om ingen medlemsstats domstol är behörig enligt artiklarna 3, 4, 5 och 6, kan domstolarna i en medlemsstat, i undantagsfall, uppta tvisten om ett förfarande inte rimligen kan inledas eller genomföras eller visar sig vara omöjligt i en tredjestat till vilken tvisten har en nära anknytning.

Tvisten ska ha tillräcklig anknytning till den medlemsstat i vilken talan väckts.”

I det följande skall denna regel utvärderas för att se om den ger uttryck för en lämplig avvägning mellan svarandens intresse av att inte behöva träda i svaromål vid vilken domstol som helst och karendens intresse av, och rätt till, att ha tillgång till domstolsprövning. Utvärderingen sker i två steg. Inledningsvis granskas huruvida regeln, om den istället återfunnits i Bryssel-förordningarna, förmått tillhandahålla en lösning på de problem som identifierats i det föregående.<sup>183</sup> Därefter analyseras bestämmelsen, mot bakgrund av den företagna genomgången av nationella forum necessitatis-bestämmelser, med avseende på de uppställda rekvisiten för omöjlighet/orimlighet resp. anknytning.

#### 3.4.1 Fiktiv tillämpning av artikel 7 underhållsförordningen

Det är självfallet alltid en aning vådligt att granska en regel utifrån en situation som den ej avsetts reglera. Det vållar således vissa betänkligheter att flytta en regel ur sitt sammanhang och, fiktivt eller rentav kontrafaktiskt, jämföra den med en situation utanför dess direkta tillämpningsområde, särskilt som intilliggande regler skiljer sig åt i en mängd olika avseenden. Ett dylikt förfarande kan icke desto mindre motiveras utifrån en pedagogisk synvinkel för att påvisa brister som gör att regeln inte utan vidare kan överföras till andra instrument. Att identifiera regelns eventuella tillkortakommanden är också i allra högsta grad relevant, särskilt som dess syfte är att förhindra uppkomsten av just sådana, eller liknande, situationer som de som diskuterats ovan i anslutning till reglerna i Bryssel I- resp. Bryssel II a-förordningen.

---

<sup>183</sup> Ovan avsnitt 1.3 och 2.3.

En första fråga är därför huruvida förekomsten av en regel med samma innehåll som den i artikel 7 underhållsförordningen hade inneburit att det ovan påvisade problemet i Bryssel I-förordningen undvikits? Detta förefaller ej särskilt troligt.

Utgångspunkten för resonemanget var att parterna träffat avtal om att tillerkänna en medlemsstats domstol behörighet utan att göra avsteg från huvudregeln om en avtalad behörighets exklusivitet. Som ovan konstaterats fastslår artikel 23.1 Bryssel I-förordningen i ett sådant fall ej blott den utpekade domstolens exklusiva behörighet utan även övriga domstolars icke-behörighet. För det fall den exklusivt behöriga domstolen är oförmögen, dvs. förhindrad, att pröva målet tillhandahåller Bryssel I-förordningen ej någon lösning eftersom artikel 4.1 uttryckligen gör undantag för sådana fall som avses i artikel 23.

Anledningen till att en forum necessitatis-regel motsvarande den som intagits i artikel 7 underhållsförordningen ej skulle lösa situationen är, om än likartad, något annorlunda från den i det föregående stycke sagda. Det avgörande hindret (för dess tillämpning) synes här ej (primärt) vara hänförligt till en domstols exklusiva behörighet utan snarare till en överhuvudtaget existerande behörighet (dvs. oaktat om denna behörighet är exklusiv eller ej). Annorlunda uttryckt anknyts underhållsförordningens bestämmelse till icke-förefintligheten av behöriga domstolar, dvs. den förutsätter för sin tillämpning avsaknad av någon annan jurisdiktionsgrund enligt förordningen. Bestämmelsen kan mot bakgrund härav överhuvudtaget ej tillämpas i fall som det här diskuterade då en domstol *i och för sig är behörig* enligt förordningens regler, men är *oförmögen* att höra målet.<sup>184</sup>

Vad avser problematiken som diskuterats i anslutning till Bryssel II a-förordningen är denna delvis av en annan karaktär. Problemet består här av avsaknaden av en behörig domstol. Denna brist härstammar ytterst från artikel 6 Bryssel II a-förordningen som fastslår att en svarande som har sitt hemvist i, eller är medborgare av, en medlemsstat, får stämmas i en annan medlemsstats domstolar endast i enlighet med artiklarna 3, 4 och 5 samma förordning, samtidigt som ingen av dessa artiklar grundar jurisdiktion för nationalitetsstatens domstolar.

Om den ovan konstaterade bristen vid behörig domstols *oförmåga* att uppta målet till prövning, som i och för sig kan göra sig gällande även i nu diskuterat fall, bortses från kan följande anmärkningar göras. Vid en första anblick synes stå klart att en regel motsvarande den i artikel 7 underhållsförordningen skulle förmå att tillhandahålla en lösning på

---

<sup>184</sup> Det sagda innebär nu inte nödvändigtvis att regeln som sådan är dålig om den sätts i sitt rätta sammanhang, dvs. ställs i relation till övriga behörighetsregler i underhållsförordningen. Det går emellertid att tänka sig att motsvarande problem skulle kunna uppstå enligt underhållsförordningen med hänsyn till hur artikel 4 i den förordningen, vartill vilken artikel 7 uttryckligen gjorts subsidiär, utformats.

problemet, ty i detta fall är det första rekvisitet ostridigt uppfyllt, dvs. det finns inte någon domstol som är behörig enligt förordningens övriga jurisdiktionsregler. Här stöter man emellertid på andra problem. För det första antyder regeln, genom det andra uppställda rekvisitet, att de fall som huvudsakligen varit i åtanke är sådana där kärandens talan bort föras i tredje lands domstolar. Annorlunda uttryckt tycks den här diskuterade situationen, då fråga är om avsaknad av behörighet för domstolar *inom* unionen, överhuvudtaget ej ha föresvävat gemenskapslagstiftaren då bestämmelsen utformades. I artikel 7 underhållsförordningen föreskrivs ju att domstolarna i en medlemsstat äger uppta ett mål till prövning ”om ett förfarande inte rimligen kan inledas eller genomföras eller visar sig omöjligt i en tredje stat till vilken tvisten har nära anknytning.” [författarens kursivering].

Måhända bör den nyssnämnda problematiken ej överdrivas, ty även om problemet existerar i teorin så är det svårt att se att det skulle vara av stor praktisk betydelse. För att situationen skall uppstå krävs nämligen, dels att svaranden är bosatt i ett tredje land (ty annars skulle domstolarna vid svarandens hemvist vara behöriga redan enligt artikel 3.1 (a) tredje strecksatsen), dels att käranden är förhindrad att föra sin talan i detta lands domstolar. Därutöver må tilläggas att det ingalunda är säkert att gemenskapslagstiftaren avsett att utesluta ett fall som det här diskuterade, måhända är det blott ett förbiseende, och för det fall situationen skulle uppstå kan det på goda grunder förmodas att EG-domstolen skulle tolka bestämmelsen analogt och/eller extensivt så att den skulle omfatta även detta slags fall.<sup>185</sup> Det sagda hindrar emellertid inte att det skulle vara problematiskt att utan vidare överföra underhållsförordningens regel till Bryssel II a-förordningen, ty en sådan lösning har, som ovan framhållits, strängt taget ej stöd i bestämmelsens lydelse.

Även om man på nämnda vis (kanske) lyckas kringgå den i föregående stycken behandlade problematiken återstår emellertid ytterligare ett bekymmer, ty även om rekvisiten enligt första stycket är uppfyllta krävs därutöver att talan har en tillräcklig anknytning till den medlemsstat i vars domstolar talan väckts. Frågan är således om en sådan tillräcklig anknytning skulle anses föreligga i ett fall som det här diskuterade? Renodlad kan frågan sägas röra huruvida blott det förhållandet att svaranden är medborgare i den aktuella staten är tillfyllest för att grunda jurisdiktion?

Den ställda frågan bör betraktas mot en vidare bakgrund. Att grunda jurisdiktion enbart på *kärandens* nationalitet får *allmänt sett* anses uteslutet då regler av detta slag lyser

---

<sup>185</sup> Det må noteras att det föreligger en betydelsefull skillnad mellan underhållsförordningen, där bestämmelsen är avsedd att tillämpas, och Bryssel II a-förordningen. Denna skillnad består i att den förra saknar en motsvarighet till den senare förordningens artikel 6. Följaktligen tillstöter inte samma komplikationer med underhållsförordningens system som i Bryssel II a-förordningen, trots att ej heller den förra medger att behörighet grundas på kärandens medborgarskap.

med sin frånvaro.<sup>186</sup> Sådana regler anses också traditionellt utgöra s.k. exorbitanta forumregler som, i fråga om Bryssel I-förordningen, återfinns på "svartlistan" i bilaga I.<sup>187</sup> I förhållande till Bryssel I-förordningen kan vidare noteras att EG-domstolen i upprepade fall uttryckt att regler som medger ett avsteg från huvudregeln om att talan skall väckas vid svarandens hemvist måste ges en snäv tolkning samt att det måste föreligga en nära anknytning mellan saken och domstolen för att detta skall vara motiverat.<sup>188</sup> I de, relativt få, fall där nationalitet överhuvudtaget tillmäts betydelse uppställs som regel något ytterligare krav, oftast att båda parterna är medborgare i en och samma medlemsstat.<sup>189</sup> Det torde inte vara någon vågad gissning att dylika synpunkter gör sig gällande även i diskussionen kring anknytningsrekvisitet i den här diskuterade bestämmelsen.

Mot dessa överväganden måste emellertid ställas kärandens berättigade anspråk på att få sin talan prövad, i förening med de krav som följer, dels av art. 6 EKMR (som utgör en del av gemenskapens allmänna principer, se nedan avsnitt 4.1), dels av det folkrättsliga förbudet mot *déni de justice*.<sup>190</sup> Vidare må i sammanhanget uppmärksammas att det ligger i sakens natur att, då ingen av de övriga jurisdiktionsgrunderna kan tillämpas, det ej är möjligt att uppställa samma höjd på anknytningskravet; ett något "uttunnat" anknytningskrav är således inneboende förknippat med forum necessitatis-institutet som sådant.<sup>191</sup> Härutöver kan, även om detta inte utgör ett skäl i sig för att anse tillräcklig anknytning föreligga, påpekas att *kärandens* nationalitet ofta anses vara tillfyllest för att uppfylla anknytningsrekvisitet i de nationella rättsordningar som erkänner institutet.<sup>192</sup> Att intresseavvägningen utfallit på ett sådant sätt att så även är fallet enligt underhållsförordningens regel står dessutom klart vid beaktande av punkt 16 (*in fine*) i ingressen till denna.

Huruvida *kärandens* medborgarskap i forumstaten bör vara tillfyllest för att tillräckligt stark anknytning skall anses vara för handen kan, som ovan framgått, diskuteras. Även om en generell motvilja mot att nyttja nationalitet som anknytningsfaktor traditionellt kan skönjas så kan den slutsatsen, att en motsvarande regel som den i underhållsförordningen

<sup>186</sup> Jfr dock ingresspunkt 16 underhållsförordningen *in fine*, se vidare nedan.

<sup>187</sup> Jfr i sammanhanget även artikel 3 (d) underhållsförordningen.

<sup>188</sup> Se bl.a. EGD mål 21/76 *Bier mot Mines de potasse d'Alsace*, mål 189/87 *Kalfelis* samt mål C-26/91 *Handte*. Se även Jenard-rapporten där det uttalas att "Using nationality as a criterion would inevitably have led to a considerable increase in the effect of those rules of jurisdiction which may be termed exorbitant." (s. 14) och att: "Adoption of the 'special' rules of jurisdiction is also justified by the fact that there must be a close connecting factor between the dispute and the court with jurisdiction to resolve it." (s. 22).

<sup>189</sup> Jfr ex. artikel 3.1 (b) Bryssel II a-förordningen och artikel 6 underhållsförordningen.

<sup>190</sup> Jfr Grönbok om underhållsskyldighet (engelsk version), s. 15 där det konstaterades att: "[...] in some cases it can be impossible for the parties to obtain a judgement if no court accepts the jurisdiction."

<sup>191</sup> Jfr belgisk rätt (ovan avsnitt 3.2.2).

<sup>192</sup> Se ovan avsnitt 3.1. Så är åtminstone fallet enligt belgisk rätt (avsnitt 3.2.2), österrikisk rätt (avsnitt 3.2.5) och spansk rätt (avsnitt 3.2.7). Exempel finns även på rättsordningar som intagit motsatt ståndpunkt, jfr holländsk rätt (avsnitt 3.2.3).

ej skulle kunna lösa den här diskuterade problematiken ej dras, ty förutom starka indikationer på att kändens nationalitet är tillfyllest (genom ingresspunkt 16) är läget här annorlunda; här rör det sig inte om kändens utan om *svarandens* medborgarskap. Att grunda jurisdiktion på svarandens nationalitet får anses vålla betydligt mindre betänkligheter. Från svarandens perspektiv torde det knappast komma som en överraskning att behöva gå i svaromål i den stat där vederbörande är medborgare; detta synes åtminstone inte ge upphov till lika starka principiella invändningar ur förutsebarhetssynpunkt. Något större motstånd bland medlemsstaterna mot en sådan tolkning torde knappast heller vara att vänta, ty som ovan påpekats är många av dessa till och med beredda att acceptera kändens medborgarskap som en relevant och tillräcklig anknytningsfaktor. Om man utgår från den latinska sentensen *majus includit minus* torde medlemsstaterna således även vara beredda att acceptera svarandens nationalitet såsom tillfyllest för rekvisitets uppfyllande. En sådan tolkning synes vidare harmoniera med regeln syfte.<sup>193</sup> Mot bakgrund av det sagda kan konstateras att införandet av en motsvarande regel som den i artikel 7 underhållsförordningen i Bryssel II a-förordningen med all sannolikhet skulle lösa den här diskuterade problematiken.

Sammanfattningsvis kan det utifrån denna fiktiva tillämpning av underhållsförordningens forum necessitatis-regel konstateras att, även om regeln förmår lösa ett av de båda granskade problemen, så är den behäftad med ett flertal brister och svårigheter som gör att det redan här, tentativt, hävdas att en annan konstruktion bör väljas om en sådan regel skall införas i Bryssel I- resp. Bryssel II a-förordningen.

### 3.4.2 Närmare granskning av artikel 7 underhållsförordningen

Som framhölls i inledningen av det föregående avsnittet finns det alltid risker förknippade med att bedöma och utvärdera en regel utanför sitt sammanhang. Det kan på goda grunder hävdas att en regel bör bedömas i sitt sammanhang utifrån dess syfte och ändamål. Mot denna bakgrund skall rekvisiten i artikel 7 underhållsförordningen granskas mer ingående i det följande.

En utgångspunkt är att en regel, för att kunna göra anspråk på att vara en bra sådan, måste förmå uppfylla ett på förhand givet syfte. Detta ”referenssyfte” eller, om man så föredrar, jämförelseobjekt, kan utläsas av ingressen till underhållsförordningen, närmare bestämt av dess 16 punkt som lyder:

---

<sup>193</sup> Se nedan avsnitt 3.4.2.



”För att i synnerhet råda bot på situationer där rättsvägran föreligger, bör man i denna förordning föreskriva ett *forum necessitatis*, som gör det möjligt för en domstol i en medlemsstat att i undantagsfall pröva en talan som har nära anknytning till en tredjestat. Ett sådant undantagsfall kan anses föreligga när ett förfarande visar sig vara omöjligt i den berörda tredjestaten, exempelvis på grund av inbördeskrig, eller när sökanden inte rimligen kan förväntas inleda eller genomföra ett förfarande i den staten. Denna behörighet grundad på *forum necessitatis* ska dock endast kunna utövas om tvisten har tillräcklig anknytning till den medlemsstat där talan väckts, till exempel när en av parterna är medborgare där.”

Syftet är således att undvika rättvägran, eller, med den terminologi som nyttjats i denna framställning, *déni de justice*, i situationer som har en viss anknytning till medlemsstaterna. Detta syfte bör ses mot bakgrund av lagstiftningsarbetet i sin helhet. Går man ytterligare ett steg tillbaka, dvs. till innan det var påtänkt att införa en regel om *forum necessitatis*, finner man att syftet varit att med regleringen omfatta *samtliga* situationer som uppvisar en tillräcklig anknytning mellan parterna och en medlemsstat<sup>194</sup>. Det må i sammanhanget noteras att betydelsen av att *samtliga fall verkligen täcks in* av regelsystemet förstärks genom att regelns införande innebär att det inte ges något utrymme för tillämpning av nationella regler. Det sistnämnda synes medföra att *forum necessitatis*-bestämmelsens utformning blir av avgörande vikt för möjligheten att undvika *déni de justice* i de fall som ej uttryckligen faller under bestämmelserna i artiklarna 3-6 underhållsförordningen. Frågan är då hur artikel 7 underhållsförordningen står sig i förhållande till det nu sagda?

Som konstaterats i det föregående förutsätter artikel 7 underhållsförordningen för sin tillämpning att ingen medlemsstats domstol är behörig enligt artiklarna 3-6 samma förordning. Detta vållar, som påvisats i föregående avsnitt, vissa bekymmer emedan formuleringen synbarligen utesluter att regeln tillämpas i fall då faktiska omständigheter hindrar en i och för sig behörig domstol inom unionen från att uppta målet till prövning. I den mån bestämmelsen överhuvudtaget kan tillämpas i en renodlat gemenskapsintern situation, något som av regelns ordalydelse förefaller tveksamt,<sup>195</sup> synes det således stå klart att så endast kan ske med avseende på fall då rättsliga omständigheter föranleder omöjligheten, och då blott i den specifika situationen då en tillämplig jurisdiktionsgrund, och därmed en behörig domstol, helt saknas inom unionen. Annorlunda uttryckt utgör det

---

<sup>194</sup> Se KOM (2005) 649 slutlig, s. 11. Jfr även Grönbok om underhållsskyldighet, s. 15.

<sup>195</sup> Att detta är tveksamt framgår av det förhållandet att omöjlighets-/orimlighetsrekvisitet sammankopplats med ”tredjestat”, se nedan, nästföljande stycke.

som vid en första anblick förefaller vara en del av omöjlighets-/orimlighetsbedömningen i själva verket ett självständigt rekvisit - och bedömningen enligt detta föregår bedömningen av huruvida omöjlighet/orimlighet föreligger.<sup>196</sup> Denna slutsats vållar stora principiella betänkligheter, ty även om situationer av det diskuterade slaget sällan kan antas uppstå så bör en gemenskapsrättslig regel av förevarande slag i första hand säkerställa tillgången till en rättvis domstolsprövning i inomeuropeiska situationer.

Nästa brist i regeln uppenbarar sig då hindersrekvisitet (omöjlighet resp. orimlighet) granskas närmare. Regeln synes i och för sig ge utrymme för att såväl rättsliga som faktiska omständigheter kan föranleda att rekvisitet är uppfyllt. Däremot får det betraktas som oklart huruvida s.k. ”materiellrättsliga” omständigheter, dvs. då talan ej kan föras pga. att forumstatens rättsordning ej känner det rättsliga institut varpå anspråket vilar etc., kan föranleda att rekvisitet skall anses uppfyllt.<sup>197</sup> Under bestämmelsens ordalydelse faller ej heller, utan att man våldför sig på språket, fall då käranden i och för sig kan föra sin talan i tredje land, men detta saknar all praktisk betydelse för denne pga. att en utverkad dom ej kan erkännas och verkställas inom gemenskapen.<sup>198</sup> Tvärtom följer klart och tydligt av bestämmelsens lydelse att objektet för hindersprövningen är själva tillgången till domstolsprövning, dvs. bedömningen relaterar till att käranden har tillgång till en domstol (utan att orimligt mycket krävs av denne) och inte till den praktiska betydelsen eller den faktiska innebörden härav. Med andra ord synes form sättas över innehåll.<sup>199</sup>

Omvänt kan det ifrågasättas hur stor glädje käranden överhuvudtaget har av en regel, som kan tillämpas då det är omöjligt resp. orimligt att kräva av denne att föra talan i tredje land om inte avsikten är att en meddelad dom också skall kunna verkställas inom gemenskapen? Ty det kan nog, i vart fall då hindersrekvisitet anses uppfyllt på grundval av orimlighet, hållas för visst att kärandens möjligheter att, under sådana omständigheter, få

---

<sup>196</sup> Härvidlag kan en jämförelse göras med schweizisk rätt där motsvarande förhållande synes råda, jfr ovan avsnitt 3.2.1. Jfr även portugisisk rätt, ovan avsnitt 3.2.4. Notera att fråga är om en bedömning som ligger nära, men som noggrant måste särhållas från, den som hör till regelns allmänt subsidiära karaktär; att regeln är subsidiär följer redan av institutet som sådant. Här är istället fråga om att subsidiaritetsrekvisitet kan sägas vara uppfyllt med hänsyn till de faktiska omständigheterna, samtidigt som regelns tillämpning hindras av en formell bedömning av vad som kan lämpligen kan betecknas som ”rättslig subsidiaritet”, dvs. helt avgörande blir huruvida ett i och för sig behörigt, låt vara otillgängligt, forum existerar.

<sup>197</sup> Fallet kan svårligen bringas att omfattas av bestämmelsens ordalydelse. Möjligtvis ryms dylika omständigheter inom formuleringen ’exceptional reasons’, se Rådets dokument 13845/08 - JUSTCIV 206, s. 3. I övrigt saknas emellertid indikationer på att bestämmelsen skulle omfatta detta fall.

<sup>198</sup> Detta får, som Michael Hellner påpekat, sin största betydelse då svaranden har tillgångar inom unionen. Dessa tillgångar är i praktiken oåtkomliga för käranden om en utländsk dom ej kan erkännas och/eller verkställas inom unionen och ingen domstol inom unionen gör anspråk på domsrätt. För ett dylikt anspråk synes emellertid artikel 7 underhållsförordningen ej lämna något utrymme. Skulle man emellertid anse motsatsen vara fallet så återstår alljämt frågan huruvida det förhållandet att svaranden har tillgångar i forumstaten utgör en sådan ”tillräcklig anknytning” som avses i bestämmelsens andra stycke, något som även det får anses vara oklart.

<sup>199</sup> Det kan diskuteras huruvida detta möter kraven enligt artikel 6 EKMR och de folkrättsliga kraven. Käranden kan väl (formellt) hävdas ha tillgång till domstol (’access to court’), om än ej ’access to justice’, i EKMR:s bemärkelse, men det är mer tveksamt om ett detta låter sig förenas med principen om förbud mot déni de justice, jfr nedan avsnitt 4.1.

ett meddelat avgörande verkställt i det tredje landet i allmänhet även de är begränsade. Om inte syftet är att ett, av en i egenskap av forum necessitatis behörig domstol, meddelat avgörande skall verkställas inom gemenskapen (vilket förutsätter att svaranden har tillgångar där) kan det följaktligen ifrågasättas om inte forum necessitatis-regelns praktiska betydelse, i detta avseende, begränsas till det högst orealistiska fallet då svarandens tillgångar finns i det tredje landet *och* denna stat är beredd att erkänna och verkställa ett avgörande (som meddelats efter att jurisdiktion grundats på forum necessitatis; ett institut för vilket främmande rättsordningars acceptans är långtifrån självklar). Detta förefaller osannolikt, varför syftet, tvärtom, får antas vara att en meddelad dom skall kunna verkställas inom gemenskapen. Mot bakgrund av det således identifierade syftet förefaller det emellertid minst sagt svårmotiverat att regeln ej skall kunna tillämpas i den situationen då hinder föreligger för att verkställa en utländsk dom inom gemenskapen.

Mot bakgrund regelns mer övergripande syften kan vidare lämpligheten av att göra denna fakultativ diskuteras. Om, å ena sidan, syftet varit att med bestämmelsen täcka in samtliga tänkbara fall, och detta varit för att förhindra *déni de justice*, framstår detta som föga lämpligt. Å andra sidan ligger det i sakens natur att det, för att täcka in samtliga tänkbara fall, är nödvändigt att begagna sig av en öppna, vidsträckta formuleringar som lämnar en stor diskretionär frihet till rättstillämparen och sådana bestämmelser lämpar sig illa för att göras obligatoriska. Måhända är detta en ”moment 22-situation” där det helt enkelt handlar om att göra ett val. Att tolknings- och gränsdragningssvårigheter riskerar att uppstå om valet fallet på det senare alternativet och öppna begrepp som ”inte rimligen kan förväntas inleda” eller ”tillräcklig anknytning” nyttjas ligger i sakens natur (samtidigt som det är svårt att finna några lämpligare begrepp). Exempelvis är det oklart vad som skall anses utgöra tillräcklig anknytning och det hade följaktligen varit önskvärt att en utförligare exemplifiering skett. Det enda som med någorlunda säkerhet låter sig sägas i nuläget är, som ovan framgått, att det förhållandet att en av parterna är medborgare i forumstaten bör anses vara tillräckligt.<sup>200</sup> Huruvida tillräcklig anknytning föreligger ex. då svaranden har tillgångar i forumstaten,<sup>201</sup> eller då käranden stadigvarande uppehåller sig där,<sup>202</sup> får betraktas som oklart.

Det kan vidare ifrågasättas huruvida det var nödvändigt att inkludera lokutionen ”i undantagsfall” i bestämmelsen, ty då bestämmelsen utgör en subsidiär jurisdiktionsregel ligger det s.a.s. i sakens natur att den endast är avsedd att tillämpas i undantagsfall.

<sup>200</sup> Se p. 16 i ingressen till underhållsförordningen som behandlats ovan.

<sup>201</sup> Jfr belgisk rätt (ovan avsnitt 3.2.2).

<sup>202</sup> Jfr fransk rätt (avsnitt 3.2.6) och österrikisk rätt (avsnitt 3.2.5).

Måhända har gemenskapslagstiftaren blott velat understryka att en restriktiv tillämpning av bestämmelsen är avsedd. Samtidigt bör det framhållas att det nog sällan kan anses föreligga någon anledning till restriktivitet i tillämpningen i de fall då bestämmelsens rekvisit är uppfyllda. Om avsikten istället varit att understryka att restriktivitet skall iakttagas i fråga om att anse rekvisiten vara uppfyllda kan det, bortsett från att det kan ifrågasättas om detta är förenligt med principen om förbud mot déni de justice, blott anmärkas att detta, strängt taget, ej är vad som kommer till uttryck i bestämmelsen med den valda avfattningen.

Avslutningsvis kan den något säregna iakttagelsen göras att artikel 7 underhållsförordningen, genom att uppställa krav på att omöjlighet/orimlighet skall föreligga *i förhållande till en stat varmed vilken tvisten har nära anknytning*, åtminstone teoretiskt sett synes lämna utrymme för en tillämpning av bestämmelsen i fall då hindersrekvisitet är uppfyllt i förhållande till en tredje stat, men käranden har tillgång till ett forum i en stat (vars domstolar anser sig behöriga) utan en sådan anknytning.<sup>203</sup> Endast att en domstol *i en medlemsstat* är behörig enligt artiklarna 3-6 underhållsförordningen utesluter ju regelns tillämpning. Ett dylikt resonemang synes emellertid rimma illa med själva grundidén i forum necessitatis och tillbakavisas också delvis av den första meningen i ingressens 16 punkt. Om inte annat kan det, med hänsyn till att bestämmelsen gjorts fakultativ och är avsedd att tillämpas restriktivt, förutses att den domstol som ställs inför denna situation med största sannolikhet kommer att avvisa talan.

Sammanfattningsvis kan konstateras att artikel 7 underhållsförordningen är långtifrån perfekt, utan, tvärtom, i mångt och mycket kommer till korta då det gäller att förverkliga sitt syfte. Det sagda ger stöd för det tentativa antagande som gjorde i slutet av föregående avsnitt och föranleder slutsatsen att en regel om forum necessitatis bör utformas annorlunda om en sådan regel skall införas i Bryssel I- resp. Bryssel II a-förordningen. Innan det diskuteras hur en sådan regel bör utformas är det emellertid lämpligt att närmare undersöka behovet härav.

---

<sup>203</sup> Låt vara att det förmodligen är svårt att tänka sig en sådan situation, men helt otänkbart är det måhända inte, jfr holländsk rätt (ovan avsnitt 3.2.3). Som Michael Hellner påpekat för författaren är skälet till bestämmelsens utformning måhända att ej utesluta dess tillämpning i sådana fall då en behörig domstol finns i tredje land vars behörighet grundas på en forum necessitatis-regel som ej uppställer något anknytningsrekvisit (jfr artikel 9 (b) WBR, ovan avsnitt 3.2.3), dvs. syftet bakom formuleringen skulle då närmast vara att klargöra att den gemenskapsrättsliga forum necessitatis-regeln *ej* är subsidiär i förhållande till motsvarande (eventuellt existerande) regler i tredje länder.

## 4 Behov och rättslig grund

Innan man ställer sig frågan hur en framtida regel om forum necessitatis bör utformas finns, som rubriken till detta avsnitt antyder, åtminstone två frågor som bör diskuteras. Anledningen härtill är logiskt uppenbar och självrefererande: det ter sig tämligen meningslöst att diskutera utformningen av en regel innan man dels klargjort att det finns ett behov av en regel av detta slag, dels konstaterat att de rättsliga förutsättningarna för att införa en sådan föreligger. Med hänsyn härtill behandlas dessa två frågeställningar översiktligt i det följande. I kapitlet tas ytterligare två frågor upp, nämligen huruvida en sådan regel *bör* införas och vilken praktisk betydelse detta skulle få.

### 4.1 Behovet av ett forum necessitatis i Bryssel-förordningarna

För att ett behov, i den här avsedda bemärkelsen, skall finnas av en regel torde i huvudsak två kriterier böra uppställas. För det första bör regeln, åtminstone om man vill undvika fenomenet överreglering, svara mot ett reellt behov. I detta kriterium ligger underförstått att andra alternativ ej står till buds, eller att, om sådana finns, regeln åtminstone framstår som lämpligare än dessa. För det andra bör regelns existens kunna motiveras på ett mer teoretiskt plan, utifrån övergripande moraliska, etiska eller andra överväganden.

Vad först avser det reella behovet förefäktas här den åsikten att bedömningen härav inte får bli en fråga om matematiska kalkyler. Som påvisades i de inledande avsnitten är det möjligt att tänka sig fall där behörighet varken kan grundas på reglerna i Bryssel-instrumenten eller nationella internationellt privaträttsliga regler. Det förhållandet att dessa situationer kan antas vara sällsynt förekommande utgör i sig ej något hållbart argument för att underlåta att tillhandahålla en lösning i dessa fall. För den enskilde som befinner sig i situationen är det till föga tröst att veta att fråga är om ett undantagsfall och för den felande medlemsstaten är misslyckandet att fullgöra dess internationella åtaganden ett faktum alldeles oaktat detta.

Frågan är då om det finns några gångbara alternativ till ett forum necessitatis och, i sådana fall, vilka? Att överlämna ansvaret för att lösa problemet till de enskilda medlemsstaterna får nog betraktas som helt uteslutet med hänsyn till den långt framskridna gemenskapsrättsliga harmoniseringen på området, och utgör följaktligen ej något gångbart alternativ. Att reglera huvuddragen i gemenskapsrättsliga instrument och däri inkludera en hänvisning till nationell rätt vållar en rad bekymmer, delvis med anledning av att man då

löper den uppenbara risken att regleringen blir oenhetlig (och därigenom ökar risken för *forum shopping*), delvis pga. att de nationella lagstiftarnas handlingsfrihet är starkt begränsad av unionens kompetens på området,<sup>204</sup> och förmår, som ovan framgått, ej heller tillhandahålla någon lösning på problematiken, ty det är ju precis en sådan konstruktion som i dagsläget återfinns i Bryssel-instrumenten. Ej heller en dylik ”lösning” förefaller därför vara lämplig.

I sammanhanget må noteras att, i vart fall i vad avser möjligheterna att föra talan mot en svarande med hemvist i tredje land, lösningar innebärande ett införande av separata jurisdiktionsregler avfärdats, bl.a. med hänvisning till att det skulle medföra en parallelexistens av flera regelsystem på ett redan komplicerat rättsområde, sanktionera och institutionalisera användandet av exorbitanta jurisdiktionsgrunder, samt att det ter sig svårmotiverat och kontroversiellt att göra en så tydlig distinktion mellan olika svaranden. Även den nu rådande lösningen, att hänvisa till nationell rätt (i kombination med ett utvidgande av utrymmet för tillämpning av nationella behörighetsregler), avvisades i sammanhanget med hänsyn till bl.a. risken för *forum shopping*.<sup>205</sup>

Mot bakgrund av det ovan anförda synes således några lämpliga alternativ till ett *forum necessitatis* ej stå till buds. Detta innebär nu inte nödvändigtvis att ett behov av en regel om *forum necessitatis* föreligger, ty avsaknaden av alternativ utgör i sig inte ett positivt skäl för en lösning utan kan blott utgöra stödfakta för ett självständigt motiverbart alternativ. Annorlunda uttryckt visar det prov på dåligt logiskt omdöme att utifrån ett flertal negativa omständigheter nå en positiv slutsats och anse denna, redan därigenom, vara tillräckligt motiverad (detta utgör en slutsats *non sequitur*). Även om ett reellt behov av en lösning kan konstateras måste därför undersökas huruvida en sådan lösning kan motiveras självständigt.

Som framhållits vid ett flertal tillfällen i det föregående motiveras *forum necessitatis*, i de rättsordningar som erkänner institutet, utifrån två huvudsakliga (och i viss mån överlappande) grunder: den folkrättsliga principen om förbud mot *déni de justice* och artikel 6 EKMR.<sup>206</sup>

Förbudet mot *déni de justice* finns inte uttryckligen reglerat utan anses vila på (internationell) sedvanerättslig grund.<sup>207</sup> I detta sammanhang finns ej utrymme att närmare behandla denna princip (som f.ö. är förvånansvärt sparsamt kommenterad i den

---

<sup>204</sup> Se för en mer ingående diskussion kring kompetensfördelningen, Krueger, a.a.s. 359 ff.

<sup>205</sup> Se till det sagda, Study on Residual Jurisdiction (General Report), s. 132 ff. samt jfr ovan föregående stycke.

<sup>206</sup> Se ovan avsnitt 3.2 samt Study on Residual Jurisdiction (General Report), s. 64.

<sup>207</sup> Se ex. Cassese, Antonio, International Law, s. 190.

folkrättsliga doktrinen). Något bör emellertid kort sägas om principens huvuddrag. I sin mest basala form kan den närmast sägas utgöra ett slags likabehandlingsprincip; déni de justice uppstår då en stat ej förmår tillse att en *utländsk* medborgare har tillgång till domstolsprövning, trots att en skyldighet att göra så (och en korresponderande rättighet därtill för den utländska medborgaren) följer av statens folkrättsliga förpliktelser.<sup>208</sup> En utländsk medborgare måste tillerkännas samma möjligheter att anlita statens rättsmaskineri som statens egna medborgare.<sup>209</sup> Med en mer vidsträckt definition, vilken är den som avses då begreppet nyttjas i förevarande framställning, anses emellertid principen ge uttryck för ett mer allmänt formulerat krav på en viss minimistandard för staternas rättsapparat, bl.a. i fråga om tillgång till domstol.<sup>210</sup> Då denna skyldighet vilar på (internationell) sedvanerättslig grund åvilar den i princip samtliga världens stater.

Även om principen om förbud mot déni de justice, som ovan påpekats, ej finns uttryckligen lagfäst i sin rena form kan den emellertid *skönjas* i ett flertal internationella konventioner och traktater. I FN:s konvention om de mänskliga rättigheterna och politiska friheterna<sup>211</sup> föreskrivs exempelvis (artikel 2.3):

”Each State Party to the present Covenant undertakes:

(a) To ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated *shall have an effective remedy*, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity;

(b) To ensure that any person claiming such a remedy shall have his right thereto *determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority* provided for by the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy;

(c) To ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted.”  
[författarens kursiveringar]

Bestämmelsen riktar sig till staterna som internationellrättsliga subjekt och ålägger dessa att tillse, ej blott att den enskilde ej förvägras tillgång till domstolsprövning, utan även att denne har tillgång till ’an effective remedy’ som dessutom kan verkställas. Att särskilt uppmärksamma är att det förhållandet, att

<sup>208</sup> Se Bröhmer, Jürgen, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, s. 144.

<sup>209</sup> Se Bröhmer (a.a.s. 144) som uttalar att: ’A state must afford national treatment to foreigners, i.e. foreigners must be given the same access to the judicial system as nationals.’ samt jfr Shaw, Malcolm N., *International Law*, s. 825.

<sup>210</sup> Jfr Bröhmer (a.a.s. 144) som tillägger: ’There is, however, a minimum standard set by international law below which any treatment, even if it is national treatment, would be considered a denial of justice.’

<sup>211</sup> International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) of December 16, 1966.

principen riktar sig till staterna, innebär att den, till skillnad från EKMR, ej direkt tillerkänner enskilda någon rättighet utan blott ålägger staterna en skyldighet.<sup>212</sup>

Betydelsen av förbudet mot *déni de justice* bör, trots att EU/EG ej utgör någon ”stat” i folkrättslig mening, inte underskattas i sammanhanget. Som framgått av den översiktliga genomgången av nationella forum *necessitatis*-regler åberopas principen, antingen enskilt eller i förening med artikel 6 EKMR, i princip av samtliga rättsordningar (möjligtvis inklusive den svenska!) för att motivera institutet. Om staterna, varpå denna sedvanerättsliga skyldighet åvilar (och denna skyldighet kvarstår den EG-rättsliga regleringens inträde till trots), skall ha möjlighet att uppfylla sina internationella förpliktelser måste gemenskapslagstiftaren tillhandahålla ett heltäckande regelverk. Då det är olämpligt, för att inte säga praktiskt omöjligt, att uttryckligen reglera varje tänkbart fall, samt med hänsyn till vad som ovan anförts om avsaknaden av alternativ, synes ett forum *necessitatis* vara nödvändigt. Ett forum *necessitatis* synes följaktligen kunna självständigt motiveras redan utifrån förbudet mot *déni de justice*.

Vad sedan avser artikel 6 EKMR följer av artikel 6.3 FEU (artikel 6.2 Unionsfördraget) att:

”De grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner, ska ingå i unionsrätten som allmänna principer.”

Den relevanta passusen i artikel 6 EKMR är:

”1. Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter [...], vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag. [...].”

Redan 1969 fastslog EGD i mål 29/79 *Stauder* att mänskliga rättigheter utgjorde en del gemenskapens allmänna rättsprinciper. Denna ståndpunkt följdes sedan upp i en rad andra rättsfall,<sup>213</sup> och kulminerade i och med avgörandet i mål 36/75 *Rutili*, där domstolen

---

<sup>212</sup> Även om den sedvanerättsliga principen om förbud mot *déni de justice* således låter sig skönjas i den nämnda konventionen är den alltså ej uttryckligen lagfäst, ty som Michael Hellner påpekat för författaren har rätten till tillgång till effektiva rättsmedel, precis som i artikel 47 EU-stadgan, knutits till i konventionen fastslagna rättigheter. Någon dylik begränsning åtföljer emellertid, av naturliga skäl, ej principen i dess rena form.

<sup>213</sup> Se ex. EGD mål 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* och mål 4/73 *Nold*. Se vidare Craig, Paul & de Búrca, Gráinne, EU LAW, s. 381 ff. samt Droegge, Michael & Lysén, Göran, Introduktion till EU och EG-rätten, s. 97.



erkände EKMR såsom en del av dessa principer.<sup>214</sup> Det är således mot denna bakgrund som artikel 6.3 FEU (artikel 6.2 Unionsfördraget) skall ses.

I fråga om artikel 6 EKMR skall här ej närmare diskuteras vad som avses med ”civila rättigheter och skyldigheter”.<sup>215</sup> Av större intresse i detta sammanhang är att vid en noggrann läsning av fortsättningen av bestämmelsen kan utläsas att denna ej blott uppställer krav på *hur* en domstolsprövning skall gå till för att möta EKMR:s krav, utan även uppställer ett grundläggande krav på *att* envar har tillgång till domstolsprövning (’access to court’) och denna tillgång måste vara faktisk och reell. Att så är fallet klargjordes av ED i fallet *Golder v. UK*.<sup>216</sup> Genom det nämnda rättsfallet klargjordes även att artikel 6 EKMR och principen om förbud mot déni de justice är nära sammanhängande när domstolen uttalade att konventionens bestämmelse måste tolkas i ljuset av nämnda princip.<sup>217</sup>

Genom artikel 6.3 FEU (artikel 6.2 Unionsfördraget), och EGD:s tidigare praxis, är således fastslaget att EKMR (och, genom hänvisningen till medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner, även principen om förbud mot déni de justice som ju åvilar samtliga stater på internationell sedvanerättslig grund)<sup>218</sup> utgör en del av de mer övergripande allmänna principer som gemenskapen har att beakta. Dessa allmänna principer äger företräde framför sekundärlagstiftning; de genomsyrar s.a.s. all gemenskapsrätt på ett mer grundläggande plan.<sup>219</sup> Om detta är riktigt låter det sig, som Michael Hellner påpekat för författaren, väl hävdas att rättsligt stöd för forum necessitatis redan återfinns i gemenskapsrätten. Ett tydliggörande av detta förhållande genom en kodifiering vore i sådant fall önskvärd (om än något behov av införandet av en dylik regel, strikt taget, ej är nödvändigt i detta fall).

Om det i föregående stycke förda resonemanget ej accepteras kan följande anföras. Som bekant är varken gemenskapen i allmänhet, eller EG-domstolen i synnerhet, bunden

<sup>214</sup> Jfr Droegé & Lysén, a.a.s. 97 samt se vidare Craig & de Búrca, a.a.s. 383 f.

<sup>215</sup> Den intresserade kan härvidlag hänvisas till ex. Macdonald, R. St. J.; Matscher, F. & Petzold, H. (Macdonald et al.), *The European System for the Protection of Human Rights*, s. 347 ff.

<sup>216</sup> ED mål A-18 (1975) *Golder v. UK*, p. 25-36. Se vidare Harris, David; O’Boyle, Michael & Warbrick, Colin, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 235 ff., Macdonald et al., a.a.s. 345 ff. och Pettiti, Louis-Edmond; Decaux, Emmanuel & Imbert, Pierre-Henri, *La convention européenne des droits de l’homme*, s. 256 ff. samt jfr Cameron, Iain, *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, s. 91 och Lindell, a.a.s. 47.

<sup>217</sup> Som Michael Hellner bringat till författarens uppmärksamhet kan det diskuteras hur långt skyldigheterna enligt EKMR sträcker sig, dvs. om artikel 6 EKMR, utöver rätten till tillgång till domstolsprövning (som skall vara rättvis och opartisk), även kan anses omfatta verkställighetsstadiet? Annorlunda uttryckt: kan artikel 6 anses kränkt redan om en meddelad dom ej kan verkställas? Cameron (a.a.s. 89) uttalar visserligen att: ’The requirement of a fair trial applies to the whole procedure, from the initial judicial or police/prosecutorial investigation to the execution of the judgement.’, vilket skulle kunna ge stöd för en dylik uppfattning. Yttrandet synes emellertid närmast ta sikte på rekvisitet ”rättvis” (’fair’) och inte den i *Golder*-fallet uttryckta rätten till tillgång till domstolsprövning. Författaren har ej heller i övrigt lyckats finna stöd för en tolkning i linje med den föreslagna.

<sup>218</sup> Jfr Craig & de Búrca, a.a.s. 386 ff. samt Bernitz, a.a.s. 98.

<sup>219</sup> Jfr Bernitz, a.a.s. 97 f.

av Europadomstolens tolkningar av EKMR (eller konventionen i sig) ännu,<sup>220</sup> men rättigheterna däri ingår alltså i unionens allmänna, övergripande, principer.<sup>221</sup> Redan härav synes följa att gemenskapslagstiftaren bör eftersträva att de gemenskapsrättsliga reglerna är förenliga med EKMR och, i enlighet härmed, garantera tillgången till domstolsprövning. Utöver detta allmänna åtagande bör i sammanhanget framhållas att då gemenskapsrätten tillerkänner en enskild rättigheter har denne en ovillkorlig rätt till domstolsprövning för det fall en medlemsstat skulle underlåta att tillse att rättigheten realiserats. Detta brukar uttryckas som att den enskilde har en rätt till effektiva rättsmedel. Principen är emellertid knuten till att rättigheterna i fråga härleds från gemenskapsrätten och kan inte utan vidare utsträckas till att mer allmänt inrymma en skyldighet att tillhandahålla ett behörigt forum inom gemenskapen.<sup>222</sup>

Än mer betydelsefullt är, för den här aktuella frågan, emellertid att, även om unionen som sådan ej är det så är medlemsstaterna parter till, och bundna av, EKMR. Att dessa ej kan ursäkta sig med att, utan, tvärtom, har att tillse att konventionens krav efterlevs även i fall då kompetens överlåtits till gemenskapen har fastslagits av Europadomstolen.<sup>223</sup> Med hänsyn härtill ter sig möjligheten att en situation uppstår där den enskilde förvägras rätten till domstolsprövning som (än mer) oacceptabel.

Frågan är då vem som bär ansvaret för att tillse att konventionens krav åtlids: EU eller de enskilda (medlems)staterna? Spelar detta överhuvudtaget någon roll, dvs. går denna distinktion att upprätthålla och har den i sådana fall någon betydelse? Mer preciserat kan frågan sägas gälla huruvida det sagda medför att gemenskapslagstiftaren har en skyldighet att tillse att medlemsstaterna kan uppfylla sina konventionsenliga åtaganden? Att så skulle vara fallet mer generellt får nog anses uteslutet. Emellertid ter sig saken annorlunda när det rör sig om ett område på vilket gemenskapen har exklusiv kompetens.

Att EG erhållit extern kompetens på det aktuella området får nog anses klarlagt då det rör sig om ett harmoniserat område där medlemsstaterna ej skulle kunna agera utan att detta skulle inverka på gemenskapsrätten.<sup>224</sup> Eftersom, som ovan påtalats, denna kompetensförskjutning inte fritar (medlems)staterna från sina skyldigheter enligt EKMR synes det rimligt att gemenskapslagstiftaren härmed även måste anses ha övertagit åtminstone ett visst mått av ansvar för att (medlems)staterna kan uppfylla dessa

---

<sup>220</sup> Genom artikel 6.2 FEU föreskrivs emellertid att unionen *skall* ansluta sig till EKMR.

<sup>221</sup> Jfr Droegge & Lysén, a.a.s. 98 samt Craig & de Búrca, a.a.s. 384.

<sup>222</sup> Jfr ex. Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, s. 116 samt Melin, Mats & Schäder, Göran, EU:s konstitution, s. 111 f. Jfr även artikel 47 EU-stadgan.

<sup>223</sup> Se ED mål No. 24833/94 *Denise Matthews v. UK* [Reports 1999-I] samt Bernitz & Kjellgren, a.a.s. 123. Fallet gällde visserligen inte artikel 6 specifikt men uttalandet torde ha generell räckvidd.

<sup>224</sup> Jfr Krueger, a.a.s. 360 ff.

åligganden. I samma riktning talar, i viss mån, den ovan citerade artikel 6.3 FEU (artikel 6.2 Unionsfördraget).

Ytterligare ett argument synes kunna anföras till stöd för den nämnda tolkningen vid en granskning av artikel 351 EUFF (artikel 307 EGF), som, i relevanta delar, lyder:

”De rättigheter och förpliktelser som följer av avtal som ingåtts före den 1 januari 1958 eller, för stater som senare ansluter sig, före tidpunkten för deras anslutning mellan å ena sidan en eller flera medlemsstater och å andra sidan ett eller flera tredje länder skall inte påverkas av bestämmelserna i fördragen [FEU och EUFF; författarens anm.]”

Om att EKMR utgör ett sådant avtal som avses i artikel 351 EUFF (artikel 307 EG-fördraget) torde knappast råda några tvivel, och utgångspunkten är således att förpliktelser som åvilar (medlems)staterna enligt EKMR ej skall påverkas av de båda fördragen (i vart fall i den mån dessa stater tillträtt EKMR före inträdet i gemenskapen).<sup>225</sup> Nu låter det sig förvisso hävdas att det inte är fördragen som riskerar att påverka EKMR, utan sekundärlagstiftningen på det internationellt privaträttsliga området. Här förfäktas emellertid den ståndpunkten att dessa gemenskapsrättsliga instrument, som ytterst vilar på artiklarna 67 och 81 EUFF (artiklarna 61.c och 65.b EG-fördraget), måste anses utgöra en relevant påverkan på EKMR i artikel 351 EUFF:s (artikel 307 EG-fördraget) mening.

Då gemenskapen, i enlighet med vad som sagts i det föregående, inträder och effektivt hindrar (medlems)staterna från att fullgöra sina internationella åtaganden suddas således gränsen mellan gemenskapens och dessa staters ansvar ut. Med hänsyn härtill förefaller det inte motiverat att upprätthålla den tidigare nämnda distinktionen; om (medlems)staterna berövats den nödvändiga kompetensen måste gemenskapen i motsvarande mån, om än informellt, anses ha iklätt sig ansvar för att tillse att konventionsåtagandena uppfylls.

Det ovan anförda föranleder slutsatsen att gemenskapen har ett ansvar för att enskilda har tillgång till domstolsprövning. Detta följer såväl av den folkrättsliga principen om förbud mot *déni de justice* som av gemenskapens ansvar för att medlemsstaterna kan uppfylla sina åligganden enligt artikel 6 EKMR. Som ovan anförts synes det lämpligaste alternativet för att tillse att så är fallet vara att instifta en regel om *forum necessitatis*. Regeln skulle följaktligen, *ceteris paribus*, ersätta de nuvarande hänvisningarna till nationell rätt (artikel 4 Bryssel I- resp. artikel 7 Bryssel II a-förordningen) och, har det

---

<sup>225</sup> Jfr dock EGD mål C-147/03 *Kommissionen mot Österrike*, p. 73 där det fastslås att även om artikel 307 EGF (artikel 351 EUFF) innebär att medlemsstaterna skall fullgöra sina skyldigheter gentemot tredje länder, en sådan skyldighet ej föreligger gentemot andra medlemsstater. Se även EGD yttrande 1/03 [REG 2006 s. I-01145].

framhållits, förutom att tillse att ett behörigt forum alltid finns att tillgå, sätta stopp för tillämpningen av exorbitanta behörighetsregler.<sup>226</sup>

#### 4.2 De rättsliga förutsättningarna för en regel om forum necessitatis

Som ovan påpekats återfinns grunden för gemenskapens kompetens på det aktuella området ytterst i artiklarna 67 och 81 EUFF (artiklarna 61.c och 65.b EG-fördraget). I detta sammanhang skall inte lämnas några bidrag till den ständigt återkommande diskussionen rörande frågan huruvida det *verkligen* är nödvändigt att företa allehanda åtgärder för att ”den inre marknaden skall fungera väl”. Då fråga här är om att göra ändringar i, och tillägg till, redan antagna instrument får det i vilket fall som helst anses helt klarlagt att gemenskapen har den erforderliga kompetensen att lagstifta på området.<sup>227</sup>

Faktum är att i fråga om införandet av ett forum necessitatis synes det, för ovanlighetens skull, stå klart att såväl behovs- som subsidiaritetsprincipen är uppfylld. Att ett behov föreligger för den diskuterade åtgärden har framgått av det i det föregående anförda. Att genomförandet av denna åtgärd lämpar sig bättre för gemenskapsnivån följer, förutom av det förhållandet att gemenskapens kompetens på området är (åtminstone nära nog) exklusiv, redan av det faktum att det för en gångs skull måste anses stå helt klart att medlemsstaterna ej skulle kunna uppnå syftet med regeln genom nationell lagstiftning. Om detta skulle lämnas åt medlemsstaterna är risken för att skillnader i lagstiftningen skulle uppstå uppenbar, och det finns heller inga garantier för att systemet s.a.s. skulle bli heltäckande, något som är nödvändigt om risken för *déni de justice* skall kunna elimineras.

#### 4.3 Bör en regel om forum necessitatis införas?

Frågan huruvida en forum necessitatis regel *bör* införas skiljer sig i viss mån åt från både frågan huruvida behov finns av en sådan regel och frågan om (rättsliga) förutsättningar finns för dess införande. För den som ej låter sig nöjas med den förklaringen, att ett behov föreligger härför och att gemenskapen har kompetens för att företa den föreslagna åtgärden, för att införa ett forum necessitatis utan behöver övertygas om det ”rätta” häri kan två argument framföras.

---

<sup>226</sup> Jfr Study on Residual Jurisdiction (General Report), s. 140.

<sup>227</sup> Att detta är korrekt synes knappast kunna ifrågasättas i vad avser jurisdiktionsreglerna i Bryssel I-förordningen. Mer tveksamt är emellertid om motsvarande regler i Bryssel II a-förordningen verkligen är nödvändiga för att ”den inre marknaden skall fungera väl”. Det bör emellertid noteras att det följer av den valda formuleringen i artikel 81.2 EUFF (”särskilt”) att detta krav ej längre är ovillkorligt. I sammanhanget må även påpekas att det i artikel 81.2 (e) EUFF numera uttryckligen stadgas att ett mål är att säkerställa faktisk tillgång till rättsväsendet.

Det första anknyter till diskussionen i tidigare avsnitt och bygger på grundtanken att behov och ansvar måste åtföljas av adekvata åtgärder. Om det, som här hävdats, åvilar gemenskapslagstiftaren att tillse att medlemsstaterna kan fullgöra sina internationella förpliktelser så måste det, med nödvändighet, även innebära att gemenskapslagstiftaren har den erforderliga kompetensen härför.<sup>228</sup> Från denna utgångspunkt förefaller det naturligt, för att inte säga korrekt, att gemenskapslagstiftaren, vid behov, begagnar sig av denna kompetens för att möta det aktuella behovet. Det hela kan närmast liknas vid ett slags informell handlingsplikt och föranleder slutsatsen att gemenskapslagstiftaren *bör* vidta lagstiftningsåtgärder för att införa ett forum necessitatis.

Det andra argumentet bygger på ett resonemang av framfört av Aden och tar sin utgångspunkt i den folkrättsliga statssuveränitetsprincipen. Denna princip, menar Aden, innebär att en stat är uteslutande behörig att ej blott reglera sina egna angelägenheter, utan även besluta vad som hör dessa angelägenheter till.<sup>229</sup> Suveräniteten kan emellertid delas upp i olika delar, av vilka en stats rättsliga ('justizielle') suveränitet utgör en del. Denna rättsliga suveränitet är okränkbar, dvs. den ålägger andra stater en skyldighet att avhålla sig från att inkräkta på den ifrågavarande statens beslutanderätt. Detta gäller emellertid endast så länge en stats rättsapparat fungerar på ett tillfredsställande sätt. För att så skall vara fallet fordras att staten uppfyller vissa minimikrav, varav garanterande av en processuell minimistandard utgör ett. Denna processuella minimistandard är inte längre uppfylld då en stat inte förmår tillhandahålla en behörig domstol. Om så inträffar, menar Aden, grundar detta en rätt för andra stater (med tillräcklig anknytning) att skapa en nödbehörighet.<sup>230</sup> Om detta resonemang accepteras så finns det ingen anledning till att inte lagfästa denna rätt. Tvärtom synes det, från rättssäkerhets- och förutsebarhetsperspektiv till och med önskvärt att så sker; fråga skulle med denna utgångspunkt närmast vara om att, i förtydligande syfte, lagfästa en redan existerande princip.<sup>231</sup> Detta resonemang kan således nyttjas som ett ytterligare argument för att en regel om forum necessitatis *bör* införas.

---

<sup>228</sup> Som ovan anförts (avsnitt 4.1) låter det sig dessutom hävdas att gemenskapen, på grundval av artikel 6.3 FEU (jfr artikel 6.2 Unionsfördraget), är skyldig att säkerställa den enskildes tillgång till domstolsprövning.

<sup>229</sup> Jfr Danmark (a.a.s. 18 ff.) som uttalar att en stat i princip ej är behörig att utöva sin jurisdiktion på en annan stats territorium, samt att "[i]cke heller äger den ena staten föreskriva den andra vilka tvister den skall eller icke skall pröva", utan att varje stat i princip är ensam behörig att besluta om den egna jurisdiktionens gränser.

<sup>230</sup> Se till det sagda, Aden, a.a. Aden själv sammanfattar det hela på följande sätt: 'Aus dem Rechtsprinzip ergeben sich Mindestinhalte eines Völkerzivilprozessrechts. Ein Staat, der diese nicht gewährleistet, verliert, solange dieser Zustand dauert, seine justizielle Souveränität. Damit ergibt sich aus dem Völkerrecht ein Zugriffsrecht des nächsten Staates zur Begründung einer eigenen Notzuständigkeit.'

<sup>231</sup> Jfr resonemanget kring artikel 6.3 FEU (artikel 6.2 Unionsfördraget), ovan avsnitt 4.1.

#### 4.4 Betydelsen av att ett forum necessitatis införs

Betydelsen av att ett forum necessitatis införs kan givetvis analyseras utifrån det omedelbara resultatet, dvs. att det möter ett behov som konstaterats föreligga. Betydelsen härav låter sig emellertid även analyseras utifrån ett mer övergripande perspektiv och svaret är då beroende av valet av jämförelseobjekt.

Väljer man att ställa en reglering innehållande en forum necessitatis regel i relation till den i Bryssel I- resp. Bryssel II a-förordningen valda lösningen står det klart att det föreligger en viss, om än subtil, skillnad. För vissa, men inte alla, stater skulle nämligen en forum necessitatis-bestämmelse vara behörighetsgrundande, till skillnad från den rådande lösningen där det blott är fråga om att från gemenskapshåll sanktionera, dvs. tillåta, utövandet av en redan tidigare befintlig behörighet.<sup>232</sup> Annorlunda uttryckt innebär den rådande lösningen inte någon behörighetsutvidgning i egentlig mening, utan medger blott, i vissa fall och under vissa förutsättningar, att nationella internationellt privaträttsliga behörighetsregler tillämpas. En forum necessitatis-bestämmelse är av en annan karaktär: den är självständig, dvs. oberoende av nationell rätt, och sätter sina egna begränsningar. Den grundar eller, om man så föredrar, *skapar*, en behörighet där någon inte tidigare fanns.

Om man istället väljer att fokusera på huruvida en eventuell forum necessitatis-regel skulle medföra någon omfattande förändring av de nationella lagstiftarnas ”mentalitet” eller ”inställning” så är nog svaret att så ej behöver vara fallet. Institutet erkänns redan av många stater, låt vara att dessa är i minoritet till antalet. För dessa stater blir en eventuell förändring i inställning avhängig regelns utformning, mer preciserat av dess tillämpningsområde. Det säger sig självt att om regeln till sitt tillämpningsområde sträcker sig längre än vad man varit beredd att gå i motsvarande inhemska regel så betyder dess införande ett framtvingande av en viss attitydförändring och vice versa. Följaktligen kommer betydelsen för de nationella lagstiftarnas inställning variera i ej obetydlig mån. Oaktat vilka kriterier man uppställer i en gemenskapsrättslig forum necessitatis-regel framstår det inte som en särskilt vågad gissning att påstå att den holländska lagstiftarens attityd, med hänsyn till att artikel 9 (b) WBR helt saknar ett anknytningskrav, sannolikt ej kommer att påverkas i någon större utsträckning i just detta avseende, medan motsatt

---

<sup>232</sup> Resonemanget äger givetvis inte bäring på stater vars rättsordning innehåller en forum necessitatis-regel, ty då får hänvisningen till nationell rätt anses avse även denna regel. Det sagda bör emellertid förenas med en reservation, nämligen den att den nationella regelns rekvisit måste vara sådana att den tillerkänner domstolarna behörighet i samtliga fall som den (föreställda) gemenskapsrättsliga forum necessitatis-regeln skulle göra det, ty så snart fråga blir om ett ”överskott” så blir utgångsresonemanget tillämpligt på den ifrågavarande staten i vad avser den överskjutande delen.

slutsats gäller för den österrikiska lagstiftaren när österrikisk rätt uppställer stränga krav i detta hänseende.

I sammanhanget kan även vara värt att notera att de båda Brysselinstrumenten redan innehåller regler som tillåter ett slags ”forum necessitatis light”. De regler som här åsyftas är artikel 31 Bryssel I-förordningen och artikel 20 Bryssel II a-förordningen som båda stadgar om ett slags nödbehörighet för företagandet av interimistiska åtgärder. Härvidlag spelar det inte någon roll om en annan domstol är behörig enligt de respektive förordningarna (inte ens då fråga är om exklusiv behörighet); om förutsättningarna är uppfyllda kan en domstol till och med grunda sin behörighet att företa de interimistiska åtgärderna på exorbitanta jurisdiktionsregler.<sup>233</sup> Mot bakgrund av det sagda låter det sig hävdas att såväl gemenskapslagstiftaren som medlemsstaterna, i viss utsträckning, redan erkänt en del av institutet (låt vara att denna är högst begränsad).

Ännu en aspekt värd att diskutera är huruvida införseln av ett forum necessitatis skulle innebära att gemenskapens exklusiva kompetensområde utvidgas? Detta är möjligt om man betänker att gemenskapens kompetens inträder då ett område harmoniseras, något som det helt klart är fråga om här. Frågan är emellertid om inte hela området redan får anses falla under gemenskapslagstiftarens exklusiva kompetens med hänsyn till att harmoniseringen redan är långt framskriden.<sup>234</sup> Härutöver kan tillfogas att den tidigare lösningen med hänvisning till nationell rätt sannolikt innebär att de relevanta nationella bestämmelserna kommit att utgöra en del av gemenskrätten och att det därför inte framstår som osannolikt att det från gemenskapshåll skulle hävdas att kompetens redan förvärvats även på detta område.<sup>235</sup> Om man emellertid anser detta område alltjämt falla utanför gemenskapens exklusiva kompetens så torde införseln av en forum necessitatis-bestämmelse onekligen innebära en utvidgning av det exklusiva kompetensområdet.

På det stora hela taget kan införseln av ett forum necessitatis antas få betydelse ur en rad skilda aspekter. Det är emellertid ingalunda säkert att skillnaderna nödvändigtvis i alla dessa avseenden behöver bli särskilt stora. Den största förutsägbara skillnaden synes bestå i att en dylik regel, rätt utformad, skulle möta behovet av ett heltäckande system. Med en lämplig konstruktion skulle en sådan regel förmå att tillhandahålla ett forum för fall där ett sådant i dagsläget saknas, och denna skillnad är självfallet inte av ondo.

---

<sup>233</sup> Jfr Byrne a.a.s. 26 samt Paul Vlas i Magnus & Mankowski, a.a.s. 75.

<sup>234</sup> Att så förmodligen anses fallet är knappast någon chansartad gissning, jfr EGD i yttrande 1/03 [REG 2006 s. I-01145].

<sup>235</sup> Det förefaller dock vara tveksamt att gemenskapen skulle ha exklusiv kompetens redan på grundval härav. Trots allt återstår ett inte obetydligt mått av frihet för medlemsstaterna när det gäller utformningen av den nationella rätten.

## 5 Uppbyggnaden av en forum necessitatis-regel

Det är oerhört enkelt att kritisera redan givna lösningar och konstatera att dessa är bristfälliga. Det är likaledes lätt att konstatera att något behöver göras; i förevarande fall att ett behov finns av en regel om forum necessitatis. Det kan till och med vara relativt enkelt att fastslå vad en regel skall, eller åtminstone bör, ”täckas in”, eller, med andra ord, vilken problematik som regeln bör ta sikte på och lösa. Låter man sig emellertid nöjas därmed har man egentligen inte kommit särskilt långt, ty det är som bekant betydligt svårare att ge ett konstruktivt förslag till lösning. Utan ett konkret förslag till det bättre har man emellertid inte uppnått något (låt vara att det tillfälligtvis händer att det räcker för en seger i ett amerikanskt presidentval), utan rättsläget kvarstår, tvärtom, oförändrat med den blotta skillnaden att ytterligare en ”gnällspik” sällat sig till de kritiska rösternas ihärdiga kör. Utan ett konkret förslag på hur en forum necessitatis-regel bör utformas vore således denna framställning ofullständig.

I det följande ges först en allmänmotivering till ett förslag om forum necessitatis. Därefter kommer regeln att presenteras, varefter de upptagna rekvisiten kommenteras närmare. Slutligen kommer en fiktiv tillämpning av regeln på de tidigare identifierade problemfallen att ske och en utvärdering att företas.

### 5.1 Allmänmotivering

För att undvika risken av uppkomsten av situationer där en enskilde saknar möjlighet att få sin talan prövad bör en regel om forum necessitatis införas i de båda Bryssel-förordningarna.

Grunderna för införandet av en forum necessitatis-regel består dels av en insikt om att såväl medlemsstaternas internationella åtaganden enligt EKMR (som enligt artikel 6.3 FEU (jfr artikel 6.2 Unionsfördraget) utgör en del av unionens allmänna principer) som det folkrättsliga förbudet mot déni de justice kräver att gemenskapen tillförsäkrar den enskilde en ovillkorlig rätt till en rättvis och effektiv domstolsprövning, dels av en insikt om att regeln svarar mot ett reellt behov som den nuvarande lösningen med hänvisning till nationella internationellt privaträttsliga regler ej förmår lösa, samt dels av att några andra alternativ ej framstår som realistiska.<sup>236</sup>

---

<sup>236</sup> Se ovan kapitel 4. Jfr även avsnitten 3.2 och 3.3.



För att uppnå enhetlighet i rättskipningen, förutsebarhet och rättssäkerhet bör åtgärder för att möta detta behov företas på gemenskapsnivå. Detta gäller särskilt som fråga är om harmoniserade områden där gemenskapslagstiftarens kompetens får anses vara, om inte helt så i vart fall nära nog, exklusiv. Att vidta åtgärden får även anses vara proportionerligt, ty några andra alternativ synes ej stå till buds för att nå de utsatta syftena, och då målen, i synnerhet enhetlighet i rättskipningen, ej kan garanteras genom nationell lagstiftning får även subsidiaritetskravet anses uppfyllt.

Vad gäller regelns materiella innehåll bör utformningen i allra högsta grad ske med EKMR:s krav och principen om *déni de justice* i åtanke. I synnerhet måste kraven enligt artikel 6 EKMR uppfyllas då Europadomstolen fastslagit att blott det förhållandet att medlemsstaterna överfört kompetens till gemenskapen inte fritar medlemsstaterna från sina skyldigheter under den konventionen.<sup>237</sup> Emedan artikel 6 EKMR anses tillerkänna en enskild en ovillkorlig rätt till tillgång till domstol är det ej tillfyllest att, såsom skett i artikel 7 underhållsförordningen, utforma regeln så att den uteslutande, eller i vart fall huvudsakligen, tar sikte på situationer då den enskilde ej har tillgång till domstol i ett tredje land.<sup>238</sup> Den får ej heller utformas så att den utesluter tillämpning då en i och för sig behörig domstol är oförmögen att uppta målet till prövning.<sup>239</sup> Tvärtom måste regeln utformas så att den, i första hand, tillförsäkrar den enskilde en rätt till domstolsprövning i interna situationer, och samtidigt, därutöver, möjliggör för medlemsstaternas domstolar att uppta ett mål till prövning i gemenskapsexterna situationer under förutsättning att en tillräckligt stark anknytning föreligger till medlemsstaten i fråga. I avsaknad av adekvata garantier för dessa ändamål kan det blott svårligen hävdas att gemenskapen utgör ett område av frihet och rättvisa. Ett första krav som måste uppställas är således att regeln möter den enskildes ovillkorliga rätt till tillgång till domstol. Med hänsyn härtill bör regeln göras obligatorisk.

I det sagda ligger följaktligen att regeln bör utformas så att den kan tillämpas på såväl gemenskapsinterna situationer som på situationer där en medlemsstat och ett tredje land berörs. Vidare bör regeln kunna tillämpas både då rättsliga omständigheter gör att den enskildes rätt till tillgång till domstol hotas och då så är fallet till följd av faktiska omständigheter. Huruvida s.k. materiellrättsliga omständigheter skall omfattas av regeln diskuteras i ett senare sammanhang.<sup>240</sup> Slutligen bör ej heller vare sig ett av parterna

---

<sup>237</sup> Se ovan avsnitt 4.1 samt se även artikel 6.3 FEU (jfr artikel 6.2 Unionsfördraget).

<sup>238</sup> Jfr ovan avsnitt 3.4.2.

<sup>239</sup> Jfr schweizisk rätt, ovan avsnitt 3.2.1 samt portugisisk rätt, ovan avsnitt 3.2.4.

<sup>240</sup> Se nedan avsnitt 5.2.1.

ingånget avtal eller det förhållandet att en domstol är exklusivt behörig utgöra något omutligt hinder för regelns tillämpning.<sup>241</sup>

Att regeln utformas med hänsyn till EKMR är emellertid, som ovan påpekats, ej tillräckligt, ty regeln bör även, i största möjliga mån, möta kraven enligt den folkrättsliga principen om förbud mot *déni de justice*. Denna sedvanerättsliga princip tillerkänner inte den enskilde någon rätt, men ålägger staterna en förpliktelse att tillhandahålla *effektiva* rättsmedel, en princip som känns igen från gemenskapsrätten.<sup>242</sup> Effektivitetsrekvisitet innebär en viss kvalificering, dvs. det är inte tillfyllest att den enskilde har tillgång till rättsmedel utan härutöver krävs dessutom att dessa rättsmedel är effektiva.<sup>243</sup> Med hänsyn härtill bör en gemenskapsrättslig forum necessitatis-regel ej blott säkerställa att den enskilde har tillgång till domstol, utan även kunna tillämpas i fall då den enskilde i och för sig kan föra sin talan vid en domstol i tredje land men detta saknar betydelse eftersom avgörandet ej kan erkännas och/eller verkställas inom gemenskapen.

För att regleringen skall uppfattas som legitim bör vägledning sökas i de nationella rättsordningarna, jfr artikel 6.3 FEU (artikel 6.2 Unionsfördraget). Denna grundtanke har sålunda genomsyrat processen vid utarbetandet av en regel om forum necessitatis. I fråga om den närmare utformningen av, och motiveringen till, de enskilda rekvisiten i bestämmelsen hänvisas till specialmotiveringen till bestämmelsen.<sup>244</sup>

Något bör emellertid redan i detta skede sägas om den problematik som uppstår vid utformningen av anknytningsrekvisitet, ty här är särskild uppmärksamhet påkallad. Rekvisitet måste med nödvändighet utformas generellt, ty eljest är risken stor att regeln ej förmår fylla det angivna syftet. Samtidigt måste emellertid en avvägning göras för att undvika risken för *forum shopping* och risken för motstridiga domar.

Vad avser det förra problemet, dvs. risken för *forum shopping* är detta nära sammankopplat med anknytningsrekvisitets utformning. Vid avsaknad av en behörig domstol kommer regeln att innebära att kändanden tillerkänns en rätt att föra sin talan vid en domstol som härvidlag grundar sin behörighet på forum necessitatis, dvs. kändanden ”väljer” en lämplig domstol för prövning av huruvida förutsättningarna är uppfyllda för tillämpning av forum necessitatis-regeln och, om så är fallet, kommer den prövande domstolen att förklara sig utgöra forum necessitatis. Till följd av litispendensreglerna (artiklarna 27-28 Bryssel I-förordningen samt artikel 19 Bryssel II a-förordningen)

<sup>241</sup> Se belgisk rätt, ovan avsnitt 3.2.2 och holländsk rätt, ovan avsnitt 3.2.3. Jfr dock fransk rätt, ovan avsnitt 3.2.6 samt tysk rätt, ovan avsnitt 3.2.8.

<sup>242</sup> Jfr ovan avsnitt 4.1 samt Bernitz & Kjellgren, a.a. s. 116 f.

<sup>243</sup> Härvidlag kan en jämförelse göras med artikel 6 EKMR som uppställer krav på en *rättvis* och *opartisk* rättegång.

<sup>244</sup> Se nedan avsnitt 5.2.2 - 5.2.5.

kommer samtidigt övriga domstolar vara tvungna att avvisa målet. Det sagda måste med nödvändighet få återverkningar för anknytningsrekvisitet, ty endast på så vis kan risken minskas för att s.a.s. ”fel domstol” utropar sig till forum necessitatis. Att föredra vore givetvis att regeln formulerades så att endast en domstol i sänder kan uppfylla villkoren, men detta torde, med hänsyn till det ovan påpekade förhållandet, att regeln med nödvändighet måste ges en generell utformning och innehålla vida definitioner för att dess syfte ej skall förfelas, vara omöjligt. En möjlig lösning, som av utrymmestekniska skäl ej behandlas inom ramen för denna framställning, vore att införa en korresponderande regel om *forum non conveniens*.<sup>245</sup> I avsaknad av en sådan regel blir det istället, mer eller mindre, en fråga om riskminimering. Anknytningsrekvisitet måste således, utan att risken för déni de justice uppstår ökar, utformas på ett sådant sätt att en utvidgad risk för *forum shopping* i största möjliga mån undviks.

Nära sammanhängande med den i föregående stycke diskuterade problematiken är risken för motstridiga domar. För det fall flera domstolar har möjlighet att förklara sig utgöra forum necessitatis, och på grundval därav uppta ett mål till prövning, ökar risken för motstridiga domar. Med hänsyn härtill får litispendensreglerna ökad betydelse: övriga domstolar måste avvisa talan så snart den domstol där talan först anhängiggjordes funnit sig behörig som forum necessitatis.

Med det ovan anförda i åtanke i vad avser regelns syfte och ändamål skall således ett försök göras att utforma en tillfredsställande forum necessitatis-regel.

## 5.2 Förslag till en forum necessitatis-reglering

En ny artikel bör införas i Bryssel I- resp. Bryssel II a-förordningen och bör, *mutatis mutandis*, ha följande lydelse:

### **Forum necessitatis**

En domstol i en medlemsstat skall, utöver vad som följer av artiklarna [...], uppta ett mål till prövning under förutsättning att i det specifika fallet:

---

<sup>245</sup> För en utförlig behandling av institutet *forum non conveniens* hänvisas till Brand, Ronald A. & Jablonski, Scott R., *Forum Non Conveniens - History, Global Practice, and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*. Se härom, och angående problematiken med *forum shopping*, även, de Vareilles-Sommières, Pascal, *Forum Shopping in the European Judicial Area*. Om (det eventuella) behovet av ett *forum non conveniens*, se *Study on Residual Jurisdiction (General Report)*, s. 81 ff. samt s. 141 ff.

1. ingen medlemsstats domstolar är behöriga enligt denna förordning och det är omöjligt för käranden att föra sin talan vid en domstol i ett tredje land eller detta ej rimligen kan krävas av denne eller det framstår som uppenbart obilligt att kräva detta, eller
2. de behöriga domstolarna enligt denna förordning är eller har förklarat sig oförmögna att uppta målet till prövning; och

parterna eller saken har en tillräckligt stark anknytning till den medlemsstaten.

Vid bedömningen av om parterna eller saken har en tillräckligt stark anknytning till medlemsstaten skall domstolen särskilt beakta risken för *déni de justice*.

I samband härmed bör två nya punkter tillföras ingresserna till de båda förordningarna och ha följande lydelse:

[1] För att främja en god rättsskipning och säkerställa unionens målsättning att skapa ett område med frihet, säkerhet och rättvisa införs en regel om *forum necessitatis*. Bestämmelsen är avsedd att tillämpas i situationer då detta krävs för att säkerställa den enskildes tillgång till domstolsprövning och effektiva rättsmedel. Så är fallet då rättsliga omständigheter, t.ex. avsaknaden av en behörig domstol, eller faktiska omständigheter, såsom ex. krig, förföljelse, naturkatastrofer eller rättssystemets haveri, hindrar den enskilde från, eller gör det orimligt svårt för denne, att föra sin talan vid en annan domstol inom unionen eller i ett tredje land. De faktiska omständigheterna kan således vara hänförliga till såväl domstolen som käranden eller allmänna förhållanden. Som särskild grund för att bevilja tillämpning av regeln upptas att det skulle vara uppenbart obilligt att kräva av den enskilde att föra sin talan i tredje land. Denna grund är avsedd att tillämpas med stor försiktighet och bör komma i fråga huvudsakligen då det utländska avgörandet ej skulle kunna verkställas inom unionen trots att motpartens tillgångar till en väsentlig del återfinns på en medlemsstats territorium. Bedömningen huruvida hinder föreligger får göras i det enskilda fallet. I en sådan situation då behörighet tillkommer en medlemsstats domstolar enligt denna förordning och dessa är oförmögna att uppta målet till prövning anses hindersrekvisitet emellertid alltid vara uppfyllt.

[2] För att en domstol skall vara behörig att uppta ett mål till prövning med stöd av bestämmelsen om *forum necessitatis* fordras att en tillräcklig anknytning föreligger mellan parterna eller saken och den aktuella medlemsstaten. Bestämmelsen syftar till att minimera risken för missbruk genom s.k. forum shopping. Av hänvisningen i andra stycket följer emellertid att anknytningskravets höjd kan variera från fall till fall och att det avgörande måste vara strävan att undvika uppkomsten av *déni de justice*.

Allmänt kan noteras att den föreslagna regeln gör en distinktion mellan två fall, nämligen den situationen då det överhuvudtaget saknas en behörig domstol inom

gemenskapen och situationen då en sådan i och för sig finns men är förhindrad, dvs. oförmögen, att uppta målet till prövning. Införandet av den senare grunden ger uttryck för en betydelsefull skillnad gentemot underhållsförordningens forum necessitatis-regel, där förekomsten av ett behörigt forum helt synes utesluta regelns tillämpning, dvs. oberoende av om det är faktiskt omöjligt för käranden att föra sin talan vid den behöriga domstolen.<sup>246</sup> I det senare fallet torde det uteslutande bli fråga om faktiska omständigheter emedan det är svårt att tänka sig att en i och för sig behörig domstol skulle äga rätt att avvisa en talan (*forum non conveniens*).<sup>247</sup> Möjligen skulle en tillämpning av denna bestämmelse även kunna aktualiseras då fråga är om s.k. materiellrättslig omöjlighet.<sup>248</sup>

Det förhållandet att den första punkten talar om behörighet enligt förordningen samt att hinderrekvisitet anknutits till tredje land får inte tas till intäkt för den slutsatsen att förslaget förbiser situationen då hinder föreligger för att föra talan i en domstol inom gemenskapen. I samband med införandet av den föreslagna bestämmelsen utmönstras nämligen hänvisningen till nationell rätt, med den följd att de grunder på vilka en domstol inom gemenskapen kan sin grunda behörighet uteslutande kommer att återfinnas i de resp. förordningarna. Mot denna bakgrund har en hänvisning till den situationen, då en behörig domstol saknas enligt förordningen och hinder föreligger för att föra talan inför en domstol inom gemenskapen, ansetts obehövlig eftersom den aldrig kan uppstå. Annorlunda uttryckt: i denna situation är en domstol antingen behörig enligt förordningens regler eller så saknar den överhuvudtaget behörighet. I det senare fallet är punkten 1 direkt tillämplig, och om hinder skulle uppstå i det förra fallet så har man att tillämpa punkten 2.

Till skillnad från underhållsförordningens regel har hinderrekvisitet ej kvalificerats så att hinder skall föreligga i förhållande till ett land vartill saken har nära anknytning. Detta beror dels på regelns tvingande karaktär, dels på en önskan att undvika den säregna situation som teoretiskt sett är möjlig med underhållsförordningens regel, dvs. att regeln kan tillämpas då en domstol utan nära anknytning till saken faktiskt finns tillgänglig, dels på att regeln strikt taget ej är nödvändig.<sup>249</sup>

Som påpekas i den föreslagna lydelsen till den första ingresspunkten uppställs för tillämpning av den andra punkten i den föreslagna artikeln ej något hinderrekvisit. Detta beror på att redan det förhållandet att behörighet föreligger för en domstol inom gemenskapen får anses medföra att det är orimligt att kräva av käranden att denne skall

---

<sup>246</sup> Se artikel 7 underhållsförordningen som inleds med orden: ”Om ingen medlemsstats domstol är behörig enligt artiklarna 3, 4, 5 och 6 [...]”, samt jfr ovan avsnitten 3.4.1 och 3.4.2.

<sup>247</sup> Jfr ovan avsnitt 1.3.

<sup>248</sup> Huruvida denna grund bör tillåtas som en omöjlighetsgrund diskuteras i avsnitt 5.2.1. nedan.

<sup>249</sup> Se ovan avsnitt 3.4.2 samt jfr nedan avsnitt 5.2.1.

föra sin talan i tredje land. I sammanhanget kan vidare anmärkas att då den förhindrade domstolens behörighet är exklusiv är övriga domstolar inom gemenskapen förhindrade att uppta kändens talan till prövning redan på den grunden. Till detta kan tillfogas att i det fall då den förhindrade domstolens exklusiva behörighet har sin grund i artikel 22 Bryssel I-förordningen kan ett avgörande meddelat av en annan domstol vägras erkännande (och verkställighet) enligt artikel 35.1 (och 45.1) Bryssel I-förordningen. Att under sådana förhållanden fordra att kändens skulle föra sin talan vid en annan domstol skulle onekligen möta rekvisitet ”uppenbart obilligt”. Mot bakgrund av det anförda kan det på goda grunder förutses att hindersrekvisitet på ett eller annat sätt, dvs. genom (rättslig) omöjlighet, orimlighet eller uppenbar obillighet, alltid skulle vara mött i den aktuella situationen och ett sådant rekvisit skulle därför inte fylla något självständigt syfte.<sup>250</sup> Följaktligen har hindersrekvisitet utmönstrats i vad avser den andra punkten.

Vidare kan noteras att bestämmelsen i ett flertal avseenden ger uttryck för sin egen subsidiära karaktär.<sup>251</sup> Detta framgår för det första av ordet ”utöver” i den inledande meningen och, för det andra, av de båda punkternas uppbyggnad. I den första punkten framgår detta uttryckligen genom förutsättningen att ”ingen medlemsstats domstolar är behöriga enligt denna förordning”, och i den andra punkten framgår detta av hänvisningen till en redan förefintlig behörighet enligt förordningen. I sammanhanget bör vidare framhållas att bestämmelsens placering i de respektive förordningarna bör visa att regeln är av undantagskaraktär och endast är avsedd att nyttjas som en subsidiär jurisdiktionsgrund, dvs. detta bör framgå även av regelverkets lagtekniska och strukturella uppbyggnad. Avslutningsvis torde detta följa redan av begreppsbildningen, dvs. av termen ”forum necessitatis” i sig, *res ipsa loquitur*.

Det bör emellertid framhållas att även om fråga är om en subsidiär jurisdiktionsregel så *skall* denna tillämpas då förutsättningarna härför är förhandenvarande. Regeln är således obligatorisk och lämnar inget skönsmässigt utrymme till domstolen i detta avseende (även om det självfallet ankommer på domstolen att i det enskilda fallet bedöma *huruvida* förutsättningarna är uppfyllda). Regelns tillämpning hindras, som ovan framgått, ej heller *per se* av att en domstol är exklusivt behörig eller av ett av parterna ingången

---

<sup>250</sup> I sammanhanget kan även erinras om att Bryssel-förordningarna utgör s.k. dubbla instrument, dvs. de reglerar såväl behörighet som erkännande och verkställighet. Ett avgörande kan emellertid vägras erkännande och verkställighet om det skulle strida mot den erkännande statens *ordre public* (se artikel 34 Bryssel I-förordningen samt artikel 22 Bryssel II a-förordningen). Genom att hindersrekvisitet helt utelämnats i den förevarande punkten och fokus istället läggs på den egentligen behöriga domstolen så undviks diskussionen huruvida vägran på denna grund kan utgöra ett relevant hinder i bestämmelsens mening; detta är överhuvudtaget ej relevant för den aktuella bedömningen.

<sup>251</sup> Att bestämmelsen bör vara subsidiär harmonierar med synen på institutet i de rättsordningar som erkänner detta, jfr ovan avsnitt 3.2.

jurisdiktionsavtal.<sup>252</sup> Detta är nödvändigt, ty varje annan ordning skulle riskera att leda till att syftet med regeln, dvs. att undvika déni de justice, förfelas.<sup>253</sup> Särskild försiktighet och restriktivitet är emellertid påkallad när det gäller att frångå de särskilda behörighetsregler (i Bryssel I-förordningen) som uppställts till skydd för svagare parter.

Bedömningen av huruvida förutsättningarna för regelns tillämpning är uppfyllda måste, som uttryckligen framgår av ordalydelsen, göras med avseende på det specifika fallet, dvs. fråga får inte bli om att rutinmässigt tillämpa regeln som något slags generell behörighetsgrund.

Slutligen bör två självklarheter påpekas. För det första är punkterna 1-2 är alternativa i förhållande till varandra, men kumulativa i förhållande till anknytningsrekvisitet. Som framgår av ordalydelsen innehåller punkten 1 ett inledande rekvisit som är kumulativt i förhållande till de tre följande, inbördes alternativa, rekvisiten, medan punkten 2 upptar två stycken alternativa rekvisit. För det andra bör erinras om att bestämmelsen endast syftar till att reglera domstolarnas internationella behörighet, vilket är förklaringen till att bestämmelsen inte utpekar en lokalt behörig domstol; den senare frågan ankommer på medlemsstaterna att lösa i de interna processordningarna.

I det följande skall de uppställda rekvisitens innebörd kommenteras närmare.

### 5.2.1 Hindersrekvisitet: omöjlighet

Som framgår av den första ingresspunkten kan omöjlighet föreligga på grundval av såväl rättsliga som faktiska omständigheter. De uppräknade omständigheterna har valts utifrån vilket slags faktorer som ansetts uppfylla motsvarande rekvisit i de nationella rättsordningarna.<sup>254</sup> Exemplifieringen är ej avsedd att vara uttömmande, men det är svårt att hitta ytterligare omständigheter utöver de anförda som skulle kunna medföra att rekvisitet är uppfyllt.

Vad först avser rättslig omöjlighet synes konsensus råda om att rekvisitet alltid bör vara uppfyllt då en behörig domstol överhuvudtaget saknas.<sup>255</sup> Så bör anses vara fallet då fråga är om en negativ kompetenskonflikt, och detta oavsett om det beror på rättsreglerna i sig eller den främmande domstolens tolkning av rättsreglerna.<sup>256</sup> För att omöjlighet skall

---

<sup>252</sup> Givetvis måste försiktighet här iakttas. Ett av parterna ingånget avtal bör i största möjliga mån respekteras, jfr Briggs, a.a.s. 297. Vare sig exklusiv behörighet eller ett jurisdiktionsavtal bör emellertid utgöra ett *ofrånkomligt* hinder som helt utan vidare *utesluter* bestämmelsens tillämpning.

<sup>253</sup> Jfr vad som anförts i anslutning till spansk rätt, ovan avsnitt 3.2.8.

<sup>254</sup> Se ovan avsnitt 3.2 (och 3.3).

<sup>255</sup> Se ovan avsnitt 3.2.

<sup>256</sup> Jfr tysk rätt, ovan avsnitt 3.2.8.

föreligga på denna grund bör det vara tillfyllest att det är sannolikt att någon behörig domstol ej står att finna. Även om rekvisitet, i motsats till underhållsförordningens bestämmelse, ej knutits till ett tredje land med vilket saken har ”nära anknytning” bör det självfallet ej fordras att bevisning förebringas om att varje annan domstol i hela världen är obehörig. Domstolen bör, tvärtom, låta sig nöjas med att det klarläggs att någon behörig domstol ej står att finna i det land eller de länder vars domstolar rimligen borde haft behörighet och därutöver, för det fall motsatsen ej klarläggs, presumera att övriga länders domstolar ej har sådan behörighet. I fall då den prövande domstolen kommer fram till slutsatsen att en domstol i ett tredje land borde ha behörighet enligt det landets jurisdiktionsregler måste emellertid bevisning förebringas till styrkande av motsatsen innan den prövande domstolen förklarar sig utgöra forum necessitatis. Fråga får således inte bli om prognoser eller bedömningar av huruvida det tredje landets domstolar kommer att utöva sin behörighet eller ej.<sup>257</sup>

En annan fråga är huruvida rättslig omöjlighet bör anses föreligga då käranden väl har tillgång till en domstol, men denne ej kan garanteras en *rättvis* rättegång? Så är fallet i några av de rättordningar som erkänner institutet.<sup>258</sup> Klart är att varje brist i processen vid den främmande domstolen ej kan tillåtas föranleda att omöjlighetsrekvisitet är uppfyllt. Lika klart står emellertid att både förbudet mot *déni de justice* och artikel 6 EKMR uppställer vissa krav på processens kvalitet. Bedömningen får här ske från fall till fall; avgörande bör vara huruvida bristerna kan anses vara så allvarliga att käranden *de facto* kan sägas berövas sin rätt till en rättvis rättegång så att *déni de justice* i praktiken uppstår.

I detta sammanhang bör något även sägas om s.k. materiellrättslig omöjlighet som i åtminstone tre (kanske till och med fyra) rättsordningar anses medföra att omöjlighetsrekvisitet är uppfyllt.<sup>259</sup> Frågan är huruvida det förhållandet att det rättsliga institutet, varpå käranden grundar sin talan, ej erkänns i den främmande staten bör föranleda att rättslig omöjlighet föreligger? Först må påpekas att detta sällan har med tillgången till domstol eller rätten till en rättvis domstolsprövning att göra som sådan. Med hänsyn till principen om förbud mot *déni de justice* kan det emellertid inte helt uteslutas att det, i undantagsfall, kan bli aktuellt att anse rekvisitet uppfyllt på denna grund. Avgörande härför är, än en gång, omständigheterna i det enskilda fallet; om den främmande rättsordningen ej medger att käranden för sin talan, ens under ett närliggande institut, så att

---

<sup>257</sup> Jfr fransk rätt, ovan avsnitt 3.2.6.

<sup>258</sup> Se främst belgisk rätt, ovan avsnitt 3.2.2 och holländsk rätt, ovan avsnitt 3.2.3.

<sup>259</sup> Jfr ovan avsnitt 3.2.1 (schweizisk rätt), 3.2.3 (holländsk rätt), 3.2.4 (portugisisk rätt) och 3.2.8 (tysk rätt). Grunden behandlas i Holland och Tyskland som en självständig kategori, dvs. utöver rättsliga och faktiska omständigheter.



denne inte har någon som helst möjlighet att ens väcka talan bör detta nog anses konstituera, eller likställas med, rättslig omöjlighet.

För tydlighetens bör i sammanhanget framhållas att blott det faktum att käranden pga. den främmande rättsordningens materiella innehåll ej kan vinna framgång med sin talan ej utgör en relevant omständighet i förevarande sammanhang.<sup>260</sup> Ej heller bör vara tillfyllest att den främmande domstolen kan befaras komma att tillämpa utländsk lag felaktigt (om det inte sker på ett så flagrant vis att käranden berövas en rättvis rättegång, jfr ovan).<sup>261</sup>

Vad sedan avser omständigheter som kan konstituera faktisk omöjlighet råder i princip enighet om att de i ingresspunkt 1 nämnda omständigheterna bör föranleda att omöjlighet föreligger. Fråga är således om extraordinära omständigheter som krig, naturkatastrofer, att rättssystemet i den främmande staten havererat,<sup>262</sup> eller risk för politisk förföljelse.<sup>263</sup> Ytterligare omständigheter som bör medföra att omöjlighetsrekvisitet är uppfyllt är ex. att käranden nekas inresa i den främmande staten eller att undantagstillstånd råder där.<sup>264</sup>

I klargörande syfte må betonas att det självfallet ej är tillfyllest att det vore enklare, mindre besvärligt eller skulle innebära processuella fördelar för käranden att föra talan vid den prövande domstolen för att faktisk omöjlighet skall föreligga.<sup>265</sup>

Som redan inledningsvis påpekades är exemplifieringen i ingressen ej avsedd att vara uttömmande. För att omöjlighetsrekvisitet skall vara uppfyllt på annan grund än de uttryckligen nämna omständigheterna måste det emellertid röra sig om rättsliga eller faktiska omständigheter av jämförbar karaktär och styrka som de nämnda. Annorlunda uttryck skall hindret således vara av en absolut karaktär.<sup>266</sup>

## 5.2.2 Hindersrekvisitet: orimlighet

Det är, precis som är fallet för de flesta nationella rättsordningar som innehåller en motsvarande regel, svårt att dra en skarp gräns mellan å ena sidan omöjlighet och, å den

---

<sup>260</sup> Om detta råder i princip konsensus, se ovan avsnitt 3.2. Jfr dock österrikisk rätt, avsnitt 3.2.5. Skillnaden gentemot materiellrättslig omöjlighet måste här upprätthållas. I det här diskuterade fallet erkänns institutet i och för sig, men omständigheterna är sådana att käranden ej kan vinna framgång med sin talan, medan, då fråga är om materiellrättslig omöjlighet (som kan vara relevant för omöjlighetsbedömningen) käranden pga. att institutet ej erkänns överhuvudtaget är förhindrad att väcka talan. Det hela kan uttryckas som att i det förra fallet kommer talan att ogillas, medan den i det senare fallet komma att avvisas.

<sup>261</sup> Jfr tysk rätt, ovan avsnitt 3.2.8.

<sup>262</sup> Till detta fall får nog det holländska exemplet att den främmande staten helt saknar judiciella myndigheter räknas, även om detta enligt holländsk rätt utgör en omständighet som föranleder rättslig (och inte faktisk) omöjlighet, jfr ovan avsnitt 3.2.3.

<sup>263</sup> Se ovan avsnitt 3.2.

<sup>264</sup> Jfr holländsk rätt, ovan avsnitt 3.2.3 och spansk rätt, ovan avsnitt 3.2.7.

<sup>265</sup> Jfr schweizisk rätt, ovan avsnitt 3.2.1, österrikisk rätt, ovan avsnitt 3.2.5 samt tysk rätt, ovan avsnitt 3.2.8.

<sup>266</sup> Jfr portugisisk rätt, ovan avsnitt 3.2.4.

andra, orimlighet. Strängt taget är det heller inte nödvändigt att upprätthålla en sådan distinktion, men den fyller likväl en pedagogisk funktion. Allmänt kan sägas att det, för att orimlighet skall anses föreligga, i många fall rör sig om omständigheter av samma art som för att omöjlighet skall anses vara för handen. Skillnaden består således (huvudsakligen) i hindrets styrka snarare än i dess karaktär.

Som framgår av ordalydelsen förutsätts för rekvisitets tillämpning, till skillnad från vid omöjlighetsrekvisitet, ej att någon behörig domstol ej står att finna i tredje land. Däremot kvarstår kravet, helt i enlighet med regelns subsidiära karaktär, på att någon domstol inom gemenskapen ej får vara behörig enligt förordningens regler.

Vad gäller omständigheter som kan föranleda att rekvisitet är uppfyllt kan vägledning ånyo hämtas från de nationella rättsordningarna. Fråga kan således vara om krig, naturkatastrofer, förföljelserisk, att kändan ej kan komma i åtnjutande av en rättvis domstolsprövning i det tredje landet, eller att rättsordningen i det främmande landet delvis havererat eller är korrupt.<sup>267</sup> Ytterst ankommer det emellertid på domstolen att företa en skönsmässig bedömning av huruvida omständigheterna i målet är av sådan karaktär att det är orimligt att kräva av kändan att denne för sin talan vid den utländska domstolen.<sup>268</sup> Härvidlag måste dock, som ovan framgått, ställas krav på en viss styrka hos de omständigheter som kändan åberopat till stöd för att rekvisitet skall anses uppfyllt.

En särskild fråga är huruvida det förhållandet att det skulle vara mycket kostsamt för kändan att föra sin talan i ett tredje land är en omständighet som kan innebära att orimlighetsrekvisitet är uppfyllt? Så är fallet i några av de nationella rättsordningarna.<sup>269</sup> Att generellt fastslå en regel av detta slag får betraktas som olämpligt. Det bör emellertid ej uteslutas att kändans kostnader kan vara relevanta. Avgörande är här en avvägning mot svarandens intresse av att slippa processa i utlandet. I linje med principen om *favor defensionis* bör det vara uteslutet att anse rekvisitet uppfyllt på denna grund i fall då detta skulle innebära en omallokering av kostnaden av innebörden att denna mer eller mindre överförs på svaranden.<sup>270</sup> Däremot bör svarandens intresse av att processa ”på hemmaplan” få stå tillbaka till förmån för kändans intresse av att (praktiskt) kunna utöva sin rätt till domstolsprövning i sådana fall då processen i prövningslandet skulle innebära en avsevärd

---

<sup>267</sup> Jfr holländsk rätt, ovan avsnitt 3.2.3, spansk rätt, ovan avsnitt 3.2.7 samt tysk rätt, ovan avsnitt 3.2.8.

<sup>268</sup> Jfr ex. schweizisk rätt, ovan avsnitt 3.2.1, belgisk rätt, ovan avsnitt 3.2.2 och svensk rätt, ovan avsnitt 3.3.

<sup>269</sup> Härmed avses främst belgisk rätt, ovan avsnitt 3.2.2. Frågan är omtvistad i Holland, se ovan avsnitt 3.2.3, not 124.

<sup>270</sup> Nu kanske den uppmärksamme läsaren påpekar att resonemanget skulle innebära att en domstol, som i och för sig är behörig under förordningen, avvisar ett mål till förmån för tredje land, något som får anses tveksamt med hänsyn till EG-domstolens avgörande i *Owusu mot Jackson* (se ovan not 34). I det målet var emellertid fråga om en fastslagen förefintlig behörighet, något som ej är fallet i den här aktuella situationen där fråga istället är om att domstolen fastslår att den *inte* är behörig pga. av orimlighetsrekvisitet ej är uppfyllt.

minskning av kändens kostnader *och* (dvs. samtidigt som) svarandens kostnader i allt väsentligt skulle förbli opåverkade av att så sker. Som framhållits i ett tidigare sammanhang bör det emellertid i princip anses helt uteslutet att tillämpa bestämmelsen på denna grund i de fall då parterna ingått ett jurisdiktionsavtal, ty i detta fall får känden istället söka angripa jurisdiktionsavtalet eller, om detta ej är möjligt, stå sitt kast.<sup>271</sup>

Precis som ovan anförts i fråga om omöjlighet är det i fråga om orimlighetsrekvisitet ej tillräckligt att det skulle vara betydligt enklare, mer praktiskt eller innebära fördelar ur processuellt hänseende för känden att föra sin talan vid den prövande domstolen.<sup>272</sup> Fråga får, i likhet med vad som uttalats i österrikisk doktrin, ej bli om att kringgå ett materiellt rättsläge som framstår som orättvist eller otillfredsställande, utan det skall, tvärtom, röra sig om situationer där det framstår som oundgängligen nödvändigt att känden tillåts åberopa regeln om *forum necessitatis*.<sup>273</sup>

### 5.2.3 Hindersrekvisitet: uppenbart obilligt

Den föreslagna bestämmelsen upptar, som en tredje grund för att anse hinderrekvisitet uppfyllt, att det skulle vara ”uppenbart obilligt” att kräva av känden att denne för sin talan vid en domstol i tredje land. Genom att rekvisitet innehåller en förstärkning, uppenbarhetskravet, tydliggörs för det första att det här rör sig om exceptionella fall. Detta innebär nu inte att regeln skall tillämpas i undantagsfall *om* förutsättningarna härför väl är uppfyllda, utan understryker blott det faktum att det endast i undantagsfall kan komma i fråga *att* förutsättningarna är uppfyllda. Denna distinktion är mycket viktig, med hänsyn till att regeln, som påpekats i det föregående, gjorts tvingande. För det andra, och nära sammanhängande med det nyss sagda, tjänar regeln till att ange ett kvalificeringskrav i fråga om vilka omständigheter som skall anses medföra att obillighet föreligger.

Vad gäller frågan om vilka fall som omfattas av regeln kan inledningsvis noteras att regeln främst tar sikte på fall då ett utländskt avgörande på goda grunder kan förväntas vägras erkännande och/eller verkställighet inom gemenskapen. Att detta kan utgöra en relevant grund för institutets tillämpning är accepterat i flera rättsordningar,<sup>274</sup> och harmonierar även med det krav på tillgång till *effektiva* rättsmedel som följer av förbudet

---

<sup>271</sup> Jfr diskussionen i anslutning till belgisk rätt, ovan avsnitt 3.2.2. Reservationen ”i princip” hänför sig till fall av extraordinär karaktär där det på goda grunder kan hävdas att parterna inte haft någon som helst möjlighet att förutse vissa händelser som varit direkt relevanta för en massiv kostnadsökning.

<sup>272</sup> Jfr schweizisk rätt, ovan avsnitt 3.2.1, österrikisk rätt, ovan avsnitt 3.2.5 samt tysk rätt, ovan avsnitt 3.2.8.

<sup>273</sup> Jfr österrikisk rätt, ovan avsnitt 3.2.5.

<sup>274</sup> Se holländsk rätt (avsnitt 3.2.3), portugisisk rätt (avsnitt 3.2.4), österrikisk rätt (avsnitt 3.2.5), tysk rätt (avsnitt 3.2.8) och svensk rätt (avsnitt 3.3). Jfr även fransk rätt (avsnitt 3.2.6).

mot déni de justice.<sup>275</sup> Den underliggande motiveringen till att medge en medlemsstats domstol behörighet i sådana fall är att det helt skulle sakna praktiskt värde för käranden att utverka ett avgörande vid den utländska domstolen. Under sådana förutsättningar ter det sig som onödigt formalistiskt, för att inte säga direkt stötande, att kräva av käranden att denne skall föra talan vid den främmande domstolen. Eftersom det endast skulle vara fråga om att uppfylla ett formkrav, dvs. om att sätta form över innehåll, är rekvisitet ”uppenbart obilligt” följaktligen uppfyllt i ett fall som det diskuterade.

Som framgår av den första ingresspunkten bör emellertid, för regeln tillämpning, ställas det kravet att käranden har en legitim anledning att få domen verkställd inom gemenskapen. Mot bakgrund härav anges i nämnda ingresspunkt att grunden främst är avsedd att tillämpas då motpartens tillgångar till väsentlig del återfinns på en medlemsstats territorium. Termen ”väsentlig del” avses ge uttryck åt det förhållandet att en bedömning måste företas av huruvida käranden har möjlighet att i tillräcklig mån få sitt anspråk täckt genom anspråktagande av, motparten tillhöriga, tillgångar som återfinns i det tredje landet. Vidare må i sammanhanget framhållas att, även om detta ansetts onödigt att stadga uttryckligen, det bör vara uteslutet att bestämmelsen tillämpas i fall då käranden, trots att verkställighet av ett meddelat avgörande ej är möjlig, kan komma åt svarandens tillgångar på annat (legalt) sätt.

Att grunden inte uteslutande hänför sig till fall som avhandlats i föregående stycken följer redan av att någon exemplifiering ej upptagits i bestämmelsen och framgår vidare av ordet ”huvudsakligen” i första ingresspunkten. Då det i samma ingresspunkt föreskrivs att bestämmelsen är avsedd att tillämpas ”med stor försiktighet” är det emellertid svårt att tänka sig andra fall där en tillämpning kan komma att aktualiseras.

Mot bakgrund av det i det föregående stycke anförda kan det väl ifrågasättas om denna särskilda grund strängt taget är nödvändig? Här förefäktas den ståndpunkten att svaret på denna fråga är jakande. Fråga är om en särskild kategori av fall, ty det rör sig trots allt varken om omöjlighet eller orimlighet i förhållande till att *föra talan* vid en domstol i tredje land. Det är tvärtom tänkbart, och till och med avsett, att grunden kan tillämpas i fall då en behörig domstol i och för sig står att finna i tredje land och det heller inte möter några som helst svårigheter för käranden att föra sin talan vid denna domstol. Avgörande är således varken tillgången till en domstol eller denna domstols tillgänglighet, utan värdet, eller snarare icke-värdet, av ett av denna domstol meddelat avgörande. Då denna grund markant skiljer sig från såväl omöjlighetsgrunden som orimlighetsgrunden synes den tredje

---

<sup>275</sup> Jfr ovan avsnitt 5.1.

grunden ha goda skäl för sig; om inte annat bidrar detta till att skapa tydlighet och till att klarlägga att ett annat slags bedömning måste göras i dessa situationer.

Avslutningsvis må framhållas att det förhållandet att regelns uppbyggnad utesluter att denna grund tillämpas då ett icke verkställbart avgörande meddelats av en annan domstol inom gemenskapen är en medveten konstruktion som hänför sig till att fråga är om s.k. dubbla instrument. I den mån problem avseende erkännande och/eller verkställighet inom gemenskapen uppstår bör dessa istället adresseras genom att reglerna för erkännande och verkställighet anpassas, varför det ej lämpar sig att låta den förevarande bestämmelsen omfatta dessa fall.

#### 5.2.4 Den andra punkten - behöriga domstolar oförmögna att uppta målet

Den andra punkten i bestämmelsen tar, som tidigare framhållits och som även framgår direkt av ordalydelsen, sikte på fall då en domstol inom gemenskapen i och för sig är behörig men är förhindrad att utöva denna behörighet, dvs. då domstolen är *oförmögen* att uppta målet till prövning.

Anledningen till att den andra punkten ej uppställer något hindersrekvisit har redan givits i ett tidigare sammanhang och skall därför ej upprepas här.<sup>276</sup> Här skall blott tre förtydliganden göras. För det första ligger det i sakens natur att regeln, med undantag för det uttryckligen nämnda fallet då den behöriga domstolen förklarat sig oförmögen, endast tar sikte på faktiska omständigheter av *force majeure*-karaktär. Att rättsliga omständigheter är uteslutna följer redan av regelns uppbyggnad; denna förutsätter att en behörig domstol i och för sig finns tillgänglig. Vad gäller de faktiska omständigheter som kan innebära att en domstol är oförmögen rör det sig om samma slags omständigheter som nämnts i anslutning till första punktens omöjlighets- resp. orimlighetsrekvisit.<sup>277</sup>

Det andra förtydligandet hänför sig till lokutionen ”eller förklarat sig oförmögna”. Passusen har ansetts vara nödvändig för att täcka in den (åtminstone teoretiskt möjliga) situationen då en behörig domstol inte *är* oförmögen, men väl *förklarat sig* oförmögen. Så kan vara fallet då domstolen på goda grunder förväntar sig att inom kort bli faktiskt oförmögen (t.ex. vid en befarad terroristattack som ej föranlett att undantagstillstånd råder, eller vid en befarad naturkatastrof som ännu ligger i framtiden). Ordvalet ”förklarat sig vara oförmögna” syftar följaktligen på en allmänt avfattad förklaring att domstolen saknar

---

<sup>276</sup> Se ovan avsnitt 5.2.

<sup>277</sup> Se ovan avsnitt 5.2.1 och 5.2.2.

möjlighet att uppta mål till prövning och skall noggrant särhållas från att domstolen förklarat sig *obehörig*. Att en behörig domstol nog är skyldig att uppta ett mål till prövning kan utläsas av EG-domstolens uttalande i *Owusu mot Jackson*,<sup>278</sup> och i det fall domstolen saknar behörighet kan punkten, som den utformats, överhuvudtaget ej tillämpas, ty då brister det redan i bestämmelsens första rekvisit. I fall då en enskild domstol förklarat sig *obehörig* har käranden istället att undersöka om någon annan domstol inom gemenskapen är behörig och, om så ej är fallet, om första punkten är tillämplig.

Slutligen framgår av böjningsformen ”oförmögna” att bestämmelsen ej kan tillämpas blott på den grunden att en, av flera, behöriga domstolar förklarat sig oförmögen. Tvärtom har käranden att, för det fall att mer än en domstol är behörig, i första hand föra sin talan vid något alternativt behörigt forum. Bestämmelsen om forum necessitatis kan således endast tillämpas i fall då någon behörig domstol ej står att finna inom gemenskapen (punkt 1) eller då *samtliga* i och för sig behöriga domstolar inom gemenskapen är eller förklarat sig oförmögna (punkt 2). Däremot utgör det självfallet inte något hinder för bestämmelsens tillämpning om en eller flera av de behöriga domstolarna *är* oförmögna samtidigt som en eller flera av dessa *förklarat sig* oförmögna; avgörande är att käranden inte har tillgång till någon, i och för sig behörig, domstol.

### 5.2.5 Anknytningsrekvisitet

Som ovan framhållits måste anknytningsrekvisitet ägnas särskild uppmärksamhet, ty detta är vad som ytterst sätter gränsen för bestämmelsens tillämpningsområde. Som ovan anförts möter det också särskilda svårigheter att utforma anknytningsrekvisitet eftersom detta, samtidigt som det måste vara snävt avfattat för att minimera risken för *forum shopping*, måste vara generellt och vidsträckt för att syftet med regeln skall kunna uppnås.<sup>279</sup> Ytterst handlar det följaktligen om att nå en lämplig avvägning mellan dessa motstående intressen. Med hänsyn härtill har det ansetts uteslutet att utforma regeln helt utan anknytningsrekvisit,<sup>280</sup> eller med en uttömmande uppräkningslista av särskilda anknytningsfaktorer som skall anses föranleda att tillräcklig anknytning föreligger.<sup>281</sup> I förslaget har avvägningen resulterat i ett relativt öppet formulerat anknytningsrekvisit som förenats med en vägledande princip för dess tillämpning. Vägledande för tolkningen bör

<sup>278</sup> Se ovan avsnitt 1.3 (särskilt not 34).

<sup>279</sup> Jfr ovan avsnitten 3.4.2 och 5.1.

<sup>280</sup> Jfr den holländska artikel 9 (b) WBR, ovan avsnitt 3.2.3.

<sup>281</sup> Se österrikisk rätt, ovan avsnitt 3.2.5.

härunder vara principen om att jurisdiktionsregler bör baseras på en nära anknytning mellan tvisten och domstolen.<sup>282</sup>

Som anknytningsrekvisit upptar bestämmelsen att parterna eller saken måste ha en tillräckligt stark anknytning till den prövande domstolen. Att inledningsvis notera är att bestämmelsen influerats av portugisisk rätt på så vis att den relevanta anknytningen kan hänföra sig antingen till part(erna) eller till saken.<sup>283</sup> Att detta uttryckligen lagfäst har ytterst sin förklaring i att det skulle te sig både otillfredsställande och svårmotiverat om domstolen skulle nödgas finna tillräcklig anknytning saknas då en part, men inte saken, har en stark anknytning till medlemsstaten i fråga eller vice versa. I sammanhanget bör noteras att även om bestämmelsen föreskriver att *parterna* skall ha tillräckligt stark anknytning till den aktuella medlemsstaten så är det givetvis tillfyllest att en av dessa uppvisar den tillräckliga anknytningen för att rekvisitet skall vara uppfyllt.

Vad gäller rekvisitets höjd/styrka ligger det i sakens natur att några strängare krav på anknytning ej kan uppställas då fråga är om tillämpning av en subsidiär behörighetsregel, i synnerhet som fråga är om en nödregel som endast är avsedd att tillämpas då ingen annan jurisdiktionsregel är tillämplig.<sup>284</sup>

Då det gäller förhållanden hänförliga till parterna blir det nog i praktiken främst fråga om omständigheter hänförliga till kändanden. Det har emellertid ansetts olämpligt att i regeln helt utelämna svaranden eftersom det, i vissa fall, kan vara motiverat att finna tillräcklig anknytning föreligga på grundval av omständigheter hänförliga till denne. I fråga om specifika anknytningsfaktorer är det huvudsakligen tre olika sådana som diskuterats i anslutning till de nationella forum necessitatis-bestämmelserna. Dessa skall i det följande granskas mer ingående.

*Nationalitet.* I flera länder anses det förhållandet att kändanden är medborgare i den egna staten medföra att tillräcklig anknytning föreligger.<sup>285</sup> Som bekant anses i regel jurisdiktion på grundval av kändandens nationalitet höra de exorbitanta behörighetsreglerna till. Emellertid ter sig saken annorlunda då fråga är om en nödbehörighetsbestämmelse som i förevarande fall. Det bör följaktligen ej uteslutas att kändandens nationalitet, i synnerhet i förening med andra anknytningsfaktorer, kan medföra att tillräcklig anknytning föreligger, även om viss försiktighet är påkallad.<sup>286</sup> Av särskilt intresse är att ingen av de

---

<sup>282</sup> Jfr Jenard-rapporten, s. 22 samt Study on Residual Jurisdiction (General Report), s. 118.

<sup>283</sup> Jfr ovan avsnitt 3.2.4. Jfr ock belgisk rätt, som synes innehålla en liknande konstruktion, ovan avsnitt 3.2.2.

<sup>284</sup> Jfr belgisk rätt, ovan avsnitt 3.2.2 samt se nedan avsnitt 5.2.6.

<sup>285</sup> Se belgisk rätt, ovan avsnitt 3.2.2, österrikisk rätt, ovan avsnitt 3.2.5, spansk rätt, ovan avsnitt 3.2.7 och tysk rätt, ovan avsnitt 3.2.8. Jfr även holländsk rätt, där frågan är omdiskuterad, ovan avsnitt 3.2.3 samt svensk rätt, avsnitt 3.3.

<sup>286</sup> Jfr ingresspunkt 16 till underhållsförordningen samt ovan avsnitt 3.4.1.

rättsordningar som är beredda att tillmäta nationalitet betydelse nämner svarandens nationalitet som en relevant anknytningsfaktor. Som framhållits i tidigare sammanhang väcker det emellertid betydligt mindre betänkligheter att grunda anknytning på dennes nationalitet än på kändens, ty det torde knappast komma som en överraskning för den förre att han eller hon kan komma att behöva träda i svaromål där han eller hon är medborgare.<sup>287</sup> Under de speciella omständigheter som råder då fråga är om att tillämpa forum necessitatis-regeln bör det, mot bakgrund av det anförda, som utgångspunkt, kunna presumeras att tillräcklig anknytning föreligger i sådana fall då svaranden är medborgare i den prövande domstolens stat. Avslutningsvis bör framhållas att i fall då såväl kändens som svaranden är medborgare i den aktuella staten bör i allmänhet tillräcklig anknytning anses föreligga redan på denna grund.

*Hemvist.* I fråga om hemvist, vid tidpunkten för talans väckande, som anknytningsfaktor kan det givetvis, med hänsyn till utformningen av de båda instrumentens huvudregler, här endast bli aktuellt att diskutera kändens hemvist. Även denna anknytningsfaktor anses i flera nationella rättsordningar vara tillfyllest för att tillräcklig anknytning skall föreligga.<sup>288</sup> Med hänsyn till de situationer i vilka bestämmelsens tillämpning aktualiseras bör denna anknytningsfaktor kunna föranleda att anknytningsrekvisitet är uppfyllt och detta bör, precis som i fråga om kändens nationalitet, i synnerhet gälla då andra anknytningsfaktorer talar i samma riktning. Ytterligare en omständighet som bör kunna tas i beaktande och, i vart fall i kombination med kändens hemvist, föranleda att tillräcklig anknytning föreligger är det förhållandet att svaranden tidigare, inom en inte alltför avlägsen tidsrymd, haft sitt hemvist i den aktuella staten.

*Stadigvarande uppehålle.* Att kändens stadigvarande uppehåller sig på den aktuella medlemsstatens territorium är ännu en faktor som anses kunna grunda tillräcklig anknytning.<sup>289</sup> Huruvida detta förhållande bör kunna grunda tillräcklig anknytning beror i huvudsak på vilka krav som uppställs för att en vistelse skall vara stadigvarande. För att denna grund skall kunna accepteras fordras att särskild restriktivitet i bedömningen iakttas eftersom ett alltför lättvindligt konstaterande att tillräcklig anknytning föreligger på denna grund riskerar att öppna upp för *forum shopping*. Som utgångspunkt bör således kändens stadigvarande uppehålle i den prövande domstolens stat ej ensamt föranleda att tillräcklig

---

<sup>287</sup> Jfr ovan avsnitt 3.4.1.

<sup>288</sup> Se belgisk rätt, ovan avsnitt 3.2.2, holländsk rätt, ovan avsnitt 3.2.3, österrikisk rätt, ovan avsnitt 3.2.5, spansk rätt, ovan avsnitt 3.2.7 och tysk rätt, ovan avsnitt 3.2.8. Jfr även svensk rätt, avsnitt 3.3.

<sup>289</sup> Se österrikisk rätt, ovan avsnitt 3.2.5, fransk rätt, ovan avsnitt 3.2.6 samt tysk rätt, ovan avsnitt 3.2.8.



anknytning föreligger. I sammanhanget bör framhållas att kärandens nationalitet eller hemvist i regel bör anses utgöra starkare anknytningsfaktorer och att en lämpligare domstol därför i de flesta fall kan antas finnas tillgänglig. Endast i undantagsfall, t.ex. då käranden har dubbelt medborgarskap (varav ett är i den prövande medlemsstaten) och har sitt hemvist i ett tredje land, bör det förhållandet att denne stadigvarande uppehåller sig i den aktuella medlemsstaten självständigt kunna föranleda att tillräcklig anknytning föreligger. Domstolen bör i sådana fall försäkra sig om att käranden verkligen uppehåller sig *stadigvarande* på det egna territoriet. Som ytterligare förutsättning bör därutöver krävas att käranden har ett berättigat anspråk på att tillåtas föra talan i den aktuella staten, t.ex. pga. att svaranden har tillgångar i medlemsstaten i fråga (utan att tvisten i sig rör dessa tillgångar, jfr nedan).

För det fall *svaranden* stadigvarande uppehåller sig på den prövande medlemsstatens territorium bör emellertid tillräcklig anknytning i regel anses föreligga. Förklaringen härtill är att detta inte väcker lika stora betänkligheter, dels eftersom det knappast torde komma som en överraskning för svaranden att denne kan behöva träda i svaromål på platsen för sin stadigvarande vistelse, dels när detta ej tillåter käranden att förfoga över det tillämpliga forumet. Det bör emellertid framhållas att vistelsen även i detta fall, av förutsebarhets- och rättssäkerhetsskäl, verkligen måste vara stadigvarande.

Det bör betonas att fråga här är om en exemplifiering. Även andra faktorer, såsom ex. äktenskapsceremonins plats eller tillämplig lag,<sup>290</sup> kan tänkas få betydelse för bedömningen. Sådana omständigheter torde emellertid huvudsakligen få betydelse som ytterligare (stöd)faktorer som talar för att tillmäta nationalitet, hemvist eller stadigvarande uppehälle betydelse, emedan de i de allra flesta fall torde vara alltför svaga för att självständigt kunna föranleda att anknytningsrekvisitet är uppfyllt.

När det gäller anknytningsfaktorer som är hänförliga till saken, dvs. tvisteföremålet, torde det praktiskt viktigaste fallet då tillräcklig anknytning föreligger vara då tvisten rör tillgångar som befinner sig i på den aktuella medlemsstatens territorium.<sup>291</sup> Att tillräcklig anknytning bör anses föreligga i ett sådant fall korresponderar med det tredje hindresrekvisitet (uppenbart obilligt),<sup>292</sup> och synes ej heller väcka några större betänkligheter eftersom det ej möjliggör för käranden att disponera över det tillämpliga forumet.

---

<sup>290</sup> Jfr, i fråga om tillämplig lag, med tysk rätt, ovan avsnitt 3.2.8.

<sup>291</sup> Se belgisk rätt, ovan avsnitt 3.2.2 samt tysk rätt, ovan avsnitt 3.2.8.

<sup>292</sup> Se ovan avsnitt 5.2.3.

Det bör framhållas att även om det nu sagda är avsett att tjäna som vägledning för regelns tillämpning så blir det ytterst fråga om en helhetsbedömning i det specifika fallet för att avgöra om tillräcklig anknytning föreligger. Som förklaras i den andra ingresspunkten varierar anknytningskravets höjd från fall till fall. Detta kommer till uttryck genom att det i regelns andra stycke föreskrivs att den prövande domstolen, vid bedömningen av huruvida en tillräckligt stark anknytning föreligger, särskilt skall beakta risken för déni de justice. Hänvisningen till denna princip ter sig naturlig emedan regelns syfte är just att motverka risken för déni de justice och tillförsäkra enskilda såväl tillgång till domstol som en rättvis rättegång. En dylik lösning synes även äga stöd i de nationella rättsordningarna.<sup>293</sup>

Hänvisningen till förbudet mot déni de justice innebär följaktligen att den prövande domstolen i vissa fall kommer att finna tillräcklig anknytning föreliggande på relativt lösa grunder, nämligen då inga anknytningsfaktorer talar för att någon annan medlemsstat skulle kunna tillämpa forum necessitatis-regeln. I andra fall talar, tvärtom, anknytningsfaktorerna för att en annan medlemsstats domstolar skulle kunna förklara sig utgöra forum necessitatis och anknytningskravets höjd ökar då. Annorlunda uttryckt kan kravet på tillräcklig anknytning anses inrymma ett slags lämplighetsavvägning som är anknuten till syftet att undvika déni de justice.

Det kan i sammanhanget noteras att andra stycket kan antas få relativt stor betydelse då fråga är om tillämpning av bestämmelsens andra punkt eftersom det i dessa fall kan vara särskilt svårt att finna relevanta anknytningsfaktorer av någon nämnvärd styrka.<sup>294</sup> Denna problematiska situation mildras genom att bestämmelsens andra stycke låter anknytningskravets styrka variera med hänsyn till omständigheterna, allt utifrån det övergripande syftet att motverka uppkomsten av déni de justice.

Avslutningsvis bör i sammanhanget erinras om att särskild försiktighet är påkallad även i vad avser att anse anknytningskravet uppfyllt, då fråga är om att frångå de särskilda behörighetsreglerna som uppställts till skydd för svagare part resp. sådan exklusiv behörighet som avses i artikel 22 Bryssel I-förordningen med hänsyn till dessa reglers karaktär. Huruvida man föredrar att se det hela som att anknytningskravets styrka ökar eller att särskild restriktivitet råder i fråga om vilka anknytningsfaktorer som är relevanta saknar härvidlag betydelse; avgörande måste, återigen, vara vad som är påkallat med hänsyn till syftet att undvika déni de justice.

---

<sup>293</sup> Jfr särskilt schweizisk rätt, avsnitt 3.2.1 och tysk rätt, avsnitt 3.2.8.

<sup>294</sup> Fråga kan ju i dessa fall vara om en oförmögen domstol vars behörighet är exklusiv.

### 5.2.6 Beviskravet och bevisbördans placering

Bevisbördan bör i enlighet med allmänna processrättsliga principer åvila den som påstår ett rätts- eller sakförhållandes existens eller förhandenvarande. Som utgångspunkt bör således bevisbördan för de omständigheter som åberopas till grund för att hinders- resp. anknytningsrekvisitet är uppfyllt åvila käranden. Med hänsyn till de särpräglade situationer då regeln kan komma att aktualiseras och med regelns syfte och ändamål i åtanke bör emellertid beviskravet ej sättas alltför högt. Avgörande i det enskilda fallet bör vara om käranden förmår göra sannolikt att förutsättningarna för regelns tillämpning är uppfyllda.

Att beviskravet ej kan sättas alltför högt är emellertid inte detsamma som en uppluckring av de materiella förutsättningarna; tvärtom kvarstår såväl hindersrekvisitet som kravet på viss genuin anknytning av viss höjd. Således är det exempelvis ej tillfyllest att käranden har släktingar, eller att denne har för avsikt att ta hemvist, i den berörda medlemsstaten. Detta har emellertid inte med beviskravet att göra utan följer redan av att de materiella förutsättningarna för regelns tillämpning ej är förhandenvarande.

### 5.3 Fiktiv tillämpning av den föreslagna regeln

En grundläggande förutsättning för att den föreslagna regeln skall kunna göra anspråk på att utgöra ett lämpligt förslag är, mot bakgrund av denna framställnings upplägg, att den förmår tillhandahålla en tillfredsställande lösning på de två fall som i framställningens inledande kapitel angavs vara problematiska.<sup>295</sup> I förevarande avsnitt skall således en fiktiv tillämpning av regeln ske för att utröna huruvida så kan sägas vara fallet.

Vad avser det första fallet var utgångspunkten att ett avtal ingåtts mellan en person med hemvist i en medlemsstat och en person med hemvist i tredje land. Detta avtal skulle fullgöras i tredje land. Parterna hade även ingått ett jurisdiktionsavtal och däri föreskrivit att en domstol inom gemenskapen skulle vara behörig. Då de emellertid ej träffat någon överenskommelse om motsatsen följer av artikel 23.1 Bryssel I-förordningen att den sålunda utpekade domstolens behörighet är exklusiv. Problem uppstod för käranden (som visade sig vara personen med hemvist i en medlemsstat) då den i och för sig (exklusivt) behöriga domstolen pga. faktiska omständigheter var oförmögen att uppta målet till prövning, samtidigt som övriga domstolar var obehöriga till följd av den förra domstolens exklusiva behörighet. Med hänsyn till att hänvisningen till nationella regler i artikel 4

---

<sup>295</sup> Jfr ovan avsnitt 1.3 och 2.3.

Bryssel I-förordningen uttryckligen föreskriver om undantag för artikel 23 hade käranden under dessa förhållanden inte någon möjlighet att få sin talan upptagen till prövning med mindre än att svaranden trädde i svaromål (jfr artikel 24 Bryssel I-förordningen).

Vid en tillämpning av den föreslagna regeln blir utfallet istället det följande: Bedömningen av regelns tillämplighet måste ske i det specifika fallet. Det förhållandet att parterna ingått ett jurisdiktionsavtal utgör i sig inget hinder för bestämmelsens tillämpning. I det aktuella fallet rör det sig om ett fall då en domstol i och för sig är behörig under förordningen och med hänsyn härtill är det uteslutet att tillämpa den första punkten. Just detta förhållande innebär emellertid att den andra punktens första rekvisit är uppfyllt, dvs. en i och för sig behörig domstol står att finna inom gemenskapen. Denna domstol *är* oförmögen att pröva målet pga. faktiska omständigheter, och att några andra behöriga domstolar ej finns att tillgå följer redan av det förhållandet att den oförmögna domstolens behörighet är exklusiv. Mot denna bakgrund är den andra punktens rekvisit uppfyllda.

Detta är emellertid ej tillfyllest, ty härutöver fordras att en tillräcklig anknytning föreligger. I det aktuella fallet är, såvitt omständigheterna ger vid handen, den enda relevanta anknytningsfaktorn att käranden har sitt hemvist i en medlemsstat. Detta är en sådan anknytningsfaktor som kan föranleda att tillräcklig anknytning föreligger. Huruvida detta är tillfyllest för att anse anknytningsrekvisitet vara uppfyllt i det specifika fallet måste bedömas med särskilt beaktande av risken för *déni de justice*. Med hänsyn till att käranden, enligt vad som framgår av det aktuella fallet, varken har möjlighet att föra talan i tredje land (pga. det ingångna jurisdiktionsavtalet) eller inom unionen (pga. att artikel 23.1 Bryssel I-förordningen föreskriver om övriga domstolars obehörighet), samt i avsaknad av någon anknytningsfaktor som talar för att någon annan domstol inom gemenskapen skulle kunna utropa sig till *forum necessitatis*, bör tillräckligt stark anknytning anses föreligga till den prövande domstolen som förklarar sig utgöra *forum necessitatis*.

Det kan anmärkas att detta ej heller vållar några större betänkligheter sett ur svarandens perspektiv med hänsyn till att denne, genom att ingå jurisdiktionsavtalet, redan kan anses ha accepterat risken att få träda i svaromål på "bortaplan". Detta är emellertid ej av avgörande betydelse; avgörande är istället att kärandens tillgång till domstol garanteras.

Mot bakgrund av det ovan anförda kan den slutsatsen dras att den föreslagna regeln förmår tillhandahålla en lösning för det första fallet. Frågan är då vad utfallet blir om regeln tillämpas på det andra fallet?

I detta fall härstammade den besvärande situationen ytterst ur artikel 6 Bryssel II a-förordningen som föreskriver att talan mot en make som har sitt hemvist i en medlemsstat

eller är medborgare i en medlemsstat får väckas i en annan medlemsstat endast i enlighet med artiklarna 3-6 samma förordning. Problemet bestod i att medan hemvistfallet korresponderar mot en uttrycklig jurisdiktionsgrund i artikel 3 första stycket tredje strecksatsen, saknas motsvarande bestämmelse för nationalitetsfallet. Antagandet var att A, som är italiensk medborgare, och B, som är svensk medborgare, gift sig och bott tillsammans i tredje land i många år där A alltså har sitt hemvist, medan B, efter att äktenskapet fallerat, flyttat hem till Sverige. Som ovan konstaterades förmår nuvarande reglering blott svårligen, och då helt avhängigt innehållet i de nationella internationellt privaträttsliga reglerna, tillhandahålla B ett behörigt forum inom gemenskapen.<sup>296</sup> Här kan tilläggas att käranden givetvis, teoretiskt sett, har en möjlighet att föra talan om äktenskapsskillnad i tredje land i en dylik situation. Det finns emellertid ingenting som garanterar att detta lands domstolar upptar målet till prövning (här kan fråga vara om såväl rättslig som faktisk omöjlighet).

Här må först framhållas att det som sägs i det följande utgår från den förutsättningen att, *ceteris paribus*, artikel 7 Bryssel II a-förordningen utmönstras i samband med införandet av den föreslagna regleringen. Bedömningen enligt den föreslagna regeln blir enligt följande:

Bedömningen av om förutsättningarna för att tillämpa regeln är uppfyllda skall göras i det enskilda fallet. I detta fall är fråga om att ingen domstol inom gemenskapen är behörig (enligt förordningen), och följaktligen är det första rekvisitet i den första punkten uppfyllt. Härutöver fordras emellertid att hinder föreligger för käranden att föra sin talan i tredje land, och, som ovan anfördes finns åtminstone en teoretisk möjlighet för käranden att göra så. Huruvida så är fallet in casu låter sig ej utläsas av de givna omständigheterna.

Om det emellertid antas att hinder föreligger för käranden att föra sin talan i det tredje landet, dvs. där svaranden har sitt hemvist (pga. rättsliga eller faktiska omständigheter), är den avgörande frågan för om regeln kan tillämpas eller ej huruvida tillräcklig anknytning till medlemsstaten föreligger. I det aktuella fallet visar sig betydelsen av det ”flytande” anknytningskravet, dvs. det förhållandet att anknytningskravets styrka uttryckligen gjorts avhängigt risken för *déni de justice*, ty här finns två alternativa domstolar som skulle kunna förklara sig vara forum necessitatis. Käranden har sitt hemvist i Sverige och är svensk medborgare, vilket är omständigheter som var för sig talar för att tillräcklig anknytning föreligger och att svensk domstol följaktligen skulle vara forum necessitatis. Samtidigt är svaranden italiensk medborgare; en omständighet som talar för att italiensk domstol skulle

---

<sup>296</sup> Se ovan avsnitt 2.3.

utgöra forum necessitatis. Antagandet var att käranden väckt talan vid svensk domstol. Hur löses denna situation?

Som ovan nämnts framhålls i den föreslagna bestämmelsens andra stycke att den prövande domstolen, vid bedömningen av huruvida tillräcklig anknytning föreligger, särskilt skall beakta risken för déni de justice. I det förevarande fallet bör den svenska domstolen avvisa målet på följande grunder. För det första anger Bryssel II a-förordningen uttryckligen att talan mot en make som är medborgare i en medlemsstat får föras i en annan medlemsstat endast i enlighet med artiklarna 3-6. Även om detta, dvs. exklusiviteten, ej utgör ett hinder för tillämpningen av regeln om forum necessitatis bör systematisk kongruens, så långt som möjligt, eftersträvas.<sup>297</sup> Den svenska domstolen bör därför beakta att regelverkets systematik synes ge företräde åt den italienska domstolen i ett fall som det förevarande. För det andra talar det förhållandet att jurisdiktion grundad på omständigheter hänförliga till käranden närmar sig traditionellt sett icke-accepterade exorbitanta behörighetsregler. Nära sammanhängande med det första påpekandet, och kanske allra mest betydelsefullt, föreligger, för det tredje, här inte en lika stor risk för déni de justice, vilket föranleder att anknytningskravets styrka/höjd ökar.

Nu kanske den invändningen framförs att det i det aktuella fallet föreligger en starkare anknytning till Sverige och att, följaktligen, den svenska domstolen, istället för den italienska, bör vara forum necessitatis. Det är väl ändå orimligt att kräva av B att denne skall föra talan vid italiensk domstol, med alla besvärligheter detta kan tänkas medföra? Svaret är att det här måste bli fråga om en kvalitativ, i motsats till kvantitativ, bedömning i ljuset av den rättsliga kontexten, dvs. fråga får inte bli om matematiska beräkningar. Visserligen talar två skäl, som dessutom normalt sett nog får anses starkare än motskålet, för att en starkare anknytning föreligger till svensk domstol. Emellertid talar den rättsliga kontexten, mer specifikt artikel 6 Bryssel II a-förordningen, mot detta, liksom det ovan nämnda förhållandet att det i allmänhet anses mindre betänkligt att grunda jurisdiktion på grundval av omständigheter hänförliga till svaranden (jfr principen om *favor defensionis*). Att det skulle vålla käranden besvärligheter att föra sin talan vid den italienska domstolen utgör i sig inte något särskilt tungt vägande skäl, särskilt inte då detta måste vägas mot svarandens svårigheter att träda i svaromål vid svensk domstol.

Det sagda illustrerar att den föreslagna bestämmelsens andra stycke fyller ett självständigt syfte, ty genom dess förefintlighet låter sig anknytningskravets styrka variera

---

<sup>297</sup> Jfr ovan not 252.

från fall till fall beroende på de specifika omständigheterna, till undvikande av att flera domstolar, eller fel domstol, utropar sig till forum necessitatis.

Det ovan anförda föranleder således slutsatsen att italiensk domstol bör anses utgöra forum necessitatis i ett fall som det aktuella.<sup>298</sup> Den med gott minne erinrar här om att italiensk domstol (kanske) kunde förklara sig behörig med hänvisning till nationella regler redan enligt nu rådande ordning, dvs. under åberopande av artikel 7 Bryssel II a-förordningen, och ställer följaktligen frågan vari skillnaden egentligen består? För det första undanröjs oklarheter kring det nuvarande förhållandet mellan artikel 6 resp. artikel 7 Bryssel II a-förordningen. Även om tillämpningen av den föreslagna regeln kan tyckas något komplex så rör det sig här ej längre om en oklarhet om *huruvida* en regel *överhuvudtaget* kan tillämpas, vilket får anses vara en förbättring. För det andra är svaret på frågan om de italienska domstolarna har behörighet, med den föreslagna bestämmelsen, inte längre avhängigt innehållet i italienska privaträttsliga regler utan helt och uteslutande reglerat i förordningen.

Sammantaget kan konstateras att den föreslagna regeln förmår tillhandahålla en lösning på båda de situationer som i denna framställnings inledande avsnitt ansågs vara problematiska. Frågan är då, slutligen, om regeln på det stora hela taget kan anses tillfredsställande?

## 5.4 Utvärdering

I föregående avsnitt konstaterades att den föreslagna regeln förmår tillhandahålla en lösning på de situationer som ansetts vara problematiska enligt nu rådande rättsläge och såtillvida kan regeln sägas utgöra ett bra tillägg till regleringen. Regeln erkänner, och möter, behovet av en åtskillnad mellan fallet då en behörig domstol saknas och fallet då en sådan finns men är oförmögen att uppta målet till prövning. Likaså ger den uttryck för en differentiering mellan olika fall av hinder, dvs. rättsliga resp. faktiska, och svarar även mot det krav på *effektiva* rättsmedel som följer av förbudet mot *déni de justice* genom att även beakta ett meddelat avgörandes praktiska värde. Genom att sätta anknytningskravet i relation till parterna *eller* saken undviks uppkomsten av olyckliga resultat av ett val mellan dessa två ”objekt” i fall då det framstår som berättigat att talan tillåts föras inom gemenskapen. Risker för *déni de justice* minimeras, och det säkerställs att kraven enligt artikel 6 EKMR möts, genom att anknytningsrekvisitets styrka uttryckligen görs beroende

---

<sup>298</sup> Givetvis under den förutsättningen att den italienska domstolen ej är eller förklarar sig vara oförmögen.

av syftet att undvika *déni de justice*. Regeln hämtar i många avseenden stöd från nationella lösningar, vilket stärker dess legitimitet och gör tillämpningen mer förutsägbar.

Därmed inte sagt att regeln är perfekt i alla avseenden. Dess höga grad av komplexitet låter sig självfallet kritiseras på ett generellt plan. Samtidigt har framställningen visat att en lösning ingalunda är enkel att finna, utan att frågan, tvärtom, alltid leder till intrikata problem. Med hänsyn till detta, samt vid beaktande av de risker som är involverade, bl.a. och främst risken för *forum shopping*, synes en komplicerad lösning närmast förutsättas. Det må i sammanhanget framhållas att ej heller artikel 7 underhållsförordningen går fri från invändningar och här görs gällande att den föreslagna bestämmelsen åtminstone undviker (de flesta) brister som behäftar underhållsförordningens *forum necessitatis*-regel. De betänkligheter som väcks av bestämmelsens komplexitetsgrad mildras vidare av de relativt utförliga ingresspunkter som föreslagits, samt av det faktum att regeln åtföljs av en förhållandevis utförlig kommentar för dess tillämpning.

Mer specifikt kan regeln kritiseras för att nyttja vida termer och för att uppställa ett relativt lågt beviskrav. Emellertid är det, som påpekats i det föregående, med hänsyn till regelns syfte, ofrånkomligt att en dylik bestämmelse måste utformas på ett sätt som gör det möjligt att tillämpa den på alla tänkbara situationer där det är nödvändigt, detta följer s.a.s. redan av regelns nödkaraktär. Att beviskravet satts lågt hänger samman, och kan försvaras, med de svårigheter som nödvändigtvis är behäftade med att bevisa negativa omständigheter (något som för övrigt är logiskt omöjligt), ex. att det är omöjligt att föra talan vid en domstol i tredje land pga. att en sådan saknas.

En annan kritiklinje som kan förutses är att regeln komplicerade natur, och i synnerhet det rörliga anknytningskravet, inverkar menligt på förutsebarheten. Mot detta må, utöver det som framförts i närmaste föregående stycken, anföras att det här rör sig om såpass särpräglade situationer att det redan då bestämmelsen aktualiseras är svårt att tala om någon högre grad av förutsebarhet. I denna situation gör sig starkare intressen gällande, nämligen att tillförsäkra den enskilde tillgång till adekvata och effektiva rättsmedel samt att fastställa ett lämpligt *forum necessitatis*. Det kan även noteras att, även om konstruktionen i viss mån är nydanande, en liknande ändamålsanknytning för tillämpningen återfinns i artikel 28.3 Bryssel I-förordningen. Mot denna bakgrund görs här gällande att bestämmelsen, kritiken till trots, låter sig rättfärdigas.

Slutligen kan det, såsom Michael Hellner påpekat, ifrågasättas dels huruvida det varit nödvändigt att göra en åtskillnad mellan orimlighet resp. obillighet i bestämmelsens första



punkt, dels huruvida bestämmelsens andra punkt fyller någon reell funktion, dvs. huruvida punkten tillför något till bestämmelsen.

Vad avser distinktionen mellan orimlighet och obillighet görs här gällande att den låter sig motiveras utifrån det förhållandet att det strängt taget rör sig om två väsentligen åtskilda slags bedömningar. I det förra fallet avser bedömningen huruvida det är orimligt att kräva av käranden att denne för talan vid en domstol i tredje land, medan bedömningen i det senare fallet snarare avser kärandens nytta av att föra talan i det tredje landet (i detta fall behöver det överhuvudtaget inte möta några svårigheter att föra talan eller att erhålla en dom från domstolen i det tredje landet; avgörande är istället vad domen är värd i kärandens hand).<sup>299</sup>

I fråga om den andra punkten är det nog riktigt att, såsom Michael Hellner framhållit, det är svårt att hitta praktiska exempel på när bestämmelsen skulle kunna tillämpas, åtminstone så länge man uppställer ett krav på att exemplen skall vara någorlunda realistiska. Det sagda till trots görs här gällande att punkten ändå kan rättfärdigas utifrån följande överväganden.

För det första klagas distinktionen mellan fallet då någon behörig domstol ej står att finna inom gemenskapen och då en sådan i och för sig finns (ty det rör sig trots allt om två fall som, hävdas det här, bör hållas teoretiskt åtskilda), dvs. om inte annat klagas och understryker den andra punkten ytterligare att den första punkten ej kan tillämpas då en behörig domstol finns inom gemenskapen. För det andra kan det hävdas att hur osannolikt det än är att ex. inbördeskrig utbryter i en medlemsstat så *kan* det inträffa och den andra punkten tillhandahåller en lösning för detta fall. För det tredje klagas att det ej är möjligt att lösa den problematik som diskuterades i *Gasser*-fallet<sup>300</sup> genom en analog tillämpning av den första punkten; för att denna punkt skall kunna tillämpas fordras att ingen domstol är behörig enligt förordningen och den andra punkten förtydligar detta förhållande.<sup>301</sup>

Sammanfattningsvis görs gällande att den föreslagna lösningen, även om den inte bör ses som någon *deus ex machina* - någon ”räddande ängel”, ger uttryck för en rimlig och välmotiverad avvägning mellan de motstående intressen som aktualiseras och därför, identifierad kritik till trots, låter sig rättfärdigas som en godtagbar lösning på problemet.

---

<sup>299</sup> Jfr ovan avsnitt 5.2.3.

<sup>300</sup> Se EGD mål C-116/02 *Gasser*.

<sup>301</sup> Det bör i sammanhanget framhållas att problematiken i fallet ej heller avses kunna lösas med en extensiv tolkning av andra punktens oförmögenhetsrekvisit. Lösningen på denna problematik måste sökas på annat håll, ex. genom att käranden för skadeståndstalan (vid EGD eller ED) gentemot den felande medlemsstaten (som ej tillhandahållit effektiva rättsmedel resp. tillgång till domstolsprövning inom skälig tid), ty att utsträcka forum necessitatis-regeln till att avse även detta fall skulle riskera att inkräkta på den folkrättsliga statssuveränitetsprincipen.

## 6 Avslutande reflektioner

Arbetet med den gjorda framställningen har varit svårt och påfrestande i flera avseenden. Bristen på liknande gemenskapsrättsliga regler föranleder att varje försök till närmare behandling av ämnesområdet omedelbart leder ut på outforskat vatten. Samtidigt som det står klart att något behöver göras för att åtgärda de brister, eller kanske snarare luckor, som finns i den befintliga regleringen försvåras varje försök att hitta en lämplig lösning av områdets komplexitet. Varje delfråga aktualiserar nya frågeställningar och varje frågeställning involverar ett beaktande av en rad olika överväganden. Som exempel kan nämnas att frågan om behovet av ett forum necessitatis i sin tur nödvändiggör att betydelsen av internationella åligganden, och dessas inbördes förhållande, klarläggs samt att frågan om vem som bär ansvaret för uppfyllandet av dessa förpliktelser besvaras. Varje ställningstagande är av betydelse för frågan om en regel om forum necessitatis bör införas, och, i sådana fall, hur en denna bör utformas. Med hänsyn till vidden och omfånget av dessa många och varierande frågeställningar skulle det självfallet vara förmätet att påstå att en framställning av den omfattning och dignitet som den här gjorda förmår göra samtliga dessa aspekter rättvisa.

Nås, som i denna framställning, den slutsatsen att införandet av ett forum necessitatis är nödvändigt får detta, oavsett regelns utformning, betydande återverkningar, inte blott för tillämpningen av övriga befintliga regler utan det föranleder även nya diskussioner. Som exempel på det förra kan nämnas att gällande litispensregler kan komma att behöva anpassas för att korrespondera med forum necessitatis-regeln och motverka såväl *forum shopping* som risken för motstridiga domar. Ett exempel på det senare är att andra sidan av forum necessitatis, åtminstone i viss mån, kan sägas utgöras av *forum non conveniens* vilket föranleder att diskussionen kring önskvärdheten av ett sådant institut får förnyad aktualitet. Det är med ett icke obetydligt mått av beklagande som dessa, och andra, frågor, av utrymmes- och framställningstekniska skäl, nödgats lämnas därhän i denna framställning. Behovet av ytterligare utredning av dessa och andra aspekter synes emellertid uppenbart och lämpar sig väl för framtida forskning.

När det gäller att utforma ett förslag till en regel om forum necessitatis kan det konstateras att detta är lättare sagt än gjort. Medan det är förhållandevis enkelt att granska andra lösningar eller förslag och utsätta dessa för massiv, om än ej nödvändigtvis oberättigad, kritik är det betydligt svårare att utforma, för att inte tala om att försvara, ett eget förslag. Nyckeln till (relativ) framgång synes här vara att granska och utvärdera andra

slags lösningar, såväl som lösningar av samma slag i andra sammanhang, med den insikt och förståelse för de särskilda svårigheter som situationen inneburit. Endast med ett slags ödmjuk skepsis är det möjligt att ej blott dra lärdom av gjorda misstag utan samtidigt förstå varför misstagen begåtts, vilket kan vara nog så viktigt i detta sammanhang.

I denna framställning har ett förslag till en regel om forum necessitatis utarbetats. Förslaget har, som knappast torde ha undgått läsaren, utformats utifrån den premissen att det är lämpligt att införa en, i stort sett, likalydande bestämmelse i både Bryssel I- och Bryssel II a-förordningen. Detta är givetvis en tentativt uppställd premiss och huruvida detta är lämpligt kan följaktligen diskuteras. Om denna utgångspunkt accepteras görs emellertid gällande att förslaget, som förmår tillhandahålla lösningar på identifierade problematiska situationer, har goda skäl för sig och således låter sig försvaras utifrån rationella överväganden.

Det sagda innebär självfallet inte att det här påstås att vägs ände nu är nådd. Tvärtom förtjänar att understrykas att det framlagda förslaget är just ett förslag som, precis som alla andra sådana, måste bedömas utifrån sina för- och nackdelar. Sista ordet återstår ännu att bli sagt i frågan och kritiska ögon kommer säkerligen att finna att förslaget kan förbättras, bör revideras eller helt förkastas.

Oaktat vilken uppfattning och öde som det framlagda förslaget möter är det författarens förhoppning att framställningen åtminstone förmått väcka läsarens intresse för såväl den särskilda frågan som för IP-rättens område i allmänhet.

## Käll- och litteraturförteckning

### *Officiella dokument (EG)*

Comparative Study of "Residual Jurisdiction" in Civil and Commercial Disputes in the EU National Report for: AUSTRIA. [Cit. "Study on Residual Jurisdiction (Austria)"]

Comparative Study of "Residual Jurisdiction" in Civil and Commercial Disputes in the EU National Report for: BELGIUM. [Cit. "Study on Residual Jurisdiction (Belgium)"]

Comparative Study of "Residual Jurisdiction" in Civil and Commercial Disputes in the EU National Report for: ESTONIA. [Cit. "Study on Residual Jurisdiction (Estonia)"]

Comparative Study of "Residual Jurisdiction" in Civil and Commercial Disputes in the EU National Report for: FRANCE. [Cit. "Study on Residual Jurisdiction (France)"]

Comparative Study of "Residual Jurisdiction" in Civil and Commercial Disputes in the EU National Report for: GERMANY. [Cit. "Study on Residual Jurisdiction (Germany)"]

Comparative Study of "Residual Jurisdiction" in Civil and Commercial Disputes in the EU National Report for: NETHERLANDS. [Cit. "Study on Residual Jurisdiction (Netherlands)"]

Comparative Study of "Residual Jurisdiction" in Civil and Commercial Disputes in the EU National Report for: POLAND. [Cit. "Study on Residual Jurisdiction (Poland)"]

Comparative Study of "Residual Jurisdiction" in Civil and Commercial Disputes in the EU National Report for: PORTUGAL. [Cit. "Study on Residual Jurisdiction (Portugal)"]

Comparative Study of "Residual Jurisdiction" in Civil and Commercial Disputes in the EU National Report for: ROMANIA. [Cit. "Study on Residual Jurisdiction (Romania)"]

Comparative Study of "Residual Jurisdiction" in Civil and Commercial Disputes in the EU  
National Report for: SWEDEN. [Cit. "Study on Residual Jurisdiction (Sweden)"]

Europeiska unionens råd, dokument 13845/08 - JUSTCIV 206 av den 14 oktober 2008  
[Cit. "Rådets dokument 13845/08 - JUSTCIV 206"]

Förslag till Rådets förordning om domstols behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet av domar samt samarbete i fråga om underhållsskyldighet av den 15 december 2005, KOM (2005) 649 slutlig [Cit. "KOM (2005) 649 slutlig"]

Förslag till Rådets förordning om ändring av förordning (EG) nr 2201/2003 om domstols behörighet och införande av bestämmelser om tillämplig lag i äktenskapsmål av den 17 juli 2006, KOM (2006) 399 slutlig [Cit. "KOM (2006) 399 slutlig"]

Grönbok om underhållsskyldighet, KOM (2004) 254 slutlig, Bryssel, 15/4 2004 [Cit. "Grönbok om underhållsskyldighet"]

Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgements in civil and commercial matters, Official Journal of the European Communities 1979 C 59/1 by Mr. P. Jenard. [Cit. "Jenard-rapporten"]

Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations) General Report (final version dated 3 September 2007). [Cit. "Study on Residual Jurisdiction (General Report)"]

#### *Officiella dokument (nationella)*

Documents Parlementaires, Sénat de Belgique, Session extraordinaire de 2003, 7 juillet 2003, Document législatif n° 3-27/1: "Proposition de loi portant le Code de droit international privé - Déposée" [Cit. "Document Parlementaires, Sénat, 2003, n° 3-27/1"]

Documents Parlementaires, Sénat de Belgique, Session de 2003-2004, 20 avril 2004, Document législatif n° 3-27/7: "Proposition de loi portant le Code de droit international privé - Rapport fait au nom de la Commission de la justice" [Cit. "Document Parlementaires, Sénat, 2003-2004, n° 3-27/7"]

### *Litteratur*

Aden, Menno, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, heft 4/2007, Internationale Notzuständigkeit, Recht und Wirtschaft GmbH 2007. [Cit. "Internationale Notzuständigkeit"]

Audit, Bernard, Droit International Privé, 4 uppl., Economica 2006

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, 3 uppl., Norstedts Juridik AB, Vällingby 2007

Bocken, Hubert, Introduction to Belgian Law, Kluwer Law International 2001

Bogdan, Michael, Concise Introduction to EU Private International Law, Europa Law Publishing, Groningen 2006 [Cit. "Bogdan, EU PIL"]

Bogdan, Michael, Svensk Internationell Privat- och Processrätt, 6 uppl., Norstedts Juridik AB, Elanders, Vällingby 2007 [Cit. "Bogdan, SIPP"]

Brand, Ronald A. & Jablonski, Scott R., Forum Non Conveniens – History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements, Oxford University Press, Inc. 2007

Briggs, Adrian, Agreement on Jurisdiction and Choice of Law, Oxford Private International Law Series, Oxford University Press 2008

Bröhmer, Jürgen, State Immunity and the Violation of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International 1997

Burgstaller, Alfred & Neumayr, Matthias, Beobachtungen zu Grenzfragen der internationalen Zuständigkeit - Von forum non conveniens bis Notzuständigkeit; artikeln intagen i Bachmann, Birgit; Breidenbach, Stephan; Coester-Waltjen, Dagmar; Heß, Burkhard; Nelle Andreas & Wolf, Christian, Grenzüberschreitungen - Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit: Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag, Mohr Siebeck, Tübingen 2005. [Cit. "Festschrift für Peter Schlosser"]

Byrne, Peter, The EEC Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements, The Round Hall Press, Betaprint International Ltd., Dublin 1990

Cameron, Iain, An Introduction to the European Convention on Human Rights, 5 uppl., Iustus Förlag AB, Uppsala 2006

Cassese, Antonio, International Law, 2 uppl., Oxford University Press 2005

Chorus, J.M.J.; Gerver, P.H.M. & Hondius, E.H., Introduction to Dutch Law, 4 uppl., Kluwer Law International 2006

Clarkson, C.M.V. & Hill, Jonathan, The Conflict of Laws, 3 uppl., Oxford University Press 2006

Craig, Paul & de Búrca, Gráinne, EU LAW - Text, Cases, and Materials, 4 uppl., Oxford University Press 2008 [Cit. "EU LAW"]

Dennemark, Sigurd, Om svensk domstols behörighet i internationellt förmögenhetsrättsliga mål, P.A. Norstedts & Söners Förlag, Stockholm 1961

de Vareilles-Sommières, Pascal, Forum Shopping in the European Judicial Area, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law vol. 7, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2007

Droege, Michael & Lysén, Göran, Introduktion till EU och EG-rätten, Iustus Förlag AB, Uppsala 1997

Ekelöf, Per Olof & Edelstam, Henrik, Rättegång - första häftet, 8 uppl., Norstedts Juridik AB, Elanders Gotab, Stockholm 2005 [Cit. "Rättegång I"]

Ekelöf, Per Olof, Rättegång - andra häftet, 8 uppl., Norstedts Juridik AB, Scandbook AB, Smedjebacken 2005 [Cit. "Rättegång II"]

Fawcett, James & Carruthers, Janeen M. with consultant editor Sir Peter North, Cheshire, North and Fawcett - Private International Law, 14 uppl., Oxford University Press 2008

Grubbs, Shelby R., International Civil Procedure, Kluwer Law International 2003

Harris, David; O'Boyle, Michael & Warbrick, Colin, Law of the European Convention on Human Rights, 2 uppl., Oxford University Press 2009

Heini, Anton; Keller Max; Siehr, Kurt; Vischer, Frank & Volken Paul, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1993 [Cit. "Kommentar zum IPRG"]

Ibili, Fatih, Gewogen rechtsmacht in het IPR – Over forum (non) conveniens en forum necessitatis, Recht en Praktijk 148, Kluwer 2007

Karrer, Pierre A. & Arnold, Karl W., Switzerland's Private International Law Statute of December 18 1987 - The Swiss Code on Conflict of Laws and Related Legislation, Kluwer, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Netherlands 1989 [Cit. "Switzerland's Private International Law Statute 1987"]

Kropholler, Jan Professor Dr., Internationales Privatrecht - einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts, 5 uppl., Mohr Siebeck Tübingen, Gulde-Druck Tübingen 2004 [Cit. "Internationales Privatrecht"]

Kruger, Thalia, Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact of Third States, Oxford University Press 2008



Lindell, Bengt, *Civilprocessen*, 2 uppl., Iustus Förlag AB, Elanders Graphic Systems AB, Göteborg 2003

Macdonald, R. St. J.; Matscher, F. & Petzold, H., *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Academic Publishers 1993

Magnus, Ulrich & Mankowski, Peter, *European Commentaries on Private International Law Brussels I Regulation*, Sellier, European Law Publishers 2007

Melin, Mats, & Schäder, Göran, *EU:s konstitution*, 6 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2004

Pettiti, Louis-Edmond; Decaux, Emmanuel & Imbert, Pierre-Henri, *La convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article*, 2 uppl., Economica 1999 [Cit. "La convention européenne des droits de l'homme"]

Pålsson, Lennart, *Bryssel I-förordningen jämte Bryssel- och Luganokonventionerna - Domstols behörighet samt erkännande och verkställighet av domar i privaträttsliga ämnen inom EU/EFTA-området*, 2 uppl., Norstedts Juridik AB, Elanders Sverige AB, Vällingby 2008 [Cit. "Bryssel I-förordningen jämte Bryssel- och Luganokonventionerna"]

Rauscher, Thomas Dr.; Wax, Peter & Wenzel, Joachim Dr., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung - mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 1, 3 uppl., Verlag C.H. Beck oHG, München 2008 [Cit. "Münchener Kommentar zur ZPO"]<sup>302</sup>

Rosenberg, Leo; Schwab, Karl Heinz & Gottwald, Peter, *Zivilprozessrecht*, 16 uppl., Verlag C.H. Beck München oHG, Druckerei C.H. Beck Nördlingen 2004

Schütze, Rolf A., *Ausgewählte Probleme des internationalen Zivilprozessrechts*, W de G Recht, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, Berlin 2006

---

<sup>302</sup> Tillgänglig på: <[http://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoZPO\\_3\\_Band3%2FMono%2Fcont%2FMuekoZPO.Schlussanh.htm](http://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoZPO_3_Band3%2FMono%2Fcont%2FMuekoZPO.Schlussanh.htm)> (lösenord erfordras).

Schnyder, Anton K., Das neue IPR-Gesetz – Einführung in das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG), 2 uppl., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1990 [Cit. ”Das neue IPR-Gesetz”]

Shaw, Malcolm N., International Law, 6 uppl., Cambridge University Press, 2008

Stein, Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, band 1: 1-90 §§, 21 uppl., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, Gulde-Druck, Tübingen 1993. Cit. ”Kommentar zur Zivilprozeßordnung”

Stone, Peter, EU Private International Law, Elgar European Law, Edward Elgar Publishing Ltd, MPG Boks Ltd, Bodmin, Cornwall 2006

Wild, Charles Dr, Conflict of Laws, 3 uppl., Old Bailey Press, Holborn College Ltd 2005

Zöller, Richard Dr.; Geimer, Reinhold Dr.; Greger, Reinhard Dr.; Gummer, Peter; Herget, Kurt; Philipp, Peter Dr. & Stöbert, Kurt, Zivilprozeßordnung - mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozeßrecht, Kostenanmerkungen: Kommentar, 22 uppl., Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2001 [Cit. ”Zöller et al., Zivilprozeßordnung”]

### *Praxis och yttranden från EG-domstolen*

EGD yttrande 1/03 *Gemenskapens behörighet att ingå en ny Luganokonvention om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område* [REG 2006 s. I-01145]

EGD mål 29/69 *Stauder* [REG 1969 s. 419; svensk specialutgåva, vol. I, s. 421]

EGD mål 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [REG 1970 s. 1125; svensk specialutgåva, vol. I, s. 503]

EGD mål 4/73 *Nold* [REG 1974 s. 491; svensk specialutgåva, vol. II, s. 291]

EGD mål 36/75 *Rutili* [REG 1975 s. 1219; svensk specialutgåva, vol. II, s. 485]

EGD mål 21/76 *Bier mot Mines de potasse d’Alsace* [REG 1976 s. 1735; svensk specialutgåva, vol. III, s. 209]

EGD mål 189/87 *Kalfelis* [REG 1988 s. 5565; svensk specialutgåva, vol. IX, s. 729]  
EGD mål C-214/89 *Powell Duffryn plc mot Petereit* [REG 1992 s. I-1745; svensk specialutgåva, vol. XII, s. I-00001]  
EGD mål C-26/91 *Handte* [REG 1992 s. I-3967; svensk specialutgåva, vol. XII, s. I-00137].  
EGD mål C-269/95 *Benincasa* [REG 1997 s. I-03767]  
EGD mål C-387/98 *Coreck Maritime GmbH* [REG 2000 s. I-09337]  
EGD mål C-412/98 *Group Josi* [REG 2000 s. I-05925]  
EGD mål C-116/02 *Gasser* [REG 2003 s. I-14693]  
EGD mål C-281/02 *Owusu mot Jackson* [REG 2005 s. I-01383]  
EGD mål C-147/03 *Kommissionen mot Österrike* [REG 2005 s. I-05969]  
EGD mål C-68/07 *Sundelind Lopez* [REG 2007 s. I-10403].

### *Praxis från Europadomstolen*

ED mål A-18 (1975) *Golder v. UK*, meddelad i Strasbourg den 21 februari 1975

ED mål No. 24833/94 *Denise Matthews v. UK* [Reports 1999-I], meddelad i Strasbourg den 18 februari 1999

### *Nationell rättspraxis*

Aix-en-France Cour d'appel, 31 mai 1923, JDI 1924 page 204 [Frankrike]

Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janvier 1982, Rev. Crit. DIP, 1983 pages 87 et seq. [Frankrike]

Cass. Com., 11 juin 2002, no. 00-13.470 [Frankrike]

Paris Cour d'appel, 10 novembre 1960, JDI page 426 [Frankrike]

Paris Tribunal de grande instance, 1 octobre 1976, JDI page 879. [Frankrike]

Tribunal de la Seine Journal Clunet 59 (1932) no. 370 [Frankrike]

NJA 1971 s. 917 [Sverige]

NJA 1980 s. 188 [Sverige]

NJA 1985 s. 832 [Sverige]

NJA 1989 s. 143 [Sverige]

NJA 2008 s. 71 [Sverige]

SvJT 1958 rf. s. 13. [Sverige]

RG DR 1942 nr 1286 [Tyskland]

*Övriga källor*

Seminarium i EU Private International Law under Michael Hellners ledning vid Uppsala  
Universitet den 24 april 2009.

# Bilaga I - relevant gemenskapsrätt

## FEU

### *Artikel 6.2-3*

[2] Unionen ska ansluta sig till europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Denna anslutning ska inte ändra unionens befogenheter såsom de definieras i fördragen. [FEU och EUFF; författarens anm.]

[3] De grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner, ska ingå i unionsrätten som allmänna principer.

### Motsvarande i **Unionsfördraget**

### *Artikel 6.2*

Unionen skall som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.

## EUFF

### *Artikel 67.1 och 4*

[1] Unionen ska utgöra ett område med frihet, säkerhet och rättvisa med respekt för de grundläggande rättigheterna och de olika rättssystemen och rättsliga traditionerna i medlemsstaterna.

[4] Unionen ska underlätta tillgången till rättsväsendet, särskilt genom principen om ömsesidigt erkännande av rättsliga och utomrättsliga avgöranden på det civila området.

### *Artikel 81 (i relevanta delar)*

[1] Unionen ska utveckla ett rättsligt samarbete i civilrättsliga frågor som har gränsöverskridande följder, vilket bygger på principen om ömsesidigt erkännande av domstolsavgöranden och utomrättsliga avgöranden. Detta samarbete får inbegripa beslut om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar.

[2] Vid tillämpning av punkt 1, särskilt när det är nödvändigt för att den inre marknaden ska fungera väl, ska Europaparlamentet och rådet i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet besluta om åtgärder för att säkerställa:

[...]

c) förenlighet mellan tillämpliga bestämmelser i medlemsstaterna om lagkonflikter och om domstolars behörighet,

[...]

e) faktisk tillgång till rättslig prövning [...].

### *Artikel 351 st. 1*

De rättigheter och förpliktelser som följer av avtal som ingåtts före den 1 januari 1958 eller, för stater som senare ansluter sig, före tidpunkten för deras anslutning mellan å ena sidan en eller flera medlemsstater och å andra sidan ett eller flera tredje länder ska inte påverkas av bestämmelserna i fördragen [FEU och EUFF; författarens anmärkning].

## Motsvarande i **EG-fördraget**

### *Artikel 61.c*

För att gradvis upprätta ett område med frihet, säkerhet och rättvisa skall rådet [...] c) besluta om åtgärder som rör civilrättsligt samarbete, i enlighet med vad som föreskrivs i artikel 65.

### *Artikel 65.b*

Sådana åtgärder rörande civilrättsligt samarbete med gränsöverskridande följder som skall vidtas i enlighet med artikel 67 och i den mån de behövs för att den inre marknaden skall fungera väl, skall omfatta [...] b) främjande av förenligheten mellan tillämpliga bestämmelser i medlemsstaterna om lagkonflikter och om domstolars behörighet.

### *Artikel 307 st. 1*

De rättigheter och förpliktelser som följer av avtal som ingåtts före den första januari 1958 eller, för stater som senare ansluter sig, före tidpunkten för deras anslutning mellan å ena sidan en eller flera medlemsstater och å andra sidan ett eller flera tredje länder skall inte påverkas av bestämmelserna i detta fördrag.

## **Brysselkonventionen**

### *Artikel 2*

Om inte annat föreskrivs i denna konvention, skall talan mot den som har hemvist i en konventionsstat väckas vid domstol i den staten, oberoende av i vilken stat han har medborgarskap.

För den som inte är medborgare i den stat där han har hemvist gäller samma bestämmelser om domstols behörighet som för statens egna medborgare.

### *Artikel 3*

Talan mot den som har hemvist i en konventionsstat får väckas vid domstol i en annan konventionsstat endast med stöd av bestämmelserna i avsnitt 2 till 6 i denna avdelning.

Särskilt följande bestämmelser för inte tillämpas mot en sådan person [...].

### *Artikel 4*

Om svaranden inte har hemvist i någon konventionsstat bestäms domstolarnas behörighet i varje konventionsstat i enlighet med den statens lag, om inte annat följer av bestämmelserna i artikel 16.

Mot en sådan svarande kan den som har hemvist i en konventionsstat, oberoende av medborgarskap, på samma sätt som statens egna medborgare, åberopa de bestämmelser om domstols behörighet som gäller där och särskilt de bestämmelser som anges i artikel 3, andra stycket.

## **Bryssel I-förordningen**

### *Artikel 2*

1. Om inte annat föreskrivs i denna förordning, skall talan mot den som har hemvist i en medlemsstat väckas vid domstol i den medlemsstaten, oberoende av i vilken stat han har medborgarskap.

2. För den som inte är medborgare i den medlemsstat där han har hemvist gäller samma bestämmelser om domstols behörighet som för statens egna medborgare.

### *Artikel 3*

1. Talan mot den som har hemvist i en medlemsstat får väckas vid domstol i en annan medlemsstat endast med stöd av bestämmelserna i avsnitten 2-7 i detta kapitel.

2. Särskilt de nationella bestämmelser om domstols behörighet som återfinns i bilaga I får inte tillämpas mot en sådan person.

#### *Artikel 4*

1. Om svaranden inte har hemvist i en medlemsstat bestäms domstolarnas behörighet i varje medlemsstat i enlighet med den medlemsstatens lag, om inte annat följer av bestämmelserna i artiklarna 22 och 23.

2. Mot en sådan svarande kan den som har hemvist i en medlemsstat, oberoende av medborgarskap, på samma sätt som statens egna medborgare, åberopa de bestämmelser om domstols behörighet som gäller där och särskilt de bestämmelser som anges i bilaga 1.

#### *Artikel 22*

Följande domstolar skall, oberoende av parternas hemvist, ha exklusiv behörighet:

1. Om talan avser sakrätt i fast egendom eller nyttjanderätt till fast egendom, domstolarna i den medlemsstat där egenskapen är belägen,

Dock skall, om talan avser avtal om nyttjanderätt till fast egendom för tillfälligt privat bruk under en tid av högst sex på varandra följande månader, också domstolarna i den medlemsstat där svaranden har hemvist vara behöriga under förutsättning att nyttjanderättshavaren är en fysisk person och att ägaren och nyttjanderättshavaren har hemvist i samma medlemsstat.

2. Om talan avser giltighet, ogiltighet eller upplösning av bolag eller andra juridiska personer eller giltighet av beslut av deras organ, domstolarna i den medlemsstat där den juridiska personen har sitt säte; för att bestämma var detta säte är beläget skall domstolen tillämpa sin egen internationella privaträtt.

3. Om talan avser giltigheten av inskrivningar i offentliga register, domstolarna i den medlemsstat där registret förs.

4. Om talan avser registrering eller giltighet av patent, varumärken, mönster och liknande rättigheter för vilka krävs deposition eller registrering, domstolarna i den medlemsstat där deposition eller registrering har begärts eller har ägt rum eller på grund av bestämmelserna i en gemenskapsrättsakt eller en internationell konvention anses ha ägt rum.

Med förbehåll för den behörighet som det europeiska patentverket har enligt den europeiska patentkonventionen undertecknad i München den 5 oktober 1973, skall domstolarna i varje medlemsstat, oberoende av hemvist, ha exklusiv behörighet vid talan som angår registreringen eller giltigheten av ett europeiskt patent som har meddelats för den staten.

5. Om talan avser verkställighet av domar, domstolarna i den medlemsstat där domen har verkställts eller skall verkställas.



## Artikel 23

1. Om parterna har träffat avtal om att en domstol eller domstolarna i en medlemsstat skall vara behöriga att avgöra en redan uppkommen tvist eller framtida tvister i anledning av ett bestämt rättsförhållande, och minst en av parterna har sitt hemvist i en medlemsstat, skall endast den domstolen eller domstolarna i den medlemsstaten ha behörighet. En sådan behörighet skall vara exklusiv om parterna inte träffat avtal om annat. Ett sådant avtal om behörighet skall vara antingen
  - a) skriftligt eller muntligt och skriftligen bekräftat, eller
  - b) i en form som överensstämmer med den praxis som parterna utbildat mellan sig, eller
  - c) i internationell handel, i en form som överensstämmer med handelsbruk eller annan sedvänja som parterna kände till eller borde ha känt till och som är allmänt känd och regelmässigt iakttagas av parter i avtal av föreliggande typ vid det ifrågavarande slaget av handel.
2. Ett elektroniskt meddelande som möjliggör en varaktig dokumentation av avtalet, skall anses vara likvärdigt med skriftligt.
3. Om ett sådant avtal har ingåtts mellan parter av vilka ingen har sitt hemvist i en medlemsstat, är domstolarna i andra medlemsstater inte behöriga att pröva tvisten så länge den eller de utvalda domstolarna inte har förklarat sig obehöriga.
4. Den domstol eller de domstolar i en medlemsstat som ges behörighet genom den handling varigenom en trust har bildats har exklusiv behörighet att pröva en talan mot en instiftare, ”trustee” eller insatt förmånstagare till en trust, om saken angår förhållandet mellan dessa personer eller deras rättigheter eller skyldigheter inom trusten.
5. Avtal om domstols behörighet eller motsvarande bestämmelser i en handling varigenom en trust har bildats har ingen verkan om de strider mot bestämmelserna i artiklarna 13, 17 och 21 eller om de domstolar vilkas behörighet de utesluter har exklusiv behörighet enligt artikel 22.

## Artikel 27

1. Om talan väckts vid domstolar i olika medlemsstater rörande samma sak och målen gäller samma parter, skall varje domstol utom den vid vilken talan först väckts självmant låta handläggningen av målet vila till dess att det har fastställts att den domstol vid vilken talan först väckts är behörig.
2. När det har fastställts att den domstol vid vilken talan först väckts är behörig, skall övriga domstolar självmant avvisa talan till förmån för den domstolen.

## Artikel 28

1. Om käromål som har samband med varandra prövas vid domstolar i olika medlemsstater, får varje domstol utom den vid vilken talan först väckts låta handläggningen av målet vila.
2. Om dessa mål prövas i första instans får varje domstol, utom den vid vilken talan först väckts, också avvisa talan på begäran av en av parterna, om den domstol vid vilken talan först väckts är behörig att pröva de berörda käromålen och dess lag tillåter förening av dessa.

3. Vid tillämpningen av denna artikel skall käromål anses ha samband med varandra om de är så förenade att en gemensam handläggning och dom är påkallad för att undvika att oförenliga domar meddelas som en följd av att käromålen prövas i olika rättegångar.

### *Artikel 31*

Interimistiska åtgärder, däribland säkerhetsåtgärder, som kan vidtas enligt lagen i en medlemsstat, får begäras hos domstolarna i den staten, även om domstol i en annan medlemsstat är behörig att pröva målet i sak enligt denna förordning.

### *Artikel 34.1*

En dom skall inte erkännas om [...] ett erkännande uppenbart strider mot grunderna för rättsordningen (*ordre public*) i den medlemsstat där domen görs gällande [...].

### *Artikel 35.1*

En dom skall vidare inte erkännas om den strider mot bestämmelserna i avsnitten 3, 4 och 6 i kapitel II, och inte heller i de fall som avses i artikel 72.

### *Artikel 45.1*

Den domstol vid vilken ansökan om ändring görs enligt artikel 43 eller 44 får avslå en ansökan om verkställighetsförklaring eller upphäva verkställighetsförklaringen endast på någon av de grunder som anges i artiklarna 35 och 35. Den skall meddela sitt avgörande utan dröjsmål.

## **Bryssel II a-förordningen**

### *Artikel 3*

1. Behörighet att ta upp frågor om äktenskapsskillnad, hemskillnad och annullering av äktenskap skall tillkomma domstolarna i den medlemsstat

a) inom var territorium

- makarna har hemvist, eller
- makarna senast hade hemvist om en av dem fortfarande är bosatt där, eller
- svaranden har hemvist, eller
- om ansökan är gemensam, någon av makarna har hemvist, eller
- sökanden har hemvist om sökanden har varit bosatt där i minst ett år omedelbart innan ansökan gjordes, eller
- sökanden har hemvist om sökanden har varit bosatt där i minst sex månader omedelbart innan ansökan gjordes och sökanden antingen är medborgare i den berörda medlemsstaten eller, när det gäller Förenade kungariket och Irland, har ”domicil” där,

b) i vilken båda makarna är medborgare eller, när det gäller Förenade kungariket och Irland, har ”domicil”.

2. Vid tillämpningen av denna förordning skall termen ”domicil” ges samma innebörd som den har enligt rättsordningarna i Förenade kungariket och Irland.

### *Artikel 6*

Talan mot en make som

a) har hemvist inom en medlemsstats territorium, eller

b) är medborgare i en medlemsstat, eller, när det gäller Förenade kungariket och Irland, har ”domicil” inom en av de senares territorium,

får väckas vid en annan medlemsstats domstolar endast i enlighet med artiklarna 3, 4 och 5.

### *Artikel 7*

1. Om ingen medlemsstats domstol är behörig enligt artiklarna 3, 4 och 5 skall behörigheten i varje medlemsstat bestämmas enligt den statens lag.

2. Mot en svarande som inte har hemvist inom en medlemsstats territorium och som varken är medborgare i medlemsstaten, eller, när det gäller Förenade kungariket och Irland, har ”domicil” inom några av dessa medlemsstaters territorium, får varje medlemsstats medborgare som har hemvist inom en annan medlemsstats territorium, liksom medborgarna i den staten, åberopa de behörighetsregler som gäller där.

### *Artikel 19*

1. Om talan väcks vid domstolar i olika medlemsstater rörande äktenskapsskillnad, hemskillnad eller annullering av äktenskap och målen gäller samma parter skall, till dess att det har fastställts att den domstol vid vilken talan först har väckts är behörig, den domstol vid vilken talan har väckts senare självant låta handläggningen av målet vila.

[...]

3. När det har fastställts att den domstol vid vilken talan först har väckts är behörig, skall den domstol vid vilken talan har väckts senare självant avvisa talan till förmån för den domstolen.

I så fall har den part som har väckt den senare talan rätt att väcka sin talan vid den domstol där talan först har väckts.

### *Artikel 20*

1. Bestämmelserna i denna förordning skall inte hindra att domstolarna i en medlemsstat i brådskande fall vidtar interimistiska åtgärder, däribland säkerhetsåtgärder, avseende personer eller

tillgångar i den staten i enlighet med medlemsstatens lagstiftning, även om en domstol i en annan medlemsstat är behörig att pröva målet i sak enligt denna förordning.

2. De åtgärder som vidtas enligt punkt 1 skall upphöra att gälla när den domstol i medlemsstaten som enligt denna förordning är behörig att pröva målet i sak har vidtagit de åtgärder den anser lämpliga.

## **Underhållsförordningen**

### *Ingresspunkt 16*

För att i synnerhet råda bot på situationer där rättsvägran föreligger, bör man i denna förordning föreskriva ett *forum necessitatis*, som gör det möjligt för en domstol i en medlemsstat att i undantagsfall pröva en talan som har nära anknytning till en tredjestat. Ett sådant undantagsfall kan anses föreligga när ett förfarande visar sig vara omöjligt i den berörda tredjestaten, exempelvis på grund av inbördeskrig, eller när sökanden inte rimligen kan förväntas inleda eller genomföra ett förfarande i den staten. Denna behörighet grundad på *forum necessitatis* ska dock endast kunna utövas om tvisten har tillräcklig anknytning till den medlemsstat där talan väcks, till exempel när en av parterna är medborgare där.

### *Artikel 7*

Om ingen medlemsstats domstol är behörig enligt artiklarna 3, 4, 5 och 6, kan domstolarna i en medlemsstat, i undantagsfall, uppta tvisten om ett förfarande inte rimligen kan inledas eller genomföras eller visar sig vara omöjligt i en tredjestat till vilken tvisten har nära anknytning.

Tvisten ska ha tillräcklig anknytning till den medlemsstat i vilken talan väckts.

## Bilaga II - relevanta bestämmelser i internationella konventioner

### **International Covenant on Civil and Political Rights (1966)**

#### *Artikel 2.3*

Each State Party to the present Covenant undertakes:

- (a) To ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity;
- (b) To ensure that any person claiming such a remedy shall have his right thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy;
- (c) To ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted.

### **EKMR**

#### *Artikel 6.1*

Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag. Domen skall avkunnas offentligt, men pressen och allmänheten får utestängas från förhandlingen eller en del därav av hänsyn till den allmänna moralen, den allmänna ordningen eller den nationella säkerheten i ett demokratiskt samhälle, eller då minderårigas intressen eller skyddet för parternas privatliv så kräver eller, i den mån domstolen finner det strängt nödvändigt, under särskilda omständigheter när offentlighet skulle skada rättvisans intresse.

## Bilaga III - nationella bestämmelser

### Belgisk rätt

Article 7 [16 juillet 2004] - Loi portant le Code de droit international privé (Mon. 27 juillet 2004)

#### Dérogation volontaire à la compétence internationale

Lorsque les parties, en une matière où elles disposent librement de leurs droits en vertu du droit belge, sont convenues valablement, pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit, de la compétence des juridictions d'un État étranger ou de l'une d'elles et qu'une juridiction belge est saisie, celle-ci doit surseoir à statuer, **sauf s'il est prévisible que la décision étrangère ne pourra pas être reconnue ou exécutée en Belgique ou si les juridictions belges sont compétentes en vertu de l'article 11**. La juridiction belge se dessaisit lorsque la décision étrangère est susceptible d'être reconnue en vertu de la présente loi. [förf. markeringar]

Article 11 [16 juillet 2004] - Loi portant le Code de droit international privé (Mon. 27 juillet 2004)

#### Attribution exceptionnelle de compétence internationale

Nonobstant les autres dispositions de la présente loi, les juridictions belges sont exceptionnellement compétentes lorsque la cause présente des liens étroits avec la Belgique et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger que la demande soit formée à l'étranger.

### Holländsk rätt

Artikel 9 Wetboek van Burgelijke Rechtsvordering (Id.nr.: BWBR0001827)

**Komt de Nederlandse rechter niet op grond van de artikelen 2 tot en met 8 rechtsmacht toe, dan heeft hij niettemin rechtsmacht indien:**

- a. het een rechtsbetrekking betreft die ter vrije bepaling van partijen staat en de gedaagde of belanghebbende in de procedure is verschenen niet uitsluitend of mede met het doel de rechtsmacht van de Nederlandse rechter te betwisten, tenzij voor rechtsmacht van de Nederlandse rechter geen redelijk belang aanwezig is,
- b. een gerechtelijke procedure buiten Nederland onmogelijk blijkt, of
- c. een zaak die bij dagvaarding moet worden ingeleid voldoende met de rechtssfeer van Nederland verbonden ist en het onaanvaardbaar is van de eiser te vergen dat hij de zaak aan het oordeel van een rechter van een vreemde staat onderwerpt. [förf. markeringar]

## Portugisisk rätt

Artigo 61.º Código de Processo Civil (Decreto-Lei n.º 183/2000, de 10 de Agosto)

### Competência internacional – Elementos que a condicionam

Os tribunais portugueses têm competência internacional quando se verifique alguma das circunstâncias no artigo 65.º.

Artigo 65.º Código de Processo Civil (Decreto-Lei n.º 183/2000, de 10 de Agosto)

### Factores de atribuição da competência internacional

1. A competência internacional dos tribunais portugueses depende da verificação de alguma das seguintes circunstâncias:

- a) Ter o réu ou algum dos réus domicílio em território português, salvo tratando-se de acções relativas a direitos reais ou pessoais de gozo imóveis sítos em país estrangeiro;
- b) Dever a acção ser proposta em Portugal, segundo as regras de competência territorial estabelecidas na lei portuguesa;
- c) Ter sido praticado em território português o facto que serve de causa de pedir na acção, ou algum dos factos que a integram;
- d) **Não poder o direito invocado tornar-se efectivo senão por meio de acção proposta em território português, ou não ser exigível ao autor a sua propositura no estrangeiro, desde que entre o objecto do litígio e a ordem jurídica nacional haja algum elemento ponderoso de conexão, pessoal ou real.**

2. Para os efeitos da alínea a) do número anterior, considera-se domiciliada em Portugal a pessoa colectiva cuja sede estatutária ou efectiva se localize em território português, ou que aqui tenha sucursal, agência, filial ou delegação. [förf. markering]

## Schweizisk rätt

Artikel 3 Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (18 dez., 1987); IPR-Gesetz<sup>303</sup>

[Tyska] Sieht dieses Gesetz keine Zuständigkeit in der Schweiz vor und ist ein Verfahren im Ausland nicht möglich oder unzumutbar, so sind die schweizerischen Gerichte oder Behörden am Ort zuständig, mit dem der Schverhalt einen genügenden Zusammenhang aufweist.

[Franska] Lorsque la présente loi ne prévoit for en Suisse et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle y soit introduite, les autorités judiciaires ou administrative suisses du lieu avec lequel la cause présente un lien suffisant sont compétentes.

---

<sup>303</sup> Lydelserna är hämtade från Kommentar zum IPRG, s. 27.

[Italienska] Se la presente legge non prevede alcun foro in Svizzera e un procedimento all'estero non è possibile o non può essere ragionevolmente preteso, sono competenti i tribunali o le autorità svizzeri del luogo con cui la fattispecie denota sufficiente connessione.

## **Svensk rätt**

### 10:3 st. 1 Rättegångsbalken (1942:740)

Den som icke äger känt hemvist inom riket må i tvist rörande betalningsskyldighet sökas där honom tillhörig egendom finnes. Rör tvisten egendom må han sökas där egendomen finnes.

### 10:4 Rättegångsbalken (1942:740)

Har den som icke äger känt hemvist inom riket här ingått förbindelse eller eljest ådragit sig gäld, må han i tvist därom sökas där förbindelsen ingicks eller gälden uppkom.

## **Tysk rätt**

### § 12 Zivilprozessordnung (ZPO): Allgemeiner Gerichtsstand; Begriff

Das Gericht, bei dem eine Person ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, ist für alle gegen sie zu erhebenden Klagen zuständig, sofern nicht für eine Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.

## **Österrikisk rätt**

### § 28 Jurisdiktionsnorm (JN): Gesetz vom 1.8.1895, RGBl 111, über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen

[1] Sind für eine bürgerliche Rechtssache die Voraussetzungen für die örtliche Zuständigkeit eines inländischen Gerichts im Sinne dieses Gesetzes oder einer anderen Rechtsvorschrift nicht gegeben oder nicht zu ermitteln, so hat der Oberste Gerichtshof aus den sachlich zuständigen Gerichten eines zu bestimmen, welches für die fragliche Rechtssache als örtlich zuständig zu gelten hat, wenn

1. Österreich auf Grund eines völkerrechtlichen Vertrages zur Ausübung von Gerichtsbarkeit verpflichtet ist;
2. der Kläger österreichischer Staatsbürger ist oder seinen Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz im Inland hat und im Einzelfall die Rechtsverfolgung im Ausland nicht möglich oder unzumutbar wäre;



3. die inländische Gerichtsbarkeit, nicht aber ein örtlich zuständiges Gericht vereinbart worden ist.

[2] Die Bestimmung eines zuständigen Gerichts hat nach Abs. 1 ohne Bedachtnahme darauf zu erfolgen, ob außer den Voraussetzungen des Abs. 1 Z 2 oder 3 eine weitere erfüllt ist.

[3] Der Abs. 1 Z 2 und 3 sowie der Abs. 2 sind nicht anzuwenden, soweit nach Völkerrecht oder besonderen gesetzlichen Anordnungen die inländische Gerichtsbarkeit nicht gegeben ist.

[4] Die Bestimmung eines zuständigen Gerichts hat in streitigen bürgerlichen Rechtssachen auf Antrag einer Partei, sonst aber von Amts wegen zu geschehen. In streitigen bürgerlichen Rechtssachen hat der Kläger das Vorliegen der Voraussetzungen nach Abs. 1 Z 2 oder 3 zu behaupten und zu bescheinigen.

## Bilaga IV - föreslagna bestämmelser m.m.

### Ny artikel i Bryssel I- resp. Bryssel II a-förordningen

#### Forum necessitatis

En domstol i en medlemsstat skall, utöver vad som följer av artiklarna [...], uppta ett mål till prövning under förutsättning att i det specifika fallet:

1. ingen medlemsstats domstolar är behöriga enligt denna förordning och det är omöjligt för käranden att föra sin talan vid en domstol i ett tredje land eller detta ej rimligen kan krävas av denne eller det framstår som uppenbart obilligt att kräva detta, eller

2. de behöriga domstolarna enligt denna förordning är eller har förklarat sig oförmögna att uppta målet till prövning; och

parterna eller saken har en tillräckligt stark anknytning till den medlemsstaten.

Vid bedömningen av om parterna eller saken har en tillräckligt stark anknytning till medlemsstaten skall domstolen särskilt beakta risken för déni de justice.

#### Nya ingresspunkter

[1] För att främja en god rättsskipning och säkerställa unionens målsättning att skapa ett område med frihet, säkerhet och rättvisa införs en regel om *forum necessitatis*. Bestämmelsen är avsedd att tillämpas i situationer då detta krävs för att säkerställa den enskildes tillgång till domstolsprövning och effektiva rättsmedel. Så är fallet då rättsliga omständigheter, t.ex. avsaknaden av en behörig domstol, eller faktiska omständigheter, såsom ex. krig, förföljelse, naturkatastrofer eller rättssystemets haveri, hindrar den enskilde från, eller gör det orimligt svårt för denne, att föra sin talan vid en annan domstol inom unionen eller i ett tredje land. De faktiska omständigheterna kan således vara hänförliga till såväl domstolen som käranden eller allmänna förhållanden. Som särskild grund för att bevilja tillämpning av regeln upptas att det skulle vara uppenbart obilligt att kräva av den enskilde att föra sin talan i tredje land. Denna grund är avsedd att tillämpas med stor försiktighet och bör komma i fråga huvudsakligen då det utländska avgörandet ej skulle kunna verkställas inom unionen trots att motpartens tillgångar till en väsentlig del återfinns på en medlemsstats territorium. Bedömningen huruvida hinder föreligger får göras i det enskilda fallet. I en sådan situation då behörighet tillkommer en medlemsstats domstolar enligt denna förordning och dessa är oförmögna att uppta målet till prövning anses hindersrekvisitet emellertid alltid vara uppfyllt.

[2] För att en domstol skall vara behörig att uppta ett mål till prövning med stöd av bestämmelsen om *forum necessitatis* fordras att en tillräcklig anknytning föreligger mellan parterna eller saken och den aktuella medlemsstaten. Bestämmelsen syftar till att minimera risken för missbruk genom s.k. forum shopping. Av hänvisningen i andra stycket följer emellertid att anknytningskravets höjd kan variera från fall till fall och att det avgörande måste vara strävan att undvika uppkomsten av déni de justice.